

## حوار القضاة

من خلال مناهج عمل وتأويلات القضاة الدستوري والإداري  
- مؤلف جماعي -



تقديم: عبد المالك الوزاني

تنسيق: عبد الرحيم العلام وعبد الرحمان فضلاوي

الكتاب: حوار القضاة من خلال مناهج عمل وتأويلات القضاة الدستوري والإداري - مؤلف جماعي -

الطبعة الأولى: 2023

## حوار القضاة

من خلال مناهج عمل وتأويلات القضاة الدستوري والإداري  
- مؤلف جماعي -

- قاعدة "الشكل يغطي المضمون" في القانون والتنظيم
- مساهمة القضاء الإداري المغربي في بناء دولة القانون من خلال أعمال المستندات الدستورية
- تطور رقابة القاضي الإداري على القرارات الحكومية في دولة القانون
- مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في تأويلات القضاة الدستوري والإداري: حالة المغرب وتونس
- منهج القاضي الإداري المغربي: تقنيات التكيف والاستدلال بالوقائع
- حماية القضاة الدستوري والإداري لأسس دولة القانون في نزاعات المركز بالمحيط
- الأهداف ذات القيمة الدستورية بين ضبابية المنشأ وإشكال الفعلية: دراسة مقارنة
- تأهيل القضاء الإداري لتعزيز الموازنة بين حماية الحريات العامة والحفاظ على النظام العام
- موقعة القضاة الدستوري والإداري بين النزعة الشكلائية وحس العدالة
- مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية في تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب
- إسهامات القضاء الإداري في ترسيخ دولة القانون من خلال الدور الإنشائي وعلاقة القضاء الدستوري بهذا الدور
- القضاء الدستوري: آلية "ضد-ديمقراطية" لحماية الحقوق والحريات
- دور القاضي الإداري المغربي في مراقبة تدرج ودستورية القوانين
- المصلحة العامة في حوار القضاة الدستوري والإداري بفرنسا
- الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري
- دور القضاء الإداري والدستوري في بناء وتعزيز دولة القانون والمؤسسات
- الأمن القانوني ومسألة إعادة بناء دولة القانون والمؤسسات: من منطق مبدأ المشروعية إلى منطق مبدأ الأمن القانوني.
- إشكالية التوفيق بين السلطة والحرية في الظروف الاستثنائية وموقف الاجتهاد القضائي

**حوار القضاة  
من خلال مناهج عمل وتأويلات القضاة  
الدستوري والإداري**

**مؤلف جماعي**

**الكتاب: حوار القضاة من خلال مناهج عمل وتأويلات القضاة الدستوري والإداري**

التصنيف: مؤلف جماعي

تقديم: عبد المالك الوزاني

تنسيق: عبد الرحيم العلام وعبد الرحمان فضلاوي

الطبعة الأولى: 2023

**Dépôt Légal: 2023MO3403**

**ISBN: 978-9920-611-94-7**

مطبعة قرطبة

Travaux d'impression

Offset & Numérique

Tél: 212 5 28 23 96 96

E-mail: kortoba.pub@gmail.com

Avenue Abdellah Guenoun - Cité Salam - Agadir

تصميم الغلاف: صباح الهيثمي- المغرب

منشورات مختبر الأبحاث القانونية وتحليل السياسات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

جامعة القاضي عياض، مراكش، ومركز تكامل للدراسات والأبحاث، 2023م.

تم طبع هذا الكتاب بدعم من

مؤسسة هانس زايدل الألمانية



**Hanns  
Seidel  
Stiftung**

# الفهرس

|     |                                                                                                                                                         |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5   | تقديم                                                                                                                                                   |
|     | <b>الفصل الأول</b>                                                                                                                                      |
| 11  | قاعدة "الشكل يغطي المضمون" في القانون والتنظيم<br>د. يحيى حلوي                                                                                          |
|     | <b>الفصل الثاني</b>                                                                                                                                     |
| 33  | مساهمة القضاء الإداري المغربي في بناء دولة القانون من خلال أعمال المستجندات الدستورية<br>د. عبد الكريم حيضرة                                            |
|     | <b>الفصل الثالث</b>                                                                                                                                     |
| 55  | تطور رقابة القاضي الإداري على القرارات الحكومية في دولة القانون<br>د. حسن حلوي                                                                          |
|     | <b>الفصل الرابع</b>                                                                                                                                     |
| 81  | مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في تأويلات القضاء<br>الدستوري والإداري - حالة المغرب وتونس<br>د. عبد الحق بلفقيه |
|     | <b>الفصل الخامس</b>                                                                                                                                     |
| 117 | منهج القاضي الإداري المغربي: تقنيات التكيف والاستدلال بالوقائع<br>د. يونس الشامي                                                                        |
|     | <b>الفصل السادس</b>                                                                                                                                     |
| 143 | دراسة مقارنة من خلال مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية بالمغرب<br>د. الجيلالي شبیه                                                               |
|     | <b>الفصل السابع</b>                                                                                                                                     |
| 181 | حماية القضاء بين الدستوري والإداري لأسس دولة القانون في نزاعات المركز بالمحيط<br>د. خالد صالح                                                           |
|     | <b>الفصل الثامن</b>                                                                                                                                     |
| 209 | الأهداف ذات القيمة الدستورية بين ضبابية المنشأ وإشكال الفعلية: دراسة مقارنة<br>د. طارق اجدايني                                                          |
|     | <b>الفصل التاسع</b>                                                                                                                                     |
| 239 | تأهيل القضاء الإداري لتعزيز الموازنة بين حماية الحريات العامة والحفاظ على النظام العام<br>د. محمد المودن عبد الرحمان حبيب الله                          |
|     | <b>الفصل العاشر</b>                                                                                                                                     |
| 283 | إشكالية التوفيق بين السلطة والحرية في الظروف الاستثنائية وموقف الاجتهاد القضائي<br>د. وديع البقالي                                                      |



## الفصل الحادي عشر

مسألة "حوار القضاة" في ضوء نظام تصفية طلبات الدفع بعدم دستورية القوانين: أية خيارات لتفعيل  
الولوج للعدالة الدستورية؟

307

د.يوسف العزوزي

## الفصل الثاني عشر

موقعة القضاة بين الدستوري والإداري بين النزعة الشكلائية وحس العدالة

331

د.عثمان سيلوم

## الفصل الثالث عشر

مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية في تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب

353

د.العدنان العزاوي

## الفصل الرابع عشر

إسهامات القضاء الإداري في تكريس دولة القانون من خلال الدور الإنشائي وعلاقة القضاء الدستوري بهذا

381

الدور

د.كوثر أمير

## الفصل الخامس عشر

القضاء الدستوري: آلية "ضد-ديموقراطية" لحماية الحقوق والحريات

407

د. هند أبو الهيثم

## الفصل السادس عشر

دور القاضي الإداري المغربي في مراقبة تدرج ودستورية القوانين

431

ذ.محمد لشكاكي

## الفصل السابع عشر

المصلحة العامة في حوار القاضيين الدستوري والإداري بفرنسا

449

بدر القاسمي

## الفصل الثامن عشر

الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري

471

ذ. ياسين الكوش

دور القضاة الإداريين والدستوريين في بناء وتعزيز دولة القانون والمؤسسات

493

ذ.الحمامة أيوب

الأمن القانوني ومسألة إعادة بناء دولة القانون والمؤسسات - من منطق مبدأ المشروعية إلى منطق مبدأ الأمن

519

القانوني-

أسامة المرابط

## تقديم

جرت العادة لدى المهتمين بدراسة الاجتهاد القضائي داخل الفضاء الفرنكفوني بأن تنسب أبوة عبارة "حوار القضاة" إلى الرئيس "برونو جونوفوا"<sup>1</sup> Bruno Genevois الذي أعطى للعبارة الصدى الذي اكتسبته منذ خلاصاته أمام مجلس الدولة في قضية "وزير الداخلية ضد كوهن - بنديت"، 6 دجنبر 1978<sup>2</sup>. والحال أنه لم يقم إلا بوضع اسم على ظاهرة قديمة، قدم تبادل التأثير بين القضاة، الذي (التأثير المتبادل) لم ينتظر إلى أواخر السبعينيات من القرن الماضي لكي يظهر، بل برز بأشكال متعددة، وفي مناطق مختلفة عبر العالم، من مثل بلدان "الكومن لاو" Common Law، وخاصة منها الولايات المتحدة الأمريكية.

علما أن قضاة المحاكم في هذا البلد يقيمون بينهم نوعا من الحوار، ويتأثرون بعضهم البعض، وأن الترسانة القانونية مكونة بدرجة عالية من أحكام تعود إلى الاجتهاد القضائي، فضلا على أن القضاة يعتبرون أحكام زملائهم الآخرين من نفس الدرجة أو من الدرجة الأعلى منها كمرجعية يستندون عليها لاتخاذ قراراتهم وإعطائها السند القانوني اللازم، وهذه العملية لا تجرى بشكل ميكانيكي، بل تمرّ عبر تأويل وتفسير تلك الأحكام وإخضاعها للقياس، لكي يستنبط منها القرار الأقرب لمفهوم العدالة؛ ويتم من خلال هذه العملية المعقّدة تقارب في المواقف، بحيث تؤدي فيه المحكمة العليا الدور المركزي.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المكانة المرجعية للمحكمة العليا في الحوار الوطني الواسع حول معنى الدستور، تُسهم فيه المحاكم بطريقة ملموسة، إذ من النادر أن تنظر محكمة لوحدها في النزاع، بل غالبا ما يتم استئناف قرارها أمام محكمة أخرى، وكلما كانت القضية أكثر أهمية، إلا وزاد احتمال مشاركة القضاة، وقد تصل القضية إلى المحكمة العليا. الأمر الذي يؤدي إلى تضارب في الآراء وتعدد في تفسير وتأويل القاعدة القانونية، ينتج عنه شبه حوار واسع بين القضاة من مختلف الدرجات، قد تتدخل فيه أطراف متعددة من محامين ووسائل الإعلام والرأي العام. وهذا الحوار غير المباشر قد يتأثر به القضاة، سيما قضاة المحكمة العليا، وقد ينتج عن ذلك تأويلا جديدا للدستور، وكما هي التأويلات المختلفة والمتناقضة التي عرفها النص الدستوري

<sup>1</sup> Bruno Genevois, ancien président de la Section du Contentieux au Conseil d'Etat a écrit entre autres « L'influence du Conseil constitutionnel », IN Pouvoirs n°49 - La Ve République - 30 ans - avril 1989 - p.47-56 ; c'est dans l'affaire Cohn-Bendit c. ministre de l'Intérieur que Bruno Genevois donna à l'expression son sens ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (avec M. Long et P. Weil), Éditions Dalloz, et La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Broché, Ed. STH (Science et Techniques humaines).

<sup>2</sup> Voir, Régis de gouttes - Premier Avocat Général à la Cour de Cassation, « Le dialogue des juges »,

عبر السنين حول العديد من القضايا الحساسة مثل حرية التعبير، الميز العنصري، الحقوق المدنية، وآخرها قضية الإجهاض<sup>1</sup>.

وتُبين حالة الولايات المتحدة الحوار بين القضاة في إطار الأنظمة الفيدرالية، حيث يجري الحوار بين قضاة الولايات الخمسين وقضاة المحكمة العليا، من جهة، وقضاة الولايات فيما بينهم، من جهة أخرى<sup>2</sup>. ولكنها تبين كذلك الحوار القائم بين القضاة المنتنن إلى إطار أوسع، ويتعلق الأمر بالنظام القانوني المشترك بين البلدان<sup>3</sup> التي تقتسم القانون العام الأنجلوساكسوني Common Law؛ فالقضاة في كل البلدان المنتمية لهذه المنظومة يعتبرون الأحكام التي تصدر عن قضائهم بمثابة مرجعية مشتركة يستعملونها من أجل إعطاء سند قانوني لقراراتهم. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، بالنسبة للقضاة في كل من كندا، وأندونيسيا، وأستراليا، ونيوزيلندا الذين يتعاملون مع الاجتهاد القضائي البريطاني كما لو كان قضاة بلدهم هم الذين أنتجوه، فضلا على أنهم يؤثرون من جهتهم على القضاة في بريطانيا<sup>4</sup>.

ومن نافل القول إن المختصين في الدراسات القانونية المقارنة يعرفون جيدا أن "حوار الاجتهادات القضائية"<sup>5</sup> dialogue des jurisprudences شكّل أول مظاهر "عولمة القانون" التي

<sup>1</sup> Barry Friedman, "Dialogue and Judicial Review" Law Review, Vol. 91:577;

[https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/mlr/article/2398/&path\\_info=](https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/mlr/article/2398/&path_info=)

<sup>2</sup> Cf. Olivier Renaudie, Pascal Mbongo et Russell L. Weaver, dir., *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine. Entre Américanophobie et Américanophilie*, Lextenso-Institut universitaire Varenne, collection « Colloques et Essais », 2013, 407 p (Compte rendu), in *Civitas Europé*, n°32, 2014, pages 305 à 308

<sup>3</sup> Voir Herbert Pope, The English Common Law in the United States, in *Harvard Law Review*, Vol. 24, No. 1 (Nov., 1910), pp. 6-30 <https://www.jstor.org/stable/1324643>

Voir aussi William B. Stoebe, « Reception of English Common Law in the American Colonies », in *William and Mary Law Review*, December 1968, vol. 1

غالبا ما يقدم الباحثون في الأنظمة القانونية المقارنة النظامين الأنجلوساكسوني واللاتيني بأتهما منفصلين تماما وينحدران من جذور مختلفة، إلا أنهم ينسبون تأثير القانون الروماني الذي أثر على طبيعة القوانين العرفية في سائر أرجاء الإمبراطورية الرومانية، التي خضعت لحكمها كذلك مناطق عدة مما أصبح بعد الفتوحات جزءا من العالم الإسلامي (مصر وسورية وفلسطين وشمال إفريقيا، بما فيها المغرب): يوجد هنا مجال خصب للبحث في تاريخ القانون.

<sup>4</sup> Voir Thomas Bingham (2010), « Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law », Cambridge University Press, p. 7

<sup>5</sup> Julie Allard, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit Arguments entre idéalisation et scepticisme », in *Atrhemis*, vol 3, p.285; voir aussi, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation et montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007; voir aussi J. Allard et A. Van Waeyenbergh, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions

يمكن أن تختزل الآن في "أمركة القانون"<sup>1</sup>. وأما بالنسبة للعالم الفرنكفوني، فإنه يبدو أن هذا الحوار يكاد يكون منعدما بين القضاة الفرنسيين وباقي القضاة في البلدان المتأثرة بالقانون الفرنسي (أي قضاة المستعمرات الفرنسية السابقة)؛ فالتأثير والإحالات أحادية الجانب. وإذا كان هؤلاء القضاة يحيلون باستمرار على قرارات مجلس الدولة أو محكمة النقض الفرنسيين، فإن قضاة هتين المؤسسات يعتبران نفسيهما مرجعية تؤثر في الآخر، ولا تتأثر به.

ونجد مجالات خصبة تجلّى فيها الحوار بين القضاة، منها مجال الحقوق الأساسية، حيث يتم تبادل التفسيرات والنظريات والحجج بين المحاكم الدستورية، خاصة على الصعيد الأوروبي، وقد غدّى هذا الحوار مجال الحماية القضائية لتلك الحقوق، بعدما أُشبع هذا الحوار بمفاهيم تم تعميمها عبر التبنى المشترك للاجتهادات القضائية المبدعة لبعض المحاكم الدستورية من قبيل المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية، والمحكمة الدستورية الإيطالية، والمحكمة الدستورية الإسبانية. مع الأخذ بعين الاعتبار أنه كان للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الدور الأوفر في تمرير الحوار بين المحاكم الدستورية عبر توحيد الاجتهاد القضائي في مجال الحقوق الأساسية، وقد أدت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي نفس الدور، إذ تمكنت من أن تعطي للقضاة أرضية مشتركة في مجال حماية الحقوق الأساسية، تأسيسا على ما اعترفت به كمبادئ عامة للقانون الأوروبي، وكذلك ما أسمته بالنظام العام الأوروبي الذي يتكون من "التقاليد الدستورية المشتركة" لبلدان الاتحاد الأوروبي، وفي تقاليد، مثلها مثل المبادئ العامة للقانون الأوروبي، من عمل القضاة.

كما ساهمت هذه المحاكم أساسا في توحيد تأويل القضاة وفهوماتهم، في سائر الدول الأعضاء في للاتحاد، للقانون الأوروبي، سيما عبر الأسئلة question préjudicielle التي يوجهونها إليها حين يتعذر عليهم الفهم الصحيح لنص من القانون الأوروبي.

وقد عززت المحكمة الأوروبية هذا الحوار باللقاءات السنوية التي تنظمها منذ 2005<sup>2</sup>، والتي أسفرت عن مؤسسة الحوار بين القضاة، حيث أصبح هذا الأخير يمرّ ليس فقط عبر الأخذ والرد

autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger » in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2008-2, (volume 61), PP. 109-129

<sup>1</sup> François Terré, L'américanisation du droit, Archives de philosophie du droit, n°45

<sup>2</sup> [https://www.echr.coe.int/fr/d/dialogue\\_2005\\_fra?p\\_l\\_back\\_url=%2Ffr%2Fsearch%3Fq%3Ddialogue%2Bentre%2Bles%2Bjuges](https://www.echr.coe.int/fr/d/dialogue_2005_fra?p_l_back_url=%2Ffr%2Fsearch%3Fq%3Ddialogue%2Bentre%2Bles%2Bjuges) (2005)

[https://www.echr.coe.int/fr/d/dialogue\\_2022\\_fra?p\\_l\\_back\\_url=%2Ffr%2Fsearch%3Fq%3Ddialogue%2Bentre%2Bles%2Bjuges](https://www.echr.coe.int/fr/d/dialogue_2022_fra?p_l_back_url=%2Ffr%2Fsearch%3Fq%3Ddialogue%2Bentre%2Bles%2Bjuges) (2022) ;

بين قضاة المحكمة والمحكمة العليا الوطنية، بل كذلك في إطار التبادل داخل "شبكة المحاكم" التي تم إنشاؤها من أجل خلق وتطوير ذلك الحوار، إذ يبلغ عدد المحاكم الأعضاء في هذه الشبكة 102 محكمة من 54 دولة، مما خلق انطبعا مفاده أنّ هذا الحوار أصبح يهتم كافة القضاة داخل مجال مجلس أوروبا. وهو الحوار الذي يمر الحوار عبر طلبات الآراء الاستشارية من قبل قضاة المحاكم الوطنية، في إطار البروتوكول رقم 16.

ونجد نفس الممارسة على صعيد القارة الأمريكية الجنوبية، التي تناول موضوع حوار القضاة فيها بإسهاب من قبل الباحثين المهتمين بالحوار بين المحاكم المحلية والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، ومدى إسهام ذلك الحوار في إثراء الترسنة القانونية<sup>1</sup>، حيث جعلت هذه المحكمة من الانفتاح على اجتهادات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قاعدة لها منذ بداية الثمانينات من القرن العشرين، ونفس الشيء قامت به محكمة العدل للاتحاد الأوروبي؛ فالانفتاح قد يكون أفقيا، كما قد يكون عموديا، يتداخل فيه القانون والاجتهاد القضائي الدوليين مع القانون والاجتهاد القضائي الداخلي.

ويتربّ عن هذا التداخل تعدد المعايير والقواعد التي يجب تطبيقها، مما يحتمّ على القضاة البحث عن نظام قانوني موحد، قدر الإمكان، والسعي إلى تبسيطه عبر توحيد الاجتهاد القضائي، لأن تعدد الأحكام القضائية وتناقضها قد يعيق الوصول إلى الهدف الأسى لكل نظام ديمقراطي، ألا وهو تحقيق العدالة من أجل حماية مثلى للحقوق الأساسية، لذلك نجد أن المجال الرئيسي لحوار القضاة يكمن في تلك الحقوق.

من منطلق هذه التأسيسية، يمكن الخلوص إلى أن الحوار بين القضاة داخل كل بلد على حدة، تُسهم فيه المحاكم العليا والمحكمة الدستورية النصيب الأكبر، كما من شأن هذا الحوار بين أولئك القضاة والقاضي على الصعيد الدولي أن يساعد في تقليص الشرح بين القانون الداخلي والقانون الدولي، وأما الحوار بين المحاكم الدولية فيؤجّي فيه القضاة دور المساهم في عملية تدويل القانون. la mondialisation du droit.

<sup>1</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, « What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?: Reflections Of A Judge Of The Inter-American Court Of Human Rights », in Harvard Human Rights Journal / Vol. 30; [https://harvardhrj.com/wp-content/uploads/sites/14/2020/06/30\\_Mac-Gregor\\_What-Do-We-Mean-When-We-Talk-About-Judicial-Dialogue.pdf](https://harvardhrj.com/wp-content/uploads/sites/14/2020/06/30_Mac-Gregor_What-Do-We-Mean-When-We-Talk-About-Judicial-Dialogue.pdf), l'article présente une riche bibliographie sur le sujet.

ويمكن تقديم إجابة مختصرة عن سؤال: كيف يتجلى ذلك الحوار؟ على النحو التالي: إنّه يتجلى في قرارات القضاة التي تبين مدى تعاملهم مع قرارات القضاة الآخرين، ولكن تتبّع العملية ليس بالشأن الهين.

وإذا كان موضوع حوار القضاة قد تمّ تداوله نسبيا في البلدان الغربية، فإنّه يبقى جديدا شيئا ما على الساحة القضائية والجامعية في المغرب؛ لذلك تبرز أهمية هذا الكتاب الذي جمع ثلة من المختصين، كل في مجاله، وتعدد المجالات يبين أنّ حوار القضاة لا يهم فقط القاضي الدستوري، بل كذلك القاضي الإداري، والمدني والجنائي والتجاري، على الرغم من أنّ الكتاب ركّز على القضاة الدستوري والإداري.

د. عبد المالك الوزاني

# الفصل الأول

# قاعدة "الشكل يغطي المضمون" في القانون والتنظيم

The Rule of "the Form Covers the Content" in Law and Regulation

د. يحيى حلوي

أستاذ التعليم العالي، بكلية العلوم القانونية  
والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة

## ملخص

تنطلق الدراسة من فكرة أساسية مفادها أن القانون الذي يصدر عن البرلمان يراقبه القاضي الدستوري والتنظيم الذي يصدر عن الحكومة يراقبه القاضي الإداري.

لكن دستور المملكة لـ 2011 قد سمح للبرلمان أن يصوت على اقتراحات قوانين تتضمن مقتضيات تنظيمية (الفصل 71 في علاقته بالفصلين 79 و73) (الحالة الأولى)، في مقابل ذلك سمح للحكومة أن تتخذ مراسيم ومراسيم بقوانين تتضمن مقتضيات تشريعية (الفصلان 70 و81) (الحالة الثانية)، وقاعدة "الشكل يغطي المضمون" في هاتين الحالتين تفيد أي مقتضى تنظيمي وارد في قانون يراقبه القاضي الدستوري وأي مقتضى تشريعي وارد تنظيم يراقبه القاضي الإداري، مع الإشارة إلى أن هذه القاعدة وإن طبقت في أكثر من مناسبة فقد عرفت بعض الانزلاقات.

## Abstract

The article assumes that the law issued by parliament is reviewed by the constitutional judge, while the regulation issued by the government is reviewed by the administrative judge. However, Morocco's 2011 constitution allows parliament to vote on proposals (proposition) that include regulatory provisions (Article 71 in relation to Articles 79 and 73) (Case One). In return, the government is allowed to take decrees and decree-laws that include legislative requirements (Article 70 and 81) (the second case). The rule "the form covers the content" in these two cases indicates any regulatory requirement contained in a law that is reviewed by the constitutional judge, and any legislative requirement contained in a regulation that is reviewed by the administrative judge, noting that this rule, even if it is applied on more than one occasion, has undergone some deviation.



## مقدمة

جاء في الفصل 132/فق.1 من دستور المملكة المغربية للفتاح من يوليو 2011: "تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية؛ وتبت بالإضافة إلى ذلك في صحة... عمليات الاستفتاء"<sup>1</sup>. ومن بين الاختصاصات المسندة إليها بفصول دستور المملكة البت في دستورية "القوانين، قبل إصدار الأمر بتنفيذها" طبقا للفقرة 3 من نفس الفصل، و "... النظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون" طبقا للفصل 133.

في مقابل ذلك وإن خص دستور المملكة المغربية لـ 2011 عددا مهما من الفصول للمجال التنظيمي وكذا للسلطة التنظيمية التي يختص بها - كقاعدة عامة - رئيس الحكومة<sup>2</sup>، فقد اكتفى بالإشارة في الفصل 118/فق.2 منه إلى التنصيب على أن: "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يُمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة"، ومنه يستفاد أن دستور المملكة قد سعى إلى تأكيد رقابة القضاء الإداري للقرارات الإدارية بما فيها المرتبطة بالمجال التنظيمي لرئيس الحكومة، إذ ظلت المادة 9 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية تنص على أنه: "استثناء من أحكام المادة السابقة يظل المجلس الأعلى<sup>3</sup> مختصا بالبت ابتدائيا وانتهائيا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المتعلقة بـ: - المقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول؛ - ...."<sup>4</sup>. ومنه لا يمكن للقاضي الدستوري أن يراقبها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نص الدستور لـ 28 من رجب 1432 (فاتح يوليو 2011)، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ج. ر. عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص. 3601.

<sup>2</sup> للتوسع في الموضوع أنظر:

يجي حلوي، المجلس الدستوري المغربي: دراسات وتعاليق (1994-2017)، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 1437هـ (2017م)، ص. 431 وما بعدها.

<sup>3</sup> لقد تم تغيير المجلس الأعلى بمحكمة النقض بمقتضى قانون رقم 58-11 بعد الإشارة المنصوص عليها في الفصل 115 من دستور المملكة للتاريخ الموافق للفتاح من يوليو 2011: أنظر في ذلك:

قانون رقم 58-11 متعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1-57-223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، ج. ر. عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص. 5228.

<sup>4</sup> قانون رقم 41-90 يحدد بموجبه محاكم إدارية، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-91-225 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)، ج. ر. عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص. 2168.

<sup>5</sup> في قراره رقم 467-2001 صرح المجلس الدستوري بالعبارة الآتية: "وحيث أن مرسوم 26 مارس 2001 لا يختص المجلس الدستوري بالنظر فيه". وفي قراره رقم 70-18 م.د أكدت المحكمة الدستورية: "لا يندرج فحص دستورية المراسيم ضمن اختصاصات المحكمة الدستورية" أنظر في ذلك:

م. د.، قرار رقم 467-2001 صادر في 15 من شوال 1422 (31 ديسمبر 2001)، ج. ر. عدد 4966 بتاريخ 18 شوال 1422 (3 يناير 2002)، ص. 13.

إن القراءة المتمعنة لمقتضيات الفصول 132/فق.1-3 و 133 وكذا 118/فق.2 في علاقتها بالمادة 9 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية تفيد حتما أن هناك قاعدة مطلقة مفادها: أن النظر في دستورية القانون الذي يصدر عن البرلمان يظل من اختصاص "القاضي الدستوري" سواء قبل صدور الأمر بتنفيذه (المجلس الدستوري - المحكمة الدستورية) أو بعد ذلك (الحكمة الدستورية)، وتظل الغرفة الإدارية بمحكمة النقض هي الوحيدة المختصة بالنظر في طلبات إلغاء المقررات التنظيمية التي يتخذها رئيس الحكومة في المجال التنظيمي.

غير أن دستور المملكة لـ 2011 قد سمح للبرلمان، من خلال الفصلين 79 و 73 من التدخل، وفق حدود، في مجال التنظيم بواسطة القانون أو القانون التنظيمي، فقد جاء في الفصل 79 من دستور المملكة: "للحكومة أن تدفع بعدم قبول كل مقترح أو تعديل لا يدخل في مجال القانون.

كل خلاف في هذا الشأن ثبت فيه المحكمة الدستورية، في أجل ثمانية أيام، بطلب من أحد رئيسي المجلسين، أو من رئيس الحكومة"، كما جاء في الفصل 73 منه: "يمكن تغيير النصوص التشريعية من حيث الشكل بمرسوم، بعد موافقة المحكمة الدستورية، إذا كان مضمونها يدخل في مجال من المجالات التي تمارس فيها السلطة التنظيمية اختصاصها". إن قراءة لهذين الفصلين تفيد أنه يمكن أن يصوت البرلمان على اقتراح قانون يتضمن مقتضيات تنظيمية. فالقانون المصوت عليه هو من حيث الشكل صادر عن البرلمان لكن من حيث المضمون قد يتضمن مقتضيات ذات طبيعة تنظيمية.

في مقابل ذلك، سمح دستور المملكة للحكومة بالتشريع في مجال القانون، وفق شروط وإجراءات، وذلك من خلال الفصلين 70/فق.3 و 81. فقد جاء في الفصل 70/فق.3: "للقانون أن يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود، ولغاية معينة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها. غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة، عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما"، كما جاء في الفصل 81 منه: "يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال دورته العادية الموالية". إن قراءة لهذين الفصلين الأخيرين تفيد حتما أن هذه المراسيم أو المراسيم قوانين هي من

م(5). د(5)، قرار رقم 70.18 م. د صادر في 17 من جمادى الآخرة 1439 (6 مارس 2018)، ج. ر. عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 م(12) مارس 2018، ص. 1491.

حيث الشكل تنظيم على اعتبار أنها متخذة من قبل الحكومة، لكن من حيث الموضوع تعد تشريعا طالما أن مقتضياتها تدخل في مجال القانون الذي هو من صميم اختصاص البرلمان.

من جهة أخرى، ليست الحكومة وحدها هي التي تتدخل في مجال القانون، إنما هناك جهات أخرى، إذ يمكن للملك أن يتدخل بالتشريع في مجال القانون بظواهر شريفة طبقا للفصل 59 من دستور المملكة<sup>1</sup>، كما أن هناك، عددا لا يستهان به من الظواهر الشريفة التي اتخذت قبل العهد الدستوري، والعديد من الظواهر الشريفة وبعض المراسيم الملكية التي اتخذت في ظل العهد الدستوري وهي من صميم اختصاص البرلمان<sup>2</sup>.

يتضح إذن أن هناك العديد من القواعد القانونية التي يتزاح فيها الجانب الشكلي بالجانب الموضوعي، ومع التسليم بتعدد أصناف هذا التزاح يمكن الاقتصار على ثلاث (3) منها على سبيل المثال، فهناك من جهة أولى، قواعد هي من حيث شكلها تعد تنظيما لأنها متخذة من الحكومة، لكن من حيث موضوعها تعد تشريعا لأن موضوعها يدخل في مجال القانون الذي يعد من اختصاص البرلمان (الصنف الأول)، وهناك من جهة ثانية، قواعد أخرى هي من حيث شكلها تعد قانونا لأنها متخذة من البرلمان، لكن من حيث موضوعها تعد تنظيما لأن موضوعها يدخل في مجال التنظيم الذي يعد من اختصاص الحكومة (الصنف الثاني)، وهناك من جهة ثالثة، قواعد هي من حيث شكلها تخرج من مجال القانون ومن مجال التنظيم لأنها متخذة من الملك، لكن من حيث

<sup>1</sup> جاء في الفصل 59 من دستور المملكة لـ 2011: "إذا كانت حوزة التراب الوطني مهددة، أو وقع من الأحداث ما يعرقل السير العادي للمؤسسات الدستورية، أمكن للملك أن يعلن حالة الاستثناء بظهير، بعد... ويؤول الملك بذلك صلاحية اتخاذ الإجراءات التي يفرضها الدفاع عن الوحدة الترابية، ويقتضها الرجوع، في أقرب الأجل، إلى السير العادي للمؤسسات الدستورية. لا يحل البرلمان أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية.

تبقى الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور مضمونة"، هذا الفصل يعطي للملك عند الإعلان عن حالة الاستثناء صلاحية اتخاذ الإجراءات التي يفرضها الدفاع عن الوحدة الترابية، ويقتضها الرجوع، في أقرب الأجل، إلى السير العادي للمؤسسات الدستورية دون المساس بالحقوق والحريات الأساسية التي يضمنها الدستور. إن القول ببقاء "الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور مضمونة" لا يمنع الملك من تشريعه في الحقوق الدستورية الأخرى المنصوص عليها في الدستور، ومنه يمكن القول بالتأكيد على أن دستور المملكة قد ميز بين نوعين من الحقوق. النوع الأول، يرتقي إلى "الأساسية" التي تتميز بعدة مميزات أهمها أن مكتسباتها غير قابلة للمراجعة الدستورية (الفصل 175)، وتوجد في عدد لا يستهان به من دستور المملكة، علاوة على فصول الباب الثالث، أما النوع الثاني، وإن كان لا يرتقي إلى الحقوق والحريات الأساسية، فيمكن نعتة بالحقوق والحريات الدستورية وهي حقوق وحريات متناثرة في دستور المملكة (موجودة لاسيما في الباب السابع المتعلق بالسلطة القضائية).

<sup>2</sup> للوقوف على التحديد الدقيق لهذه الظواهر الشريفة والمراسيم الملكية أنظر:

يجي حلو، مدلول الـ "قانون" الوارد في الفصل 133 من دستور المملكة المغربية لـ 2011: تعليق على قرار المحكمة الدستورية رقم 18-70 م.د.، م.م.إ.م.ت. عدد 154 شتنبر - أكتوبر 2020، ص. 527.

موضوعها تعد تشريعاً لأن موضوعها يدخل في مجال القانون الذي يعد من اختصاص البرلمان (الصنف الثالث).

لا شك أن تزواج الجانب الشكلي في القواعد القانونية بالجانب الموضوعي، يثير فضول الجهة المختصة في الرقابة. وفيما يبدو هذا التزاوج أثاره أول الأمر الأستاذ بول ديكره Paul DECROUX في أحد أهم مقالاته، إذ بعدما شرح كيف أن القضاء لا يراقب شرعية القرارات المتخذة من قبل الملك ولو كان مضمونها ذو طابع إداري، بسبب أنها متخذة من حيث الشكل من جهة غير الإدارة استنتج بالقول: "الشكل يغطي إذن المضمون" ("la forme couvre donc le fond").<sup>1</sup> من خلال هذا الاستنتاج يتحتم البحث في مدى اعتبار قاعدة "الشكل يغطي المضمون" في علاقة القانون بالتنظيم قاعدة عامة أم قاعدة مطلقة؟

للجواب على هذا التساؤل يتطلب البحث في موقف "القاضي الدستوري" والقاضي الإداري بشأن كل نص صدر من حيث الشكل عن الحكومة متضمناً مقتضيات هي من حيث الموضوع تشريعية، أو كل نص صدر من حيث الشكل عن البرلمان متضمناً مقتضيات تنظيمية (مطلب أول)، وفي موقف "القاضي الدستوري" بشأن كل نص صدر من حيث الشكل عن الملك متضمناً من حيث الموضوع مقتضيات تشريعية (مطلب ثان)، وسيتم الارتكاز في التحليل على اجتهادات المجلس الدستوري (21 مارس 1994 - 4 أبريل 2017) والمحكمة الدستورية (منذ 4 أبريل 2017) واجتهادات محكمة النقض (الغرفة الإدارية).

## المطلب الأول: علاقة القانون بالتنظيم..من التأسيس للقاعدة إلى التكريس لها

إن القراءة المتمعنة لبعض الاجتهادات الصادرة عن كل من المجلس الدستوري ومحكمة النقض والمرتبطة بعلاقة القانون بالتنظيم توضح بجلاء أن هناك تأسيساً لقاعدة "الشكل يغطي المضمون"، وأن هذا التأسيس وصل لحد التبادل المكوكي (أولاً)، وأن المحكمة الدستورية لم تقف عند تكريس القاعدة، وإنما ساهمت بشكل كبير في استكمالها (ثانياً).

<sup>1</sup> أنظر في ذلك:

Paul DECROUX, Le souverain du Maroc, législateur, Revue de l'occident musulman et de la méditerranée, n° 3, 1967, p.41

## أولاً: التأسيس للمبدأ: التبادل المكوكي بين المجلس الدستوري ومحكمة النقض

لقد لعب المجلس الدستوري دوراً مهماً في التأسيس لمبدأ أساسي مفاده أن المراسيم والمراسيم بقوانين المتخذة بناءً على الفصلين 70/فق.3 و81 من دستور المملكة لـ 2011 تخضع للمراقبة من قبل القاضي الدستوري بمجرد تمام الموافقة عليها، وتخرج من دائرة رقابته إذا لم تتم المصادقة عليها (1)، وقد ساهمت محكمة النقض في التأسيس لهذا المبدأ من خلال تأكيد رقابتها لهذا الصنف من القواعد بمجرد اتخاذها وقبل المصادقة عليها، وتخرج من دائرة رقابتها إذا تمت المصادقة عليها (2).

1. صدر عن المجلس الدستوري قراران يؤسسان للمبدأ، الأول كان في ظل دستور المملكة المراجع في 1992، والثاني في ظل دستور المملكة لـ 2011.

بخصوص القرار الأول، انطلقت وقائعه من إصدار الوزير الأول لمرسوم بقانون رقم 388-91 في 13 أكتوبر 1992 متعلق بإحداث رسم على إقامة المحطات الأرضية الخاصة المعدة لالتقاط الإشارات الإذاعية التلفزيونية الصادرة عن أقمار صناعية<sup>1</sup>، وبدأ العمل به ابتداءً من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية (4 نونبر 1992)، حيث كان ينص على عدد من المقتضيات منها، فرض رسمٍ مبلغه قد يصل إلى 5000 درهم لكل من أقام محطة أرضية خاصة لالتقاط الإشارات الإذاعية التلفزيونية. وفي غضون دورة أبريل من السنة النيابية 1993-1994 تقدمت الحكومة بمشروع قانون رقم 93-33 يقضي بالمصادقة على المرسوم بقانون رقم 388-91 وتمت المصادقة عليه.

غير أن المصادقة التي لجأت إليها أغلبية مجلس النواب لم تمنع خمسة وتسعين (95) نائباً منه من اللجوء إلى المجلس الدستوري طالبة منه التصريح بعدم دستورية القانون مستندة في ذلك إلى العديد من الحجج<sup>2</sup>. وأثناء النظر في دستورية القانون رقم 93-33 استهل المجلس الدستوري حيثيات قراره بالعبارة الآتية: "حيث إن إحالة قانون يقضي بالمصادقة على مرسوم بقانون إلى

<sup>1</sup> مرسوم بقانون رقم 388-91 صادر في 15 من ربيع الآخر 1413 (13 أكتوبر 1992) بإحداث رسم على إقامة المحطات الأرضية الخاصة المعدة لالتقاط الإشارات الإذاعية التلفزيونية الصادرة عن أقمار صناعية، ج. ر. عدد 4175 بتاريخ 8 جمادى الأولى 1413 (4 نوفمبر 1992)، ص. 1457.

<sup>2</sup> للاطلاع على نص الرسالة التي أودعها خمس وتسعون (95) نائباً من مجلس النواب بالأمانة العامة للمجلس الدستوري، أنظر مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس - العدد 12، عدد خاص ضمن ندوة القضاء الدستوري بالمغرب، 1996، ص. 72.

المجلس الدستوري لفحص دستوريته يستوجب النظر في القانون والمرسوم بقانون معا لأنهما يكونان كلا لا يتجزأ".<sup>1</sup>

بهذه الحثية يتضح أن المجلس الدستوري قد أقر بأنه لا يمكن الاكتفاء في الرقابة على دستورية قانون قاضي بالمصادقة على مرسوم بقانون طبقاً للفصل 54 في دستور المملكة المراجع في 1992، ولكن بجميع العمليات التي دخلت في المسلسل التشريعي إلى حدود المصادقة عليه. فتصدى بشكل تلقائي لمراقبة دستورية المرسوم بقانون، وتبين له أنه قد اتخذ خارج الأجل المحدد دستورياً. وتطبيقاً لذلك جاءت حيثيات قرار المجلس الدستوري بشكل متسلسل نذكر منها: "وحيث إن المرسوم بقانون - المحال إلى المجلس الدستوري فحصر دستورية القانون الرامي إلى المصادقة عليه - قد وافقت على مشروعه لجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية بمجلس النواب في 28 من سبتمبر 1992 وكان يمكن إصداره على أبعد تقدير يوم الخميس 8 أكتوبر 1992؛ وحيث إنه لم يصدر إلا في 13 من أكتوبر 1992 أي بعد انصرام الفترة الفاصلة بين دورتين التي كان يمكن الحكومة إصداره فيها؛ ... وحيث يستتبع ذلك أن القانون رقم 33.93 القاضي بالمصادقة على المرسوم بقانون المشار إليه أعلاه ... يكون قد تم إقراره دون مراعاة أحكام الفصل الرابع والخمسين من الدستور، ومن ثم يتعين القضاء بعدم مطابقتها للدستور".

هكذا يظهر أن المجلس الدستوري قد قضى بعدم مطابقة القانون رقم 33-93 لدستور المملكة المراجع بالنظر إلى كون المرسوم بقانون قد اتخذ خارج الأجل المحدد دستورياً أي أن هذا التصرف الأخير معيب بعيب الاختصاص (الزمي). ومنه تم فهم أن هذا المرسوم بقانون وإن كان يعد من حيث الشكل تنظيماً فقد أصبح بمجرد المصادقة عليه من قبل البرلمان تشريعاً ولا يراقبها إلا "القاضي الدستوري".

بخصوص القرار الثاني، انطلقت وقائعه مع إيداع الحكومة بمكتب مجلس المستشارين مشروع مرسوم بقانون رقم 2.14.596 يقضي بتتميم القانون رقم 012.71 والقانون رقم 05.89 بغية الحصول على اتفاق من اللجنة المعنية (لجنة المالية والتخطيط والتنمية الاقتصادية)، تطبيقاً للفصل 81 من دستور المملكة لـ 2011. غير أن أحد الفرق بالمجلس سارع إلى المجلس الدستوري وسجل بأمانته العامة (في 5 شتنبر 2014) عريضة طعن يلتبس بمقتضاها منه التصريح بعدم دستورية اجتماع لجنة المالية والتخطيط والتنمية الاقتصادية المنعقد بمجلس

<sup>1</sup> م. د. قرار رقم 37-94 صادر في 7 ربيع الأول 1415 (16 أغسطس 1994)، ج. ر. عدد 4271 بتاريخ 29 ربيع الأول 1415 (7 سبتمبر 1994)، ص. 1505.

المستشارين بتاريخ فاتح سبتمبر 2014، المخصص للموافقة على مشروع المرسوم بقانون رقم 2.14.596، فاستبعد المجلس الدستوري الطعن وقضى بعدم اختصاصه لعدد من الاعتبارات منها: "وحيث إنه، لأن كانت مراسيم القوانين تتخذها الحكومة باتفاق مع اللجان البرلمانية المعنية بالأمر في كلي مجلسي البرلمان، وفقا للمسطرة الخاصة المحددة لذلك في الفصل 81 المذكور، فإن مراسيم القوانين لا يخضع اعتمادها لكامل مسطرة التشريع المقررة في الدستور، مما يجعل سريانها يتم فور نشرها في الجريدة الرسمية ولا يتوقف على صدور أمر بتنفيذها كما تقتضي ذلك أحكام الفصل 50 من الدستور، الذي ينطبق على القوانين دون سواها؛

وحيث إنه، بناء على ذلك، فإن مراسيم القوانين لا تكتسب صبغة قانون إلا بعد المصادقة عليها من قبل البرلمان بمجلسيه في الدورة العادية الموالية لصدورها، وفقا لأحكام الفصل 81 من الدستور، مما يجعلها غير مندرجة ضمن اختصاص المحكمة الدستورية المحدد بموجب الفصل 132 من الدستور".<sup>1</sup>

هكذا يظهر أن المجلس الدستوري قد قضى بعدم اختصاصه النظر المرسوم بقانون طالما أنه لم يخضع بعد للمصادقة من قبل البرلمان.

مما سبق يمكن القول أن المجلس الدستوري يعتبر المراسيم والمراسيم بقوانين المتخذة بناء على الفصلين 70/فق.3 و 81 وإن كانت تعد من حيث الشكل تنظيمات (Règlements) فمن حيث الموضوع تتضمن مقتضيات تشريعية ويراقبها بمجرد تمام المصادقة عليها من قبل البرلمان بقانون وإحالة عليه للبت في دستوريته.

2. وبالعودة لقرارات محكمة النقض يتبين أنها ساهمت في هي الأخرى التأسيس للقاعدة من خلال عدد من قراراتها، أهمها القرار رقم 1/1702 الصادر في الفاتح من دجنبر 2016.

تتلخص وقائع القضية في أنه بعدما حصل رئيس الحكومة على اتفاق من قبل كلا اللجنتين المعنيتين لمجلس النواب وللمجلس المستشارين عند عرضه للمرسوم بقانون رقم 2.14.596 المشار إليه والذي اتخذ في الفاتح من شتنبر 2014، وتم نشره في الجريدة الرسمية (النشرة العامة)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> م. د.، قرار رقم 944.14 م.د صادر في 22 من ذي القعدة 1435 (18 سبتمبر 2014)، ج. ر. عدد 6294 بتاريخ 29 ذو القعدة 1435 (25 سبتمبر 2014)، ص. 7094.

<sup>2</sup> مرسوم بقانون رقم 2.14.596 صادر في 5 ذي القعدة 1435 ( فاتح سبتمبر 2014 ) بتميم القانون رقم 012.71 الصادر في 12 من ذي القعدة 1391 ( 30 ديسمبر 1971 ) المحددة بموجبه السن التي يجب أن يحال فيها على التقاعد موظفو وأعوان الدولة والبلديات والمؤسسات العامة المنخرطون في نظام المعاشات المدنية، والقانون رقم 05.89 المحددة بموجبه السن التي يحال إلى التقاعد عند بلوغها

تضرر أحد أعوان الدولة من المرسوم بقانون ولجأ في 13 أكتوبر 2014 إلى الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، طبقاً للمادة 9 من القانون رقم 41.90 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية، طالباً منها إلغاء المرسوم بقانون، وقبل أن تجيب محكمة النقض على الطلب صوت البرلمان على مشروع قانون رقم 85.14 يقضي بالمصادقة على هذا المرسوم بقانون<sup>1</sup>. وهو الأمر الذي حتم على هذه الأخيرة أن قضت بعدم قبول الطلب بدعوى أن مسطرة المصادقة عليه قد اكتملت، إذ صرحت أن: "المرسوم بقانون المطعون فيه قد تمت المصادقة عليه من قبل البرلمان بموجب القانون رقم 85-14 الصادر الأمر بتنفيذه بموجب الظهير الشريف رقم 1-51-31 وتاريخ 12 مارس 2015 ونشر بالجريدة الرسمية عدد 6348 وتاريخ 02 أبريل 2015، وبالتالي يكون هذا المرسوم .... قد أضحى مكتسباً لصفة القانون، مما يجعل الطعن بالإلغاء فيه غير مندرج ضمن اختصاص محكمة النقض مادام الطعن في دستورية القوانين ينعقد للمحكمة الدستورية ويبقى الطلب غير مقبول"<sup>2</sup>.

مما سبق يمكن القول إن محكمة النقض تعتبر أن المراسيم والمراسيم بقوانين (الفصلان 70/فق.3 و81) وإن كانت تعد من حيث الموضوع تشريعاً فهي تراقبها طالما أنها اتخذت من حيث الشكل من الحكومة وأنه لم تتم بعد المصادقة عليها من قبل البرلمان.

### ثانياً: التكريس للقاعدة والمساهمة في استكمالها: المحكمة الدستورية

إذا كان كل من المجلس الدستوري ومحكمة النقض قد اكتفيا بالتأسيس لقاعدة "الشكل يغطي المضمون" في الشق المتعلق بالقواعد التشريعية المتضمنة في مرسوم/بناء على قانون الإذن (الفصل 72/فق.3) أو في المرسوم بقانون (الفصل 81)، فيطرح السؤال العكسي مفاده، إن تضمن قانون صادر عن البرلمان مقتضيات ذات طبيعة تنظيمية، فهل ينظر القاضي الدستوري في دستورية هذه المقتضيات أم يكتفي بالإعلان عنها بأنها ذات طبيعة تنظيمية؟

المستخدمون المنخرطون في النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد، ج. ر. عدد 6287 مكرر بتاريخ 6 ذو القعدة 1435 (2 سبتمبر 2014)، ص. 6656.

<sup>1</sup> قانون رقم 85.14 يقضي بالمصادقة على المرسوم بقانون رقم 2.14.596 الصادر في 5 ذي القعدة 1435 ( فاتح سبتمبر 2014 ) بتتيمم القانون رقم 012.71 بتاريخ 12 من ذي القعدة 1391 (30 ديسمبر 1971) المحددة بموجبه السن التي يجب أن يحال فيها على التقاعد موظفو وأعوان الدولة والبلديات والمؤسسات العامة المنخرطون في نظام المعاشات المدنية، والقانون رقم 05.89 المحددة بموجبه السن التي يحال إلى التقاعد عند بلوغها المستخدمون المنخرطون في النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.31 بتاريخ 21 من جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015)، ج. ر. عدد 6348 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1436 (2 أبريل 2015)، ص. 3621.

<sup>2</sup> م. ن. غ. إد.، قرار رقم 1/1702 (ملف إداري رقم 2986/14/2014) بتاريخ فاتح دجنبر 2016 (قضية السيد المجدريش ضد السيد رئيس الحكومة)، (قرار مستقى من كتابة ضبط محكمة النقض بالرباط).



على عكس المجلس الدستوري الفرنسي<sup>1</sup> سارعت المحكمة الدستورية في قرارها رقم 18-89م.د إلى البحث في دستورية مقتضيات التنظيمية الواردة في قانون صادر عن البرلمان، إذ يستفاد من هذا القرار أن السيد رئيس الحكومة أحال في 16 يناير 2019 رسالة (مرفقة "بمذكرة بشأن الإحالة") يطلب بمقتضاها من المحكمة الدستورية، أن تبت، استنادا إلى أحكام الفصل 132 من الدستور، في مطابقة القانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور، ومن بين الحجج التي ارتكز عليها السيد رئيس الحكومة في مذكرته المرفقة، أن القانون المحال يتضمن مقتضيات واردة في المواد من 102 إلى 108 ذات طبيعة تنظيمية، فكان جواب المحكمة على الشكل الآتي: "وحيث إنه، فضلا عن أن قاضي المشروعية<sup>2</sup>، لا يراقب دستورية المراسيم، فإن المراقبة الدستورية، الممارسة طبقا للفصل 132 من الدستور، وعلى عكس مسطرة تغيير النصوص التشريعية من حيث الشكل بمرسوم (الفصل 73) أو مسطرة الدفع بعدم القبول التشريعي (الفصل 79)، لا تُخد عمل المحكمة الدستورية في التصريح في مدى اندراج المقتضى المعروض عليها في مجال القانون أو مجال التنظيم، بل يتعداه إلى فحص مدى مطابقة مضمون المقتضى المعني، ذي الطبيعة التنظيمية، للدستور"<sup>3</sup>، بعد ذلك تصدت المحكمة للبحث في دستورية كل المقتضيات الواردة في المواد من 102 إلى 108 رغم اعترافها لها بأنها تنظيمية وقررت في المنطوق بأن: "المواد من 102 إلى 109 تكتسي طابعا تنظيميا، وأن مضمونها ليس فيه ما يخالف الدستور مع مراعاة التفسيرات المقدمة بشأنها: ". انطلاقا من هذا القرار يمكن القول أن كل مقتضى ذو طابع تنظيمي وارد في قانون صادر عن البرلمان ينظر في دستوريته القاضي الدستوري.

الخلاصة التي يمكن الوصول إليها هي أنه، إذا كان كل من المجلس الدستوري ومحكمة النقض قد ساهما بشكل فعال في التأسيس لقاعدة "الشكل يغطي المضمون" من زاوية تدخل الحكومة في مجال التشريع (الفصلان 70/فق.3 و81)، حيث يسمح للأول من النظر في هذا النوع

<sup>1</sup> في قراره رقم DC. 2005-512، اكتفى المجلس الدستوري الفرنسي بالإعلان عن المقتضيات الواردة في قانون بأن لها طبيعة تنظيمية، وأنه ليس فيها ما يخالف الدستور، دون أن يكلف نفسه عناء البحث في مدى دستورية هذه المقتضيات، أنظر في ذلك: C. cons. 2005-512 DC., 21 avril 2005, J.O.R.F. n°96 du 24 avril 2005, p. 7173.

للتوسع في الموضوع، أنظر:

Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, Eric OLIVA, André ROUX (Ouvrage créé par Louis FAVOREU, Philip LOÏC), Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, Paris, 2013, p. 189.

<sup>2</sup> للتمييز بين الشرعية والمشروعية في القضاء الإداري، ومدى صحة استعمال هذا المصطلح عند المحكمة الدستورية في قرارها رقم 90.19. أنظر: حسن حلوي، الشرعية وأخواتها، إن المصطلح تشابه علينا، المجلة المغربية للقانون البرلماني، العدد الثاني، 2020، ص. 12.

<sup>3</sup> م(5).د(5)، قرار رقم 89.19م.د صادر في 2 جمادى الآخرة 1440 (8 فبراير 2019)، ج.ر. عدد 6754 بتاريخ 15 جمادى الآخرة 1440 (21 فبراير 2019)، ص. 881.

من التدخل بمجرد المصادقة البرلمانية في حين الثانية يسمح لها النظر في هذا التدخل بمجرد اتخاذه وقبل المصادقة عليه، فإن المحكمة الدستورية قد كرست القاعدة واستكملتها، من خلال فرض رقابتها الدستورية على كل مقتضى هو من حيث الموضوع تنظيمي لكن ورد من حيث الشكل في قانون صادر عن البرلمان.

### **المطلب الثاني: علاقة القانون بالظهير الشريف وبالمرسوم الملكي: من إرهاصات التأسيس للقاعدة إلى الانزلاق عنها**

إذا ثبت أن المراسيم والمراسيم بقوانين المتخذة بناء على الفصلين 70/3 و81 من دستور المملكة لـ 2011 تراقبها محكمة النقض شريطة عدم المصادقة عليها، وأن "القاضي الدستوري" يراقبها بمجرد المصادقة عليها، فيطرح التساؤل عن مآل عدد لا يستهان به من النصوص التي لها طابع تشريعي، أي تدخل في مجال اختصاص البرلمان بقانون، وصدرت عن الملك إما قبل العهد الدستوري أو في ظله، فهي من حيث المضمون تعد تشريعا من صميم اختصاص البرلمان، لكن من حيث الشكل فهي صادرة عن الملك. الأمر الذي يتطلب البحث في مدى إمكانية رقابة هذه المقتضيات التشريعية.

لقد أتاحت لـ "القاضي الدستوري" في عدد من المناسبات المحدودة من أن يفصح عن موقفه في شأن هذه المقتضيات ذات الطابع التشريعي المتخذة من قبل الملك، فما إن بدأ يحاول المجلس الدستوري التأسيس لقاعدة "الشكل يغطي المضمون" في هذا المجال (أولا)، حتى انزلت المحكمة الدستورية عنها (ثانيا).

#### **أولا: محاولة التأسيس للقاعدة: المجلس الدستوري**

إذا كان الفصل 132 من دستور المملكة لـ 2011 يسمح لـ "القاضي الدستوري" بأن يبت في دستورية القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها وبالتالي تلك التي تصدر فقط عن البرلمان، فقد أتاحت للمجلس الدستوري، منذ العمل بدستور المملكة لـ 2011، فرصة النظر في دستورية عدد من المقتضيات التشريعية المتضمنة في قانون ساري المفعول صادر عن البرلمان، فسارع إلى النظر فيها وفق تقنيات مهمة جدا، في حين وفي مناسبات أخرى تعمد الامتناع عن النظر في مقتضيات تشريعية عرضت عليه طالما أنها اتخذت من حيث الشكل في صيغة ظهير شريف، الأمر الذي يستفاد منه أن المجلس الدستوري فضل الإبقاء على رقابة المقتضيات التشريعية الواردة في قانون صادر عن البرلمان دون تلك الواردة في شكل ظهير شريف، ويمكن الاكتفاء بالاستدلال في ذلك بمثالين:

**المثال الأول:** في دورة أكتوبر من سنة 2011 صوت البرلمان على مشروع قانون رقم 11-57 يتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية، وفي 28 أكتوبر 2011 أصدر الملك الأمر بتنفيذ هذا القانون<sup>1</sup>، وتم نشره بالجريدة الرسمية (النشرة العامة) في 31 أكتوبر 2011<sup>2</sup>، وبذلك فمستل هذا القانون لم يعرض على المجلس الدستوري للبت في مطابقتها للدستور طبقاً للفصلين 132/فق.3 و177 من دستور المملكة لـ 2011. وفي 17 دجنبر 2013 صوت البرلمان على مشروع قانون تنظيمي رقم 12-128 متعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي<sup>3</sup>، وقد نصت المادة 13/فق.3 من هذا القانون التنظيمي على أنه: "... لا يجوز أن يكون أعضاء في المجلس الأشخاص المشار إليهم في المادة 7 من القانون رقم 11-57 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.171 بتاريخ 30 من ذي القعدة 1432 (28 أكتوبر 2011)". وقد أجاز المجلس الدستوري في قراره رقم 14-932 م. د: "... إدراج أحكام المادة 7 [من القانون رقم 11-57] ... في صلب قانون تنظيمي"، بعدما نظر في دستوريته وتبين له أن: "...مضمونها الحالي لا يخالف الدستور..."<sup>4</sup>. لقد راقب المجلس الدستوري دستورية المادة 7 من القانون رقم 11-57 ولو بعد إصدار الأمر بتنفيذ هذا القانون، طالما أن القانون التنظيمي رقم 12-128 قد أحال عليها.

**المثال الثاني:** على عكس المثال الأول، يستفاد من قرار المجلس الدستوري رقم 16-1010 م. د. أن هذا الأخير توصل في 16 يونيو 2016 من رئيس الحكومة برسالة يطلب بمقتضاها منه التصريح بمطابقة القانون التنظيمي رقم 14-44 بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم

<sup>1</sup> ظهير الشريف رقم 1-11-171 صادر في 30 من ذي القعدة 1432 (28 أكتوبر 2011) بتنفيذ القانون 11-57 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية، ج. ر. عدد 5991 بتاريخ 3 ذو الحجة 1432 (31 أكتوبر 2011)، ص. 5256.

<sup>2</sup> قانون 11-57 متعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-171 بتاريخ 30 من ذي القعدة 1432 (28 أكتوبر 2011)، ج. ر. عدد 5991 بتاريخ 3 ذو الحجة 1432 (31 أكتوبر 2011)، ص. 5257.

<sup>3</sup> تم التوصل إلى هذا التاريخ من خلال الاطلاع على رسالة السيد رئيس مجلس النواب الموجهة إلى السيد رئيس الحكومة، أنظر في ذلك: رئيس مجلس النواب، رسالة عدد 001388 بتاريخ 13 صفر 1435 (17 ديسمبر 2013) في موضوع مشروع قانون تنظيمي رقم 12-128 يتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، الموقع الإلكتروني الرسمي للوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان (<http://www.mcprsc.gov.ma>)، (تم الولوج للموقع الإلكتروني بتاريخ 31 دجنبر 2016)

<sup>4</sup> م. د.، قرار رقم 14-932 م. د. صادر في 28 من ربيع الأول 1435 (30 يناير 2014)، ج. ر. عدد 6229 بتاريخ 10 ربيع الآخر 1435 (10 فبراير 2014)، ص. 2535.

العرائض إلى السلطات العمومية، تضمن هذا القانون التنظيمي عددا من المواد منها المادة الخامسة، مما جاء في الفقرتين الأولى والثانية منها: "تجتمع لجنة تقديم العريضة بدعوة من عضو واحد أو أكثر من أعضائها لاختيار وكيل عنها ونائب عنه.

تعقد اللجنة المذكورة اجتماعاتها وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل في شأن التجمعات العمومية.<sup>1</sup> وبمجرد ما تأكد المجلس الدستوري من أن التشريع الجاري به العمل في شأن التجمعات العمومية هو الظهير الشريف رقم 1-58-377 الصادر في (15 نونبر 1958)<sup>2</sup> فقد أبى إلا أن امتنع عن النظر في دستوريته.<sup>3</sup>

إن القراءة المتمنعة لقراري المجلس الدستوري المشار إليهما (رقم 14-932 م.د ورقم 16-1010 م.د) يفيد أن هذا الأخير قد حاول التأسيس لقاعدة "الشكل يغطي المضمون" من خلال النظر كل مقتضى تشريعي صادر في صيغة قانون عن البرلمان انصهر في قانون تنظيمي أو في قانون، في حين يمتنع عن النظر في كل مقتضى تشريعي صادر في صيغة ظهير شريف عن الملك انصهر في قانون تنظيمي أو في قانون.

### ثانيا: كسر القاعدة أو الانزلاق عنها: المحكمة الدستورية

لم تتح للمحكمة الدستورية منذ تنصيب أعضائها (في 4 أبريل 2017) أي إحالة شبيهة بالإحالتين اللتين اتخذت في شأنهما المجلس الدستوري موقفا بقراريه رقم 14-932 م.د ورقم 16-1010 م.د، لكن يبدو أن هناك إحالة عليها تتعلق بالبت في دستورية قانون تنظيمي طبقا للفصل 132/فق.2 اتخذت من خلالها موقفا يتطلب الوقوف عليه، قبل التصريح بكسرها للقاعدة والانزلاق عنها.

<sup>1</sup> قانون تنظيمي رقم 14-44 بتحديد شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 107-16-1 بتاريخ 23 من شوال 1437 (28 يوليو 2016)، ج. ر. عدد 6492 بتاريخ 14 ذو القعدة 1437 (18 أغسطس 2016)، ص. 6074.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 377-58-1 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نونبر 1958) في شأن التجمعات العمومية، ج. ر. عدد 2404 مكرر بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378، (27 نونبر 1958)، 2853.

<sup>3</sup> في قراره رقم 16-1010 م.د وبمناسبة النظر في دستورية القانون التنظيمي رقم 14-44 استهل المجلس الدستوري حيثيات قراره بالحيثية الآتية: "وحيث إنه، يبين من فحص هذه المواد مادة أنها تكتسي طابع قانون تنظيمي وفقا لأحكام الفصل 15 من الدستور، وأنها من حيث مطابقتها للدستور يؤثر بعضها الملاحظات التالية"، وبذلك فقد اكتفى بالنظر في دستورية فقط المواد الآتية: المادة الثانية (البندين الثالث والرابع)، المادة الرابعة (البندين الأول من الفقرة الرابعة)، المادة السادسة (الفقرة الأخيرة)، ولم يبحث في دستورية المادة الخامسة. أنظر في ذلك:

م. د.، قرار رقم 1010.16 م.د صادر في 7 من شوال 1437 (12 يوليو 2016)، ج. ر. عدد 6485 بتاريخ 20 شوال 1437 (25 يوليو 2016)، ص. 5691.

فإذا كانت الفقرة الأولى من الفصل 133 قد منحت للمحكمة الدستورية وحدها اختصاص النظر: "... في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"، فقد اشترطت الفقرة الثانية منه على أن: "يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل"<sup>1</sup>. الأمر الذي يتطلب البحث في المدلول الدستوري لـ "قانون" الوارد في الفصل 133/فق.1، مع الإشارة إلى أنه في فرنسا استعملت الفقرة الأولى من الفصل 61-1 من دستور رابع أكتوبر 1958- ابتداء من المراجعة الدستورية لـ 23 يوليو 2008 عبارة "نص تشريعي"<sup>2</sup> وليس "قانون"، وأحالت الفقرة الثانية من نفس الفصل إلى قانون تنظيمي تحديد شروط التطبيق.

وفي الوقت الذي صدر فيه القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية في فرنسا في صيغة سؤال الأولوية الدستورية Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) وبدأ العمل به ابتداء من فاتح مارس 2010<sup>3</sup>، فإن نظيره المغربي وإن، سجل بالأمانة العامة للحكومة تحت رقم 86-15 ومر بجميع مراحل مسطرته التشريعية إلى غاية لحظة التصويت عليه، فلم يشرع العمل به بسبب صدور قرار المحكمة الدستورية رقم 70-18م.د في شأنه مقرر يصرح من خلاله بعدم مطابقة بعض مقتضياته للدستور<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نص الدستور لـ 28 من رجب 1432 (فاتح يوليو 2011)، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ج. ر. عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص. 3601.

<sup>2</sup> جاء في الفصل 61-1 من دستور فرنسا لـ 4 أكتوبر 1958 ابتداء من المراجعة الدستورية لـ 23 يوليو 2008 ما يلي: "إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن مقتضى تشريعاً يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، يمكن للمجلس الدستوري أن ينظر في هذه المسألة بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض داخل أجل محدد. يحدد قانون تنظيمي شروط تطبيق هذا الفصل".

«Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article».

أنظر في ذلك:

<sup>3</sup> جاء في المادة 5 من القانون التنظيمي رقم 2009-1523: "يدخل القانون التنظيمي حيز التنفيذ في اليوم الأول من الشهر الثالث الذي يلي إصدار الأمر بتنفيذه". أنظر في ذلك:

Loi organique n° 2009-1523 du 19 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF du 11 décembre 2009, p. 1 sur 175.

<sup>4</sup> أنظر في ذلك:

م (ة). د (ة)، قرار رقم 70.18 م.د صادر في 17 من جمادى الآخرة 1439 (6 مارس 2018)، ج. ر. عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص. 1491.

وفي الوقت الذي لم يتضمن القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية الفرنسي (QPC) أي تعريف أو مدلول للمصطلحات الواردة في الفصل 61-1 من الدستور، سارع نظيره المغربي رقم 15-86 إلى وضع مدلول لبعض العبارات الواردة في الفصل 133، إذ اعتبرت المادة 2 منه أن المراد من مدلول القانون هو "كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه...". ولم تبد المحكمة الدستورية في قرارها رقم 18-70م.د أي اعتراض أو على الأقل أي تحفظ في هذا الشأن، الأمر الذي يستفاد منه أن هناك إجماعاً بين الحكومة صاحبة المشروع والبرلمان ممثل الأمة والمحكمة الدستورية الحامية للحقوق والحريات بأن "القانون" هو "كل مقتضى ذو طابع تشريعي" "Disposition A Caractère Législatif". ومنه نستنتج أنه في الوقت الذي ارتأى دستور المملكة أن يختلف عن نظيره الفرنسي في تحديد النص الذي يمكن الدفع بعدم دستوريته وحدده في "القانون" بدلاً من "مقتضى تشريعي"، تعتمد المشرع المغربي بأن فسر المراد من "قانون" الوارد في الفصل 133 بأنه "كل مقتضى ذو طابع تشريعي".

حينما فسر المشرع المغربي عبارة "قانون" بـ: "كل مقتضى ذو طابع تشريعي" ولم يضيف عبارة "صادر عن البرلمان"، فقد أراد من ذلك أي مقتضى له صبغة تشريعية بغض النظر عن متخذه، أي سواء أكان صادراً عن البرلمان في صبغة قانون أو عن أي جهة أخرى كيفما كانت، إذ يكفي أن يتضمن مقتضيات ذات طبيعة تشريعية فهو قابل للدفع بعدم الدستورية. وبذلك يتضح أن المشرع أعطى مدلولاً مادياً لـ "القانون".

لا شك أن تطبيق المقتضى الوارد في المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 15-86 يفيد أن المحكمة الدستورية تنظر في الدفع بعدم دستورية ليس فقط المقتضيات التشريعية الواردة في قوانين (عادية) صادرة عن البرلمان، إنما أساساً<sup>1</sup> حتى في المقتضيات التشريعية الواردة من حيث الشكل في صبغة ظهائر شريفة أو مراسيم ملكية، وبالنسبة فسوف نجد نصوصاً تتضمن من حيث الموضوع مقتضيات تشريعية أي مقتضيات هي من صميم اختصاص البرلمان لكن من حيث الشكل اتخذت من قبل الملك. وبذلك يمكن القول: إنه بقرارها رقم 18-70م.د تكون المحكمة الدستورية قد كسرت قاعدة "الشكل يغطي المضمون".

وعلاوة على العديد من المبررات التي تؤكد كسر المحكمة الدستورية للقاعدة<sup>2</sup>، يمكن الوقوف وقفة تأمل على ما ورد في المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 15-86 المتعلق بشروط

<sup>1</sup> مما يجب التنبيه إليه أن مدلول القانون الوارد في المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 15-86 ينطبق حتى على المراسيم المتخذة بناء على قانون الإذن (الفصل 70) والمراسيم بقوانين المتخذة فيما بين الدورات (الفصل 81).

<sup>2</sup> للاطلاع على المبررات أنظر:

وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، إذ جاء فيها ما يلي: "يراد بالعبارات التالية في مدلول هذا القانون التنظيمي ما يلي:

أ- القانون الذي يدفع أحد أطراف الدعوى بأنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور: كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة، ويدفع طرف من أطرافها بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق أو انتهاك أو حرمان من حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور؛

ب- أطراف الدعوى: كل مدع أو مدعى عليه في قضية معروضة على المحكمة، وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى العمومية، مع مراعاة مقتضى المادة 4 بعده؛

ج- دفع أحد الأطراف بعدم دستورية قانون: الوسيلة القانونية التي يثير بواسطتها أحد أطراف الدعوى، أثناء النظر فيها، عدم دستورية قانون يعتبره ماسا بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، وذلك طبقا للشروط والكيفيات المنصوص عليها في هذا القانون التنظيمي."

هذا المقتضى يتوفر على جل القواعد المتطلبة في علم الصياغة، يمكن ذكر ثلاث (3) منها:

الأولى: كل مقتضى متعلق بالتعريف وبالمدلول يفترض فيه أن يتقدم عن باقي المقتضيات القانونية الأخرى، والمادة 2 قد احترمت هذه القاعدة، إذ جاءت مباشرة بعد المادة الأولى التي اكتفت بإعادة صياغة الفصل 133 من دستور المملكة لـ 2011؛

الثانية: كل مقتضى متعلق بالتعريف وبالمدلول يفترض فيه أن يصاغ في جمل اسمية وليس في جمل فعلية، وهو ما اتضح من خلال قراءة المادة 2، إذ لا تتضمن أي مقتضى صيغ في جملة فعلية؛

الثالثة: كل مقتضى متعلق بالتعريف وبالمدلول يفترض فيه أن لا ينشئ حقوق وأن لا يفرض واجبات، وهو ما اتضح من خلال قراءة المادة 2.

غير أنه، قبل التفكير في مدى احترام هذه المواصفات، يشترط في الصائغ أن يطرح على نفسه السؤال الآتي: من المختص بإعطاء تعريف أو مدلول لعبارة ما..؟

يجي حلوي، مدلول الـ "قانون" الوارد في الفصل 133 من دستور المملكة المغربية لـ 2011: تعليق على قرار المحكمة الدستورية رقم 18-70 م.د.، م.م.إ.م.ت. عدد 154 شتنبر - أكتوبر 2020، ص. 527.

إذا كانت لصاحب الاختصاص في إنتاج قاعدة قانونية، سلطة تحديد التعريف أو المدلول الذي يراه مناسباً لأي عبارة ما متى أنشأ نشاطاً جديداً مرتبطاً بها، وإذا كانت له السلطة في تغيير التعريف أو المدلول لنفس العبارة من نص قانوني لآخر، طالما أنه يستعمل الجملة الآتية: "يراد في مدلول هذا القانون"، كما هو الأمر بالنسبة لعبارة "بيئة" التي اختلف مدلولها الوارد في القانون رقم 11-03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة عنه في القانون رقم 12-03 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة، الصادرين في نفس الفترة<sup>1</sup>، ف"لا يمكن إعطاء تعريف لمفهوم وارد في نص أعلى، إلا إذا كان النص الأعلى يسند إلى النص الأدنى إمكانية التعريف"<sup>2</sup>، وبالنسبة فدرستور المملكة لـ 2011 وإن استعمل عدداً من العبارات في الفصل 133 فلم يسند إلى المشرع إمكانية التعريف، إنما ألزمه في الفقرة الثانية من فصله 133 بتحديد فقط شروط وإجراءات تطبيق الفصل، ولا يمكن بتاتا اعتبار التعريف من مشمولات الشروط<sup>3</sup>.

ومع التسليم بأن الدلائل غير ملزمة، خصوصاً إذا كانت مرتبطة بدولة أجنبية، فمما يجب التأكيد عليه أنه لا يطرح أي إشكال في الدستورية عند تطابق المدلول التشريعي (نص أدنى) لمصطلح ما مع ما كان يهدف إلى تحديده النص الدستوري (نص أعلى) للعبارة ذاتها، لكن حينما

<sup>1</sup> جاء في المادة 3 من القانون رقم 11-03 يتعلق بحماية واستصلاح البيئة: "موجب هذا القانون، يقصد بالمصطلحات المستعملة المعاني التالية: 1- البيئة: مجموعة العناصر الطبيعية والمنشآت البشرية وكذا العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تمكن من تواجد الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية وتساعد على تطورها."

جاء في المادة 1 من القانون رقم 12-03 يتعلق بدراسات التأثير على البيئة: "يقصد بالمصطلحات المستعملة في هذا القانون المعاني التالية: 1- البيئة: هي مجموعة العناصر الطبيعية والمنشآت البشرية والعوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تساعد على وجود وتغيير تنمية الوسط الطبيعي والكائنات الحية والأنشطة البشرية: 2- "... أنظر في ذلك:

قانون رقم 11-03 يتعلق بحماية واستصلاح البيئة، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-03-59 بتاريخ 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003)، ج. ر. عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003)، ص. 1900.

قانون رقم 12-03 يتعلق بدراسات التأثير على البيئة، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-03-60 بتاريخ 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003)، ج. ر. عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003)، ص. 1909.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat (Belge), Principes de technique législative: Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, 2008, p. 70. [http://www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=technique\\_legislative](http://www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=technique_legislative)

(تم الولوج إلى الموقع في 14 فبراير 2019)

<sup>3</sup> لقد اعتبرت المحكمة الدستورية في قرارها رقم 70-18 م. د أن تحديد المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 86-15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية لمدلولات القانون يعد بالتبعية من مشمولات القانون التنظيمي، مما جاء في حثية من حيثيات هذا القرار: "وحيث إنه، من جهة، فإن هذه المادة، لئن كانت لا تنص على الإجراءات والشروط الكفيلة بتطبيق أحكام الفقرة الأولى من الفل 133 من الدستور، فإن تحديدها لمدلولات القانون وأطراف الدعوى والمقود بالدفع، التي يتوقف عليها إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية، يجعلها، بالتبعية، من مشمولات القانون التنظيمي"، أنظر في ذلك:

م (5) د (5)، قرار رقم 70-18 م. د صادر في 17 من جمادى الآخرة 1439 (6 مارس 2018)، ج. ر. عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص. 1491.



يكون هناك اختلاف بين النصين التشريعي والدستوري سواء بتضييق أو بتوسيع النص الأدنى للمصطلح عن النص الأعلى فنكون حتما أمام عدم مطابقة النص الأدنى للنص الأعلى. قياسا على ذلك، فحينما نصت المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 15-86 على عبارة: "يراد في مدلول هذا القانون التنظيمي ..."، يفيد حتما أن الاكتراث للتطبيق يكون مقيدا بما جاء به القانون التنظيمي وليس بما جاء به دستور المملكة لـ 2011 ويكون التفكير محصورا في فقط ما جاء به القانون التنظيمي، الأمر الذي يفيد أن المحكمة الدستورية تقبل الدفع بعدم دستورية ليس فقط المقتضيات التشريعية الواردة في القانون الصادر عن البرلمان، وإنما أساسا حتى في تلك الواردة في مجموعة من الظواهر الشريفة والمراسيم الملكية وفي ذلك كسر لقاعدة "الشكل يغلف المضمون".

### خلاصة

من كل ما سبق، يجب التأكيد على أن قاعدة "الشكل يغطي المضمون" المستنتجة من قبل الأستاذ بول ديكره Paul DECROUX قد وجدت صداها عند كل من "القاضي الدستوري" والقاضي الإداري، عند تحديد اختصاص النظر في القواعد التشريعية والتنظيمية، فثبت أن هناك حوار بين المجلس الدستوري ومحكمة النقض مفاده أن المرسوم والمرسوم بقانون (المنصوص عليهما في الفصلين 70 و81 من دستور 2011) وإن كانا يتضمنان مقتضيات تشريعية، فهما من حيث الشكل قد صدرا عن الحكومة، وأن محكمة النقض هي التي يعهد إليها بمراقبة هذه المقتضيات طالما أن هذا النوع من المراسيم والمراسيم بقوانين لم يصادق عليها البرلمان، لكن بمجرد مصادقة البرلمان عليها فتبقى من اختصاص المجلس الدستوري. وقد ساهمت المحكمة الدستورية بشكل كبير في تكريس هذه القاعدة عندما اعتبرت أن القانون الصادر عن البرلمان إن تضمن مقتضيات تنظيمية فلا يراقبها إلا "القاضي الدستوري".

لكن قاعدة "الشكل يغطي المضمون" لم تجد صداها في الحالة التي يكون هناك نص يتضمن من حيث موضوعه مقتضيات تشريعية لكن من حيث الشكل اتخذ من جهة الملك، ففي الوقت الذي حاول فيه المجلس الدستوري تكريس القاعدة محاولا استبعاد النظر في دستورية هذا النوع من النصوص، اتضح أن من شأن سكوت المحكمة الدستورية على التعريف المادي لـ "القانون" الوارد في المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 15-86 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية أن سمح بوصف انزلاق عن القاعدة، ومما لا شك فيه أن دخول المملكة المغربية في القريب العاجل لتجربة الدفع بعدم الدستورية أن تسمح بفهم ما إن كانت المحكمة الدستورية ستقبل النظر في نص يتضمن مقتضيات تشريعية من حيث الموضوع لكن اتخذت من قبل الملك

من حيث الشكل (الحالة الأولى)، أم تستبعد النظر فيها (الحالة الثانية)، ففي حالة تصريحها بقبول النظر فيها (الحالة الأولى) فذلك معناه أن قاعدة "الشكل يغطي المضمون" مجرد قاعدة عامة ترد عليها بعض الاستثناءات، في حين في حالة تصريحها بعدم قبول النظر فيها (الحالة الثانية) فيمكن الحسم بأن قاعدة "الشكل يغطي المضمون" قاعدة مطلقة لا يرد عليها أي استثناء.

## لائحة المراجع

### ١. كتب ومؤلفات

- يحيى حلوي، المجلس الدستوري المغربي: دراسات وتعليق (1994-2017)، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 1437 هـ (2017م).

### ٢. مقالات

- حسن حلوي، الشرعية وأخواتها، إن المصطلح تشابه علينا، المجلة المغربية للقانون البرلماني، العدد الثاني، 2020.

- يحيى حلوي، مدلول الـ "قانون" الوارد في الفصل 133 من دستور المملكة المغربية لـ 2011: تعليق على قرار المحكمة الدستورية رقم 18-70م.د.، م.م.إ.م.ت. عدد 154 شتنبر - أكتوبر 2020، ص. 527.

### ٣. النصوص القانونية والتنظيمية

- ظهير شريف رقم 377-58-1 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نونبر 1958) في شأن التجمعات العمومية، ج. ر. عدد 2404 مكرر بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378، (27 نونبر 1958)، 2853.

- قانون تنظيمي رقم 14-44 بتحديد شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 107-16-1 بتاريخ 23 من شوال 1437 (28 يوليو 2016)، ج. ر. عدد 6492 بتاريخ 14 ذو القعدة 1437 (18 أغسطس 2016)، ص. 6074.

- قانون رقم 11-58 متعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 223-57-1 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، صادر الأمر بتنفيذه

الظهير الشريف رقم 1-11-170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، ج. ر. عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011).

- مرسوم بقانون رقم 2.14.596 صادر في 5 ذي القعدة 1435 ( فاتح سبتمبر 2014 )  
بتتميم القانون رقم 012.71 الصادر في 12 من ذي القعدة 1391 ( 30 ديسمبر 1971 ) المحددة  
بموجبه السن التي يجب أن يحال فيها على التقاعد موظفو وأعوان الدولة والبلديات والمؤسسات  
العامة المنخرطون في نظام المعاشات المدنية، والقانون رقم 05.89 المحددة بموجبه السن التي  
يحال إلى التقاعد عند بلوغها المستخدمون المنخرطون في النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد، ج.  
ر. عدد 6287 مكرر بتاريخ 6 ذو القعدة 1435 (2 سبتمبر 2014).

#### IV. قرارات المحكمة الدستورية (المجلس الدستوري سابقا).

- قرار رقم 70.18 م.د صادر في 17 من جمادى الآخرة 1439 (6 مارس 2018)، ج. ر. عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)

- قرار رقم 37-94 صادر في 7 ربيع الأول 1415 (16 أغسطس 1994)، ج. ر. عدد 4271  
بتاريخ 29 ربيع الأول 1415 (7 سبتمبر 1994)،

- قرار رقم 944.14 م.د صادر في 22 من ذي القعدة 1435 (18 سبتمبر 2014)، ج. ر. عدد 6294 بتاريخ 29 ذو القعدة 1435 (25 سبتمبر 2014)،

- قرار رقم 89.19 م.د صادر في 2 جمادى الآخرة 1440 (8 فبراير 2019)، ج. ر. عدد 6754  
بتاريخ 15 جمادى الآخرة 1440 (21 فبراير 2019)،

- قرار رقم 932-14 م.د صادر في 28 من ربيع الأول 1435 (30 يناير 2014)، ج. ر. عدد 6229 بتاريخ 10 ربيع الآخر 1435 (10 فبراير 2014)،

- قرار رقم 1010.16 م.د صادر في 7 من شوال 1437 (12 يوليو 2016)، ج. ر. عدد: 6485  
بتاريخ: 20 شوال 1437 (25 يوليو 2016)، ص. 5691.

- قرار رقم 70.18 م.د صادر في 17 من جمادى الآخرة 1439 (6 مارس 2018)، ج. ر. عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص. 1491

#### V. Les ouvrages et les articles

- Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, Eric OLIVA, André ROUX (Ouvrage créé par Louis FAVOREU, Philip LOÏC), Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, Paris, 2013.

- Paul DECROUX, Le souverain du Maroc, législateur, Revue de l'occident musulman et de la méditerranée, n° 3, 1967.

## VI. Décisions

- Conseil d'Etat (Belge), Principes de technique législative: Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, 2008, p. 70. [http://www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=technique\\_legislative](http://www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=technique_legislative).

- C. cons. 2005-512 DC., 21 avril 2005, J.O.R.F. n°96 du 24 avril 2005

## الفصل الثاني

# مساهمة القضاء الإداري المغربي في بناء دولة القانون من خلال أعمال المستجدات الدستورية

Morocco's Administrative Judiciary Contributes To Building The Rule Of Law Through The  
Implementation Of Constitutional Developments

**د. عبد الكريم حيضرة**

أستاذ باحث بكلية الحقوق بمراكش، نائب مدير  
مختبر الأبحاث القانونية وتحليل السياسات

## ملخص

يعد القضاء من المقومات الأساسية لأي دولة ديمقراطية، ذلك أن بناء دولة القانون وصيانة الحقوق والحريات رهينة بوجود مؤسسة قضائية قوية قادرة على التطبيق السليم للنصوص القانونية. هذا الدور الذي أصبح مكرسا دستوريا بالمغرب من خلال الفصل 117 من الدستور الذي بموجبه يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون.

وهكذا فقد عمل الدستور المغربي على إيلاء أهمية كبرى للمؤسسة القضائية، حيث أفرد لها بابا كاملا تحت عنوان السلطة القضائية، ومنحها وضعاً متميزاً سواء من حيث عدد الفصول الذي بلغ 22 فصلاً، أو من حيث مضامين هذه الفصول التي خصصت لاستقلال القضاء ولحقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة حيزاً مهماً.

كما اكتسبت مكانة القضاء الإداري في الوثيقة الدستورية أهمية كبرى، باعتباره جزء لا يتجزأ من منظومة القضاء، وهو ما تكرر من خلال إضفاء الطابع الدستوري لمبدأ الرقابة القضائية على القرارات الإدارية بموجب الفصل 118 من الدستور، وبذلك يكون المشرع الدستوري قد رفع من مكانة الهيئات القضائية الإدارية، واعترف ضمناً بتميز القضاء الإداري ودوره المتفرد في حماية الحقوق والحريات. وبالنسبة فالمقتضى الدستوري يستبعد أي حصانة للقرارات الإدارية، ويكرس قاعدة الطعن بالإلغاء كطعن عام، وهو ما من شأنه أن يوفر حماية أكبر لمبدأ الشرعية الذي يعد عماد دولة القانون.

وبالإضافة إلى تكريسه لاستقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، نص الدستور في فصله 114 على مقتضى جديد بموجبه أصبحت المقررات الصادرة عن المجلس

الأعلى للسلطة القضائية والمتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة قابلة للطعن أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة. هذه المقررات التي لم تكن فيما قبل تقبل الطعن بالإلغاء، قبل أن يصبح بالإمكان مع المقتضيات الدستورية الجديدة الطعن في هذا الصنف من المقررات أمام الغرفة الإدارية باعتبارها أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة.

ومن جهة ثانية فقد عمّق المشرع الدستوري من نطاق المسؤولية الإدارية لتشمل خطأ القضائي بمقتضى الفصل 122 من الدستور. وفي هذا الصدد فقد تميزت مواقف العمل القضائي المغربي في البداية بنوع من التشدد في تحديد الخطأ القضائي، قبل أن يتم التلطيف من هذا الاتجاه القضائي، وتبني اتجاه مكرس للحقوق والحريات، مستندا على نظرية المسؤولية بدون خطأ لترتيب المسؤولية عن العمل القضائي في الحالات التي تظهر فيها البراءة بعد قضاء العقوبة السجنية أو الحبسية.

لكن هذه الجوانب الإيجابية سرعان ما يتم الحد منها من خلال العديد من المعوقات، التي تحول دون تعزيز وظيفة القضاء الإداري في بناء دولة القانون وتكريس الحماية القضائية للحقوق والحريات المكفولة دستوريا، والتي في مقدمتها التكوين المدني للقاضي الإداري، بالإضافة إلى معضلة عدم تنفيذ الأحكام من طرف السلطات الإدارية، وما يترتب عنها من نتائج تؤثر سلبا على المنظومة القضائية.

## Abstract

The judiciary is a fundamental component of a democratic State, since the building of the rule of law and the safeguarding of rights and freedoms are subject to the existence of a strong judicial institution capable of the proper application of legal texts. This role, which has become constitutionally enshrined in Morocco through article 117 of the Constitution, under which the judge protects the rights and freedoms of persons and groups, their judicial security and the application of the law.

The Moroccan Constitution thus accorded great importance to the judiciary, giving it a full section entitled "Judicial power", giving it distinct status in terms of both the 22 chapters and the content of these chapters, which are devoted to the independence of the judiciary, the rights of litigants and the rules of the administration of justice.

The status of the administrative judiciary in the constitutional document as an integral part of the judiciary system, which is enshrined in the constitutional principle of judicial control over

administrative decisions under article 118 of the Constitution, thus elevating the status of administrative judicial bodies and implicitly recognizing the distinction of the administrative judiciary and its unique role in the protection of rights and freedoms. As a result, the constitutional requirement excludes any immunity from administrative decisions and enshrines the rule of appeal against annulment as a public appeal, which would provide greater protection for the principle of legality, which is the foundation of the rule of law.

In addition to establishing the independence of the judiciary from the legislative and executive branches, chapter 114 of the Constitution provides for a new provision whereby decisions of the Supreme Council of the Judiciary concerning the individual status of judges are subject to appeal to the Kingdom's highest administrative body. These decisions, which previously did not accept an appeal for annulment, before the new constitutional requirements made it possible to challenge this category of decisions before the Administrative Chamber as the Kingdom's highest administrative judicial body.

On the other hand, the constitutional legislator has deepened the scope of administrative responsibility to include judicial error under chapter 122 of the Constitution. In this regard, Morocco's judicial attitudes were initially characterized by a type of strict determination of judicial error, before the judicial trend was tempered, and a trend devoted to rights and freedoms was based on the theory of responsibility without fault for establishing responsibility for judicial action in cases where innocence arises after serving a prison or custodial sentence.

However, these positive aspects are quickly reduced by many obstacles, which prevent the strengthening of the function of the administrative judiciary in building the rule of law and establishing judicial protection of constitutionally guaranteed rights and freedoms, notably the civil composition of the administrative judge, as well as the dilemma of the administrative authorities' failure to enforce judgements and their consequences adversely affect the judicial system.



## مقدمة

يمكن تعريف دولة القانون بأنها تلك الدولة التي تخضع فيها السلطة العمومية للقانون، وقد ذهب الفقيه Hans Kelsen إلى اعتبارها بأنها الدولة التي تخضع فيها القواعد القانونية لتراتبية هرمية بشكل يحدد قوة كل قاعدة حسب موقعها، ومدى مطابقتها للقاعدة الأعلى<sup>1</sup>.

إن دولة القانون لا يمكن أن تتحقق بخضوع السلطات العمومية للقواعد القانونية، واحترام تدرج القواعد القانونية فحسب، بل تفرض أيضا احترام حقوق الأفراد والجماعات، واحترام أنظمة المؤسسات واستمراريتها. كما يفترض في دولة القانون احترام مبدأ الشرعية والحرص على المساواة بين المواطنين والسلطات الإدارية أمام القواعد القانونية، بالإضافة إلى ضمان قضاء مستقل قادر على التطبيق السليم للنصوص القانونية. هذا الدور الذي أصبح مكرسا دستوريا بالمغرب من خلال الفصل 117 من الدستور الذي بموجبه يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون<sup>2</sup>.

وهكذا فقد عمل الدستور المغربي على إيلاء أهمية كبرى للمؤسسة القضائية، حيث أفرد لها بابا كاملا تحت عنوان السلطة القضائية (الباب السابع)، ومنحها وضعاً متميزاً سواء من حيث عدد الفصول الذي بلغ 22 فصلا (الفصول من 107 إلى 128)، أو من حيث مضامين هذه الفصول التي خصصت لاستقلال القضاء ولحقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة حيزاً مهماً.

كما اكتسبت مكانة القضاء الإداري في الوثيقة الدستورية أهمية كبرى، باعتباره جزء لا يتجزأ من منظومة القضاء، وهو ما تكرر من خلال إضفاء الطابع الدستوري لمبدأ الرقابة القضائية على القرارات الإدارية، سواء التنظيمية أو الفردية، وبذلك يكون قد رفع من مكانة الهيئات القضائية الإدارية، واعترف ضمناً بتميز القضاء الإداري ودوره المتفرد في صيانة الحقوق والحريات.

هنا تظهر أهمية رقابة القضاء الإداري على العمل الإداري، ودوره في بناء دولة القانون، من خلال إحكام رقابته على الامتيازات الممنوحة للإدارة في مواجهة الأفراد، وبالتالي تبرز مهمة القاضي

<sup>1</sup> Kelsen (H), La théorie pure du Droit, Dalloz, Paris, 1962. Cité par: FLORY (M), Le concept d'état de droit au regard du droit international, Publications du CNRS, Paris, 1997.

<sup>2</sup> دستور المملكة المغربية الصادر بمقتضى ظهير 29 يوليوز 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 30 يوليوز 2011.

الإداري في التحكيم الدائم والتوفيق الديمقراطي بين مستلزمات العمل الإداري وصيانة الحقوق والحريات.

وبالتالي نتساءل في هذه الدراسة عن الجوانب الإيجابية التي أبان عنها الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية من خلال أعمال المستجدات الدستورية، ومدى مساهمتها في بناء دولة القانون؟ دون إغفال التعرض لبعض المعوقات التي تحول دون تعزيز وظيفة القضاء الإداري في تكريس الحماية القضائية للحقوق والحريات المكفولة دستوريا.

## المبحث الأول: تجليات مساهمة القضاء الإداري في بناء دولة القانون من خلال أعمال المستجدات الدستورية

عرف الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية تطورات هامة بعد صدور دستور 2011، ويبقى رصد التوجهات العامة التي طبعت هذا التطور من شأنه أن يفضي إلى تكوين تصور شمولي حول مدى مساهمة القضاء الإداري في بناء دولة القانون من خلال أعمال المستجدات الدستورية، وذلك من خلال مناقشة نقطتين رئيسيتين، الأولى تهم توسيع نطاق تدخل قضاء الإلغاء<sup>1</sup> من خلال تبني المعيار المادي، أما الثانية فتخص تعميق مجال تدخل القضاء الإداري الشامل<sup>2</sup> من خلال المسؤولية عن الأخطاء القضائية.

### المطلب الأول: توسيع نطاق تدخل قضاء الإلغاء من خلال تبني المعيار المادي

حدد المشرع المغربي نطاق تدخل القضاء الإداري من خلال العديد من النصوص التشريعية في مقدمتها ظهير 27 شتنبر 1957 المحدث للمجلس الأعلى سابقا<sup>3</sup> (محكمة النقض حاليا)، والقانون 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية<sup>4</sup>، بالإضافة إلى القانون 80-03 المحدث لمحاكم

<sup>1</sup> ترفع دعوى الإلغاء بهدف إلغاء قرار إداري لعدم شرعيته، ويترتب عنها في حالة الحكم بالإلغاء محو كل الآثار القانونية للقرار المعنى بالأمر وبطبيعة الحال إرجاع المعنى بالأمر إلى وضعه القانوني قبل صدور القرار الإداري المعيب.

<sup>2</sup> في إطار دعوى الإلغاء لا تتعدى سلطات القاضي الحكم بإلغاء القرار الإداري من عدمه، عكس القضاء الإداري الشامل الذي يتميز بسلطات واسعة، حيث يمكنه في إطار المسؤولية الإدارية أن يحدد خطأ المرفق، وخطأ الضحية، وكذا تحديد طبيعة الضرر الحاصل، ونسبة التعويض وأساسه وكيفية إمكانية تشطيره...

<sup>3</sup> كما تم تغييره وتعديله بموجب القانون 11-58 المتعلق بمحكمة النقض، الصادر بمقتضى ظهير 25 أكتوبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر، الصادرة بتاريخ 26 أكتوبر 2011.

<sup>4</sup> الصادر بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4227، الصادرة بتاريخ 03 نونبر 1993، كما تم تغييره وتنميهه.

الاستئناف الإدارية<sup>1</sup>، قبل أن يعتمد الاجتهاد القضائي إلى توسيع اختصاصه من خلال أعمال المستجدات الدستورية وفي مقدمتها الفصلان 118 و114 من الوثيقة الدستورية.

### أولاً: توسيع نطاق تدخل قضاء الإلغاء من خلال الفصل 118 من الدستور

في القانون العام المغربي -وحتى عهد قريب- كان من الجائز الربط ما بين القرار الإداري والسلطة الإدارية، حيث تربط عدة نصوص قانونية<sup>2</sup> بينهما، مكرسة للمعيار الشكلي للقرار الإداري، غير أن الاختصار على هذا المعيار وحده لتحديد القرار الإداري انطلاقاً من الجهة الإدارية المصدرة له سيؤدي بالقضاء الإداري إلى البت في نزاعات تدخل في إطار القانون الخاص من جهة، ومن جهة أخرى يمنع القضاء الإداري من النظر في النزاعات المرتبطة بالمرافق العامة وبامتيازات السلطة العامة التي تمنح لأشخاص القانون الخاص. وأمام محدودية المعيار الشكلي، عمد المشرع المغربي إلى المزاوجة بين المعيارين الشكلي والمادي من خلال المادة 20 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية التي تضمنت عبارة: "كل قرار إداري..."<sup>3</sup> ولم تقتصر كما كان الأمر سابقاً في ظهير 27 شتنبر 1957 المحدث لمحكمة النقض، وكذا الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية على "القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية". قبل أن يعتمد المشرع إلى اعتماد المعيار المادي صراحة بموجب الفصل 118 من الدستور الذي نص في فقرته الثانية على أن "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيمياً أو فردياً، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة".

وعلى هذا الأساس فلم تتردد المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ومعهما الغرفة الإدارية في التصريح باختصاص القضاء الإداري للبت في بعض النزاعات التي تهم أشخاص القانون الخاص متى عهد إليهم بتسيير مرفق عمومي<sup>4</sup>. وفي هذا الإطار يندرج قرار الغرفة الإدارية الصادر

<sup>1</sup> الصادر بمقتضى ظهير 14 فبراير 2006، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5398 الصادرة بتاريخ 23 فبراير 2006.

<sup>2</sup> في هذا الصدد ينص الفصل الأول من ظهير 27 شتنبر 1957 المحدث للمجلس الأعلى سابقاً على أن "يحدث مجلس أعلى مقره بالرباط يعهد إليه بالبت في... طلبات إلغاء المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية بدعوى الشطط في استعمال السلطة...". كما أن قانون المسطرة المدنية ينص في الفصل 353 منه على ما يلي: "يبت المجلس الأعلى... في المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة".

<sup>3</sup> تنص المادة 20 من قانون المحاكم الإدارية على ما يلي: "كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة أو لعيب في شكله أو لإنحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزاً في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة". وقد ورد خطأ عند ترجمة النص الفرنسي إلى العربية، حيث أن المعنى الصحيح لـ *Défaut de motif* هو انعدام السبب وليس انعدام التعليل، القانون 90-41 السابق الإشارة إليه.

<sup>4</sup> للتوسع أكثر في الموضوع أنظر: حيزرة عبد الكريم، القانون الإداري المغربي النشاط الإداري، دار النشر المعرفة، مراكش، الطبعة الثالثة، 2019، ص 115 وما يليها.

بتاريخ 03 مارس 2014 في قضية محمد النصيري ضد الجامعة الملكية لكرة القدم، الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "...الطاعنة أوكل لها القانون تدبير مرفق عام رياضي في مجال تخصصها الذي هو رياضة كرة القدم، وخولها في هذا الإطار سلطة التنظيم والمراقبة والسيطرة على تطبيق القانون عن طريق تفويض امتياز السلطة العامة وبالتالي تبقى العقود التي تبرمها والقرارات التي تتخذها بمناسبة تسييرها للمرفق المذكور تكتسي صبغة إدارية يرجع اختصاص الفصل في النزاعات المتفرعة عنها للقضاء الإداري عملاً بمقتضيات المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية"<sup>1</sup>.

هكذا عمل القاضي الإداري المغربي على الاستغناء عن المعيار الشكلي الذي يعتمد الطبيعة الإدارية للسلطة مصدرة المقرر المطعون فيه وأخذ بالمعيار المادي، وبهذا سيحترم المنطق القانوني السليم، الذي يقتضي تحديد اختصاص القضاء الإداري بطبيعة وجوهر القانون الواجب تطبيقه، فلن يكون هذا القضاء مختصاً إلا في القضايا التي يتعين بشأنها تطبيق قواعد القانون الإداري. وهو التوجه الذي يعد منسجماً مع الفصل 118 من الدستور. وبالنتيجة فالمقتضى الدستوري يستبعد أي حصانة للقرارات الإدارية، ويكرس قاعدة الطعن بالإلغاء كطعن عام، وهو ما من شأنه أن يوفر حماية أكبر لمبدأ الشرعية الذي يعد عماد دولة القانون.

### ثانياً: توسيع نطاق تدخل قضاء الإلغاء من خلال الفصل 114 من الدستور

لقد تضمن الدستور المغربي الصادر سنة 2011 العديد من المستجدات المدعمة لبناء دولة القانون، فبالإضافة إلى تكريسها لاستقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>2</sup>، نص في فصله 114 على مقتضى جديد بموجبه أصبحت المقررات الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية<sup>3</sup> والمتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة قابلة للطعن أمام الغرفة الإدارية باعتبارها أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> منشور بمجلة القضاء الإداري، العدد 8، 2016، ص 174.

<sup>2</sup> بمقتضى الفصل 107 من الدستور الذي ينص ما يلي: "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية". دستور المملكة المغربية، السابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> يسهر المجلس الأعلى للسلطة القضائية على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة، ولا سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم. راجع في هذا الصدد الفصل 113 وما يليه من الدستور.

<sup>4</sup> ينص الفصل 114 من الدستور على ما يلي: "تكون المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة".

وتطبيقاً لهذا المقتضى الدستوري، نص القانون التنظيمي 13-100 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية بأن المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بالإلغاء أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغها إلى المعني بالأمر<sup>1</sup>.

هذه المقررات التي لم تكن فيما قبل تقبل الطعن بالإلغاء، وهو ما كرسه العمل القضائي المغربي في عدة مناسبات منذ قرار الغرفة الإدارية في قضية عبد الحميد الرونده الصادر بتاريخ 18 يونيو 1960<sup>2</sup>، وكذا قرارها في قضية بنسودة الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1963<sup>3</sup>، قبل أن يصبح بالإمكان مع المقتضيات الدستورية الجديدة الطعن في هذا الصنف من المقررات أمام الغرفة الإدارية، كنتيجة لتمييز المشرع الدستوري بين سلطة تعيين القضاة الموكلة للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، وسلطة الموافقة على التعيين التي يختص بها الملك، وإن كان هو الذي يرأس المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

## المطلب الثاني: تعميق مجال تدخل القضاء الإداري في المسؤولية عن الخطأ القضائي

ساهم تعميق مجال تدخل القضاء الإداري في بناء دولة القانون، وهو معطى يمكن الوقوف عليه في مجالات متعددة من أبرزها المسؤولية عن الخطأ القضائي، التي عرفت تطورات هامة بعد صدور الدستور الجديد. وفي هذا الصدد لابد من الإشارة إلى أن اعتراف المشرع بمسؤولية الدولة عن الأعمال القضائية كان قبل صدور دستور 2011، لكن وفق نصوص خاصة، حيث يتعلق الأمر بمسطرة مخاصمة القضاة المنصوص عليها في الفصل 81 من قانون الالتزامات والعقود، والفصول 391 إلى 399 من قانون المسطرة المدنية، ومسطرة مراجعة الأحكام المنصوص عليها في المواد 565 إلى 574 من قانون المسطرة الجنائية. إلى أن جاء الفصل 122 من الدستور الذي أكد على حق كل متضرر من خطأ قضائي في الحصول على تعويض تتحمله الدولة. وهو ما يدفع للتساؤل عن مدى الإضافة التي يمكن أن يقدمها المقتضى الدستوري الجديد؟ فهل سيتم تطبيق مسؤولية الدولة عن الأعمال القضائية التزاماً بحرفية النص الدستوري، أي بالاعتماد على وجود الخطأ كعنصر أساسي لإثارة مسؤولية الدولة، أم سيعتمد القاضي الإداري لتطبيق المسؤولية عن

<sup>1</sup> المادة 101 من القانون التنظيمي 13-100 الصادر بمقتضى ظهير 24 مارس 2016، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6456، الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2016.

<sup>2</sup> منشور بمجموعة الأحكام الإدارية للمجلس الأعلى 1961، ص 136.

<sup>3</sup> منشور بمجموعة الأحكام الإدارية للمجلس الأعلى 1963 ص 174.

الأعمال القضائية حتى خارج حالات الخطأ، أي بالاكتفاء بوجود عنصري الضرر والعلاقة السببية؟

### أولاً: الخطأ كأساس للمسؤولية عن العمل القضائي

بالرجوع لنص الفصل 122 نجده "يتحدث" عن الخطأ القضائي وليس العمل القضائي<sup>1</sup>، إذ يربط الفصل المذكور قيام مسؤولية الدولة بتحقيق الخطأ في العمل القضائي كشرط أساسي لانعقاد المسؤولية، ولو أن المشرع استخدم عبارة العمل عوض الخطأ لأمكن استنتاج المسؤولية بدون خطأ.

بالنسبة للقضاء المغربي فقد اتسمت مواقفه في الموضوع –خصوصاً في البداية- بنوع من التشدد، حيث استلزم وقوع الخطأ، بل والخطأ الجسيم، وضمن هذا التوجه يندرج الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 25 يوليوز 2013، الذي جاء في حيثياته ما يلي: "... اعتباراً لخصوصية سير مرفق القضاء والصعوبات الاستثنائية التي تعترض اتخاذ القضاة للقرار في القضايا المعروضة أمامهم تم جعل تلك المسؤولية رهينة بتوفر الخطأ الجسيم وهو ما لا يمكن ملامسته في النازلة الحالية، مما تكون معه موجبات المسؤولية منتفية وهو ما يبرر الحكم برفض الطلب"<sup>2</sup>.

والملاحظ أن القضاء الإداري من خلال الحكم المذكور سار على نهج القضاء الفرنسي من حيث تحديده لأساس المسؤولية عن العمل القضائي، معتبراً أن الخطأ الجسيم هو الكفيل بترتيب مسؤولية الدولة في هذا الإطار، مراعيًا بهذا الخصوص نفس الاعتبارات التي تحكمت في تأسيس نظرية المسؤولية عن الخطأ القضائي من قبل القضاء الفرنسي. ومع ذلك يبقى التساؤل مطروحاً بشأن ماهية الخطأ القضائي الجسيم المرتب للمسؤولية؟

من الناحية النظرية يبدو أن تحديد ماهية الخطأ الجسيم أمر متيسر، لذلك فقد تعددت التعريفات الفقهية بهذا الخصوص، فهناك من اعتبره "الخطأ الذي يفوق الخطأ البسيط خطورة"، كما يرى البعض بأن الخطأ الجسيم يظهر عندما يكون الفرق شاسعاً بين تصرف أو عمل الإدارة من جهة وبين الواجب الملقى على عاتقها من جهة أخرى<sup>3</sup>. لكن من الناحية العملية

<sup>1</sup> ينص الفصل 122 من الدستور على ما يلي: "يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة"، دستور المملكة المغربية السابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> حكم عدد 827 في الملف الإداري عدد 13/1914/557، غير منشور.

<sup>3</sup> DUBOIS (J.P), Responsabilité pour faute lourde, Responsabilité de la puissance publique, Dalloz, Paris, 2003, p 131.

تبرز العديد من الإشكاليات، حيث يبقى تحديد مفهوم الخطأ القضائي الجسيم مرتبطا بكل حالة على حدة، مع مراعاة ضمان السير العادي لمرفق القضاء والصعوبات المرتبطة بنشاطه وتوفير الحماية للمتقاضين، فضلا على الاعتبارات المتصلة بالقواعد الإجرائية المقررة لتدارك الأخطاء القضائية والمتمثلة في طرق الطعن المختلفة، مما حاصله أنه يبقى للقاضي الإداري صلاحية اعتبار ما إذا كان الخطأ القضائي جسيما في ضوء معطيات كل نازلة على حدة.

وعموما يمكن تقريب مفهوم الخطأ القضائي الجسيم الموجب لمسؤولية الدولة من خلال بيان بعض الحالات التي يمكن إدراجها ضمن ذلك المفهوم، وذلك على النحو الآتي:

- عدم قيام النيابة العامة بإحضار المتهم من المؤسسة السجنية إلى الجلسة المحددة لمحاكمته، وتراخيا في ذلك خلال عدة جلسات.

- الحكم بعدم قبول الطعن بالنقض لعدم أداء الطاعن للرسوم القضائية، والحال أن الملف يتضمن البيان الذي يفيد استيفاء الطاعن للإجراء المذكور.

- صدور حكم بالطلاق بناء على طلب الزوج دون التبين من واقعة إيداع هذا الأخير لمستحقات الطلاق بصندوق المحكمة، وتعذر تنفيذ الشق المتعلق بالمستحقات في مواجهة الزوج المطلق.

- عدم اعتبار مذكرات منتجة في الدعوى مدلى بها من قبل أحد الأطراف مع صدور حكم نهائي غير قابل لأي طعن<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس، فالخطأ في تأويل النصوص القانونية، وتكييف الوقائع، وتقدير الحجج المدلى بها من قبل الأطراف لا يمكن أن تشكل أساسا للمسؤولية عن العمل القضائي، حتى ولو كان الحكم الصادر تبعا لذلك نهائيا، بحكم أن ذلك يندرج في إطار الأخطاء العادية التي تبقى واردة دائما في الممارسة القضائية، حتى مع اتخاذ القاضي لكافة الاحتياطات وبذله لأقصى الجهود لتفادي لذلك، كما لا يمكن أن تشكل أساسا للمساءلة التأديبية، ونفس الأمر ينطبق على سوء أعمال المحكمة لسلطتها التقديرية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أخو الزين عبد الحق، "مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 124، 2015، ص 70.

<sup>2</sup> أخو الزين عبد الحق، نفس المرجع ونفس الصفحة.

وهكذا فقد تميزت مواقف الاجتهاد القضائي في البداية بنوع من التشدد في تحديد الخطأ القضائي، قبل أن يتم التلطيف من الاتجاه القضائي السابق، وتبني اتجاه مكرس للحقوق والحريات، مستندا على نظرية المسؤولية بدون خطأ لترتيب المسؤولية عن العمل القضائي في الحالات التي تظهر فيها البراءة بعد قضاء العقوبة السجنية أو الحبسية.

أما بالنسبة للاعتقال الاحتياطي<sup>1</sup> فقد استقر بشأنه موقف محكمة النقض على الخطأ الجسيم كأساس لمسؤولية الدولة، وهو ما تم تأكيده من خلال قرار الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2020 الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "لكن، حيث إن الخطأ القضائي الموجب للتعويض في إطار المسؤولية الإدارية لمرفق القضاء هو: الخطأ الجسيم غير المغفّر أو الإهمال المفرط الذي يقع فيه القاضي قليل العناية والذي يدل على إخلاله بكيفية فادحة بواجباته المهنية خلال ممارسته لوظيفته القضائية، وتأسيسا على ذلك، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ألغت الحكم الابتدائي فإنها استندت في ذلك إلى أن متابعة النيابة العامة للمتهم -الطالب- إنما تمت في إطار الاجراءات والمساطر المنصوص عليها قانونا، وأن الحكم فيما بعد ببراءته من التهم المنسوبة إليه لا يمكن أن تعتبر معه السلطة القضائية التي بتت في ملف المتابعة المتعلقة به قد تصرفت خرقا للقانون أو القول بكونها ارتكبت خطأ قضائيا موجبا للتعويض المطالب به، فإنها تكون قد راعت مجمل ما ذكر أعلاه، سيما أن التدبير الاحتياطي الذي اتخذته النيابة العامة تم في إطار سلطة الملاءمة المنوطة بهم بموجب المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية، ودون أن يقطع الصلة بالمشروعية، مما تنتفي معه بذلك مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي"<sup>2</sup>.

### ثانيا: التوجه نحو إمكانية ترتيب المسؤولية عن العمل القضائي بدون خطأ

تحظى حرية الأفراد برعاية المواثيق الدولية والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان من خلال تأكيدها على عدم جواز الحد من تلك الحرية بدون سبب قانوني، إذ نصت المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 دجنبر 1948 على أن: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها

<sup>1</sup> بالنظر للطابع الاستثنائي لتدبير الاعتقال الاحتياطي فقد أحاط قانون المسطرة الجنائية ممارسته بضوابط تضمنتها المواد 47-153-176-392، غير أن الممارسة العملية أثبتت كثرة اللجوء إليه، مما ترتب عنه إما سوء التقدير خلال ممارسته أو التعسف في اللجوء إليه، فقد يحدث ان يستمر اعتقال شخص معين مدة طويلة ثم يصدر مقرر قضائي إما بعدم متابعته أو ببراءته من المنسوب إليه، كما قد يحدث أن يتم وضع أحد الأشخاص رهن الاعتقال الاحتياطي بشكل مخالف للقانون، مما يترتب عنه حدوث أضرار مادية ومعنوية لهؤلاء، مما يطرح التساؤل حول إمكانية تعويضهم عن تلك الأضرار اللاحقة بهم.

<sup>2</sup> قرار الغرفة الإدارية رقم 503 / 4 ملف إداري رقم 3668/4/2019، غير منشور.



الضمانات الضرورية للدفاع عنه". وهو ما تم التأكيد عليه من خلال تصدير الدستور المغربي، الذي بموجبه تتعهد المملكة المغربية "بالتزام ما تقتضيه المواثيق (الدولية) من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبهاً بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دولياً". وفي نفس السياق تنص الفقرة الرابعة من الفصل 23 من الدستور أن: "قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان".

هذه المقتضيات كان لها بالغ الأثر في التحول الذي عرفته التطبيقات القضائية للمسؤولية عن الخطأ القضائي، حيث لم يتردد القضاء الإداري في الحكم بالتعويض دون اشتراط الخطأ في الحالات التي تظهر فيها براءة المتهم بعد الحكم عليه، وقضائه للعقوبة الحبسية أو السجنية. وفي هذا السياق جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية بمراكش صادر بتاريخ 19 فبراير 2015 ما يلي: "...وحيث إن مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية وعلى خلاف ما ذهب إليه الحكم المستأنف تعتبر مسؤولية بدون خطأ استناداً إلى نظرية المخاطر القائمة على مجرد حصول الضرر ولو بدون خطأ من جانبها، الشيء الذي تعتبر معه مسؤوليتها قائمة عن الضرر اللاحق بالضرر المتمثل في قضائه لعقوبة سجنية رغم براءته بدون ما حاجة إلى وجوب وضرورة إثبات الخطأ في جانب الدولة"<sup>1</sup>. وهو ذاته التوجه الذي أكدته محكمة النقض في نفس القضية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 29 شتنبر 2016<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق أيضاً يندرج قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 2018، الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "وحيث ولئن كان الأصل في مسؤولية مرفق القضاء أنها تقوم على اشتراط ثبوت خطأ جسيم، فإن العمل القضائي أفرد نظاماً خاصاً لمسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية في إطار الدعاوى الرامية إلى التعويض عن الأحكام القضائية السالبة للحرية واعتبرها مسؤولية بدون خطأ استناداً إلى نظرية المخاطر القائمة على مجرد حصول الضرر ولو بدون خطأ من جانبها، الشيء الذي تعتبر معه مسؤوليتها قائمة عن الضرر اللاحق بالضرر المتمثل في تم اعتقاله وقضى فترة سجنية رغم براءته، بدون ما حاجة إلى وجوب إثباته الخطأ من جانب الدولة، وهو التوجه الذي يندرج في سياق تطور المسؤولية بصفة عامة والذي يتجه نحو توسيع مجال المسؤولية استناداً إلى نظرية المخاطر كنتاج للمخاض الذي يسير في اتجاه تطوير المسؤولية نحو مبدأ أنسنة المسؤولية وإيجاد ضامن لكل ضرر حيثما وجد

<sup>1</sup> قرار تحت عدد 335 في إطار الملف عدد 13/1914/1642 بتاريخ 2015/2/19، قرار غير منشور.

<sup>2</sup> قرار الغرفة الإدارية عدد 1222 الملف الإداري عدد 2015/3/4/1855 بتاريخ 2016/09/29، غير منشور.

ونحو تكريس منطق العدالة الذي يحتم رفع الضرر عن المتضرر مهما كان مصدره بدون الالتفات إلى خطأ الدولة...<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني: معيقات مساهمة القضاء الإداري في بناء دولة القانون

رغم أهمية التطورات التي عرفها الاجتهاد القضائي الإداري خلال العقد الأخير، فلا زالت تعثره بعض المعيقات، في مقدمتها طبيعة تكوين القاضي الإداري المغربي، وإشكالية عدم تنفيذ العديد من الأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة.

### المطلب الأول: طبيعة تكوين القاضي الإداري

القاضي الإداري هو حامى الحقوق والحريات، وتتحكم في قيامه بهذا الدور الحيوي عوامل متعددة من بينها التكوين القانوني الذي تلقاه ومدى تأصل روح الإقدام المتزن لديه، فعلى الرغم من اختلال ميزان القوة بين طرفي المنازعة الإدارية - وهما الإدارة كخصم قوي والفرد كخصم ضعيف - يعهد للقاضي القيام بعملية الموازنة بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة للأفراد والجماعات، في إطار سياسة قضائية تتطلب منه تكويناً متيناً وإطلاعاً واسعاً على دوايلب الإدارة التي يحكم عليها، في استقلال تام دون تعرضه لأي ضغوط مادية أو معنوية. لكن الملاحظ هو محدودية التكوين الذي يتلقاه القاضي الإداري بالمغرب، والذي لازال تكويناً مدنياً بامتياز.

### أولاً: التكوين المدني للقاضي الإداري

حدد القانون التنظيمي 13-106 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة<sup>2</sup>، المقتضيات القانونية التي تضبط مهام القاضي ومسار حياته العلمية، بحيث يسري على القضاة بالمحاكم الإدارية والمستشارين بمحاكم الاستئناف الإدارية، نفس النظام القانوني الساري على باقي القضاة بمحاكم أول درجة والمستشارين بمحاكم الاستئناف مع مراعاة بعض الخصوصيات.

حيث تنظم وزارة العدل مباراة الملحقين القضائيين التي تفتح في وجه حملة الإجازة في القانون الخاص<sup>3</sup>، أو في الشريعة الإسلامية من جامعة القرويين، أو شهادة العالمية للتعليم

<sup>1</sup> الملف الإداري عدد 834/7206/2018، غير منشور.

<sup>2</sup> الصادر بمقتضى ظهير 24 مارس 2016، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6456، الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2016.

<sup>3</sup> استثناء من القاعدة تم فتح مباراة الملحقين القضائيين سنة 2000 في وجه حملة الإجازة في القانون العام، إلا أن هذه المبادرة الإيجابية كانت جد محدودة، حيث همت 12 قاضياً فقط (الفوج 30)، كما أنها لم تتكرر في السنوات الموالية، بالرغم من كون المادة الثامنة من القانون التنظيمي 13-106 لا تقصي المرشحين حملة الإجازة في القانون العام من اجتياز المباراة، مادامت تنص على "الحصول على شهادة جامعية يحدد القانون نوعها والمدة اللازمة للحصول عليها".

الإسلامي، مع مراعاة الشروط العامة للتوظيف من حيث الجنسية والتمتع بالحقوق الوطنية، والمروءة...<sup>1</sup>.

يقضي المرشحون الناجحون تكويننا لمدة سنتين ينقسم إلى جانب نظري بمعهد المهن القضائية، تم تدريب عملي بمختلف محاكم المملكة. ويعين الملحقون القضائيون الناجحون في امتحان نهاية التكوين نوابا لوكيل الملك لدى محاكم أول درجة، ويعين قضاة الأحكام من بين هؤلاء النواب بعد قضاء سنتين على الأقل، غير أنه يمكن من أجل سد الخصاص تعيين الملحقين القضائيين مباشرة قضاة أحكام<sup>2</sup> ويرتبون في الرتبة الأولى من الدرجة الثالثة<sup>3</sup>.

رغم أهمية هذا التكوين إلا أنه مع ذلك يظل ناقصا، فعلى المستوى النظري لا يتلقى الملحق القضائي الدروس النظرية الكافية في المادة الإدارية، ذلك أن معظم الدروس بالمعهد تهم مواد القانون الخاص. أما على المستوى التطبيقي فمدة التدريب التي لاتصل في أحسن الأحوال إلى خمسة عشر شهرا، لاتمكن الملحق القضائي من الاطلاع على مختلف النصوص القانونية المرتبطة بالمنازعات الإدارية، والوقوف عند تطبيقاتها العملية على مستوى الممارسة، وبالتالي يتخرج القضاة وهم ليسوا على دراية تامة بالممارسة الإدارية، مما يجدون معه بالطبع صعوبات جمة لا يمكن حصرها عند عرض بعض القضايا عليهم، والتي تتطلب حسا خاصا ومعرفة عميقة بالعمل الإداري. والقاضي الإداري لا يمكنه القيام بالدور المنوط به على أحسن وجه، إلا إذا كان ملما بكل تفاصيل المادة الإدارية.

وقد انعكس التكوين المدني للقاضي الإداري على عمل هذا الأخير، حيث نجده في العديد من الحالات يفضل اعتماد نظريات القانون المدني في نزاعات تخص المادة الإدارية، وللتدليل على ذلك نورد على سبيل المثال المنازعات المتعلقة بالصفقات الباطلة<sup>4</sup>، حيث تدخل القضاء الإداري لحماية التعامل مع الإدارة الذي لا يمكنه الحصول على التعويض بناء على المسؤولية التعاقدية لبطلان عقد الصفقة أو عدم وجوده أصلا، ولكن بدلا من اعتماد نظرية المسؤولية الإدارية، فضل

1 المادة 8 من القانون التنظيمي 106-13، السابق الإشارة إليه.

2 المادة 13 من القانون التنظيمي 106-13، السابق الإشارة إليه.

3 وفقا للمادة السادسة من القانون التنظيمي 106-13 يعرف السلك القضائي خمس وضعيات: تتكون من ثلاث درجات، ودرجة استثنائية ووضعية خارج الدرجة، تبتدى من الدرجة الثالثة فالثانية فالأولى، ثم الدرجة الاستثنائية، وتنتهي بوضعية خارج الدرجة وهي الأعلى سلما.

<sup>4</sup> الصفقات الباطلة تتحقق عندما يقوم التعامل مع الإدارة بإنجاز الأعمال المطلوبة منه بمقتضى عقد باطل.

اعتماد نظرية الإثراء بلا سبب استنادا إلى مقتضيات الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود<sup>1</sup>، في حين كان الأجدر هو اعتماد نظرية المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ استنادا إلى مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود والمادة الثامنة من قانون المحاكم الإدارية، مع ضرورة تشطير المسؤولية بين الإدارة والمتعامل معها، والاقتصار على التعويض الجزئي الذي يغطي الخسائر دون الأرباح<sup>2</sup>.

لذلك فمن اللازم التفكير في تكوين مكتمل يستند على الرؤية الجديدة للقضاء الإداري المغربي بعد إحداث المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، وفتح المجال للمجازين في القانون العام -على غرار زملائهم في القانون الخاص- لاجتياز مباراة الملحقين القضائيين، مع ضرورة الانفتاح على الإدارة العمومية لاختيار أفضل الأطر وإلحاقهم بالسلك القضائي.

### ثانيا: ضرورة انفتاح القضاء على الإدارة العمومية

تستلزم الرقابة الفعالة للإدارة قاضيا إداريا ملما بجميع تفاصيل الحياة الإدارية وبالقانون المطبق عليها، ذلك أن تعقيدات عمل المرافق العمومية تتطلب ليس فقط مهارات قانونية، ولكن أيضا كفاءة خاصة، وتعبير آخر فالقاضي الإداري لا ينبغي أن يكون قاضيا محضا، بل عليه أن يجمع بين حنكة المسير الإداري وتبصر رجل القانون، وهذا لن يتأتى إلا بتكوين يجمع ما بين المؤهلات القانونية والمعارف المرتبطة بعمل الإدارة.

وفي هذا السياق فلا بد من تفعيل مقتضيات المادة العاشرة من القانون التنظيمي 13-106 التي تسمح لموظفي الإدارات المنتمين إلى درجة مرتبة في سلم الأجور رقم 11 على الأقل، والذين قضوا مدة لا تقل عن عشر سنوات من الخدمة العمومية الفعلية في مجال الشؤون القانونية الالتحاق بالقضاء الإداري، على اعتبار أن طائفة من أطر الدولة لها من المؤهلات ما يجعلها الأنسب إلى تولي منصب قاضي إداري، لأنها الأقرب إلى الإدارة بحكم ممارستها للحياة الإدارية ومعرفة إشكالاتها. وأهمية تطبيق هذا المقتضى بالنسبة للقضاء الإداري لاتخفى، نظرا للمستوى

<sup>1</sup> أنظر في هذا الصدد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 30 أبريل 2002، وكذا الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 27 أكتوبر 2009، أوردها: الأعرج محمد، مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 99، 2013، ص 186، وص 309.

<sup>2</sup> وهو الاتجاه الذي ذهبت إليه بعض الأحكام والقرارات القضائية، كما هو الشأن بالنسبة لحكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 9 شتنبر 2005، وكذا قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 23 أبريل 2007، أوردهما: قصري محمد، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، العدد 4، 2011، ص 39 و40.

التقني العالي الذي يتوفر عليه بعض أطر الإدارة العمومية، بالإضافة إلى تجربتهم الطويلة بين أسلاك الإدارة.

فالقاضي الإداري كلما كان معاشيا للإدارة وملما بخباياها، كلما توفرت لديه الجرأة والخبرة في التعامل مع المنازعة الإدارية، ومن ثم تكون الإدارة أكثر تقبلا لهذه الرقابة مادام أن هذا القاضي بحكم تكوينه هو منها وإليها<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: عدم تنفيذ الأحكام من طرف الإدارة

تثير إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية أهمية كبرى، لأنه لا معنى للمطالبة بالحق إلا إذا أمكن استيفاءه، فبدون تنفيذ تصير الأحكام عديمة الجدوى وتفقد الثقة في القضاء. والدولة هي المسؤولة على فرض هيبة القضاء، ليس فقط في علاقة الأفراد بعضهم مع بعض، بل حتى في علاقتها معهم، فمستوى تطور دولة القانون لا يقاس فقط بتوصل المتقاضين إلى ما يتوخاه من الدعوى التي رفعها لدى القضاء، وإنما أيضا بمدى فعالية تنفيذ الأحكام الصادرة عنه، وفي هذا الإطار تكشف معاينة الواقع العملي أن حالات عدم تنفيذ الإدارة للأحكام التي تعنيها كثيرة بمبررات متعددة وصور مختلفة.

### أولا: صور امتناع الإدارة عن التنفيذ

يتخذ امتناع الإدارة عن التنفيذ أشكالا مختلفة من التباطؤ أو التراخي إلى الامتناع الصريح عن التنفيذ، مروراً بإساءته أو بتر بعض أجزاء الحكم في شكل تنفيذ معيب أو ناقص.

#### أ- التباطؤ في التنفيذ

وهي الصورة الأكثر شيوعا لعدم تنفيذ الإدارة لأحكام القضاء، كما أنها من الحالات التي يصعب من خلالها إثبات سوء نية الإدارة في تنفيذ الأحكام، وهو ما يصعب مهمة القاضي الإداري في مراقبة الإدارة، خاصة أن هذه الأخيرة دائما ما تعتبر أن للتأخير مبرره، وتتمسك بمنحها الوقت الكافي للتنفيذ.

1 كما هو الشأن بالنسبة لولوج القضاء الإداري الفرنسي حيث تخصص نسبة معينة للموظفين، وقد ترتب عن ذلك استفادة مجلس الدولة من تجربة العديد من الوزراء وكبار الموظفين ورجالات الدولة نذكر من بينهم على سبيل المثال الأستاذ RENE CASSIN الذي ترأس مجلس الدولة الفرنسي ما بين 1944 و1960 وهو أحد محرري الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948. وكذا الرئيس GORGES POMPIDOU الذي عمل بمجلس الدولة وتقلد عدة مناصب قبل أن يصبح رئيسا للجمهورية الفرنسية سنة 1974.

لكن إذا كان تماطل الإدارة هو وسيلة للتمويه عن سوء نيتها في التنفيذ، فإن إقدامها على تنفيذ الحكم بشكل ناقص يعد من أخطر هذه الصور.

### ب- التنفيذ الناقص

يظهر التنفيذ الناقص من خلال إغفال الإدارة لبعض الآثار القانونية والمادية التي قد يترتبها الحكم عند تنفيذه، مثلا كالعمل على إعادة الموظف الذي استصدر حكما يقضي بإلغاء قرار العزل الصادر في حقه إلى منصب أقل من الذي كان يشغله في السابق، أو حرمانه من بعض المنح أو التعويضات التي كان يستحقها عقابا له على تجرئه على مقاضاة الإدارة.

### ج- الرفض الصريح

تعد من الصور الأقل حدوثا وتهم أساسا دعوى الإلغاء، حيث يرفض بعض المسؤولين الإداريين التراجع عن قراراتهم السابقة، ويعتبرون اللجوء للقضاء بمثابة صراع شخصي بينهم وبين الموظف، وهي مسألة يصعب قبولها في العصر الحالي، لكنها لازالت تسيطر للأسف على عقلية العديد من أصحاب القرار.

وأمام الفراغ التشريعي الذي يعرفه كل من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وكذا القانون المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية<sup>1</sup>، لم يبق القاضي الإداري مكتوف الأيدي دون البحث عن الوسائل الكفيلة بإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام.

### ثانيا: وسائل حمل الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها

حاول القاضي الإداري إرغام الإدارة على تطبيق الأحكام الصادرة في مواجهتها من خلال عدة وسائل من بينها فرض الغرامة التهديدية، والحجز على الأموال العمومية، والمساءلة الشخصية للموظف الممتنع عن تنفيذ حكم قضائي.

1 هناك مادة وحيدة في القانون المحدث للمحاكم الإدارية تشير إلى التنفيذ وهي المادة 49 التي تنص على مايلي: "يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم...". نفس الملاحظة بالنسبة للقانون المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية، حيث اكتفت المادة 18 بالتنصيص على أن القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية تنفذ من طرف المحاكم الإدارية المصدرة للحكم المطعون فيه بالاستئناف.

### أ- الغرامة التهديدية

تعرف الغرامة التهديدية بكونها عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير، يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حق بقصد ضمان حسن تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق<sup>1</sup>. أما الاجتهاد القضائي فقد عرف الغرامة التهديدية بكونها إجبار المحكوم عليه على التنفيذ متى كان التنفيذ لصيقا بإرادة المنفذ عليه وجائزا قانونا دون أن تسعف في حقه إجراءات التنفيذ الجبري الأخرى<sup>2</sup>.

والغرامة التهديدية هي صورة من صور التنفيذ الجبري، وبالتالي لا يتم اللجوء إليها إلا بعد امتناع المحكوم عليه عن التنفيذ وإثبات ذلك في محضر يحرره أحد الأعوان المكلفين بالتنفيذ، ولا يتم الحكم بالغرامة التهديدية إلا بعد أن يكتسب الحكم موضوع التنفيذ قوة الشيء المقضي به<sup>3</sup>.

وتعتبر الغرامة التهديدية وسيلة فعالة في القانون الخاص، حاول القضاء الإداري اعتمادها كوسيلة إكراه في مواجهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ إعمالا لمقتضيات المادة 448 قانون المسطرة المدنية، غير أن اللجوء إلى الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة يصطدم عمليا بعدة صعوبات<sup>4</sup>، كما أن الإدارة التي تمتنع عن القيام بالالتزام بعمل قادرة عن الامتناع عن أداء مبلغ مالي.

### ب- الحجز على الأموال العمومية

يعتبر الحجز على الأموال صورة من صور التنفيذ الجبري المعمول بها في إطار القانون الخاص، وإذا كان المبدأ العام يقضي بعدم جواز الحجز على الأموال العمومية حفاظا على مبدأ سير المرفق العمومي بانتظام واضطراد، فإن ذلك لم يمنع قضاة المحاكم الإدارية من إعمال مسطرة الحجز على أموال الدولة الخاصة بعد فصلها عن الأموال العامة، سيما إذا تعلق الأمر

2. GUETTIER(C), L'Administration et l'exécution des décisions de justice, AJDA, juillet Aout 1999, N spécial, P66, marge 2.

2 الأمر الاستعجالي الصادر بتاريخ 15 فبراير 2012 عن قاضي المستعجلات بإدارية الرباط، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 114، 2014، ص 313.

3 قصري محمد، الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضدها، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 34، 2000، ص 13.

4 من بينها صعوبة تحديد الذمة المالية التي تتحمل عبء أداء المبالغ المالية المحكوم بها.

بالتنفيذ ضد مؤسسات عمومية<sup>1</sup>. وذلك راجع بالأساس لسهولة الحجز على أموال المؤسسات العمومية لكونها تتوفر على استقلال مالي، وتقوم بإيداع أموالها في حسابات خاصة لدى البنوك<sup>2</sup>.

### ج- المساءلة الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ

يؤيد العديد من الفقهاء تطبيق المسؤولية الشخصية بالنسبة للموظف الذي يرفض تنفيذ حكم صادر ضد الإدارة، وفي هذا الإطار فقد اعتبر الأستاذان ميشيل روسي ومحمد أمين بنعبدالله المساءلة الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ هي بداية لنهاية الدولة اللاقانونية<sup>3</sup>، وتتماشى والإرادة الملكية الهادفة إلى تكريس دولة القانون وحماية حقوق الأفراد من تعسفات الإدارة.

وتماشيا مع هذا التوجه الفقهي اعتقد أن المساءلة الشخصية للموظف المسؤول عن عدم التنفيذ تبقى الوسيلة الأكثر ردعا والأقدر على التخفيف من ظاهرة عدم الامتثال للأحكام القضائية، حيث يجب أن يتحمل الموظف الممتنع عن التنفيذ بدون وجه حق مسؤولية خطئه الجسيم عملا بمقتضيات الفصل 80 قانون الالتزامات والعقود.

### خاتمة

في ختام هذه الدراسة لا بد من التأكيد على مسألة أساسية تتعلق بالجانب المسطري للدعوى الإدارية، حيث أصبح لزاما التفكير في سن قانون للمسطرة الإدارية، يمتاز بالمرونة والبساطة، وتلائم قواعده القضاء الإداري، وأن تراح عن المواطن الذي يريد مقاضاة الإدارة كل التعقيدات المسطرية حتى لا يشعر بصعوبة عند اقتضاء حقه منها، وتعويضها بإجراءات مبسطة تمكنه من ولوج القضاء بدون عناء، وتمكن القاضي الإداري في نفس الوقت بانسجام وتناغم معها -في إطار الدور الإيجابي الذي يقوم به عادة- من معالجة النزاعات المعروضة عليه بانسياب تام بدون حواجز مسطرية معقدة، تحول دون خوضه في الموضوع وبقائه حبيس الشكل، تكريسا لروح القانون واستكمالا لبناء دولة القانون.

1 المادة التاسعة من قانون المالية لسنة 2020 لا تسري على المؤسسات العمومية، بل تهم فقط الدولة والجماعات الترابية. القانون 19-70 الصادر بمقتضى ظهير 13 دجنبر 2019، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6838 مكرر الصادرة بتاريخ 14 دجنبر 2019.

2 ANTARI (M), Les limites des saisies arrêts pratiqués à l'encontre des personnes publiques, REMALD, N23, 1998, P178.

3 ROUSSET (M) et BENABDELLAH (MA), Le refus de l'astreinte et privilège de l'administration de ne pas respecter l'autorité de la chose jugée, REMALD N31, 2000, p 129.



## قائمة المراجع المعتمدة

## 1. أولا: باللغة العربية

## 1- الكتب:

- الأعرج محمد، مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 99، 2013.

- حيضرة عبد الكريم، القانون الإداري المغربي النشاط الإداري، دار النشر المعرفة، مراكش، الطبعة الثالثة، 2019.

## 2- المقالات:

- أخو الزين عبد الحق، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 124، 2015.

- قصري محمد، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، العدد 4، 2011.

- قصري محمد، الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضدها، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 34، 2000.

## 3- النصوص القانونية:

- دستور المملكة المغربية الصادر بمقتضى ظهير 29 يوليوز 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 30 يوليوز 2011.

- القانون التنظيمي 13-100 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الصادر بمقتضى ظهير 24 مارس 2016، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6456، الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2016.

- القانون التنظيمي 13-106 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، الصادر بمقتضى ظهير 24 مارس 2016، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6456، الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2016.

- ظهير 27 شتنبر 1957 المحدث للمجلس الأعلى كما تم تعديله بالقانون 11-58 المتعلق بمحكمة النقض، الصادر بمقتضى ظهير 25 أكتوبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر، الصادرة بتاريخ 26 أكتوبر 2011.

- القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، الصادر بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4227، الصادرة بتاريخ 03 نونبر 1993، كما تم تغييره وتتميمه.

## II. ثانيا: باللغة الفرنسية

### 1-LES OUVRAGES

- DUBOIS(J.P), Responsabilité pour faute lourde, Responsabilité de la puissance publique, Dalloz, Paris, 2003.

### 2-LES ARTICLES:

- ANTARI (M), Les limites des saisies arrêts pratiqués à l'encontre des personnes publiques, REMALD, N23, 1998.

- ROUSSET (M) et BENABDELLAH (MA), Le refus de l'astreinte et privilège de l'administration de ne pas respecter l'autorité de la chose jugée, REMALD N31, 2000.

-

## الفصل الثالث

## تطور رقابة القاضي الإداري على القرارات الحكومية في دولة القانون

The evolution of the administrative judge's oversight of government decision in the  
state of law

### د. حسن حلوي

أستاذ باحث، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية  
والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة.

*«Les actes de Gouvernement sont des actes justiciables par nature et  
injusticiables par accident »*

Louis FAVOREU

### ملخص

ظهرت القرارات الحكومية في فرنسا خلال القرن التاسع عشر في ظروف سياسية واجتماعية واقتصادية معينة. فقد عرفت فرنسا عدم الاستقرار السياسي الذي أثر على كل المجالات الأخرى، مما جعل القضاء الإداري الفرنسي يبتكر نظرية القرارات الحكومية ليخرج من ولايته هذا النوع من التصرفات القانونية، ويمنح بذلك مجالا واسعا للحكومة لتفعل من رقابته. اعتمد القاضي الإداري الفرنسي في بداية الأمر على معيار الباعث السياسي لوسم بعض التصرفات القانونية بالقرارات الحكومية. هذا المنحى يمس بشكل مباشر دولة القانون التي ما فتئت الدول الديمقراطية تنادي بها، خصوصا فرنسا. وتحت الانتقادات المتعاقبة اضطر مجلس الدولة الفرنسي إلى العمل على تضيق من مجالات القرارات الحكومية. في البدئ تولى عن الباعث السياسي، واعتمد معيار اللائحة في تحديد القرارات الحكومية، وبذلك أصبحت هذه التصرفات تتعلق فقط بالعلاقات الدولية والديبلوماسية وكذا بالعلاقات بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية. كما أن إداري عمد إلى تقليص هذا المجال من خلال تقنية القرارات المنفصلة عن علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية والقرارات المتصلة بممارسة السلطة التنظيمية.

## Summary

Government decisions appeared in France during the nineteenth century in certain political, social and economic circumstances. France has known political instability that affected all other fields, which made the French administrative judiciary come out with the theory of government decisions to get out of its jurisdiction this type of legal behavior, thus giving a wide scope for the government to escape its control. Initially, the French administrative judge relied on the criterion of political motivation to label certain legal actions as government decisions. This trend directly affects the state of law, which the democratic countries have been calling for, especially France. Under successive criticism, the French Council of State was forced to narrow the areas of government decisions. At first, he abandoned the political motive, and adopted the standard of regulation in determining these decisions, and thus these actions became related only to international and diplomatic relations, as well as to the relationship between the legislative authority and the executive one. Also, the administrator deliberately reduced this area through the technique of decisions separate from the relationship of the executive authority to the legislative one and decisions related to the exercise of regulatory authority, in an attempt to achieve the state of law.

## مقدمة

تقتضي دولة القانون أن تكون تصرفات السلطات العمومية مطابقة لأحكام دستور وضع بطريقة ديمقراطية، ومطابقة للقوانين الصادرة عن المؤسسة التشريعية المنتخبة بطريقة شفافة ونزيهة وفقا لأحكام الدستور، وأن تخضع أعمالها للرقابة من جهة محايدة. وتقتضي دولة القانون كذلك أن تكون السلطة التنفيذية هي الأخرى تحت رقابة سلطة قضائية مستقلة. فكلما تحققت الرقابة على السلطات العمومية من طرف جهات مستقلة كلما اقتربنا من دولة القانون، وكلما أغفلنا الرقابة على السلطات العمومية كلما فتحنا لها هامشا للتجاوز في استعمال السلطة، وابتعدنا بالتالي عن دولة القانون.

غير أن الرقابة على أعمال السلطات العمومية ليست رقابة عامة ومطلقة، تطال كل حركة أو سكون لهذه السلطات، بل إن هذه الأخيرة تحتاج إلى هامش معين من الحرية حتى تتمكن من أداء مهامها على أحسن وجه. فالسلطة التنفيذية على وجه الخصوص تحتاج، في كثير من الحالات، إلى الإفلات من الرقابة القضائية، حتى يتسنى لها القيام بمهامها خصوصا المهام الدستورية. والقرارات الحكومية<sup>1</sup> من بين التصرفات التي عمل القاضي الإداري الفرنسي والقاضي الإداري المغربي على إخراجها من دائرة رقابته.

ظهرت نظرية القرارات الحكومية في الاجتهاد القضائي الفرنسي في مستهل القرن 19 كاستجابة لظروف سياسية عرفتها فرنسا خلال هذه الفترة، غير أن القضاء الإداري الفرنسي، وإن كان وراء ظهورها، لم يحدد لها تعريفا؛ وحتى الفقه الفرنسي لم يجمع على ذلك. فظل تحديد تعريف القرارات الحكومية محل خلاف بينهم، حتى أن بعضهم يقر بأنه لا يوجد أي معيار يمكننا منها بصفة عامة ونظرية<sup>2</sup>، ويرى الأستاذ ليون ميشو Léon MICHAUD بأن صعوبة تحديد القرارات

<sup>1</sup> بعض الفقه والقضاء المغربيين يعتمد مصطلح القرارات السيادية عوض القرارات الحكومية أو هما معا: أنظر سبيل المثال:

- نجاة خلدون، العمل الإداري في ضوء المقتضيات القانونية الجديدة، مجلة الدراسات الدستورية والإدارية، سلسلة مؤلفات جامعية، العدد الأول، مارس 2021؛
- حسن صحيب، القانون الإداري المغربي: الوسائل القانونية للعمل الإداري، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، العدد الثاني، الطبعة الأولى، أكتوبر 2018، ص. 101؛
- المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 518 بتاريخ 2 مارس 2022، ملف رقم 2021/7110/1175، محمد القيسي ضد الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة؛
- الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قرار عدد 4 بتاريخ 21 نوفمبر 1969، الشرطة الفلاحية الميكجا ضد معالي وزير الفلاحة ومن معه، المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 14/1970، نسخة إلكترونية، ص. 88.

<sup>2</sup> ROUSSEL (S.), «De l'injusticiabilité des actes de gouvernement», AJDA 2018, p. 491.

الحكومية تكمن في كونها تصدر عن نفس السلطات التي تصدر القرارات الإدارية<sup>1</sup>، غير أن القرارات الحكومية تتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء<sup>2</sup>، ويرى ديفور DUFOR أن القرارات الحكومية هي قرارات تهدف إلى حماية الدولة أو حماية الدولة في شخص الحكومة من أعدائها الداخليين والخارجيين الظاهريين وغير الظاهريين، الحاضرين أو المحتملين<sup>3</sup>.

غير أن الظروف السياسية الخاصة التي كانت وراء ظهور نظرية القرارات الحكومية في فرنسا لم تعد قائمة الآن. وللإشارة، فالقاضي الإداري الفرنسي أنشأ هذه النظرية من أجل تحصين بعض القرارات الصادرة عن الحكومة، معتمدا على معيار الباعث السياسي، الذي تم التخلي عنه نظرا لانعدام وجود نفس الظروف السياسية التي أدت إلى تبنيه. غير أنه حافظ على نظرية القرارات الحكومية، لكن ضيق من مجالها من أجل تحقيق أكبر لدولة القانون. فكيف تطورت رقابة القاضي الإداري على القرارات الحكومية؟

عن هذه الإشكالية تتفرع الأسئلة التالية:

ما هي الظروف السياسية التي أدت إلى ظهور نظرية القرارات الحكومية؟

ما هو المعيار المحدد لهذه النظرية؟ وهل لازال معمولا به؟

ما هي التقنيات التي وظفها القاضي الإداري للتضييق من مجال القرارات الحكومية؟

من أجل الإحاطة بهذا الموضوع، كان لا بد لنا قبل أن نسلط الضوء على تقنيات تضييق مجال القرارات الحكومية من طرف القاضي الإداري (فرع ثان) أن نعرض على الباعث السياسي الذي وظفه القاضي الإداري لوضع نظرية القرارات الحكومية أول مرة (فرع أول).

## الفرع الأول: الباعث السياسي وراء ظهور نظرية القرارات الحكومية في فرنسا وفي المغرب

إن فرنسا هي مسقط رأس نظرية القرارات الحكومية التي تأسست في مرحلة تاريخية مهمة، تمثلت في رجوع الملكية كنظام للحكم بعد الإطاحة بالنظام الامبراطوري. في خضم هذا التحول، ظهر الباعث السياسي كأساس علمي لبناء نظرية القرارات الحكومية في فرنسا (فقرة أولى) الذي تم نقله إلى المغرب خلال فترة الحماية (فقرة ثانية).

<sup>1</sup> MICHAUD (L.), Des actes de gouvernement, Imprimerie et lithographie F. allier père et fils, Grenoble 1889, pp. 2-3

<sup>2</sup> DUEZ (P.), Les actes de Gouvernement, Dalloz 2016, p. 18.

<sup>3</sup> Cité par MICHAUD (L.), Des actes de gouvernement, op. cit., p. 3.

## الفقرة الأولى: الباعث السياسي وراء ظهور نظرية القرارات الحكومية في فرنسا

عرفت فرنسا خلال القرن 19 والمنتصف الأول من القرن 20 اضطرابات سياسية كثيرة، حيث اتسم نظام الحكم فيها بعدم الاستقرار. فقد أنشأ نابوليون الأول<sup>1</sup> نظام حكم إمبراطوري، على إثره استفاد المقربون من السلطة وأفراد العائلة الحاكمة من امتيازات سخية خصهم بها هذا الإمبراطور عن طريق مراسيم كان يصدرها بين الحين والآخر. وبعد انهيار النظام الإمبراطوري سنة 1814، عادت فرنسا إلى النظام الملكي الذي استمر إلى غاية ثورة 1848 التي أطاحت بالنظام الجديد، وأقامت مكانه نظام الجمهورية الفرنسية الثانية الذي لم يعمر طويلا، فأعلن نابوليون الثالث نفسه إمبراطورا سنة 1852 بعد الانقلاب الذي قاده سنة 1851 واستمر على هذا الحال حتى سنة 1876، ثم عادت فرنسا مرة أخرى إلى النظام الجمهوري من خلال الجمهورية الثالثة التي استمرت إلى غاية سنة 1940 عقب انهيار الجيش الفرنسي أمام الجيوش النازية خلال الحرب العالمية الثانية.

هذه الاضطرابات، أثرت بشكل كبير على جميع الجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقضائية خصوصا؛ وكان لمجلس الدولة الفرنسي منها نصيب. ففي خضم هذه الأحداث خرجت نظرية القرارات الحكومية من رحم هذه التفاعلات ترتدي جلياب الباعث السياسي. وقد وظفها القاضي الإداري الفرنسي من أجل التصريح بأن هذه التصرفات الحكومية تخرج من مجال رقابة الشرعية (Le Contrôle De La Légalité) الذي يدخل في ولايته.

وتعود الإزهاصات الأولى لظهور نظرية القرارات الحكومية إلى سنة 1816 مع قضية السيد الوالو<sup>2</sup> ALLUT<sup>1</sup>، الذي كان يشتغل صيدلانيا بإحدى المؤسسات الخيرية، وبتاريخ 25 مارس 1816 تقدم بطعن أمام مجلس الدولة، يطلب منه إلغاء القرار الذي أصدره الوزير كاتب الدولة في الداخلية (Ministre Secrétaire d'Etat De L'intérieur) المؤرخ في 14 يناير 1816 والمتعلق بإعفائه من مهامه، بحجة التجاوز في استعمال السلطة. وقد صرح مجلس الدولة الفرنسي بأنه غير مختص بالنظر في القضية، لأن الطعن وجه ضد قرار مرتبطة بأهداف اقتصادية داخلية للإدارة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pour plus de détail, voir J. B. SIERY, Jurisprudence du Conseil d'Etat depuis 1806, Tome III, Paris 1818, p. 318; ROCHE (G.) et LEBON (F.), Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat, Imprimerie et librairie administrative de Paul DUPONT et Cir, Paris 1840, p. 571.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, arrêt ALLUT de 1816, Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat, Tome III, Imprimerie et librairie administrative de Paul DUPONT et Cir, Paris 1840, p. 571: «Considérant, dans l'espèce, que les questions sur lesquelles sont intervenus les arrêts attaqués par le sieur ALLUT, se rattachent à des objectifs d'économie intérieure et domestique



وبالعودة إلى التاريخ السياسي لهذا الشخص يتضح أنه كان معارضا شرسا للعائلة الملكية الحاكمة في تلك المرحلة<sup>1</sup>. غير أن نظرية القرارات الحكومية لم تجد لها صدى، ولم تأخذ مكانتها عند الفقه الفرنسي والمهتمين بالاجتهاد القضائي الإداري إلا في سنة 1822 مع قضية السيد جاك لافيت Jacques LAFFITTE الموظف بأحد البنوك<sup>2</sup>، والذي نازع في قرار امتناع وزير المالية الفرنسي عن تحويل متأخرات مالية ناتجة عن إرادات آلت إليه بعدما تنازلت له عنها الأميرة بوركيث Princesse BORGHESE، والتي حصلت عليها بقرار من الإمبراطور نابوليون الأول NAPOLEON I.

وبالنظر إلى طبيعة النزاع، يتضح أن الأمر يتعلق بقرار إداري فردي صرف مكتمل الخصائص والأركان، ومؤثر سلبا في الوضعية القانونية للطاعن، وبالتالي يدخل في اختصاص القضاء الإداري. غير أن مجلس الدولة رأى عكس ذلك، واعتبر أن تصرف وزير المالية يتعلق بمسألة سياسية يعود الأمر فيها حصريا إلى الحكومة، وتخرج من نطاق الرقابة القضائية<sup>3</sup>.

وبخصوص هذا الشأن، تساءل الأستاذ محمد أمين بنعبد الله حول اعتماد مجلس الدولة الفرنسي في تعليقه على معيار غامض وغير محدد، وكَيْفَهُ بمعيار الباعث السياسي، واستغرب استبعاد مبدأ استمرارية الدولة الذي يسمح للقاضي الإداري ببسط رقابته على هكذا تصرفات قانونية. وعزا ذلك إلى أن القضاء الإداري الفرنسي لم يولد دفعة واحدة، إذ تطلب الأمر وقتا طويلا لكي يثبت مجلس الدولة أقدامه كقضاء مستقل ويوسع من اختصاصاته ويبسط رقابته أكثر فأكثر<sup>4</sup>، فالقضاء الإداري الفرنسي عرف تطورات مهمة وعبر مراحل تاريخية تجاذبتها صراعات سياسية قوية، كان القاضي الإداري في كثير من الحالات يراعي الظروف السياسية القائمة.

de l'administration des hospices, lesquels sont hors de la compétence de ce conseil; décide qu'il n'y a lieu de statuer sur les comptes produit ».

<sup>1</sup> من أجل تفاصيل أكثر يمكن مراجعة:

Rapport fait à la Cour des pairs le 15 mai et suivants par le compte de M. le compte de BASTRAD pair de France, Imprimerie de la Cour royale, septembre 1820, p. 138 et suivantes.

<sup>2</sup> MAKAREL (M. L.), Recueil des arrêts du Conseil, ou ordonnances royales, tome III, librairie d'Antoine BAVOUX, Paris 1822, p. 571.

<sup>3</sup> «La réclamation du Sieur LAFFITTE tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement», LONG (M.) et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 20ième édition 2015, p. 18.

<sup>4</sup> BENABDALLAH (M.A.), «L'inutilité de la théorie de l'acte de Gouvernement dans la jurisprudence marocaine », note sous le Tribunal administratif de Rabat, 8 mars 2001, BELOUAD, REMALD n° 41, 2001, p. 134.

وفي قضية دوق دومال Duc d'Aumale<sup>1</sup>، استحضر القاضي الإداري الفرنسي مرة أخرى نفس العلل للتصريح بعدم اختصاصه، بالرغم من أن المسألة تتعلق، هذه المرة، بحرية التعبير المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789<sup>2</sup>، لأن السلطة الحاكمة آنذاك عمدت إلى مصادرة كتب دوق دومال Duc d'Aumale من السوق، ولم ترجعها إليه. وللمرة الثانية رأى مجلس الدولة الفرنسي أن المسألة لها صبغة سياسية تخص الحكومة، وتدخل في مجالها الخاص، ولا سلطان له عليها<sup>3</sup>. وفي قرار دوق سانت لو duchesse de Saint-Leu بتاريخ 5 ديسمبر 1838 أدخل في مجال القرارات الحكومية كذلك الاتفاقيات الدولية، واستعمل بصريح العبارة في هذه القضية مصطلح القرارات الحكومية Les Actes De Gouvernement<sup>4</sup>.

وعليه، أسس مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات الحكومية معتمدا على معيار الباعث السياسي، ليخرج من ولايته تصرفات قانونية صادرة عن الحكومة. ويجعل منها قرارات محصنة وغير قابلة للطعن، رغم أنها، في كثير من الحالات، كانت تمس مباشرة بحقوق وحرّيات المواطنين، وتؤثر في وضعيتهم القانونية.

### الفقرة الثانية: الباعث السياسي وراء ظهور نظرية القرارات الحكومية في المغرب

إذا كانت نظرية القرارات الحكومية قد ظهرت في فرنسا خلال القرن 19 في سياق تاريخي وسياسي معين طُبِعَ بعدم استقرار نظام الحكم، فإن المغرب لم يعرف نفس الظروف التاريخية والسياسية. غير أنه خضع في مستهل القرن 20 للحماية الفرنسية التي استمرت منذ توقيع اتفاقية الحماية سنة 1912 إلى إعلان الاستقلال سنة 1956، حيث تولت خلال هذه المرحلة السلطات

<sup>1</sup> Pour plus de détail voir: Recours au Conseil d'Etat de MGR le duc d'AUMALE et M. Michel LEVY contre la décision du ministre de l'intérieur du 18 Juin 1866, disponible sur: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5428089r.texteImage#>.

<sup>2</sup> L'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose que: « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »; l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose que: « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

<sup>3</sup> « Les actes politiques ne sont pas de nature à être déferés pour excès de pouvoir à notre Conseil par voie contentieuse », LONG (M.) et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 20ième édition, 2015, Tome I, p. 18.

<sup>4</sup> Conseil d'Etat, arrêt duchesse de Saint-Leu, du 5 décembre 1838: « Que les questions que présentaient à résoudre les requêtes se rattachaient, soit à des traités et conventions diplomatiques, soit à des actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique, dont l'interprétation et l'exécution ne pouvaient lui être déferées par la voie contentieuse », Recueil général des lois et des arrêts, 2ième série, Paris, 1845, p. 61.

الفرنسية تدبير الشؤون الداخلية والخارجية للمملكة الشريفة بطرق مباشرة أحيانا وبطرق غير مباشرة أحيانا أخرى.

مباشرة بعد أن استتب لها الأمر، قامت الدولة الحامية بإصلاحات همت المجالات الإدارية والسياسية والمجالات الاقتصادية والاجتماعية، وطالت هذه الإصلاحات على وجه الخصوص القضاء المغربي، حيث أدخلت فرنسا نظام القضاء العصري، وعملت على إنشاء محاكم عصرية، وأحضرت لأجل ذلك قضاة فرنسيين متشبعين بأفكار ومبادئ الثورة الفرنسية. كان لا بد لهؤلاء أن يستقدموا معهم نظرياتهم والمبادئ التي أسسها اجتهداهم القضائي، وعملوا على تطبيقها في المغرب مع مراعاة بعض الخصوصيات الوطنية طبعاً. ومن النظريات التي بادروا بتطبيقها، نجد نظرية القرارات الحكومية، لما توفره لهم من تحصين للتصرفات التي تتخذها سلطات الحماية.

ويرى الأستاذ محمد أمين بنعبد الله<sup>1</sup> أن أول تطبيق لهذه النظرية في المغرب يعود إلى فترة الحماية، من خلال قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 21 يناير 1928، في القضية المعروفة بـ "الفنون المغربية ضد مدينة الرباط" (Arts marocains contre ville de Rabat). وتعود وقائع هذه القضية إلى أن سلطات الحماية اعتادت إطلاق قذائف مدفعية كل يوم بحي لوداية الموجود وسط مدينة الرباط، معلنة حلول منتصف النهار. تسبب ذلك في كسر زجاج نوافذ بعض المنازل المجاورة، مما دفع المتضررين إلى رفع دعوى قضائية للتعويض عن الخسائر الناتجة عن الطلقات المدفعية اليومية، وقد تم لهم ذلك، لكن بناء على نظرية المخاطر وليس بناء على نظرية الخطأ. وحسب الأستاذ محمد أمين بنعبد الله، فإن القاضي قد نبه، في تعليقه، إلى أن المنازعة تتعلق بتصرفات قانونية للسلطات العمومية، وهي تصرفات لا تقبل الطعن أمام القضاء. وهي نفس العبارات التي استعملها القاضي الفرنسي في بناء نظرية القرارات الحكومية المستندة إلى معيار الباعث السياسي، والذي عفا عنه الزمن في فرنسا منذ قرار الأمير نابوليون سنة 1875<sup>2</sup>. وكأن "القضاء المغربي"<sup>3</sup> أراد بناء نظرية القرارات الحكومية كما تم بناؤها في فرنسا لأول مرة معتمداً على معيار الباعث السياسي رغم تجاوزه منذ فترة طويلة. وذلك راجع إلى كونه لم يجد مبرراً غيره يدلّ به موقفه الرامي إلى تحصين مثل هذه التصرفات القانونية.

<sup>1</sup>. Pour plus de détail, voir BENABDALLAH (M. A.), Op.cit., pp. 133-141.

<sup>2</sup>. Ibid., p. 136.

<sup>3</sup>. إن صح هذا التعبير، لأنه قضاء فرنسي في دولة المغرب.

تلا هذا القرار مقرران قضائيان أثبتت فيهما نظرية القرارات الحكومية بناء على معيار الباعث السياسي؛ كان الأول بتاريخ 30 أبريل 1959، حين رفعت الفيدرالية الوطنية لنقابات النقل الطرقي بالمغرب دعوى بالتجاوز في استعمال السلطة ضد وزير الشغل والشؤون الاجتماعية، لأن القضية حسب الفيدرالية تتعلق بتسوية نزاع، بين أرباب حافلات النقل والسائقين ومساعدتهم، يعود الأمر فيه إلى لجنة المصالحة والتحكيم المنشأة بظهير شريف<sup>1</sup> ولا تعود إلى الوزير. في مذكرة دفاعها، أثارت الإدارة عدم اختصاص المجلس الأعلى بحجة الباعث السياسي، على اعتبار أن تدخل الوزير يندرج ضمن القرارات الحكومية، غير أن القاضي استبعد هذا الطرح، معتبرا أن قرار الوزير لا علاقة له بالقرارات الحكومية<sup>2</sup>.

أما المقرر الثاني، المعروف بقرار الشركة الفلاحية الميكجا ضد معالي وزير الفلاحة ومن معه الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1969<sup>3</sup>، فتتلخص وقائع قضيته في كون أن هذه الشركة طالبت بإلغاء القرار الإداري الذي أدرج الملك موضوع الرسمين العقاريين رقم 10750 و11988 حرف م من جملة الأملاك المسترجعة من طرف الدولة إعمالا للظهير الشريف المؤرخ في 26 سبتمبر 1963 المحدد للشروط التي بموجبها تسترجع الدولة أراضي الاستعمار<sup>4</sup>. قدمت الإدارة عدة دفعات تعزز بها قرارها المطعون في شرعيته، وأكدت في الدفع الرابع من أن قرار استرجاع الأراضي لفائدة الدولة يعد عملا من أعمال السيادة (قرار حكومي). غير أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى اعتبرت أن المقرر المطلوب إلغاؤه، الذي عين الوزراء الثلاث بمقتضاه أرض الشركة الطاعنة من جملة الأملاك المسترجعة من طرف الدولة طبقا لظهير 26 سبتمبر 1963، يعتبر عملا إداريا عاديا لا يدخل ضمن طائفة أعمال السيادة، وقضت بإلغاؤه.

وبالمحصلة، فإن القضاء المغربي كنظيره الفرنسي أسس في مرحلة الاستعمار لنظرية القرارات الحكومية بناء على معيار الباعث السياسي (قضية الفنون المغربية ضد مدينة الرباط)، واستبعد هذا المعيار في قضيتي الفيدرالية الوطنية لنقابات النقل الطرقي بالمغرب والشركة

<sup>1</sup> Dahir portant règlementation pour la solution des litiges miniers qui ont une cause antérieure à la promulgation du dahir sur les mines en date du 19 janvier 1914, bulletin officiel n° 66 du 30 janvier 1941, p. 63.

<sup>2</sup> BENABDALLAH (M/A/), Op. Cit., pp. 136-137.

<sup>3</sup> الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قرار عدد 4 بتاريخ 21 نوفمبر 1969، الشركة الفلاحية الميكجا ضد معالي وزير الفلاحة ومن معه، المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 14/1970، نسخة إلكترونية، ص. 88.

<sup>4</sup> ظهير شريف رقم 1.63.289 بتحديد الشروط التي تسترجع الدولة بموجبها أراضي الاستعمار، جريدة رسمية عدد 2657 بتاريخ 27 سبتمبر 1963، ص. 2247.

الفلاحية الميكجا، لكن دون انكارها، بحيث كان القاضي في كل مرة يشير إلى أن القرارات المطعون فيها لا تدخل ضمن طائفة القرارات الحكومية.

## الفرع الثاني: تضيق مجال القرارات الحكومية من طرف القاضي الإداري

من أجل تحقيق دولة القانون وحماية حقوق وحريات المواطنين عمل القاضي الإداري الفرنسي والقاضي الإداري المغربي على تضيق مجال القرارات الحكومية وذلك بالتخلي عن معيار الباعث السياسي والاعتماد على النظام اللائحي (فقرة أولى) وابتكار تقنية القرارات المتصلة بممارسة السلطة التنظيمية وتقنية القرارات المنفصلة عن العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: تضيق مجال القرارات الحكومية من خلال التخلي عن الباعث السياسي

لقي معيار الباعث السياسي المعتمد من طرف القضاء الإداري الفرنسي في تحديد القرارات الحكومية انتقادا لاذعا، وذلك لاستبعاد هذا المعيار بعض القرارات الإدارية الصرفة والمرتبطة بحقوق وحريات المواطنين من الرقابة القضائية. وأمام هذه الانتقادات، وغموض المعيار المعتمد، وصعوبة الارتكاز عليه في التمييز بشكل جيد بين القرارات الحكومية المحصنة والقرارات الإدارية القابلة للطعن، تخلى مجلس الدولة الفرنسي عنه، لكن دون أن يتخلى عن نظرية القرارات الحكومية. فقد عوض معيار الباعث السياسي بنظام اللائحة، وأصبحت القرارات الحكومية هي تلك القرارات التي يصفها القاضي الإداري بأنها حكومية، والتي تخرج من رقابته دون أن يحدد لها معيارا تُعرف من خلاله. وانتقل بذلك مجلس الدولة في تحديد القرارات الحكومية من نظام معيار الباعث السياسي إلى نظام اللائحة، والتي تضم صنفين: الصنف الأول يخص العلاقة بين بعض المؤسسات الدستورية، والصنف الثاني يخص العلاقات الخارجية والديبلوماسية للدولة.

كانت بداية التخلي عن معيار الباعث السياسي في تحديد القرارات الحكومية واعتماد معيار اللائحة في القضية المعروفة بقضية الأمير نابوليون جوزيف بوناپرت Prince Napoléon-Joseph BONAPARTE. وتعود أحداث هذه القضية<sup>1</sup> إلى كون أن الامبراطور نابوليون الثالث NAPOLEON III عمد خلال فترة حكمه، إلى منح ابن عمه الأمير نابوليون جوزيف بوناپرت

<sup>1</sup> Pour plus de détail, voir Conseil d'Etat, arrêt n°46707 du 19 février 1875, Prince Napoléon Joseph BONAPARTE c./Ministre de la Guerre, disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007633029/>.

Napoléon Joseph BONAPARTE، بمرسوم صدر بتاريخ 24 يناير 1853، رتبة جنيرال في الجيش الفرنسي. وظل بذلك اسم الأمير يتردد في القائمة السنوية الخاصة بإعلان أسماء جنيرالات فرنسا. وبعد سقوط نظام الإمبراطورية الثانية، حذف وزير الحرب الفرنسي اسم الأمير من القائمة السنوية للجنيرالات لسنة 1873، وهي نفس سنة سقوط نظام الحكم الامبراطوري.

تظلم الأمير نابوليون جوزيف بونابارت Napoléon-Joseph Bonaparte لدى وزير الحرب، الذي رد عليه بأن عدم إدراج اسمه في القائمة السنوية المعنية بتسمية الجنيرالات لم يكن سهواً أو مجرد إغفال غير مقصود، بل جاء عن وعي وإدراك، لأن تعيين الأمير في مرتبة جنيرال كان مرتبطاً بنظام سياسي معين لم يعد قائماً، وأصبح قرار تسميته باطلاً بحكم ارتباطه بالنظام الإمبراطوري البائد.

طعن الأمير أمام مجلس الدولة في قرار وزير الحرب الفرنسي بالتجاوز في استعمال السلطة، وطالب بإلغائه. رد الوزير، في مذكرته الجوابية، بعدم اختصاص القضاء بالنظر في القضية، على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة ذات بعد سياسي، تُدخل هذا التصرف في خانة القرارات الحكومية، والتي دأب القضاء الإداري الفرنسي على استبعادها، وعدم النظر فيها بحجة عدم الاختصاص، منذ أن أسس لنظرية القرارات الحكومية سنة 1822 بناءً على معيار الباعث السياسي.

في استنتاجاته المثبتة في مذكرته، رفض المفوض الحكومي إدراج هذا التصرف في خانة القرارات الحكومية، لأن الباعث السياسي الذي أسست عليه نظرية القرارات الحكومية جاء استجابة لمرحلة سياسية معينة، تتمثل في الإطاحة بالنظام الإمبراطوري وإعادة النظام الملكي. واعتبر أن القرارات الحكومية هي بطبيعتها نتاج سلطة تقديرية للحكومة التي لا يجب توسيعها اعتباراً على حساب المحكومين، بل يجب أن تحصر في التصرفات التي منح القانون فيها للحكومة سلطات عامة، مستهدفاً ترجيح المصلحة العليا للدولة على حساب المصالح الخاصة للأفراد. حيث تستمد الحكومة في فرنسا سلطاتها التقديرية إما من القوانين الدستورية، حينما يتعلق الأمر بتنظيم وتنفيذ الاتفاقيات الدبلوماسية، أو من القوانين المرتبطة بالشرطة. ثم أضاف: إن صدور تصرفات قانونية عن الحكومة، أو عن أحد ممثليها، أو تم تداولها بشأنها في المجلس الوزاري، أو اتسمت بالصبغة السياسية لا يعتبر حجة كافية لتبرير عدم اختصاص القضاء، وتحسينها أو الإفلات من بسط الرقابة القضائية عليها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> LONG (M.) et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Op. cit., p. 17.

من جهته، صرح مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه بالنظر في القضية المعروضة عليه، مستبعدا بذلك معيار الباعث السياسي الذي بنى عليه نظرية القرارات الحكومية خلال الفترة السابقة، معتمدا في تعليقه على المادة 6 من مرسوم 7 نوفمبر 1852 التي تبيح إمكانية التخلي عن الامتيازات الممنوحة لعائلة الإمبراطور<sup>1</sup>. وبذلك فإن مجلس الدولة بنى مبررات تحوله في تكييف القرارات الحكومية على نص قانوني نافذ، ملمحا إلى أن تبني معيار الباعث السياسي كانت له مبرراته ومصوغات تبنيه سابقا، وأن التخلي عنه لم يأت من فراغ، ولم يحصل نتيجة لتغير الظروف السياسية، إنما أسس على قاعدة قانونية نافذة. بل أكثر من ذلك، فقد أصبح الباعث السياسي مصوغا لإلغاء بعض القرارات الإدارية. فبتاريخ 23 سبتمبر 1953، طعن السيد باريل BAREL في قرار كاتب الدولة لدى رئاسة مجلس الوزراء، الراض لترشحه، مع أربعة مواطنين آخرين، لمباراة الولوج إلى المدرسة الوطنية للإدارة ENA، بحجة قناعاتهم السياسية المتمثلة في اعتناق أفكار فلسفية ذات ميول شيوعي، حيث قضى مجلس الدولة بإلغاء القرارات الإدارية المؤسسة فقط على البعد السياسي المحض<sup>2</sup>. هذا التوجه القضائي جعل تشريعات بعض الدول،

<sup>1</sup> Conseil d'Etat, arrêt n° 46707 du 19 février 1875: « Considérant que pour demander l'annulation de la décision qui a refusé de rétablir son nom sur la liste des généraux de division publiée dans l'Annuaire militaire, le prince Napoléon-Joseph Bonaparte se fonde sur ce que le grade de général de division que l'Empereur, agissant en vertu des pouvoirs qu'il tenait de l'article 6 du sénatus-consulte du 7 novembre 1852, lui avait conféré par le décret du 9 mars 1854, était un grade qui lui était garanti par l'article 1er de la loi du 19 mai 1834;

Mais considérant que, si l'article 6 du sénatus-consulte du 7 novembre 1852 donnait à l'empereur le droit de fixer les titres et la condition des membres de sa famille et de régler leurs devoirs et leurs obligations, cet article disposait en même temps que l'Empereur avait pleine autorité sur tous les membres de sa famille; que les situations qui pouvaient être faites aux princes de la famille impériale en vertu de l'article 6 du sénatus-consulte du 7 novembre 1852, étaient donc toujours subordonnées à la volonté de l'Empereur; que, dès lors, la situation faite au prince Napoléon-Joseph Bonaparte par le décret du 9 mars 1854, ne constituait pas le grade dont la propriété définitive et irrévocable ne pouvant être enlevée que dans des cas spécialement déterminés, est garantie par l'article 1er de la loi du 19 mai 1854, et qui donne à l'officier qui en est pourvu le droit de figurer sur la liste d'ancienneté publiée chaque année dans l'Annuaire militaire; que, dans ces conditions, le prince Napoléon-Joseph Bonaparte n'est pas fondé à se plaindre de ce que son nom a cessé d'être porté sur la liste de l'état-major général de l'armée;

DECIDE:

Article 1er - La requête du Prince Napoléon-Joseph Bonaparte est rejetée », disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007633029/>.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, arrêt n° 28238 28493 28524 30237 30256 du 28 mai 1954: « Considérant que, s'il appartient au secrétaire d'Etat, chargé par les textes précités d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les

ومنها المغرب، تمنع الإدارة من الإشارة إلى النزعات السياسية والفلسفية والدينية للموظف في ملفه الشخصي الموضوع لديها<sup>1</sup>.

إن تتبع مسار الاجتهاد القضائي الفرنسي يبين لنا أن القضاء الإداري الفرنسي جعل مجال القرارات الحكومية واسعاً عند اعتماده في البداية على معيار الباعث السياسي، غير أنه عمل بعد ذلك على تضييقه، حيث أصبح هذا الباعث سبباً مباشراً لإلغاء التصرفات الصادرة عن الحكومة. واكتفى فقط بتلك التي تنظم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية كما هي محددة في الدستور<sup>2</sup>، وتلك المتعلقة بالعلاقات الخارجية والدبلوماسية<sup>3</sup>، وكذا القرارات الصادرة عن

études poursuivies à l'Ecole nationale d'administration et s'il peut, à cet égard, tenir compte de faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats, il ne saurait, sans méconnaître le principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, écarter de ladite liste un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques

DECIDE:

Article 1er - Les interventions susvisées sont admises. Article 2 - Les décisions du secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil notifiées le 3 août 1953 aux sieurs X..., A..., Z... et B... et la décision du même secrétaire d'Etat notifiée le 7 septembre 1953 au sieur Y... sont annulées», disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637425/>.

<sup>1</sup> الفقرة الثانية من الفصل العشرون من الظهير الشريف رقم 1.58.008 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية كما تم تغييره وتتميمه، جريدة رسمية عدد 2372 بتاريخ 11 أبريل 1958، ص. 914.

<sup>2</sup> على سبيل المثال:

الطعن في مشاريع القوانين أو رفض تقديم مشروع قانون

Conseil d'Etat, arrêt n°68938 du 29 novembre 1968, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007638303>.

<sup>3</sup> على سبيل المثال:

إعلان حكومي غير منفصل عن العلاقات الدولية:

Conseil d'Etat, arrêt n° 453671 du 24 février 2022, disponible sur:

[https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045242975?init=true&page=1&query=&searchField=ALL&tab\\_selection=cetat](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045242975?init=true&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=cetat).

شرعية المفاوضات التي يجريها ممثل الدولة خلال إبرام الاتفاقيات الدولية:

Conseil d'Etat, arrêt n° 04880 04881 du 13 juillet 1979, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007667581/>;

تصويت ممثل الدولة في المنظمات الدولية

Conseil d'Etat, arrêt n° 54359 54360 du 23 novembre 1984, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007702063/>;

استعمال المجال الجوي الفرنسي من طرف الطائرات الأمريكية والبريطانية في الحرب على العراق...



رئيس الجمهورية الفرنسية بناء على المادة 16<sup>1</sup> من دستور 1958 أو المتعلقة بعلاقته مع المؤسسات العمومية الدستورية.<sup>2</sup>

وفي المغرب، استبعد القاضي الإداري المغربي معيار الباعث السياسي كمحدد للقرارات الحكومية.<sup>3</sup> ففي حكم إدارية الرباط الصادر بتاريخ 8 مارس 2001<sup>4</sup> أعاد القضاء الإداري المغربي مفهوم القرارات الحكومية إلى الوجود من جديد، لكن من زاوية غير زاوية الباعث السياسي، حين طعن السيد محمد بلواد، أمام المحكمة الإدارية بالرباط بالتجاوز في استعمال السلطة، في قرار فتح السلطات المغربية مكتب اتصال مع "دولة إسرائيل"، مدعياً أن الشعب المغربي يرفض كل تعاون تجاري أو اقتصادي أو سياسي مع هذا الكيان.

وبعد استنفاد كل العمليات المتعلقة بجاهزية النطق بالحكم، أعلن القاضي الإداري بالمحكمة الإدارية بالرباط بأن قرار الحكومة المغربية فتح مكتب اتصال مع دولة أجنبية، يدخل في إطار العلاقات الدولية التي يعود الأمر فيها إلى الحكومة، وأن هذا النوع من التصرفات يصنف ضمن القرارات الحكومية التي تخرج من اختصاصات السلطة القضائية. وبهذا الموقف، يقر القاضي الإداري المغربي وجود نظرية القرارات الحكومية، ويكون بذلك قد انضم إلى المنحى الذي اعتمده نظيره الفرنسي، والمتمثل في تكريس نظرية القرارات الحكومية، لكن بإدخال العلاقات الدولية كذلك في القرارات الحكومية.

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية بالرباط، أعادت المحكمة من جديد نظرية القرارات الحكومية إلى الواجهة من خلال علاقة الحكومة بالبرلمان، حيث حمل السيد محمد القيسي الحكومة المغربية مسؤولية التأخر في وضع مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، لأن هذا التأخر غير المعقول فوت عليه فرصة الطعن

Conseil d'Etat, arrêt n° 255904 du 30 décembre 2003, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008202534>.

<sup>1</sup>. Conseil d'Etat, arrêt n° 5504955055 du 2 mars 1962, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636269/>.

<sup>2</sup>. مثلاً مرسوم حل الجمعية الوطنية:

Conseil d'Etat, arrêt n° 98538 du 20 février 1989, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007767613/>.

<sup>3</sup>. قضيتا الفيديريالية الوطنية لنقابات النقل بالطرق بالمغرب والشركة الفلاحية الميكجا.

<sup>4</sup>. أشار إليه الأستاذ محمد أمين بنعبد الله:

بعدم دستورية المادة 5 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة<sup>1</sup> التي كانت سببا في منع تقييد اسمه في قائمة المحامين المتمرّنين بهيئة المحامين بالرباط. وذكرت المحكمة الإدارية بالرباط أن وضع مشاريع القوانين على مكتب أحد مجلسي البرلمان يدرج ضمن قرارات الحكومة المتصلة بعلاقتها بالبرلمان، وتخرج عن نطاق الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء الإداري بحكم أنها ذات طبيعة سياسية أكثر من طبيعتها الإدارية، وهي ما تنطبق عليها وصف الأعمال الحكومية أو القرارات السيادية. إن ما يلفت الانتباه في هذا القرار هو رجوع القاضي الإداري في تكييف القرارات الحكومية إلى الطبيعة السياسية لعلاقة الحكومة بالبرلمان، ثم إنه لم يقض بعدم الاختصاص كما جرت العادة بل رفض طلب التعويض بسبب انعدام الخطأ الموجب للتعويض<sup>2</sup>.

وبذلك يكون القضاء الإداري المغربي والقضاء الإداري الفرنسي خصوصا قد ضيقا مجال القرارات الحكومية حينما استبعدا معيار الباعث السياسي واكتفيا بمجال العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ومجال العلاقات الدبلوماسية. إلا أن القضاء الإداري الفرنسي عمل كذلك على تضيق هذين المجالين من خلال تقنيتي القرارات المتصلة والقرارات المنفصلة.

**الفقرة الثانية: تضيق مجال القرارات الحكومية من خلال اعتماد تقنيتي القرارات المتصلة بممارسة السلطة التنظيمية والقرارات المنفصلة عن علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية**

بعد التضيق الأول في مجال القرارات الحكومية والمتمثل في استبعاد معيار الباعث السياسي لتحديد هذا الصنف من التصرفات الحكومية، ابتدع القاضي الإداري تقنية القرارات المتصلة بممارسة السلطة التنظيمية (أولا) وتقنية القرارات المنفصلة عن العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية (ثانيا) عن بعض هذه الأعمال التي كان يدرجها ضمن لائحة القرارات الحكومية في صنفها المتعلقين بالعلاقات الدولية والدبلوماسية أو بالعلاقات بين السلطات العمومية.

<sup>1</sup> القانون رقم 28.08 المتعلق "بتعديل" القانون المنظم لمهنة المحاماة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101 بتاريخ 20 أكتوبر 2008، جريدة رسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نوفمبر 2008، ص. 4044.

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 518 بتاريخ 2 مارس 2022، ملف رقم 2021/7110/1175، محمد القيسي ضد الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة.

## أولاً: تضيق مجال القرارات الحكومية من خلال تقنية القرارات المتصلة بممارسة السلطة التنظيمية

نتج عن اعتماد العقلنة البرلمانية توزيع اختصاص وضع القواعد القانونية بين البرلمان باعتباره مشرعاً وبين الحكومة باعتبارها صاحبة الاختصاص في تنفيذ القوانين عبر إصدار النصوص التنظيمية. إن تقسيم مجال القواعد القانونية بين التشريع والتنظيم يطرح الكثير من المشاكل، لأن الحد الفاصل بين المجالين غير واضح المعالم، ثم إن ضرورة الانسجام القانوني تقتضي في كثير من الحالات توغل التشريع في مجال التنظيم دون أن يتسم ذلك بعدم الدستورية.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكومة تملك آيتين لحماية مجال التنظيم، يتعلق الأمر أولاً بإمكانية الدفع بعدم قبول كل اقتراح أو تعديل لا يدخل في مجال القانون وفق المسطرة المحددة في الدستور<sup>1</sup>. كما يمكن للحكومة، بعد نشر القانون في الجريدة الرسمية، أن تسترجع مجال التنظيم الذي توغل فيه المشرع بآلية التجريد من الصبغة التشريعية<sup>2</sup>.

إن لإمكانية السماح للقانون بالتوغل في مجال التنظيم إيجابيات كثيرة مرتبطة بعملية تجويد النص القانوني خصوصاً، غير أن الحكومة قد تستغل هذه الإمكانية من أجل تسريب بعض المقتضيات التنظيمية في متن النصوص التشريعية بغية تحصينها من رقابة القاضي الإداري.

<sup>1</sup> ينص الفصل 79 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على: "الحكومة أن تدفع بعدم قبول كل مقترح أو تعديل لا يدخل في مجال القانون. كل خلاف في هذا الشأن ثبت فيه المحكمة الدستورية، في أجل ثمانية أيام، بطلب من أحد رئيسي المجلسين، أو من رئيس الحكومة".

الأمر نفسه في دستور فرنسا:

L'article 41 de la Constitution française de 1958 dispose que: « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le Président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours ».

<sup>2</sup> ينص الفصل 73 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على: «يمكن تغيير النصوص التشريعية من حيث الشكل بمرسوم، بعد موافقة المحكمة الدستورية، إذا كان مضمونها يدخل في مجال من المجالات التي تمارس فيها السلطة التنظيمية اختصاصها»:

L'article 37 de la Constitution française de 1958 dispose que: « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».

خصوصاً وأن عملية الرقابة القبيلة على دستورية القوانين تبقى ضعيفة ولا تطال أغلب القوانين، وأن آلية الفصل 73 من دستور المغرب وآلية المادة 37 من دستور فرنسا تبقى، حسب منطوق أحكام الدستوريين، آلية اختيارية في يد الحكومة، تستعملها حسب رغبتها.

ويبقى السؤال المطروح هو: هل طلب التجريد من الصبغة التشريعية لمقتضى تشريعي من حيث الشكل يدخل في إطار العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ولا رقابة للقضاء عليه؟ وهل لرئيس الحكومة في المغرب وللوزير الأول في فرنسا سلطة تقديرية مطلقة في اختيار الوقت الذي يراه مناسباً لممارسة هذا الاختصاص؟ إذا كان الأمر على هذا المنوال فإن طلب التجريد من الصبغة التشريعية يدخل في إطار القرارات الحكومية التي لا تخضع لرقابة القضاء. لكن ألا يمكن أن تكون منفصلة عن هذه العلاقة؟ وتدخل في المجال الإداري، وتكون خاضعة لشروط الشرعية كباقي القرارات الإدارية.

هذه الإشكالية، طرحت على مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 18 يناير 1995 من طرف بعض جمعيات المجتمع المدني المهتمة بحماية الطيور المهاجرة، وقد سبق لهذه الجمعيات أن راسلت الوزير الأول الفرنسي من أجل تحريك مسطرة المادة 37 من دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958 بشأن تحديد الطبيعة القانونية لبعض مقتضيات القانون رقم 94.501 بتاريخ 15 يوليو 1994 المتعلقة بإغلاق فترات صيد الطيور المهاجرة، في أفق نسخها وتعويضها بنص تنظيمي يكون منسجماً مع التوجيه الأوروبية رقم 79409/CEE بتاريخ 2 أبريل 1979<sup>1</sup>. لزم الوزير الأول الصمت حيال الموضوع، مما جعل سكوته بمثابة قرار رفض ضمني يمكن الطعن فيه أما القاضي الإداري.

بعد دراسة الوثائق المدرجة في الملف، والاطلاع على دفعات جميع الأطراف المعنية بالقضية والاستماع إلى المفوض الحكومي، وعكس كل التوقعات، أعلن مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 3 ديسمبر 1999 بأنه مختص بالنظر في القضية. واعتمد في تعليل موقفه على أن قرار امتناع الوزير الأول من تحريك مسطرة الفقرة الثانية من المادة 37 من الدستور، التي تسمح له بتغيير مقتضى تشريعي من حيث الشكل بمرسوم، ترتبط بممارسة السلطة التنظيمية، وتكتسي بذلك صبغة قرار إداري يقبل الطعن بالتجاوز في استعمال السلطة<sup>2</sup>. وكان قد ذهب

<sup>1</sup>. Pour plus de détail, voir: Directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, disponible sur: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31979L0409>.

<sup>2</sup>. «Considérant que la décision par laquelle le Premier ministre refuse d'engager la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution pour procéder par décret à la modification d'un texte de forme législative se rattache à l'exercice du pouvoir réglementaire et revêt ainsi le caractère d'une décision administrative susceptible de faire l'objet

المفوض الحكومي السيد لامي LAMY في نفس الاتجاه حيث صرح بأن اختصاص القاضي الإداري في هذه القضية مبرر لأن مسطرة الفقرة الثانية للمادة 37 من الدستور هي الخطوة الأولى لممارسة السلطة التنظيمية<sup>1</sup>.

وهذا القرار الجريء، الذي لقي انتقاداً شديداً من طرف بعض الفقه الفرنسي<sup>2</sup>، فإن القاضي الإداري الفرنسي ضيق من لائحة القرارات الحكومية من خلال تقنية القرارات المتصلة بممارسة السلطة التنظيمية، حينما اعتبر أن مسطرة الفقرة الثانية من المادة 37 من دستور 1958 متصلة بممارسة السلطة التنظيمية، وتخضع لرقابته.

d'un recours pour excès de pouvoir; qu'ainsi, contrairement à ce que soutiennent l'Union nationale des fédérations départementales de chasseurs et le ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement, les requêtes dirigées contre les décisions implicites nées du silence gardé pendant quatre mois par le Premier ministre sur les demandes de l'ASSOCIATION ORNITHOLOGIQUE ET MAMMALOGIQUE DE SAONE-ET-LOIRE et du RASSEMBLEMENT DES OPPOSANTS A LA CHASSE tendant à ce que, sous réserve de la constatation par le Conseil Constitutionnel du caractère réglementaire des dispositions de la loi du 15 juillet 1994 fixant les dates de clôture de la chasse aux oiseaux migrateurs, ces dispositions soient par décret abrogées et remplacées par de nouvelles règles, relèvent de la compétence de la juridiction administrative »,

Conseil d'Etat, arrêt n° 164789 165122 du 03 décembre 1999, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008083497/>

<sup>1</sup>. FAVOREU (L.), « La chasse et le droit constitutionnel: l'interprétation de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution par le Conseil d'Etat », R.F.D.A. 2000, p. 664. Disponible sur:

[http://credomultimedia.com/Bib\\_num/Articles%20New/Louis%20Favoreu,%20La%20chasse%20et%20le%20droit%20constitutionnel.pdf](http://credomultimedia.com/Bib_num/Articles%20New/Louis%20Favoreu,%20La%20chasse%20et%20le%20droit%20constitutionnel.pdf).

<sup>2</sup>. Idem, « La décision du Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel (ou son refus de le saisir) n'entre pas dans la compétence du juge administratif, non en raison de l'application de la théorie des actes de Gouvernement mais tout simplement parce que, constitutionnellement, on touche à la sphère de compétence du Conseil constitutionnel: imagine-t-on le Conseil d'Etat se reconnaître compétent pour statuer sur des recours contre des décisions (ou refus) de saisir le Conseil constitutionnel dans les diverses hypothèses, où celui-ci peut l'être? ... même si la Haute juridiction administrative en vient à annuler le refus du Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel dans des circonstances semblables, on saisit mal quelle sera la portée de cette annulation, compte tenu de l'interprétation de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution donnée par le Conseil constitutionnel et qui s'impose aux pouvoirs publics et donc au Premier ministre ». Car le Conseil constitutionnel français avait déjà précisé, dans sa décision n° 82-145 DC du 30 juillet 1982: « que l'une et l'autre de ces procédures [procédures de l'article 41 et de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution] ont un caractère facultatif ». Faut-il rappeler que Quelques semaines après l'arrêt du Conseil d'Etat, le juge constitutionnel français a réitéré sa position envers la procédure de l'article 37 alinéa 2.

## ثانياً: تضيق مجال القرارات الحكومية من خلال تقنية القرارات المنفصلة عن علاقة السلطة الحكومية بالسلطة التشريعية

جاءت إثارة تقنية القرارات المنفصلة عن علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية في قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 195499 بتاريخ 25 ديسمبر 1989<sup>1</sup>، حين اعتبر المجلس أن قرار تكليف برلماني، من طرف الوزير الأول الفرنسي، بمهمة مؤقتة لدى إدارة إحدى الوزارات خطوة أولى لتنفيذ مهام إدارية، وتخرج من دائرة العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية كما حددها الدستور، والتي سبق له تصنيفها في خانة القرارات الحكومية التي لا تجوز مراقبتها.

تتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ 3 أبريل 1989 طعن السيد برونوميكري Bruno Sieur MEGRET في مرسوم الوزير الأول الفرنسي الصادر بتاريخ 10 فبراير 1989<sup>2</sup> الذي بواسطته أسندت السيد هونري داتليو Sieur Henri d'ATTILIOIOT النائب البرلماني عن دائرة Bouches-du-Rhône مهام مؤقتة لدى كتابة الدولة في الصناعة من طرف الوزير الأول، بدعوى الانحراف في استعمال السلطة.

دفعت الإدارة بأن الدعوى رفعت أمام محكمة غير مختصة على أساس أن الأمر يتعلق تصرف قانوني يدخل في إطار علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية؛ أي أن المرسوم المطعون فيه هو قرار حكومي وإن لم تتم تسميته كذلك. إلا أن القاضي الإداري وإن استبعد دفع الطاعن المتمثل في الانحراف في استعمال السلطة فإنه استبعد كذلك دفع الإدارة المتمثل في عدم الاختصاص، واعتبر المرسوم المطعون فيه قراراً إدارياً مكتمل الأركان يخضع لرقابة الشرعية، ولا يدخل في خانة القرارات الحكومية، لأن التكليف بالمهام المؤقتة للبرلماني لدى إدارة هو الخطوة

<sup>1</sup> « Considérant que le décret par lequel le Premier ministre charge un parlementaire d'une mission que celui-ci doit accomplir auprès d'une administration ou en son sein, constitue le premier acte de l'exécution d'une mission administrative dont un parlementaire se trouve temporairement investi; qu'un tel acte, qui est détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution, revêt le caractère d'une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir; qu'ainsi, M. d'X... n'est pas fondé à soutenir que la requête susvisée dirigée contre le décret du 10 février 1998 le chargeant d'une mission temporaire en application de l'article L.O. 144 du code électoral devrait être rejetée comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître », Conseil d'Etat, arrêt n° 195499 du 25 septembre 1989, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008006421>

<sup>2</sup> Article 1ier du décret du 10 février 1998 chargeant un député d'une mission temporaire dispose que: « M. Henri d'Attilio, député des Bouches-du-Rhône, est, dans le cadre des dispositions de l'article LO 144 du code électoral susvisé, chargé d'une mission temporaire auprès du secrétaire d'Etat à l'industrie ».

الأولى لممارسة المهام الإدارية، وأن قرار تكليف برلماني بمهمة لدى إدارة هو قرار منفصل عن علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية كما هي محددة في دستور 1958.

وبالرجوع إلى اجتهادات القاضي الدستوري الفرنسي المتعلق بالتجريد من الصبغة التشريعية Le Déclassement Législatif يتضح أن القاضي الإداري الفرنسي قد استفاد من التقنيات التي يستعملها القاضي الدستوري في تحديد الطبيعة القانونية للمقتضيات التشريعية من حيث الشكل. فبالإضافة إلى تقنية<sup>1</sup> Mise En Œuvre Et Mise En Cause التي يعتمد عليها، فإنه القاضي الدستوري الفرنسي يعتبر المقتضيات ذات صبغة تنظيمية لمجرد تضمينها التعابير التالية:

- le service administratif auprès duquel ...<sup>2</sup> ;
- fait l'objet de la part de l'administration / auprès du directeur des services fiscaux<sup>3</sup> ;
- auprès du Premier ministre / par les services du Premier ministre<sup>4</sup> ;
- par courrier ou à l'occasion d'un entretien avec lui ou son représentant<sup>5</sup> ;
- par le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le Préfet de police<sup>6</sup> ;
- l'accomplissement des formalités administratives nécessaires à leur mise en œuvre<sup>7</sup> ;
- par délégation du Premier ministre<sup>8</sup> ;

ولا ننسى أن المشرع الدستوري الفرنسي قد أناط مجلس الدولة بمهمة تجريد المقتضيات التشريعية من الشكل الصادرة قبل دخول الدستور الفرنسي لسنة 1958، وبالتالي فمجلس

<sup>1</sup> - هذه العبارة تعني أن المقتضيات التي تأتي تطبيقاً وتفصيلاً لمقتضيات تشريعية تدخل في مجال التنظيم، والمقتضيات التي تمس مجال القانون تصنف ضمن المقتضيات التشريعية.

<sup>2</sup> . Conseil constitutionnel français, décision n°92-172 L - 29 décembre 1992, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92172l.htm>.

<sup>3</sup> . Conseil constitutionnel français, décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80113l.htm>.

<sup>4</sup> . Conseil constitutionnel français, décision n° 2010-221 L du 14 décembre 2010, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010221l.htm>.

<sup>5</sup> . Conseil constitutionnel français, décision n° 2011-228 L du 22 décembre 2011, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011228l.htm>.

<sup>6</sup> . Conseil constitutionnel français, décision n° 2013-240 L du 28 juin 2013, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013240l.htm>.

<sup>7</sup> . Conseil constitutionnel français, Décision n° 60-2 L du 29 janvier 1960, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1960/602l.htm>.

<sup>8</sup> . Conseil constitutionnel français, décision n° 69-54 L du 10 juin 1969, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1969/6954l.htm>.

الدولة اعتاد على هذا الأمر، وله خبرة في تحديد مجال التنظيم ومجال القانون. لأن تعبير " المكلف بمهام مؤقتة لدى كتابة الدولة في الصناعة" (Chargé D'une Mission Temporaire Auprès Du Secrétaire d'Etat A L'industrie) لدى كتابة الدولة في الصناعة (auprès du secrétaire d'Etat à l'industrie) يفيد أن الأمر يتعلق بنشاط إداري محض يدخل بطبيعته في اختصاص القاضي الإداري.

وبالمحصلة، ومن أجل تحقيق دولة القانون، فإن القاضي الإداري ما فتئ يضيق من مجال نظرية القرارات الحكومية، ويوسع من فرض رقابته على التصرفات القانوني للحكومة.

## خاتمة

صحيح أن حسن استمرارية المرفق، وضرورة تجويد الخدمات العمومية تقتضي في كثير من الحالات ترك هامش أوسع للسلطة الحكومية وأجهزتها الإدارية من أجل تحقيق فعالية أكثر. لكن ذلك قد ينعكس سلبا على حقوق وحريات المواطنين، خصوصا عندما تعمل هذه السلطات إلى التجاوز في استعمال السلطة. ثم إن تحقيق دولة القانون يفترض احترام القانون من طرف الجميع أشخاص ذاتيين وأشخاص اعتباريين وأن يكونوا متساوين أمامه. ويفترض كذلك وجود أجهز قضائية مستقلة تسهر على التطبيق الديمقراطي للقانون من خلال تأويل يروم حماية الحقوق والحريات.

إن نظرية القرارات الحكومية التي جاء بها القضاء الإداري الفرنسي في مرحلة دقيقة من تاريخ فرنسا السياسي أصبحت تتعارض في جوانب كثيرة منها مع دولة القانون وحماية الحقوق والحريات التي أصبحت مطلبا شعبيا. مما جعل القاضي الإداري الفرنسي بالدرجة الأولى والقاضي الإداري المغربي بدرجة أقل يعتمد إلى تقليص مجال القرارات الحكومية التي لم يكن يبسط عليها رقابته. فقد عملا في البداية على استبعاد معيار الباعث السياسي في تحديد هذه القرارات والاكتفاء بنظام اللائحة التي ضمت مجالين اثنين: يتعلق الأول بالعلاقات الخارجية والديبلوماسية للدولة؛ ويتعلق الثاني بالقرارات التي تخص علاقة المؤسسات الدستورية فيما بينها. كما عمل ثانيا على استثناء بعض التصرفات القانونية من اللائحة رغم تعلقها بهذين المجالين، وذلك من خلال تقنية القرارات المتصلة بممارسة السلطة التنظيمية وتقنية القرارات المنفصلة عن العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية.



## المراجع المعتمدة

### ١. مراجع باللغة العربية

#### الكتب

- نجاة خلدون، العمل الإداري في ضوء المقتضيات القانونية الجديدة، مجلة الدراسات الدستورية والإدارية، سلسلة مؤلفات جامعية، العدد الأول، مارس 2021؛
- حسن صهيبي، القانون الإداري المغربي: الوسائل القانونية للعمل الإداري، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، العدد الثاني، الطبعة الأولى، أكتوبر 2018؛

#### نصوص قانونية

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011، جريدة رسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليو 2011، ص. 3600؛
- ظهير شريف رقم 1.63.289 بتحديد الشروط التي تسترجع الدولة بموجبها أراضي الاستعمار، جريدة رسمية عدد 2657 بتاريخ 27 سبتمبر 1963، ص. 2247.
- ظهير شريف رقم 1.58.008 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية كما تم تغييره وتتميمه، جريدة رسمية عدد 2372 بتاريخ 11 أبريل 1958، ص. 914.
- قانون رقم 28.08 المتعلق "بتعديل" القانون المنظم لمهنة المحاماة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101 بتاريخ 20 أكتوبر 2008، جريدة رسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نوفمبر 2008، ص. 4044.

#### الاجتهاد القضائي

- الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قرار عدد 4 بتاريخ 21 نوفمبر 1969، الشرطة الفلاحية الميكجا ضد معالي وزير الفلاحة ومن معه، المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1970/14، نسخة إلكترونية، ص. 88؛

- المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 518 بتاريخ 2 مارس 2022، ملف رقم 2021/7110/1175، محمد القيسي ضد الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة؛

## II. المراجع باللغة الفرنسية

### Ouvrages

- DUEZ (P.), Les actes de Gouvernement, Dalloz 2016 ;
- MICHAUD (L.), Des actes de gouvernement, Imprimerie et lithographie F. allier père et fils, Grenoble 1889 ;
- LONG (M.) et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 20ième édition, 2015, Tome I ;

### Articles

- BENABDALLAH (M. A.), « L'inutilité de la théorie de l'acte de Gouvernement dans la jurisprudence marocaine », note sous le Tribunal administratif de Rabat, 8 mars 2001, BELOUAD, REMALD n° 41, 2001 ;
- FAVOREU (L.), « La chasse et le droit constitutionnel: l'interprétation de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution par le Conseil d'Etat », R.F.D.A. 2000, p. 664. Disponible sur:
- [http://credomultimedia.com/Bib\\_num/Articles%20New/Louis%20Favoreu,%20La%20c%20hasse%20et%20le%20droit%20constitutionnel.pdf](http://credomultimedia.com/Bib_num/Articles%20New/Louis%20Favoreu,%20La%20c%20hasse%20et%20le%20droit%20constitutionnel.pdf);
- ROUSSEL (S.), « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », AJDA 2018.

### Textes juridiques

- Constitution française de 1958 ;
- Déclaration des droits de Homme et du citoyen de 1789 ;
- Directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, disponible sur:
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31979L0409>.

## Jurisprudences

### Recueil de jurisprudences

- J. B. SIERY, Jurisprudence du Conseil d'Etat depuis 1806, Tome III, Paris 1818;
- Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat, Imprimerie et librairie administrative de Paul DUPONT et Cir, Paris 1840, ;
- Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat, Tome III, Imprimerie et librairie administrative de Paul DUPONT et Cir, Paris 1840 ;
- Recueil des arrêts du Conseil, ou ordonnances royales, tome III, librairie d'Antoine BAVOUX, Paris 1822 ;

### Rapports

- Rapport fait à la Cour des pairs le 15 mai et suivants par le compte de M. le compte de BASTRAD pair de France, Imprimerie de la Cour royale, septembre 1820 ;
- disponible sur: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5428089r.texteImage#>.



## الفصل الرابع

# مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في تأويلات القضاء الدستوري والإداري - حالة المغرب وتونس

The Principle of Proportionality as a Paradigm to Strike Balance between Rights and Freedoms and the Public Interest in the Interpretations of Constitutional / Administrative Jurisprudence.

Morocco and Tunisia as a Model

## د. عبد الحق بلفقيه

أستاذ باحث بجامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية الحقوق فاس

## ملخص

يتميز النظام القانوني في دولة القانون بسمو القانون على الدولة، وهو سمو يفرض على الدولة ضمان الحريات والحقوق الأساسية، هذا بجانب اعتبارين مهمين هما الأمن القانوني والعدالة. ويتوقف الأمن القانوني على الأسلوب الذي يختاره المشرع في تنظيم الحماية التي يضيفها على الحقوق والحريات والمصلحة العامة. هذا الأمن يتوافر كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة، بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن للمواطنين حقوقهم وحرياتهم ضد المفاجآت التي تعرض مراكزهم القانونية للخطر، وبه يعتبر التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة وحماية هذه الحقوق والحريات من أهم ضمانات التأسيس للأمن القانوني، وهو بالتالي التزام يقع بالدرجة الأولى على عاتق السلطة التشريعية في حدود احترام الدستور.

فكرة العدالة، كاعتبار ثاني، تمت معالجتها وفقا لجوانب مختلفة، فهناك العدالة المادية التي تقابل العدالة الشكلية. كما توجد العدالة الاجتماعية التي تتميز عن العدالة القانونية. وقد يتفق مدلول العدالة مع مفهومها في القانون الطبيعي أو يختلف عنه الإحساس بالعدالة، بهذا المعنى، تسبح العدالة قيمة اجتماعية مهما اختلفت الأزمنة والمجتمعات، فهي قيمة أخلاقية خالدة في الضمير الإنساني ازداد تعمقها بظهور الأديان السماوية.

في هذا الصدد، يتعين على المشرع أن يراعي هذه القيمة الاجتماعية عند تدخله لحل النزاع بين المصالح وإضفاء حمايته على المصلحة الأجدر بالرعاية، بمعنى القيمة الدستورية الأجدر بالحماية، فالقانون بحكم نشأته الاجتماعية لا يمكنه أن يصطدم بإحساس المجتمع بالعدالة. وهنا يحضر مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات الفردية والمصلحة العامة في تأويلات القضاء كوسيلة ونهج لإرضاء الشعور بالعدالة.

وبهذا يعتبر مبدأ التناسب من أهم المبادئ الذي يتعرض للصراع والجدل الفقهي والقانوني، من جهة، بين مختلف الحقوق والحريات الأساسية نفسها، وبين حقوق وحريات الأفراد وبين سؤال حماية المصلحة العامة من جهة ثانية. بهذا الخصوص، يتحمل التشريع مسؤولية تحقيق التوازن الذي يوقف هذا الصراع ويكفل حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة بقدر متناسب؛ ويلتزم المشرع في سبيل كفالة هذه الحماية باحترام الضمانات التي ينص عليها الدستور. كلمات مفتاحية: مبدأ التناسب، القضاء الدستوري، القضاء الإداري، المصلحة العامة، حقوق وحريات الأفراد

## Abstract

The legal regime is characterized in a state based on the rule of law by the principle of primacy of law over the state, in that this primacy imposes on the state to ensure rights and freedoms, in addition to two other significant considerations, which are legal security and justice. Therefore, legal security depends on the style that the legislator chooses while it is conferred upon the rights and freedoms and the public interest.

This security is available whenever this interest is given the legal protection by means of a style which would guarantee consistency and stability, as well as it would grant citizens their rights and freedoms against the uncertainties which may put their legal centres at stake. Accordingly, the balance between the requirements of the public interest and the protection if such rights and freedoms represent the assurance of of legal security, in that it is an obligation lying with the legislative authority within the Constitution. However, justice expresses a vague notion generating considerable controversy, and it has been addressed according to various aspects, in that there is not only material justice corresponding to procedural justice but also social justice being distinct and different from legal justice.

That is to say, the function of justice may agree with it's concept in natural law, or disagree with it when it comes to the sense of justice. Along with these lines, justice stands for a social value no matter how different times and societies are, on the account of the fact that it is an eternal moral value in the conscience of mankind, as it has been deepened quite a lot with the emergence of heavenly religions. As a result, the legislator must take such a social value into consideration when intervening to settle the conflict between the interests and giving the legislator's effect to the best interest worthy of care. By way of explanation, it is about the best ever constitutional value worthy of protection, in view of the fact that law having had social foundations can not face the sense of justice

in society. Besides, one of the vehicles for the purpose of gratifying the sense of justice is reflected in the way the legislator tackles the protection of rights and freedoms.

Key Words: The Principle of Proportionality; the public interest.

## مقدمة

يبدو في بداية الأمر أن القانون يعد أهم مظهر لحفظ الحقوق والحريات وتكريسها والسمو بها داخل الدولة، إلا أنه من خلال الممارسة الواقعية يعيش مفارقة كبيرة حين يقوم بانتهاك هذه الحقوق والحريات أثناء سعيه لضبط النظام العام من خلال حماية المصلحة العامة للمجتمع. هذا التناقض الشائك والمعقد جعل مختلف التشريعات والمواثيق الدولية تبحث عن وسائل وآليات كفيلة بتحقيق مطلب التوازن، مما أدى إلى ظهور معيار التناسب كشرط أساسي في هذا المجال.

في هذا الصدد، يعد شرط التناسب -La Proportionnalité- من الشروط الدستورية الأساسية التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين حماية القيم والمصالح الاجتماعية، وبين الحقوق والحريات الخاصة بالأفراد، يلتزم به المشرع أثناء صياغة نصوصه وخاصة في مجال التجريم والعقاب، هذا الالتزام يؤدي إلى وضع حد لـ "الصراع" القائم بين القيم والمصالح والحقوق والحريات ويوفر الحماية الكاملة لهم بطريقة منطقية ومعقولة. وهو بذلك يعكس مدى تفعيل مبدأ التناسب المكانية والقيمة الحقيقية للحقوق والحريات في مجتمع ما باعتبار أن المبدأ يؤطر الانتهاكات التي يمكن أن تسلط على تلك الحقوق والحريات<sup>1</sup>.

وبعيدا عن الجذور الفلسفية والتاريخية المؤسسة لمفهوم التناسب، يعد اليوم التناسب مبدأ وأداة/تقنية/وسيلة يعتمدها القضاء (الإداري/الدستوري) لحماية أرفع للحقوق والحريات من تعسف مختلف السلطات العمومية وخاصة منها التشريعية والتنفيذية. كما يمكن أن تكون له وظيفة ودورا توجيهيا لمختلف الأعمال الصادرة عن السلطات العمومية، وهو ما يعكس الاهتمام المتزايد للمبدأ من مختلف الأنظمة القانونية سواء من حيث تكريسها في الدساتير المعاصرة أو تطويره في فقه القضاء أو اهتمام الفقهاء به<sup>2</sup>؛ بل اعتبره بعض الفقه "من المبادئ العامة للقانون

<sup>1</sup> (J.M) Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés. Intervention à l'Institut Portalis Aix - en - Provence, Vendredi 17 mars 2017

<sup>2</sup> سلوى الحمروني: دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، مدخل القاضي الدستوري لمراقبة احترام ضوابط الحد من الحقوق والحريات، 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، التعاون الألماني، طبعة 2021، ص: 55.



له قيمة تشريعية باعتباره أحد تطبيقات مبدأ المعقولية، يتضمن أو يستتبع وجود تصرف معقول متناسب بين أسبابه الواقعية التي يقوم عليها القرار ومحلّه، فمبدأ التناسب من هذه الوجهة هو تطور لمبدأ المعقولية يعطي للقاضي رقابة واسعة ويعتبر هذا المبدأ من النظام العام<sup>1-2</sup>.

مبدأ التناسب، بهذا المعنى، هو مبدأ عام يقتضي أن تكون الإجراءات قادرة على تحقيق الأهداف المراد تحقيقها من القانون وألا تتجاوز حدود الضرورة التي يقتضيها تحقيق هذه الأهداف، مع العلم أنه كلما كان هناك خيار بين عدة إجراءات متلائمة مع الهدف يتجه اختيار الإجراء الأقل حداً، وإلا تكون الحدود المفروضة غير معقولة بالنسبة للأهداف المرجوة.

في هذا السياق، يراقب القاضي (الدستوري/الإداري) مدى تطبيق معيار التناسب للوصول وتحقيق التوازن الذي يكفل تحديد نطاق الحماية الدستورية للحقوق والحريات. وهو الأمر الذي يدفعنا في هذه الورقة إلى التأسيس لهذا التدخل القضائي باعتباره أهم تجليات الالتفائية بين تأويلات القضائيين الدستوري والإداري؛ بمعنى، أن ورقة البحث تحاول تأصيل مسار تدخل القضاء على نحو يوضح التوازن على ضوء معيار التناسب بين الوسائل والغايات.

### ■ التأطير العام لإشكالية الورقة

ننتقل من فكرة أساسية مفادها أنه إذا كانت حماية النظام العام والمصلحة العامة تتقرر وبحسب الأصل بالقانون، فإن حماية حقوق وحريات الأفراد تتم وبحسب الأصل بالدستور الممثل الأول للإرادة العامة. ومن هنا، كانت الشرعية الدستورية هي الضمان الأعلى لهذه الحقوق والحريات؛ والقصد، أن التوازن بين الحريات والحقوق الأساسية وبين المصلحة العامة في إطار أعمال مبدأ التناسب، يكفل ضمان وحدة النظام القانوني الذي يرسم الحقوق والواجبات العامة.

وإذا كانت أغلب الدساتير المقارنة لم تذهب في اتجاه التنصيص الصريح على مبدأ التناسب، غير أن هذا الأمر لم يمنع المحاكم والمجالس الدستورية في كثير من البلدان من اعتماد رقابة تناسب التدابير التي يتخذها المشرع مع الأهداف التي يتوخاها. والمعنى أن جهاز القضاء

<sup>1</sup> محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، السنة 2000، ص 559.

<sup>2</sup> تم التذكير بالمبدأ في العديد من المناسبات على مستوى دولي، إذا استقر فقه قضاء محكمة العدل الأوروبية، مثلاً، على اعتبار أن مبدأ التناسب الذي يمثل مبدأ عاماً للقانون يوجب أن لا تتجاوز الأعمال الصادرة عن مؤسسات الاتحاد الأوروبي ما هو ملائم وضروري لتحقيق الأهداف المشروعة؛ وأن لا تكون الأضرار غير متناسبة مع الأهداف المراد تحقيقها.

الدستوري، في الفقه المقارن، أبدع في تدخلاته لإعمال رقابته على تناسب التدابير القانونية التي يتخذها المشرع لتحقيق أهدافه القانونية.

في التجربة المغربية، وإن كان المشرع الدستوري استعمل مفهوم التناسب "لفظاً" في مجموعة من النصوص الدستورية بالتصريح المباشر وفي حالات أخرى بطريقة ضمنية، إلا أنه، حسب الجواب الذي قدمه المجلس الدستوري المغربي (قبل دستور 2011) بخصوص الاستمارة التي قدمت إليه من طرف جمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية<sup>1</sup>، لم يذهب نحو التنصيص الصريح على مبدأ التناسب على النحو الذي يعتبره آلية ووسيلة لتنظيم الحقوق والحريات في مجال الممارسة<sup>2</sup>، وهو ما ذهب في اتجاهه أيضاً المشرع الدستوري بعد 2011، حيث اعتمد لفظ التناسب في مجالات جد محددة ولا تلامس منطق تنظيم تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات، وذلك من قبيل استعماله التناسب في يلي: مسألة التمثيلية النسائية في بعض المؤسسات<sup>3</sup>، مساهمة المواطنين في التكاليف العمومية بما يتناسب مع مواردهم<sup>4</sup>، حق المعارضة في الاستفادة من المرور في الإعلام<sup>5</sup>، وأيضاً ما يخص توزيع تشكيلة مجلس المستشارين<sup>6</sup>.

وهنا ذهب بعض الفقه المغربي إلى اعتبار أن المشرع الدستوري وإن نص صراحة على التناسب في مجموعة من النصوص "... إلا أنه لم يستعمله كآلية قضائية توفيقية يمكن إعمالها في حالة تنازعية المبادئ المضمنة في الدستور، أو في حالة تدخل المشرع لتنظيم الحقوق وحمايتها، أو

<sup>1</sup> تقرير جمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية ACCPUF حول موضوع مبدأ التناسب في الاجتهاد الدستوري المشار إليه أعلاه ص: 156/155.

<sup>2</sup> لمناقشة هذه المسألة أكثر يمكن الرجوع إلى أجوبة المجلس الدستوري المغربي الواردة في الاستمارة التي قدمت إليه من طرف جمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم اللغة استعمال اللغة الفرنسية حول موضوع: "مبدأ التناسب في الاجتهاد الدستوري". وفي هذا الإطار يقول المجلس الدستوري إن الدستور المغربي لم ينص صراحة على مبدأ التناسب على هذا النحو، ومع ذلك يمكن استخلاص بعض مقتضياته، سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة ضمنية، من دستور 1996 بالإضافة إلى بعض النصوص القانونية الأخرى. حجاجي محمد: دور القضاء الدستوري في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع: دراسة في ضوء الرقابة على الدستورية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، 2017، ص: 348.

<sup>3</sup> الفصل 115 من دستور 2011. الظهير الشريف، 91.1.11 دستور 2011، راجع الجريدة الرسمية عدد 9564 مكرر، الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص: 3600.

<sup>4</sup> الفصل 40 من دستور 2011، مرجع سابق.

<sup>5</sup> الفصل 10 من دستور 2011، مرجع سابق.

<sup>6</sup> الفصل 63 من دستور 2011، مرجع سابق.

في حالة الصراع بين مبدئين أو أكثر من النظام المعياري ينظمان سلوكين مختلفين لا يمكن تحقيقهما بشكل متوازن من أجل تنظيم<sup>1</sup>.

والأصل، في رأينا، أن يتم التنصيص صراحة على مبدأ التناسب ضمن مضمون الباب الثاني من الدستور المغربي المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية كوسيلة لحماية هذه الحقوق والحريات، وأيضا كشرط أساسي لتقييد وضبط ممارستها، وذلك تماشيا مع مجموعة من التجارب المقارنة، ونقف هنا عند التجربة التونسية لدستور 2014 التي كان المشرع الدستوري واضحا فيها بخصوص التأسيس لشرطي التناسب والضرورة وعدم المساس بجوهر الحقوق، كآليات ضرورية لضبط ممارسة وتقييد وتحديد الحقوق والحريات الأساسية<sup>2</sup>.

هذا الأمر يطرح معه في الحالة المغربية تساؤلات عديدة حول إشكالية التفسير الدستوري والتأويل القضائي لمبدأ التناسب كشرط ومعيار أساسي لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة؛ بمعنى الأساس الدستوري والقانوني الذي سيعتمد عليه القاضي الدستوري لإعمال رقابته على مدى تناسب التدابير القانونية التي يتخذها المشرع لتحقيق أهدافه القانونية؟.

في هذا السياق، نتساءل بشكل رئيسي:

■ إذا كان المشرع الدستوري المغربي أحال على لفظ التناسب في مجموعة من النصوص، فهل استعمله حقيقة كشرط وكآلية رقابية ضرورية لضبط القيود المفروضة على الحقوق والحريات في جانب الممارسة؟. ومن جهة ثانية، وباعتباره حامي الحقوق والحريات، نتساءل كيف تجاوب القاضي الدستوري المغربي مع هذا الأمر؛ بمعنى؛ هل بقي لصيقا بالمنطق الدستوري الذي ربط لفظ التناسب في مجمل هذه النصوص بـ "مسألة التمثيلية النسبية في بعض المجالس" بعيدا عن فكرة شرط تقييد الحقوق والحريات، أم استطاع أن ينفث في تطبيقاته على الروح والمعنى القضائي للتناسب؟.

<sup>1</sup> محمد أتركين: معجم الدستور المغربي، الجزء الأول، دار النشر، الطبعة الأولى، 2021، ص: 328.

<sup>2</sup> الفصل 49 من دستور 27 جانفي / كانون الثاني، 2014، Latrach Edition، دار نشر تونسسية مختصة بالكتاب الجامعي والأكاديمي وخاصة القانوني.

نناقش بهذا الصدد المحاور التالية:

- ❖ المحور الأول: مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن: مقاربات مفاهيمية؛
- ❖ المحور الثاني: مقارنة النموذج المغربي لمبدأ التناسب؛
- ❖ المحور الثالث: رؤية عامة حول دور القاضي الدستوري التونسي/الفقه المقارن في فرض احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها؛
- ❖ خلاصات.

## المحور الأول: مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن: مقاربات مفاهيمية

يحكم النظام القانوني مجموعة من الحقوق والحريات يتعين إحداث التوازن فيما بينها من جهة، وفيما بينها وبين المصلحة العامة من جهة أخرى. وعلة ذلك تكمن في أن الحقوق والحريات ليست مطلقة، ومن ثم يتعين حل التنازع الذي قد ينشأ بين القواعد القانونية ذات المرتبة الواحدة التي تحمي الحقوق والحريات. وقد نشأ مبدأ التناسب لكي يكون معياراً لتحقيق هذا التوازن ضماناً لوحدة النظام القانوني. ويقتضى هذا التناسب وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف القواعد القانونية وبين مختلف العناصر التي تتكون منها القاعدة المنطقية الواحدة. كما يتحقق من خلال مجموعة من الأفكار تمثل المنطق والتجانس والتوازن، وعدم التحكم؛ ومن جميع هذه الأفكار يمكن استخلاص التناسب عند تطبيقها<sup>1</sup>.

## المطلب الأول: مقارنة مفهوم مبدأ التناسب

ينصرف التناسب في معناه العام إلى العلاقة بين شيئين معبر عنها بصورة رمزية، أو هو تعبير عن صلة تتسم بالتوافق أو التوازن، بين شيء وآخر، في إطار العلاقات المعتادة التي يفترض أن تكون عليها تلك الصلة<sup>2</sup>. فالتعريف العام للتناسب يدور حول عنصرين، أحدهما ثابت يشتمل على العلاقة بين طرفي قياس، والآخر متغير يتمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ومن ثم يمكن الكشف عن عدة صور للتناسب يكون محتواها مختلفاً، ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينها تتمثل في وجود علاقة منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية، 2000، ص: 91.

<sup>2</sup> خليفة سالم الجبلي: "ملاح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة - رقابة التناسب". نشرت بتاريخ أكتوبر 14، 2012 بواسطة khalifaelghami، ص: 13.

كالمعقولية والتوازن والتناغم والانسجام<sup>1</sup>، أو تصور مجرد سلبى كالمفرط والمغالي فيه والمتجاوز للحد، وبين هذين التصورين يتجسد سقف التناسب بمعناه النسبي وليس الدقيق أو المطلق<sup>2</sup>. والمعنى، أن تقييد إحدى الحقوق الدستورية، يجب منطقياً، أن يساهم في تحقيق قيمة دستورية منافسة وتفعيلها. هذا المعيار يفرض وجود رابط عقلائي، ما بين الإجراءات الحكومية التي تحد من ممارسة الحق، والغاية التي ترمي إلى تحقيقها.

في مجال القرارات الإدارية، يعتبر التناسب تحقيق للتوافق بين سبب القرار ومحلّه، أو هو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها، ويمكن أن ينشأ التناسب من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعاً للحالة المتوقعة والمضار المحتملة، يمكن أن ينشأ بإجراء حساب رياضي للمنافع والمضار، ودرجة خطورة الحالة وأهمية الهدف الواجب الوصول إليه والضيق الذي تسببه للأفراد. وعليه، يمكن القول بأن التناسب في مجال القانون الإداري يعني اختيار الإجراء الذي يتوافق ويتكافأ مع أهمية الوقائع التي بعثت على اتخاذ القرار أو هو تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب، أو بمعنى آخر، التطابق بين السبب والمحل وصولاً إلى الحل العادل، أو أنه صفة لعلاقة منطقية متسقة تربط بين عنصري السبب والمحل في العمل القانوني العام، فالتناسب بهذه الصيغة يتحقق كلما جاء سبب القرار متوافقاً مع محلّه أو موضوعه، أي وجود توافق بين أهمية الوقائع التي أدت إلى صدور القرار (السبب)، وبين الإجراء المتخذ حيال هذه الوقائع وما يرتبه من آثار قانونية (المحل) أو ما يستهدفه من غاية (الغرض)<sup>3</sup>.

نراجع هذا الخصوص، حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 869 في ملف رقم 28/5/2013، الذي يقر بكون "القاضي الإداري باعتباره قاضي المشروعية، وانطلاقاً من مراعاته لمبدأ الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة الذي يفرض مناهضة كل تعسف سواء من قبل المواطن أو الإدارة"، بل "... يفرض تغليب المصلحة العامة والتضحية بأي مصلحة أدناها تتعارض معها تتعلق بالمصلحة الخاصة (...). وذلك في حالة (...) ثبت للقاضي الإداري جلياً أن الأضرار التي سيتحملها المرفق من عدم قدرته على تغطية الطلب الصحي والولوجية إليه، (...) ستنعكس بالضرورة سلباً

<sup>1</sup> M. A. Ben abdallâh: «Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle», Communication présentée oralement en séance plénière au IXe Congrès mondial de droit constitutionnel qui s'est tenu à Oslo du 16 au 20 juin 2014 ; Il est sur le blog aminebenabdallah.hautetfort.com

<sup>2</sup> حجاجي محمد: دور القضاء الدستوري في توجيهه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع، مرجع سابق، ص. 344.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص. 345.

على صحة المواطنين وأمنهم الطبي، وهي مخاطر تلحق بالمصلحة العامة للدولة أشد الأضرار وأفدحها، ولا شك أنها بطبيعتها وحكم عموميتها أضرار لا تتناسب البتة في فداحتها مع ما قد يلحق المدعية من أضرار ذاتية خاصة بها، مما يفرض تغليب المصلحة العامة والتضحية بأي مصلحة أدناها تتعارض معها تتعلق بالمصلحة الخاصة...<sup>1</sup>

وفي مجال المنازعات الدستورية، وبالرغم مما تثيره الفكرة من خلاف، فإن الفقه الدستوري يطلق لفظ التناسب في التشريع على ما يلي<sup>2</sup>:

أولاً: العلاقة بين سبب التشريع وموضعه، ومعناه وجود توافق بين الحالة الواقعية والقانونية التي أدت بالمشرع إلى إصدار تشريع معين وبين موضوع أو محل التشريع ذاتها، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار مثل هذا التشريع، فهو صلة داخلية في العمل القانوني بين سببه وموضعه؛

ثانياً: التوافق بين الإجراء الذي اتخذته المشريع والهدف من القانون، وهي دائماً المصلحة العامة سواء في العموم أو في صورة مخصصة منها، وعليه، فإن النصوص القانونية التي تصدر عن المشرع لا تدور في الفراغ، ولا يقصد بها أغراض نظرية، وإنما هي وسائل لتحقيق هذه الأغراض، فإن لم تكن هناك علاقة منطقية بين النصوص القانونية والأهداف التي توختها كان هذا العمل القانوني مخالفاً للدستور.

ويتضح مما سبق أن مبدأ التناسب يستند إلى العلاقة بين الهدف والوسائل، وعلى هذا الأساس يتخذ التناسب حسب الاجتهادات القضائية المقارنة عدة صور، ثلاثة منها أساسية<sup>3</sup>: وهي الكفاية، الضرورة والتناسب بالمعنى الضيق. وبالموازاة مع هذه الصور<sup>4</sup>، طورت بعض المحاكم الدستورية الأجنبية، فيما هو مذكور في تقرير جمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم استعمال

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 869 في ملف رقم 28/5/2013 بتاريخ 7 مارس 2013.

<sup>2</sup> M. A. Ben abdallah: «Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle», op; cit; voir le blog aminebenabdallah.hautetfort.com

<sup>3</sup> حجاجي محمد: دور القضاء الدستوري في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع، مرجع سابق، ص: 344-345.

<sup>4</sup> تم استقاء هذه الصور أيضاً من اجتهادات المحكمة الدستورية الألمانية وبالذات في قرارها الشهير «الصيدليات» الصادر بتاريخ 11 يونيو 1985، والذي حددت فيه ثلاث صور لمبدأ التناسب، الكفاية، الضرورة والتناسب بالمعنى الضيق. ومن ذلك التاريخ أصبحت هذه الصور تعتمد عليها معظم المحاكم والأجهزة القضائية في مختلف الميادين، انظر:

M. A. Benabdallah: «Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle», op.cit.. Il est sur le blog aminebenabdallah.hautetfort.com

اللغة الفرنسية ACCPUF حول موضوع مبدأ التناسب في الاجتهاد الدستوري المشار إليه أعلاه، مفاهيم أخرى مشابهة للرقابة على مدى تناسب التدابير التي يتخذها المشرع مع أهدافه<sup>1</sup>.

وذكر الأستاذ أحمد فتحي السرور في هذا المجال<sup>2</sup>، استعانة كل من القضاة الإنجليزي والأمريكي بفكرة المعقولة، لتحديد مدى توافر التناسب بين الوسائل والغاية المتوخاة من تقريرها<sup>3</sup>، أما المحكمة الدستورية الإيطالية فقد استخدمت فكرة المعقولة لتحديد العلاقة بين الوسائل المستخدمة والغاية المطلوبة منها<sup>4</sup>. كما أكدت المحكمة الدستورية الإسبانية، في هذا السياق، في منطق رقابتها على "وجود التناسب بين مضمون العمل والغاية منه"، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر، حين أكدت أن المشروعية الدستورية للمعاملة المقررة للمراكز القانونية المتكافئة تتحدد في ضوء ارتباطها عقلا بأهدافها، مع اعتبار الأمر تحكما إذا ما تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم الحقوق والحريات<sup>5</sup>. ومن جهته، أطلق المجلس الدستوري الفرنسي عدة مفاهيم في مجال رقابته المرتبطة باستعمال التناسب<sup>6</sup>. فبالإضافة إلى فكريتي La Disproportionnés de manière excessive، أو التفاوت الصارخ «Disparité manifeste» أو عدم التناسب الذي لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة «manifestement injustifiable».

## المطلب الثاني: مبدأ التناسب كإطار عام يحكم منطق التوازن بين الحقوق والحريات

يحكم منطق التوازن بين الحقوق والحريات مجموعة من المبادئ تتجلى فيما يلي:

- الإطار الأول: الحقوق والحريات ليست حقوقا مطلقة لا حدود لها، فمارستها لا يجوز أن تكون من خلال التضحية بغيرها من الحقوق والحريات. فالحق في حرية التعبير - مثلا - لا يجوز

<sup>1</sup> حاجي محمد: دور القضاء الدستوري في توجيه وتطويع الأعمال القانونية، مرجع سابق، ص. 347.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص. 91.

<sup>3</sup> Xavier Philippe ; La contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle (1) et administrative. Françaises, collection science et droit administratifs, Economique, 1990, pp. 36 - 39.

<sup>4</sup> B. Co ravit, " La jurisprudence constitutionnelle sus le principe d'égalité », Cahiers du centre (1) de droit et de politique compares de la faculté de droit de Toulon, vol. I, p. 103.

<sup>5</sup> د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص. 92.

<sup>6</sup> للاطلاع على استخدامات المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ التناسب، راجع

V. G. Le Bihan: « Le contrôle de proportionnalité par le conseil constitutionnel », C. C. C., op ; ci ; p. 1 et 3. Voir le même auteur: « Le contrôle de proportionnalité par le conseil constitutionnel: figures récents », R.F.D.C., n° 70, fév. 2007

ممارسته اعتداء على الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الشرف والاعتبار. وقد أكد القضاء الدستوري هذا المبدأ، بما مؤداه أن ممارسة الحقوق والحريات لا يحدها غير ضرورة ضمان الحقوق والحريات الأخرى وغيرها من القيم الدستورية<sup>1</sup>، وكل ذلك يتطلب تفسير حدود ممارسة الحقوق والحريات بكل دقة حتى تكون هذه الحدود متناسبة ومعقولة بمراعاة الغاية التي تستهدفها وسائل حمايتها.

-الإطار الثاني: لا يعرف الدستور أي تدرج بين القواعد الدستورية، ولا بين الحقوق والحريات الأساسية، سواء تلك التي يحميها الدستور مباشرة وصراحة أو تلك التي يحميها بطريق غير مباشر من خلال استخلاص المحكمة الدستورية لها من نصوص الدستور.

-الإطار الثالث: لا يتصور وجود تنازع بين الحقوق والحريات في نصوص الدستور، فأى تنازع ظاهري في هذا الشأن يجد حله من خلال التوازن بين هذه الحقوق داخل النظام القانوني القائم على وحدة الدستور ووحدة الجماعة.

### المطلب الثالث: كيفية التعبير عن علاقة التناسب

إن التعبير عن علاقة التناسب، في واقع الأمر، يتم إما في مضمون القاعدة القانونية ذاتها التي قررت وسائل حماية الحقوق والحريات، وإما في قاعدة أخرى تحدد شروط تطبيقها.

✓ أولاً: بالنسبة إلى التناسب الذي يعبر عنه مضمون القاعدة القانونية ذاتها، فيبدو على سبيل المثال في قواعد قانون العقوبات التي تلتزم بتوفير التناسب بين العقوبة وجسامة الجريمة، باعتبار أن العقوبة تمثل المعاملة التي يحددها القانون عند المساس بالحق والحرية المعتدى عليها، وهي ما يجب أن ترتبط عقلا ومنطقا بالهدف من تقريرها. ويلاحظ أيضا أن من أمثلة التناسب الذي يعبر عنه مضمون القاعدة القانونية، حدود حرية التنقل كما ينظمها التشريع في حدود الأساس الدستوري.

✓ ثانياً: أما التناسب الذي يتم التعبير عنه من خلال الشرط الذي قد ينص عليه القانون التطبيقي للقاعدة القانونية، فمثاله القاعدة التي تنص على الحق في التعبير، فإن استخدامه مشروط بعدم الإساءة إلى النظام العام وحقوق الآخرين. وكذلك الشأن إذا تعارض مضمون قاعدة قانونية مع مضمون أخرى. مثال ذلك القاعدة التي تنص على حق الإضراب، والقاعدة التي تنص على مبدأ استمرار المرفق العام، فإن ضمان التوازن بين الحق والمصلحة

<sup>1</sup> Louis Favoreu ; La protection des droits et libertés fondamentaux, Annuaire, 1985, p.186. Sigebert Mors hier, Annuaire, 1990, p.143 (Rapport Autrichien), Rodriguez - Pinero et J. Leguina Villa, Annuaire, 199, p.129.



العامة المتوخاة من استمرار المرفق العام، يتطلب التناسب بين المساس بالحق في الإضراب وبين حماية اعتبارات المصلحة العامة.

ويلاحظ أن التوازن بين الحقوق والحريات من ناحية وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى في إطار مبدأ التناسب، يكفل ضمان وحدة النظام القانوني الذي يرسم الحقوق والواجبات العامة. ومن خلال الرقابة على دستورية القوانين تراقب المحكمة الدستورية العليا تطبيق معيار التناسب للوصول إلى التوازن الذي يكفل تحديد نطاق الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

ويلاحظ أنه على الرغم من أهمية مبدأ التناسب لتحقيق التوازن المشار إليه، إلا أن التنازع بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة ليس أمراً حتمياً في جميع القواعد القانونية. فهناك من القواعد ما لا يثير فكرة هذا التنازع، لأنها تشير إلى معنى محدد لا يتوقف مداه على علاقته مع معنى آخر، مثل القواعد التي تحدد الحالة المدنية للشخص الطبيعي فهي لا تختلف من شخص لآخر أو بحسب الظروف. وكذلك الأمر في النواهي الجنائية المطلقة مثل جرائم الاعتداء على الأموال العامة، فإن قاعدتها القانونية تتطلب توافر أركان معينة محددة لا تتوقف على تقييم علاقتها بأطراف أخرى كشرط يقيد تطبيقها.

### المطلب الرابع: حول إشكالية المعنى والتكييف القضائي لمبدأ التناسب

من أهم إشكالات التعامل مع مبدأ التناسب في علاقته مع التخصيص التشريعي هو مسألة التكييف القضائي للتناسب، بمعنى هل يُعتمد كوسيلة وآلية قضائية، وبالتالي ضمان رقابية حقيقية يمكن اللجوء إليها في حالة الرقابة والمنازعات الدستورية المتعلقة أساساً بتدخل المشرع لتنظيم الحقوق والحريات وحمايتها؛ فالإشكال يتمحور أساساً على مستوى المعنى والتكييف القضائي للتناسب.

في هذا الصدد، حصر "معجم الدستور المغربي" المعنى القضائي للتناسب في مجموعة من التعاريف الفقهية، من قبيل ما ذكرته Rhita Boustia بأنه محاولة البحث عن "وجود علاقة ما بين الوسيلة المستعملة، وبين الغاية التي ترمي إلى تحقيقها"<sup>1</sup>، وذهبت Jacqueline de Guillenchmidt إلى اعتبار التناسب "آلية تسمح بالتأكد من أن المشرع قد حقق توازناً بين المبادئ الدستورية، المطبقة

<sup>1</sup> Rhita Boustia: Contrôle constitutionnel de proportionnalité - La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes, VIII congrès Mondial de L'A.I.D.C «La constitution et les principes», Mexico -décembre 2010, IN www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/9/159.pdf p: 3.

بشكل لا يقود إلى إفقار أي واحد منها لمضمونه أو ماهيته<sup>1</sup>، ومن جهته انطلق Olivier Lecucq من فكرة مفادها أن التناسب يجسد "تاريخ جرعات التضحية، المفروضة من قبل السلطات العامة على الحريات لغاية إشباع المصلحة العامة" مع ما يتطلبه ذلك من التوفيق بين منطق السيادة ومنطق الحقوق الأساس<sup>2</sup>.

ولمقاربة تدخل القضاء الدستوري في هذا المجال اعتبرت Maria Sakellariidou أن التناسب يعكس الآلية الأساسية لمراقبة التوازن المنشأ من قبل المشرع، بين حماية حقوق الأفراد وإشباع إكراهات التنظيم الاجتماعي فالقاضي الدستوري، يتحقق بواسطتها من مدى دستورية التحكيمات التشريعية، وآثرها في الحقوق الأساس<sup>3</sup>.

وفي سياق آخر، حصر الأستاذ Luc B.Tremblay فيما سماه بـ "النموذج الأمثل" من حيث التطبيق وإعمال مبدأ التناسب<sup>4</sup> Idéaltypique Du Modèle De La Proportionnalité، أساساً في مواجهة الانحراف والتضييق التشريعي الذي قد يمس بالحقوق والحريات لغاية تحقيق مصلحة عامة<sup>5</sup>. وهو الأمر الذي كرسته المقاربة الجديدة للقاضي الدستوري الفرنسي، بعد المراجعة الدستورية الأخيرة لسنة 2008، حيث اعتبر في قراره رقم 580-2009 أن المساس بالحقوق والحريات في جانب الممارسة يجب أن يعتمد على ثلاثة شروط: الضرورة والملاءمة، والأهم أن يكون هذا التقييد متناسب مع الهدف المستهدف.

«...; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres

<sup>1</sup> Jacqueline de Guillenchmidt: Le contrôle du principe de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel français, IN «La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle», ACCPUF n° 9 - Mai 2010; p: 28.

<sup>2</sup> Olivier Lecucq: Le principe de proportionnalité: simple technique juridictionnelle ou norme de fond -réflexions tirées du droit constitutionnel des étrangers-, Congrès Mexico, décembre 2010 « Atelier sur le principe de proportionnalité », IN [www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/9/170.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/9/170.pdf) p: 4.

<sup>3</sup> Maria Sakellariidou: La proportionnalité, principe directeur de l'arbitrage entre les droits fondamentaux et l'intérêt général, Vill congrès Mondial de L'A.L.D.C «La constitution et les principes», Mexico - décembre 2010, IN <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/fr/g9.htm> pp. 1-2.

<sup>4</sup> Luc B.Tremblay: Le fondement normative du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle, IN <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/.../05-Tremblay.pdf?..1> p. 81/82.

<sup>5</sup> ... Cette théorie fait du principe de proportionnalité le critère ultime de la validité constitutionnelle des restrictions aux droits constitutionnels /Luc B.Tremblay: Le fondement normative du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle, op ; cit ; p. 1.

droits et libertés; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ;...<sup>1</sup>.

في هذا السياق، غدا مبدأ التناسب من بين أهم الوسائل الرقابة التي يتم من خلالها مراقبة أهداف المشرع، حيث يتم اللجوء إليه على نطاق واسع من قبل المحاكم والمجالس الدستورية الأجنبية، إلا أن الملاحظ أن هذه الأجهزة القضائية لم تبقى حبيسة للنموذج الألماني (الكفاية، الضرورة، مبدأ التناسب بالمعنى الضيق)، وإنما هي حالات قليلة التي يتم تطبيق مبدأ التناسب على هذا النحو، إذ يتم اللجوء إلى مفاهيم أخرى مشابهة أو مكملية لهذا المبدأ. وبذلك، فهو "مبدأ متحرك"، يتغير تبعاً للسياق الذي يندرج فيه رغم وضوح مصادره<sup>2</sup>.

وبالنظر إلى أنه "مبدأ متحرك"، يصعب تحديده في المطلق، ولا يمكن تقديره بشكل مستقل عن الإطار الجغرافي والزمني، الوضعية الاجتماعية، الاقتصادية أو السياسية التي يندرج في إطارها"، الأمر الذي سيجعل من تدخل جهاز القضاء الدستوري أساسياً لتحديد وتقدير كيفيات إعمال التناسب من جانب طريقة التقييد ودرجته، الهدف والغاية المستهدفة من قبل المشرع، وأيضاً الآلية والأسلوب المشروع.

وفي قراءته لمجموعة من الآراء الفقهية المتعلقة بموضوع إعمال التناسب وكذا المراقبة القضائية المترتبة عنه، خصوصاً ما يهم كتابات Jacqueline de Guillenchmidt و Luc B.Tremblay و Tudorel Toader<sup>3</sup>، يُعلق الأستاذ محمد أتركين، في معرض مناقشته للتناسب في "معجم الدستور المغربي"، أن إعمال التناسب، بالمعنى القضائي، شدد عليه الفقه حين اشترط عدداً من القواعد، أعدنا ترتيبها على الشكل التالي:

- أن المس بحق ذي قيمة دستورية، يجب أن يكون ضرورياً لتحقيق غاية منافسة، يرمي هذا الإجراء إلى خدمتها؛

<sup>1</sup> Décision n ° 2009-580 DC du 10 juin 2009 , Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet/ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009580DC.htm>

<sup>2</sup> حجاجي امجد: دور القضاء الدستوري في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع: مرجع سابق، 351.

<sup>3</sup> Jacqueline de Guillenchmidt: Le contrôle du principe de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel français, IN «La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle», ACCPUF n ° 9 - Mai 2010 p. 28 /Tudorel Toader: Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle de la Roumanie, IN «La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle»; p:45/ Luc B.Tremblay: Le fondement normative du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle, IN <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/.../05-Tremblay.pdf?..1> p. 81/84.

- أن السعي إلى تحقيق التوازن، من منظور Jacqueline de Guillenchmidt، بين المبادئ الدستورية، المطبقة يجب أن لا يقود إلى إفقار أي واحد منها لمضمونه أو ماهيته؛
- إن تطبيق مبدأ التناسب بالنسبة إلى حالة واقعية، حسب Luc B.Trembly يجب أن يكون برغماتيا وموضوعا في سياقه، كما يجب أن ينبني، أساسا، على وقائع تجريبية (أمبريقية) وعلى نتائج مفترضة يمكن أن تنتج من الحد من قيمة دستورية معينة؛
- إن الغاية الأساس من التعليل القانوني، هي تبرير المقترحات التجريبية المقدمة وليس تبرير التأويل الصحيح للدستور أو المنهجية الجيدة للتأويل الدستوري؛
- حدد القضاء الدستوري، حسب Tudorel Toader أساسات لتقدير التناسب متمثلة في: طبيعة التقييدات ومضمونها، ضرورة التوازن العادل، درجة بين التقييدات والغاية المرسومة من قبل المشرع، وتحديد الغاية المشروعة؛
- القاضي الدستوري، حسب Luc B.Trembly يجب عليه أن يقيس، وأن يقارن بين الربح والخسارة المتأيتين من الحد من حق دستوري.

## المحور الثاني: مقارنة النموذج المغربي لمبدأ التناسب

في التجربة المغربية، وإن كان المشرع الدستوري استعمل مفهوم التناسب في مجموعة من النصوص الدستورية بالتصريح المباشر وفي حالات أخرى بطريقة ضمنية، إلا أنه، حسب الجواب الذي قدمه المجلس الدستوري المغربي (قبل دستور 2011) بخصوص الاستمارة التي قدمت إليه من طرف جمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية<sup>1</sup>، لم ينص صراحة على مبدأ التناسب على النحو الذي يعتبره آلية ووسيلة لتنظيم الحقوق والحريات في مجال الممارسة<sup>2</sup>، وهو ما ذهب في اتجاهه بعض الفقه المغربي، حين اعتبر أن المشرع الدستوري بعد دستور 2011 وإن نص صراحة على مبدأ التناسب في مجموعة من النصوص إلا أنه لم يستعمله "كآلية قضائية توفيقية يمكن إعمالها في حالة تنازعية المبادئ المضمنة في الدستور، أو في حالة

<sup>1</sup> انظر تقرير جمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية ACCPUF، المشار إليه أعلاه، ص. 156/155.

<sup>2</sup> في هذا الإطار يقول المجلس الدستوري السابق أن الدستور المغربي لم ينص صراحة على مبدأ التناسب على هذا النحو، ومع ذلك يمكن استخلاصه من دستور 1996 بعض مقتضياته، سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة ضمنية، بالإضافة إلى بعض النصوص القانونية الأخرى. تجدر الإشارة إلى أن هذه الورقة تم تقديمها من طرف المجلس الدستوري في إطار دستور 1996... حجاجي محمد: دور القضاء الدستوري في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع، مرجع سابق، ص: 348.

تدخل المشرع لتنظيم الحقوق وحمايتها، أو في حالة الصراع بين مبدئين أو أكثر من النظام المعياري ينظمان سلوكين مختلفين لا يمكن تحقيقهما بشكل متوازن من أجل تنظيم<sup>1</sup>.

والأصل، في رأينا، أن يتم التنصيب صراحة على مبدأ التناسب ضمن مضمون الباب الثاني المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية كوسيلة لحماية هذه الحقوق والحريات، كشرط أساسي لتقييد وضبط ممارستها، وذلك تماشيا مع مجموعة من التجارب المقارنة، من قبيل التجربة التونسية بعد دستور 2014؛ التي كان المشرع الدستوري التونسي واضحا بخصوص التأسيس لشرط التناسب بالإضافة إلى شرط الضرورة وعدم المساس بجوهر الحقوق، كآليات ضرورة لضبط ممارسة وتقييد وتحديد الحقوق والحريات الأساسية<sup>2</sup>.

بالمقابل، هذا لا يعني أن جهاز القضاء الدستوري المغربي لم يكن له الكلمة في هذا المجال، وهنا نستحضر تجربة المجلس الدستوري السابقة التي أبانت على أن القاضي الدستوري اشتغل بمفاهيم أخرى في هذا المجال، من قبيل مبدئي الضرورة ومبدأ التوازن.

### المطلب الأول: التأطير الدستوري/القانوني لمبدأ التناسب

إن كان الدستور المغربي لسنة 2011 قد نص على لفظ التناسب في بعض من الفصول خارج الباب الثاني المتعلق أساسا بالحريات والحقوق الأساسية، فإن هذا التنصيب بقي عاما ولم يلامس العبارات التالية: "مبدأ التناسب"، "التناسب كشرط"، "شرط التناسب"، "احترام شرط التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها" وما تحمله مثل هذه العبارات من دلالات دستورية وقانونية في مجال تنظيم وضبط ممارسة الحقوق والحريات... وفيما يلي أهم النصوص التي ناقشت الموضوع:

#### أولا: التأطير الدستوري للفظ التناسب

- الفصل العاشر من دستور 2011: "... ويضمن الدستور، بصفة خاصة، للمعارضة الحقوق التالية... حيزا زمنيا في وسائل الإعلام العمومية يتناسب مع تمثيليتها...";
- الفصل الأربعين من دستور 2011: "... على الجميع أن يتحمل، بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد...";

<sup>1</sup> محمد أتركين: معجم الدستور المغربي، مرجع سابق، ص: 328.

<sup>2</sup> الفصل 49 من الدستور التونسي لسنة 2014، مرجع سابق.

- الفصل الثالث والستين من دستور 2011: "... يتكون مجلس المستشارين من 90 عضواً على الأقل، و120 عضواً على الأكثر، ينتخبون بالاقتراع العام غير المباشر، لمدة ست سنوات، على أساس التوزيع التالي: ثلاثة أخماس الأعضاء يمثلون الجماعات الترابية، يتوزعون بين جهات المملكة بالتناسب مع عدد سكانها، ومع مراعاة الإنصاف بين الجهات...";

- الفصل الخامس عشر بعد المائة من دستور 2011: "يرأس الملك المجلس الأعلى للسلطة القضائية، ويتألف هذا المجلس من ... ويجب ضمان تمثيلية النساء القاضيات من بين الأعضاء العشرة المنتخبين، بما يتناسب مع حضورهن داخل السلك القضائي...";

### ثانياً: التأطير القانوني للتناسب:

يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى بعض مقتضيات القانون الجنائي المغربي ولو بشكل ضمني في بعض الحالات<sup>1</sup>:

- الفصل 124 الذي ينص على "... إذا كانت الجريمة قد استلزمها ضرورة حالة للدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو عن ماله أو مال غيره، بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع خطورة الاعتداء".

- الفصل 141 الذي ينص على أن «للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة وتفريدها، في نطاق الحدين وشخصية المجرم من ناحية أخرى .. الأدنى والأقصى المقررين في القانون المعاقب على الجريمة، مراعيًا في ذلك خطورة الجريمة المرتكبة من ناحية، ...».

- الفصل 146 الذي ينص على منح الظروف المخففة موكل إلى تقدير القاضي، مع التزامه بتعليل قراره في هذا الصدد بوجه خاص، وأثار الظروف المخففة شخصية بحتة، فلا تخفف العقوبة إلا فيما يخص المحكوم عليه الذي منح التمتع بها".

يستفاد من هذه المقتضيات سواء الدستورية أو القانونية أن البعض منها يشير صراحة إلى التناسب، والبعض الآخر يمكن استخلاصه منها ضمناً، ولأجل ذلك، وإن كانت هذه المقتضيات لا تشير بصريح العبارة إلى المعنى القضائي للتناسب كآلية وشرط أساسي يرتبط بتنظيم الحقوق والحريات، إلا أنها يمكن أن تشكل كمبدأ عام قواعد مرجعية للقاضي الدستوري لاستعمال

<sup>1</sup> ظهير شريف رقم 1.59.413 الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1962، يقضي بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، ج.ر عدد 2640 مكرر، بتاريخ 05 يونيو 1963. ص. 1253 (نسخة محبنة بتاريخ فاتح يونيو 2015).

محدد التناسب وإعمال رقابته على مدى تناسب التدابير القانونية التي يضعها للمشرع مع الأهداف التي يتوخى بلوغها.

### المطلب الثاني: ما بين استعمال عبارتي "مبدأ التناسب" أو "التناسب"

يتضح بمراجعة القرارات الدستورية الصادرة في إطار الرقابة الدستورية للقوانين، أن القاضي الدستوري المغربي كان يستعمل تارة عبارة "مبدأ التناسب" وتارة أخرى لفظة "التناسب". ومن جهة ثانية، أبانت التجربة الدستورية المغربية أن القاضي الدستوري اشتغل بمفاهيم أساسية أخرى في هذا المجال، من قبيل مبدأي الضرورة، ومبدأ التوازن<sup>1</sup>.

#### أولاً: استعمال عبارة "مبدأ التناسب"

استعمل القاضي الدستوري هذه العبارة ولأول مرة في القرار الدستوري رقم 561.04 الصادر بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب المحال عليه بتاريخ 6 فبراير 2004، المادة 40، حيث اعتبر المجلس الدستوري أن هذا الاجراء يجد سنده في الحرص على أداء النائب المهام الموكولة إليه لكونه يستمد وفق أحكام الدستور، نيابته من الأمة، مع مراعاة مبدأ تناسب الجزاء ودرجة الاختلال<sup>2</sup>. مما يعني أن الجزاء المطبق في هذه الحالة على النائب البرلماني الذي يتغيب بدون عذر مقبول يتناسب مع درجة إخلاله بواجبه تجاه الأمة. كما قضى المجلس الدستوري في قراره رقم 829.12 بعدم دستورية المادة 41 من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2012، حينها أوردت أنه "يمكن لرئيس فريق - إلى جانب أعضاء اللجنة المعنية بالحاضرين أن يطلب تأجيل اجتماع لجنة من اللجان"، لما فيه إخلال بمبدأ التناسب الذي على أساسه تشكل اللجان الدائمة<sup>3</sup>.

وبخصوص القرار الدستوري رقم 924.13، اعتبر المجلس الدستوري أن ما جاء به المادة 53 من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2013، من إلزام الفرق النيابية تخصيص ثلث

<sup>1</sup> حجاجي محمد: دور القضاء الدستوري في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع: مرجع سابق، 351.

<sup>2</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 561/04، ملف رقم: 04/792، (النظام الداخلي لمجلس النواب المحال إليه رفقة كتاب السيد رئيس مجلس النواب في 6 فبراير 2004)، بتاريخ 16 محرم 1425 (8 مارس 2004).

<sup>3</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 12/829 م.د (النظام الداخلي لمجلس النواب المحال إلى المجلس الدستوري بتاريخ 13 يناير 2012) بتاريخ 4

فبراير 2012.

ترشيحاتها للنائبات ليس فيه ما يخالف الدستور، مع مراعاة مبدأ التناسب بين النائبات العضوات في كل فريق وعدد المناصب الآلية إليه<sup>1</sup>.

ودائماً في إطار استعمال عبارة "مبدأ التناسب"، صرح المجلس الدستوري في قراره رقم 11-817 المقتضيات المتعلقة بالعقوبات المطبقة على المخالفات المرتكبة بمناسبات الانتخابات، بأنه وإن كان المشرع عمد إلى تشديد هذه العقوبات، فإنه في ذلك قام بإعمال مقتضيات الفصل 11 من الدستور التي تنص على أن الانتخابات الحرة والنزيهة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي، ويضيف المجلس أن المشرع في هذه الحالة لم يتجاوز في إقراره لهذه العقوبات مبدأ التناسب بين هذه الأخيرة والمخالفات المرتكبة بمناسبات الانتخابية<sup>2</sup>؛

وفي نفس الاتجاه اعتبر المجلس الدستوري في قرار رقم 940.14، أن تشديد المشرع للعقوبات المطبقة على الشهود الذين لم يحضروا أو امتنعوا بدون سبب مقبول عن أداء اليمين أمام اللجان النيابية لتقصي الحقائق، عندما يتم استدعائهم، أو امتنعوا عن موافاتها بالوثائق المطلوبة أو افشوا سر من أسرارها، تقتضيها طبيعة المهام المنوطة بلجان تقصي الحقائق بموجب الدستور والغايات التي ابتغاها المشرع الدستوري من إحداث هذه اللجان، وبالتالي، فليس في هذا إخلال بين بمبدأ التناسب بين الأفعال المرتكبة والعقوبات المطبقة عليها. نفس المعنى، أخذ به المجلس الدستوري في قراره رقم 818.11 من أن مقتضيات الباب السادس من القانون التنظيمي رقم 29.11 المنظم للأحزاب السياسية، المتعلق بالجزاءات المقررة على الأحزاب السياسية وكذلك الجزاءات المطبقة على الأشخاص المعنيين بهذا القانون، أنها راعت مبدأ التناسب بين الأفعال المرتكبة... ومساهمتها في تمويل الحملات التي تقوم بها الأحزاب المشاركة في الانتخابات العامة والجماعية والجهوية والتشريعية، أنها راعت مبدأ التناسب بين مقادير التمويل الممنوحة وعدد المقاعد الأصوات التي يحرز عليها كل حزب<sup>3</sup>.

وبموجب نظر القاضي الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لمجلس النواب المحال إلى المجلس الدستوري بتاريخ 13 يناير 2012 اعتمد مبدأ التناسب كشرط لحسن سير أعمال اللجان البرلمانية، حيث أقر ب "...حيث إن ما ورد في الفقرة الرابعة من هذه المادة (أي المادة 41 من النظام

<sup>1</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 940.14، ملف عدد: 1398 / 14، القانون التنظيمي رقم 085.13 المتعلق بطريقة تسيير اللجان النيابية لتقصي الحقائق، (بتاريخ يوم 14 من رمضان 1435 (12 يوليو 2014).

<sup>2</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 11/817 م.د (القانون التنظيمي رقم 11-27 المتعلق بمجلس النواب) بتاريخ 13 أكتوبر 2011.

<sup>3</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 11/818 م.د (القانون التنظيمي رقم 11 – 29 المتعلق بالأحزاب السياسية) بتاريخ 20 أكتوبر 2011



الداخلي لمجلس النواب) ... أن يطلب تأجيل اجتماع لجنة من اللجان يخل بمبدأ التناسب الذي على أساسه تتشكل اللجان الدائمة...<sup>1</sup>.

### ثانيا: استعمال لفظ "التناسب"

في هذا الصدد نشير أولا إلى القرار رقم 630.07 الصادر بشأن القانون التنظيمي رقم 22.06 لمجلس النواب، وخصوصا المقتضيات المتصلة الاجراءات المتعلقة بقبول الترشيح التي تنص على أن "لوائح الترشيح والتصريحات الفردية للترشيح عندما تكون مقدمة من لدن مرشحين ينتمون إلى حزب سياسي (...) لاحظ المجلس الدستوري أن الاعتداد، لتطبيق الإجراءات الجديدة لقبول الترشيح، على نسبة الأصوات المحصل عليها وحدها ضمن الدائرة الانتخابية الوطنية دون الدوائر الأخرى لا يتناسب مع الإطار الدستوري المحدد لعمل الأحزاب السياسية (...).

بالعودة إلى القرار رقم 817.11 الصادر بشأن القانون التنظيمي رقم 27.11 لمجلس النواب، نجد المجلس الدستوري استنادا على نتائج الانتخابات التشريعية السابقة لاحظ أن نسبة تمثيلية هذه الفئة – الذكور الشباب يتسم بالتناقض والتراجع، مما يجعلها في ميدان تمثيلية المواطنين في مجلس النواب، في وضعية متدنية لا تتناسب مع حجمها ودورها داخل المجتمع وتحول واقعيًا- دون إفساح المجال لها للانخراط والمشاركة في التنمية السياسية للبلاد، كما يدعو إلى ذلك... الشيء الذي يجعل من هذه الوسيلة متناسبة مع الغاية الدستورية المراد بلوغها، ولا يترتب عنها، في هذه الحدود، انتقاص من حقوق الترشيح والانتخاب المخولة لسائر المواطنين. ومن جهة ثانية، أورد المجلس الدستوري في نفس القرار بخصوص البند (2) من المادة 6 المتعلقة تنص على أنه "لا يؤهل للترشح للعضوية في مجلس النواب "الأشخاص الذين الأهلية للترشيح، التي صدر في حقهم قرار عزل من مسؤولية انتدابية أصبح نهائيا بمقتضى حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به (...)، ومانع الترشيح المؤقت المترتب عنه يتناسب فيه الجزاء مع قرار العزل، وذلك استناد إلى الفصل الأول من الدستور الذي ينص على ربط المسؤولية بالمحاسبة...".

وفي القرار رقم 921.13 الصادر بشأن القانون رقم 12.01 الذي يقضي بتغيير المادة 139 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، حيث قضى فيه بعدم دستورية ما نصت عليه هذه المادة من أنه "(...) يمكن لقاضي التحقيق تلقائيا أو بناء على ملتزمات النيابة العامة، (...)

<sup>1</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 12/829 م.د (النظام الداخلي لمجلس النواب المحال إلى المجلس الدستوري بتاريخ 13 يناير 2012) بتاريخ

معتبراً أن أمر قاضي التحقيق بعدم تسليم محضر الشرطة القضائية وباقي وثائق ملف القضية كلياً أو جزئياً، باعتباره استثناء يمس بمبدأ تمتع الجميع بنفس حقوق الدفاع المضمونة أمام المحاكم وبمبدأ المساواة بين المتهمين، (...) الحيز الزمني الكافي المتناسب مع نوعية الجرائم المذكورة...".

كما صرح المجلس في قراره رقم 971.15، الصادر بشأن القانون التنظيمي رقم 32.15 المتعلق بمجلس المستشارين، أن عدد المقاعد المخصصة لممثلي الجماعات الترابية، التي خصص لها مقعدين لممثلي كل مجلس كل جهة من جهة المملكة بمجلس المستشارين على قدم المساواة، ومن مقعدين إلى ستة مقاعد لتمثيل مجالس الجماعات والعمالات والأقاليم بالمجلس المذكور، قد راع المشرع مبدأي الانصاف بين الجهات، والتناسب مع عدد سكانها.

### المطلب الثالث: حول لجوء القاضي الدستوري لاستعمال شرط الضرورة

ذهب المجلس الدستوري في قراره رقم 250.98، الصادر بشأن القانون التنظيمي رقم 7.98 للمالية، والذي نصت في المادة 41 الفقرة الأولى بأنه لا يجوز الالتزام بالنفقات ولا الأمر بصرفها ولا أدائها إلا في حدود الاعتمادات المفتوحة في قانون المالية». في حين نصت في فقرتها الثانية "يجوز استثناء من القاعدة الواردة في فقرتها الأولى، أن تتجاوز النفقات الاعتمادات المفتوحة في قانون المالية حين يتعلق الأمر بالدين العمومي وبأجور الموظفين والأعوان في نطاق عددهم المحدد في قانون المالية والأنظمة المطبقة عليهم في تاريخ دخوله حيز التنفيذ"، معتبراً أن ما تضمنته هذه المادة من استثناءات تملأها وجوب وفاء الدولة بتعهداتها إزاء دائئها، واعتبارات ترتبط بضرورة انتظام سير المرافق العمومية الذي يعد في حد ذاته مبدأ ذا قيمة دستورية.

ورجوعاً إلى القرار رقم 817.11، المشار إليه أعلاه، ودائماً في إطار الدائرة الانتخابية الوطنية، يصرح المجلس بأن ليس له صلاحيات التعقيب على السلطة التقديرية للمشرع في اختيار نوعية التدابير التشريعية التي يتوخاها لبلوغ أهداف مقررة في الدستور، وبالتالي، فإن إحداث هذه الدائرة يروم تحقيق أهداف خاصة مكملّة لتلك التي ترمي إليها الدوائر المحلية المتمثلة في النهوض بتمثيلية متوازنة للمواطنين والمواطنات، مما يقتضي سن تدابير تكون في طبيعتها وشروطها والأثر المتوخى منها، كفيلة بتحقيق الأهداف الدستورية التي منها تستمد أصلاً مبرر وجودها. إلا أنها لا ينبغي أن تتجاوز في ذلك حدود الضرورة عملاً بمبدأ تطابق القواعد القانونية المتخذة مع الهدف المتوخى منها. ومن جهة أخرى، تبين للمجلس أن المشرع في سنة لمثل هذه التدابير قد حرص على تمثيل كافة جهات المملكة في الدائرة الانتخابية الوطنية وعلى إقرار مبدأ التداول على المقاعد

المخصصة لها وتوسيع التمثيلية السياسية فيها، غير أنها هذا كله يجب أن يكون في حدود ما تقتضيه الضرورة.

وفي سياق اللجوء إلى شرط الضرورة، اعتبر المجلس الدستوري أيضا في قراره رقم 940.14 الصادر بشأن اللجان النابية لتقصي الحقائق، أن العقوبات التي قررها المشرع على الشهود الذين امتنعوا على الحضور أو أداء اليمين أمام هذه اللجان، أو امتنعوا عن موافاة اللجنة بالوثائق المطلوبة، أو أفشوا سرا من أسرارها، وإن كانت أشد من العقوبات المطبقة على الشهود الذين يرفضون الحضور أو يمتنعون عن أداء اليمين أمام المحاكم، بموجب مقتضيات قانون المسطرة الجنائية، ومن العقوبات المطبقة على الأشخاص المؤتمنين على الأسرار بحكم مهنتهم أو وظيفتهم الدائمة أو المؤقتة، بموجب مقتضيات القانون الجنائي، فهي ضرورية بسبب طبيعة المهام المنوطة بلجان تقصي الحقائق بمقتضى الدستور....".

### المطلب الرابع: حول لجوء القاضي الدستوري لاستعمال شرط التوازن

صرح المجلس الدستوري في قراره رقم 921.13 المشار إليه أعلاه، بأنه إذا كان يحق للمشرع في مجال الحقوق والحريات، وضمان سلامة السكان وسلامة التراب الوطني وصيانة المال العام يسن قواعد وإجراءات خاصة استثنائية من الإجراءات العامة، فإنه من جهة، مقيد بضرورة احترام المبادئ الرامية إلى صيانة الحقوق والحريات المكفولة للجميع، ومن جهة ثانية، إحاطة هذه الاستثناءات بأكبر قدر من الضمانات. وبالتالي، فإن حق الدفاع الذي يعد الحق الأساسي الذي من خلاله تمارس الحقوق الأخرى المتصلة بالمحاكمة العادلة، يتفرع عنه حق الاطلاع والحصول على الوثائق المدرجة في ملف الاتهام المتوفرة لدى النيابة العامة وتسليمها إلى محامي المتهم والطرف المدني، والتي تعد ضمانات من شأنها تحقيق التوازن بين مستلزمات حسن سير التحقيق في الجرائم المعنية ومتطلبات حقوق الدفاع، ومراعاة مبدأ التكافؤ بين سلطي الاتهام والدفاع. ولأجل ذلك، يكون ما نص عليه المشرع من أمر قاضي التحقيق بعدم تسليم محضر الشرطة القضائية وباقي وثائق ملف القضية كليا أو جزئيا إلى محامي المتهم ومحامي الطرف المدني، وعدم انتهائه إلا الاستنطاق التفصيلي، من شأنه أن يخل بمبدأ التوازن بين حسن سير التحقيق وضمائن المتهم. واستنادا على مبدأ التوازن، صرح المجلس الدستوري أيضا في قرار رقم 938.14 بعدم دستورية المادة 139 من النظام الداخلي بمجلس المستشارين لسنة 2014 التي نصت على أن طلب الحكومة بإرجاء مجموع النص إلى اللجنة المختصة يتعين الموافقة عليه بأغلبية أعضاء المجلس الحاضرين، معتبرا هذا القيد يخل بمبدأ التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

يستنتج من خلال هذه القرارات أنه وسيرا على نهج القضاء الإداري كرسست بعض تطبيقات القضاء الدستوري المغربي منحنى تأسيسيا جديدا استحضرت مبدأ التناسب لتقدير اختيارات المشرع والحكم على دستوريتها، كما يتضح أن القاضي الدستوري المغربي يمكنه أن يشارك في منهجية إعداد النصوص القانونية، بمراحلها الثلاث، أي تحديد المشكلة أو الدافع إلى سن قانون ما، وتحديد أهدافه والوسائل التشريعية المناسبة لتحقيق هذه الأهداف، وذلك عن طريق التقنيات الرقابية التي تطرقنا إليها أعلاه، والتي تصب في ما يسمى برقابة الملائمة، وهذه الأخيرة غير مألوقة في المنازعات الدستورية المغربية، إلا أن المجلس الدستوري المغربي بدأ يتجه نحو فرض رقابة من هذا النوع خصوصا في التجربة الدستورية الحالية -2011-، الذي أدخل لأول مرة مفهوم الخطأ البين في التقدير في المنازعات الدستورية المغربية وكذا مفهوم الأهداف الدستورية، وبعض صور مبدأ التناسب.

### المحور الثالث: مقارنة القاضي الدستوري التونسي/المقارن في فرض احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها

أحدث الفصل 49 من دستور 2014 - موضوع الدراسة - تغييراً جذرياً في منظومة حماية حقوق الإنسان في تونس، إذ يكاد يكون المادة الجامعة الوحيدة في الدساتير العربية التي تضع الشروط والمعايير المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات وضبط إطار لتدخل المشرع ومختلف السلطات العمومية بالاستناد إلى مبدأ التناسب بين ضوابط تقييد الحقوق وموجباتها. فقد تمّ بمقتضى الفصل 49 دسترة مبدأ قانوني هام وهو مبدأ التناسب باعتباره منهجا واختبارا من الضروري إعماله من قبل كافة المتدخلين في هذا المجال حتى تتم عقلنة هذا التدخل وضمان حماية أنجع وأدق للحقوق والحريات. ويعتبر المشرع والقاضي الدستوري المخاطبان الأساسيان بأحكام الفصل 49.

بالمقابل، لم يتم التوصل إلى صيغة الفصل 49 من دستور 2014 إلا في مرحلة متقدمة من النقاش، حيث تم إدراج مفهوم الضرورة، أي الأهداف المشروعة لتقييد الحقوق والحريات، ودسترة مبدأ التناسب بين الضوابط وموجباتها كشرط أساسي. ويمثل الفصل 49 من الدستور 27 كانون الثاني 2014 حجر الأساس في مادة الحقوق والحريات، فبعد أن ترددت السلطة التأسيسية حول كيفية التعرض لحدود ممارسة الحقوق والحريات المضمونة بالدستور، أقرت في نهاية الأمر فصلا تعبر عنه بالمادة الجامعة والذي ينص على أنه: "يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المشمولة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها ولا توضع هذه الضوابط إلا

لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك<sup>1</sup>.

يحتوي الفصل 49 بهذا الخصوص على مجموعة من الشروط المتعلقة بضوابط الحقوق والحريات الدستورية، ولعل شرط التناسب يشكل أهمها، بل ومنهجاً مهماً يمكن القاضي الدستوري التونسي من الوقوف على مدى احترام المشرع للدستور ولما أتى به من حقوق وحريات. ويعتبر التناسب عامة كما هو الشأن في أغلب الأنظمة المقارنة، تمشياً أو تفكيراً مركباً يطبقه كل من هو معني بالفصل 49 على الحالة المطروحة عليه. ويقتضي هذا التمشي عامة الإجابة على مجموعة من الأسئلة، من قبيل<sup>2</sup>:

- مستوى التثبت من الملاءمة: (Adéquation) أي ملاءمة الحدود للهدف أو الأهداف المنشودة والمشروعة بما يعني الإجابة على السؤال التالي: هل أن الحد أو الإجراء يمكن من الوصول إلى الهدف المشروع؟، أي هل هناك رابط منطقي أو عقلائي بين الإجراء (القيد) والهدف المشروع؟
- مستوى التثبت من الضرورة: (Nécessité Interne) يقصد بالضرورة هنا الضرورة الداخلية أي الضرورة كعنصر من عناصر اختبار التناسب، وهي التي تؤدي إلى طرح السؤال التالي: هل أن هذا الحد بذاته كان ضرورياً أي لا مفر منه للوصول إلى تحقيق الهدف المشروع؟؛ فالضرورة تقتضي التثبت من أن الحدود المعتمدة كانت الطريقة الوحيدة والأقل سوءاً أو الأقل تطفلاً على الحق أو الحرية لتحقيق الأهداف المنشودة.
- مرحلة التثبت من التناسب في معناه الضيق: (Adaptation) هي مرحلة تستدعي التساؤل إن كان الحد أو الإجراء غير مبالغ فيه مقارنة بالهدف المراد حمايته؟، أي إن كان القيد قادراً على تحقيق الهدف المنشود دون أن يتجاوزه، بمعنى البحث عن التناسب أو الموازنة بين الآثار السلبية للقيد على الحق/الحرية ونتائجه الإيجابية بالنظر إلى الهدف المراد حمايته.

## المطلب الأول: حول تطور الأساس الدستوري لمبدأ التناسب في الحالة التونسية

لفهم مقتضيات الفصل 49 من الدستور التونسي 2014، لا بد من الرجوع إلى تطوير آليات الحد من الحقوق والحريات في المنظومة الدستورية التونسية. ففي دستور جوان / حزيران

<sup>1</sup> راجع الفصل 49 من دستور 27 جانفي / كانون الثاني، 2014، مرجع سابق.

<sup>2</sup> د. سلوى الجمروني: دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، مرجع سابق، ص. 13.

1959، كان الاختيار التأسيسي مبنياً على "ازدواجية التحديدات"، بين التحديدات الخاصة التي تعلقت ببعض الحقوق والحريات، والتحديد العام الذي جاء بالفصل السابع من الدستور، وجاءت التحديدات الخاصة متعددة ومبعثرة فتعلقت مثلاً بحرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات (الفصل 8 من دستور 1959)، أو تكوين الأحزاب وتنظيمها (الفقرة الأخيرة من الفصل 8 من دستور 1959)، حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية (الفصل 9 من دستور 1959)، كما تعلقت بحرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها وباختبار مقر الإقامة في حدود القانون (الفصل 10 من دستور 1959).

طُرحت مرحلة 2011 وما حملتها من تغييرات، مسألة الحدود على الحقوق والحريات مرة أخرى في إطار المجلس الوطني التأسيسي عن خلال مشروع الدستور الصادر في 1 جوان / حزيران 2013 وهو الذي أدرج لأول مرة قاعدة عامة أو فصلاً جامعاً يتعلق بضوابط الحقوق والحريات، الفصل 48: "يقرر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا يتخذ القانون إلا لحماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. وتسهر الهيئات القضائية على حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك" ولئن استجابت هذه الصياغة إلى فكرة المادة الجامعة للحد من الحقوق والحريات، إلا أنها لم تدرج مفاهيم الضرورة والتناسب كما نادى بذلك المجتمع المدني.

بالمقابل، ذهب دستور 2014 أكثر من ذلك ووضع معايير يمكن للقاضي الدستوري إتباعها في تطبيقه للفصل 49. فبعد التثبت من الضرورة الخارجية، أي الضرورة التي تقتضيها الدولة المدنية الديمقراطية للحفاظ على جملة الأهداف المذكورة في الفصل، على القاضي الدستوري أن يتولى القيام باختبار التناسب، وهو جزء من واجب التعليل المحمول عليه حتى لا تكون أحكامه سطحية وسريعة. وإذا كان اختبار التناسب ظهر في ألمانيا وفي كندا بالتحديد في قضية "أوكس الشبيرة"، وإن كانت التجريبتين تختلفان فيما بينهما وأن المرجعيات والنصوص الدستورية تختلف مع نص الفصل 49، لكن جوهر المبدأ يبقى هو نفسه لأن المسألة تتعلق بتمشي وبمنهجية تجنب القاضي الدستوري السقوط في العموميات وفي ضعف التعليل.

وتجدر الإشارة إلا أنه وإلى حدود الاشتغال على هذه الورقة، أصدر الرئيس التونسي قيس السعيد أمراً رئاسياً جديداً يتعلق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع

الاستفتاء المقرر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022<sup>1</sup>، والجديد في الأمر هو أن الفصل 49 من الدستور التونسي المشار إليه أعلاه، لسنة 2014 تم تغييره من حيث العبارات والألفاظ الدستورية المستعملة، بل والأهم من ذلك تم التراجع عن التنصيص الصريح للتناسب كشرط ومعيار عام لتحقيق التوازن بين حقوق وحريات الأفراد والمصلحة العام، وأيضا كآلية لضبط التوازن بين الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات وموجباتها.

في هذا الصدد، أعلن الفصل الخامس والخمسون من المشروع التعديلي الجديد لسنة 2022 على أنه – "لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها الدفاع الوطني، أو الأمن العام، أو الصحة العمومية، أو حماية حقوق الغير، أو الآداب العامة. ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها ومتلائمة مع دواعيها. ولا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور. وعلى كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك"<sup>2</sup>.

القراءة الأولى للنص الجديد (الفصل 55 من مشروع دستور 2022) توضح بجلاء تخلي المشرع الدستوري عن "لفظ التناسب" وما يحمله من دلالات دستورية وقانونية في مجال ضمان وضبط ممارسة الحقوق والحريات. هذا الأمر يطرح معه مجموعة من التساؤلات خصوصا وأن المشرع الدستوري الجديد تخلى أيضا عن حماية "الضرورة التي تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية" كما هو منصوص عليه في الفصل 49 من دستور 2014 موضوع الدراسة.

ودون الدخول في حيثيات النقاش السياسي والدستوري المتعلق بمدى مشروعية هذا المشروع الجديد الذي لم يُحسم إلى حدود هذه الورقة البحثية؛ سنقتصر في هذه الدراسة على الفصل 49 من دستور 2014 الذي يعتبر، في رأينا، إلى حد كبير متقدما في مجال تكريس مبدأ التناسب، حيث شكل القيام باختبار التناسب على أساس الفصل 49 من دستور 2014 منهجا

<sup>1</sup> أمر رئاسي عدد 578 لسنة 2022 مؤرخ في 30 جوان 2022 يتعلّق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع الاستفتاء المقرر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022.

<sup>2</sup> راجع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، المحتوى: الأوامر والقرارات: رئاسة الجمهورية، أمر رئاسي عدد 607 مؤرخ 6 جويلية 2022، يتعلق بإصلاح أخطاء تسربت إلى مشروع الدستور المنشور بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 578 لسنة 2022 مؤرخ في 30 جوان 2022 يتعلّق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع الاستفتاء المقرر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022.

أساسيا لم يزد القاضي الدستوري التونسي إلا حرصا على حسن تطبيق هذا الفصل بصورة متناسقة على الوضعيات المتشابهة.

## المطلب الثاني: مستويات اختبار التناسب كجزء من واجب التعليل

بالإضافة إلى كل من الرقابة على مسألة الاختصاص في تنظيم الحقوق والحريات وما يقتضيه من رقابة على مدى احترام المشرع إجراءات سن القوانين ؛ والتثبت من عدم المساس بجوهر الحق؛ التثبت من شرط الضرورة الخارجية أي الرقابة على علاقة مشروع القانون أو القانون بالأهداف المشروعة المراد حمايتها ؛ تطرح الرقابة على مدى احترام النص القانوني للتناسب بين الضوابط وموجباتها إشكالات على مجموعة من المستويات:

### ■ المستوى الأول من اختبار التناسب: قياس الملاءمة

يتولى القاضي الدستوري في المرحلة الأولى من اختبار التناسب التثبت من أن القيد الذي فرضه المشرع على الحق أو الحرية ملائم للهدف الذي يرمي إلى تحقيقه منه. وهذا الهدف لا يجب أن يخرج عن إطار الأهداف المحددة بالفصل 49 من الدستور، وهي حماية حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة كما سبق بيانها ويتولى القاضي الدستوري بعد ذلك التثبت من وجود رابطة وصلة وثيقة ومنطقية بين إجراء التقييد والهدف الذي يرمي إليه الإجراء<sup>1</sup>.

في هذه الحالة تكون رقابة القاضي الدستوري موجهة بالخصوص إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع وهي مرحلة مهمة في الرقابة، إذ تنصب على الخيارات والوسائل التي يتوصلها المشرع لتحقيق سياساته، وهو ما بينه "فقه القضاء المقارن سواء دوليا أو وطنيا". ويعتبر شرط الملاءمة عند القاضي الدستوري، بهذا المنطق، شرطا أوليا في اختبار التناسب، بمعنى عدم ضرورة الذهاب إلى الشروط الأخرى في حالة ثبت للقاضي الدستوري أن الحد من حق أو حرية ما لا يؤدي بطبعه إلى المحافظة على الهدف الدستوري.

<sup>1</sup> اعتبر القاضي الدستوري التونسي في هذا الصدد، أن الإجراء المتمثل في حفظ وتخزين المعطيات الشخصية يتلاءم مع الهدف الذي يرمي إليه القانون والمتمثل في مقاومة الجريمة وتتبعها وخاصة منها الجريمة المنظمة والإرهابية وانتهت إلى ثبوت صلة منطقية بين الإجراء المتخذ والهدف المرجو منه. أما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد تعرضت لواجب إثبات تلاؤم الحد مع الهدف المشروع. وأقرت المحكمة، في هذه القضية، في نهاية الأمر أنها غير مقتنعة بأن الهدف المشروع الذي قدمته الدولة يفترض إقصاء المثليين من التمتع بهذا القانون.. د. سلوى الحمروني: دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، مرجع سابق، ص. 62/63.



منهجيا، وبمناسبة قياس الملاءمة، يتولى القاضي الدستوري التثبت من طبيعة الهدف وتقييمه أولا، ثم من القيد المسلط على الحق، ثم في مرحلة أخيرة من مدى وجود رابطة معقولة بين الهدف والوسيلة المتوخاة لتحقيق الهدف. وهو التمثي الذي بينته بوضوح المحكمة العليا الكندية خاصة في قرارها المبدئي أوكس، المشار إليه أعلاه، وبعد كل هذا يتولى القاضي تقييم وتقدير وجهته.

### ■ المستوى الثاني من اختبار التناسب: قياس الضرورة

يعتبر قياس الضرورة المرحلة الثانية من اختبار التناسب، وهي تقوم على التثبت من أن القيد المسلط على الحق أو الحرية ضروري لتحقيق الهدف المشروع وأن يلحق أقل ضرر ممكن بالحق المعني. وتختلف الضرورة، وهي ضرورة داخلية هنا، عن الضرورة الخارجية التي يكتفي من القاضي بالتثبت إن كان مشروع القانون أو القانون ضروري في دولة مدنية ديمقراطية والأهداف التي سبق أن ذكرها الفصل 49 من دستور 2014.

ويمكن القول هنا أن الضرورة الداخلية تعني أنه لم يكن بإمكان المشرع الوصول إلى الهدف الدستوري عبر اتخاذ إجراءات أقل حدة على الحريات؛ وبه يعتبر التثبت من شرط الضرورة تمشيا مع القاضي الأوروبي من الممارسات القضائية الفقهية في هذا المجال.

### ✓ مثال عن محكمة العدل الأوروبية

يتجه التذكير بالتمشي القانوني الذي اتبعه الادعاء العام أمام محكمة العدل الأوروبية في قضية "سميرة اشبيتا" ضد بلجيكا، خاصة أنه قد بين كيف يمكن أن يصبح الإجراء غير ملائم للهدف إذا كان أقل تدخلا في حرية الأفراد. وتتعلق المسألة في هذه القضية بمنع إحدى عاملات شركة تجارية من وضع الحجاب الإسلامي زمن العمل وذلك لضرورة مهنية مرتبطة بطبيعة مجال تدخل الشركة.

أشارت المدعية العامة السيدة "كوكوت" حول هذه المسألة، إلى ضرورة التثبت على وجه الخصوص من أن المنع من اللباس الديني كان ضروريا للوصول إلى الهدف المشروع، مشيرة إلى أن القاعدة التي تم سنها من قبل الشركة يمكن اعتبارها "مطلقة للغاية وعمومية للغاية" وتتجاوز بالتالي ما هو ضروري لتحقيق سياسة الشركة وأهدافها. ورغم كل هذه الاعتبارات، أضافت المحكمة أن مثل هذه الطريقة في الإجراءات ستكون أقل ملاءمة، إن لم تكن غير مناسبة تماما، لتحقيق هدف الحياد في مسائل الدين والمعتقد الذي حددته شركة G45 كشرط مهني، وبالفعل،

فإن العاملة التي ترتدي حجابا إسلاميا تظهر عليها علامة دينية مرئية، سواء كان هذا الحجاب متطابقا بلونه وشكله مع لباس عملها أم لا بالإضافة إلى ذلك، إذا أصبح الرمز الديني جزءا من الزى الرسمي، يتخلى صاحب العمل عن هدف الحياد الذي وضعه لنفسه<sup>1</sup>.

نستخلص من هذه المقتطفات أن دور القاضي سواء كان دستوريا أو دوليا يعتمد تمشيا عمليا (وليس مجردا) يفرض على الدول على مستوى دولي - وعلى المشرع على مستوى وطني أن يثبت أنه في نهاية الأمر لم يكن من الممكن ضمان تحقيق الهدف الدستوري إلا من خلال هذه الحدود أو الضوابط.

### ✓ قياس الضرورة في فقه القضاء الدستوري المقارن

ففي قرار حول القانون الذي يسمح بالإيقاف الأمني "الذي يسلط على أشخاص يشكلون خطرا كبيرا على الأمن وذلك بوضعهم في مركز أمني يقدم لهم إحاطة طبية واجتماعية ونفسية، وذلك إثر انتهاء عقوبتهم وخوفا من العود، ذكر المجلس الدستوري الفرنسي صراحة أنه "بالنظر إلى خطورة المس من الحرية الفردية، فإن السجن لأسباب أمنية لا يمكن أن يكون ضروريا إلا متى لم يجد المشرع أي إجراء آخر أقل منا من الحرية للتوقيف من الأعمال التي تم من سلامة الأفراد بشكل خطير. كما تولى القاضي إثر ذلك إثبات هذه الضرورة على مدى أربع فقرات بين فيها أنه لم يكن للمشرع خيارا أقل ما من الحرية لضمان سلامة الأشخاص<sup>2</sup>.

وهنا يتجه التأكيد أن القاضي الدستوري وبمناسبة تثبته في وجود وسائل أقل تضييقا على الحق لتحقيق الهدف الدستوري المرجو، يتولى تصور مثل تلك الوسائل حتى ولو لم يثرها أطراف النزاع، وهو دور استنباطي يقوم به القاضي الدستوري غايته أولا رقابية على أعمال المشرع الماسة بالحقوق والحريات، وثانيا توجيهية تولى بمقتضاها توجيه المشرع نحو الوسائل التي تكون أقل شططا وأقل حدة على الحقوق والحريات. وهو أمر من شأنه أن يدعم دور القاضي الدستوري كحام للحقوق والحريات.

كما يتجه التأكيد أيضا أن القاضي مطالب عند تثبته من هذا الشرط بالقيام بموازنات ومقارنات بين الوسيلة التي قدمها المشرع لتحقيق الهدف ومختلف الوسائل الممكنة الأخرى سواء التي دفع بها الأطراف أو التي يستنبطها القاضي الدستوري بمناسبة رقبته على اختبار الضرورة؛

<sup>1</sup> د. سلوى الحمروني: دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، مرجع سابق، ص: 64/63/62.

<sup>2</sup> CC, Décision n° 2008-582 du 21 février 2008.

وهي تقنية من شأنها أن ترسي قناعة القاضي الدستوري بأن الوسيلة التي اختارها المشرع كانت ضرورية لتحقيق الهدف أم لا، وفي الخطوة الثانية من تحليل التناسب، يجب على الحكومة أن تثبت أن التدابير المعنية تقيّد الحق في حرية التعبير بأقل قدر ممكن بشكل معقول لأغراض تحقيق الهدف التشريعي، يجب أن يكون القيد ضئيلاً أي أن القانون يجب أن يتم تفصيله بعناية حتى لا يتجاوز الانتهاك ما هو ضروري.

ونادراً ما تكون عملية التكييف محكمة ويجب على المحاكم أن تمنح السلطة التشريعية بعض الحرية، إذا كان القانون يقع في نطاق مجموعة من التدابير المعقولة، فلن تجده المحاكم واسع النطاق للغاية لمجرد أنها قد تجد بديلاً قد يكون أكثر ملاءمة للهدف... من ناحية أخرى، إذا فشلت الحكومة في توضيح سبب عدم اختيار إجراء أقل تدخلاً ولكن بنفس الفعالية، فإن القانون يعتبر باطلاً...<sup>1</sup>.

### ■ المستوى الثالث من اختبار التناسب: قياس التناسب في مفهومه الضيق

يعتبر العديد من الفقهاء بأن قياس التناسب في مفهومه الضيق هو في نهاية الأمر موازنة بين الإيجابيات التي سيحققها الحد من الحقوق والحريات وبين سلبياتها، إلا أن هذه المرحلة بالذات ليست مجرد عملية حسابية بل هي تمثلي فكري منهجي للوصول إلى حل معقول. وتعتبر هذه المرحلة هي الأخيرة في قياس اختبار التناسب، وهي طبقاً لفقه قضاء المحكمة الدستورية الكندية العليا تمكن من تقدير أكبر وأشمل لاختبار التناسب لأنها تبين بصورة أوضح هل أن الآثار الإيجابية للإجراء التشريعي المنتقد تبرر المساوئ الناجمة عن انتهاك أو تقييد الحق.

ولئن كانت المرحلة الأولى والثانية من قياس اختبار التناسب تنصبان على العلاقة والرابطة بين الأهداف التي يرمي إليها المشرع والوسائل المستعملة لتحقيق تلك الأهداف، فإن الرقابة في المرحلة الثالثة من اختبار التناسب تمارس من خلال التثبت من الموازنة بين إيجابيات القانون المنتهك للحق المحمي والآثار السلبية المسببة على الحق المنتهك وذلك على نحو يوجب إيجاد رابطة تناسب بين المنافع المرجوة من الإجراء والآثار السلبية والوخيمة المسببة على الحق أو الحرية المضمونة بالدستور.

<sup>1</sup> Theo Newspapers Coc. Canada Procureur général). 29 avril 1998, <http://pullscccclxum.com/sco-cd 127 kocitem / 1621 / index.do 72>

بمناسبة رقابة القاضي على هذا الشرط يتولى التثبت في الآثار الإيجابية للإجراء التشريعي ثم في مرحلة ثانية يتولى بيان الآثار السلبية للإجراء على الحق المنتهك ليصل في الأخير إلى استخلاص النتيجة. وفي المرحلة الأخيرة من اختبار التناسب تعطى الكلمة الأخيرة للقاضي الدستوري باعتباره القائم فعلا بالبحث عن التناسب بين الهدف المراد حمايته والحد المسلط على الحقوق والحريات، ولقد أدت هذه السلطة التقديرية إلى تخوف بعض القضاة من هكذا سلطة.

## خاتمة

يعتبر شرط التناسب من أهم الشروط المتعلقة بضوابط الحقوق والحريات الدستورية، بل ومنهجاً مهماً أمكن القاضي الدستوري في الفقه المقارن من الوقوف على مدى احترام المشرع للدستور ولما أتى به من حقوق وحريات. وكان من أهم نتائج الدراسة ما يلي:

■ أن دور القاضي سواء كان دستورياً/إدارياً أو دولياً يعتمد تمشياً عملياً (وليس مجرداً) يفرض على الدول على مستوى دولي - وعلى المشرع على مستوى وطني أن يثبت أنه في نهاية الأمر لم يكن من الممكن ضمان تحقيق الهدف الدستوري إلا من خلال هذه الحدود أو الضوابط.

■ يقتضي عامة هذا التمشي في تناول القاضي الدستوري/الإداري لاختبار التناسب من جانب الممارسة الإجابة على مجموعة من الأسئلة التي تتعلق بمجموعة من مستويات اختبار التناسب، من قبيل: مستوى التثبت من الملاءمة: (Adéquation)، مراجعة مستوى التثبت من الضرورة: (Nécessité Interne)، وأيضاً مرحلة التثبت من التناسب في معناه الضيق: (Adaptation). والقصد أن المرحلة الأخيرة من اختبار التناسب هي من دور للقاضي الدستوري باعتباره القائم فعلاً بالبحث عن التناسب بين الهدف المراد حمايته والحد المسلط على الحقوق والحريات.

■ في التجربة المغربية، وخلافاً للتجربة التونسية في دستور 2014، وإن كان المشرع الدستوري استعمل مفهوم التناسب في مجموعة من النصوص الدستورية بالتصريح المباشر وفي حالات أخرى بطريقة ضمنية، إلا أنه، لم ينفج كوسيلة وأسلوب وضمانة قضائية لضبط تدخل المشرع لتنظيم الحقوق وحمايتها.

■ الأصل، في رأينا، أن يتم التنصيص صراحة على مبدأ التناسب ضمن مضمون الباب الثاني المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية كوسيلة لحماية هذه الحقوق والحريات، وكشرط أساسي لتقييد وضبط ممارستها، وذلك تماشياً مع مجموعة من التجارب المقارنة، بخصوص التأسيس لشرط التناسب بالإضافة إلى شرط الضرورة وعدم المساس بجوهر الحقوق، كآليات ضرورية لضبط ممارسة وتقييد وتحديد الحقوق والحريات الأساسية.

■ باستحضار تجربة المجلس الدستوري السابقة يتضح أن القاضي الدستوري المغربي اشتغل بمفاهيم أخرى في هذا المجال، من قبيل مفهومي الضرورة والتوازن. كما يتضح بمراجعة القرارات الدستورية الصادرة في إطار الرقابة الدستورية القوانين، أن القاضي الدستوري المغربي كان يستعمل تارة عبارة "مبدأ التناسب" وتارة أخرى لفظة "التناسب".

■ وبالتالي، يبقى مبدأ/شرط التناسب من أهم المبادئ/الشروط الذي يتعرض دائما للصراع والجدل الفقهي والقانوني، من جهة أولى، بين مستويات الحقوق والحريات الأساسية نفسها، وبين حقوق وحريات الأفراد وبين سؤال حماية المصلحة العامة من جهة ثانية. وبهذا الخصوص، يتحمل التشريع مسؤولية تحقيق مطلب التوازن الذي يوقف هذا الصراع ويكفل حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة بقدر متناسب؛ ويلتزم المشرع في سبيل كفالة هذه الحماية باحترام الضمانات التي ينص عليها الدستور.

## لائحة المراجع

### لائحة الكتب/المقالات والدراسات/الرسائل باللغتين العربية والأجنبية

- الحمروني سلوى: دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، مدخل القاضي الدستوري لمراقبة احترام ضوابط الحد من الحقوق والحريات، 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، التعاون الألماني، طبعة 2021.
- الزلايحي أحمد: "مبدأ التناسب في سياسة التجريم-دراسة مقارنة" مقال منشور بالمجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية عدد 2 السنة 2018؛
- أتركين محمد: معجم الدستور المغربي، الجزء الأول، دار النشر، الطبعة الأولى، 2021؛
- اللغمانى سليم، سلسبيل القليبي وسلوى الحمروني: مقترحات حول الحقوق والحريات على ضوء مسودة الدستور، قراءة في مسودة مشروع الدستور. تقيم واقتراحات، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، الثلاثاء 15 فيفري شباط 2013؛
- بدرة مصطفى، "الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016.

- حجاجي امجد: دور القضاء الدستوري في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع: دراسة في ضوء الرقابة على الدستورية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، 2017؛
- دباش كوثر، "الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى"، منشورات المؤسسة الدولية للديموقراطية والانتخابات، سنة 2021؛
- سرور أحمد فتحي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية، 2000.
- سماح فارة، "التوجه الحديث لقضاء الإلغاء: رقابة التناسب"، مقال منشور بمجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون"، العدد 42، السنة 2015
- الشناوي وليد محمد، "التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 59، سنة 2016؛
- عصام سعيد عبد العبيدي، "مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية"، مقال منشور بمجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 29، السنة 2019؛
- محمد باهي أبو يونس، "الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، السنة 2000؛

- B. Co ravit, " La jurisprudence constitutionnelle sus le principe d'égalité Cahiers du centre (1) de droit et de politique compares de la faculté de droit de Toulon, vol. I

- Guilmant(A), « Sur Les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique », Revue de droit de McGill, 61 (1), 2015, disponible aux liens suivant: <https://doi.org/10.7202/1035386ar>

- Jacqueline de Guillenchmidt: Le contrôle du principe de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel français, IN « La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle » ACCPUF n° 9 - Mai 2010

- Louis Favoreu; La protection des droits et libertés fondamentaux, Annuaire, 1985, p.186. ( )  
Sigebert Mors hier, Annuaire, 1990
- M. A. Ben abdallâh: «Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle», Communication présentée oralement en séance plénière au IXe Congrès mondial de droit constitutionnel qui s'est tenu à Oslo du 16 au 20 juin 2014
- Olivier Lecucq; Le principe de proportionnalité: simple technique juridictionnelle ou norme de fond -réflexions tirées du droit constitutionnel des étrangers-, Congres Mexico, décembre 2010 « Atelier sur le principe de proportionnalité », IN [www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/170.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/170.pdf)
- Ron Roman Herzog, Rapport Allemand, Annuaire 1990
- S. Van Drooghenborck: La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, publication des facultés universitaires Saint - Louis, Bruylant Bruxelles, 2001
- V. G. Le Bihan: « Le contrôle de proportionnalité par le conseil constitutionnel », C. C. C., (dossier: le réalisme en droit constitutionnel), n " 22, Juin 2007
- Xavier Philippe ; La contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle (1) et administrative. Françaises, collection science et droit administratifs, Economique, 1990





## الفصل الخامس

# منهج القاضي الإداري المغربي تقنيات التكييف والاستدلال بالوقائع

Moroccan administrative judge's methodology: adaptation techniques and  
factual inference

**د.يونس الشاميخي**

أستاذ باحث بكلية الحقوق، جامعة القاضي عياض  
مراكش، عضو مختبر الأبحاث وتحليل السياسات

## ملخص

يرتكز العمل القضائي الإداري في تأويل الشرعية، صونا للحقوق والحريات، على تقنيات خاصة ومميزة، فهو من جهة وعلى غرار القضاء الدستوري، في الغالب ما يلجأ إلى تقنيات قضائية تساعد في حسم النزاع المعروض، وذلك انطلاقاً من التأكد من الوجود المادي للنص المقيد لحق أو حرية معينة، مُروراً من التحقق من شرط عدم المساس أو النيل من جوهر الحق، وانتهاء بإعمال مبدأ التناسب الذي يُعد منهجية قضائية خالصة ابتدعها الفقه والقضاء الألماني لحفظ الحقوق والحريات. كما لا يقف القضاء الإداري المغربي في حله للنزاع المعروض عليه في حدود أعماله لمجموعة من المهارات أو الأساليب التقنية، فهو بالإضافة إلى ما سبق يزيد على ذلك أعمال تقنيات أخرى معروفة ومُتعددة داخل العمل القضائي بصفة عامة، بحيث يمكن تعدادها على سبيل المثال، وبناءً على استعمالها من لدن القاضي الإداري، وبشكل اعتباطي، وحسب الضرورة، باللجوء إما، لألية القرائن "Les présomptions"، أو بتطبيقه أحياناً لفكرة المعايير أو المقاييس "Les standards"، أو بالاستعانة في نوازل مختلفة بصفة ضمنية أو مباشرة بتقنية الخيال "La fiction".

## Abstract

In accordance with legitimacy interpretation, the judicial administrative action is based, mainly, on specific techniques in order to protect rights and freedoms. It often uses legal techniques that help resolve the conflicts, like the constitutional jurisdiction, via ensuring the physical presence of the legal text restricting a certain right or freedom, while verifying the condition of no prejudice or violation of the essence of the right, until the implementation of proportionality principle, which is a pure judicial method invented by German case law and justice to protect rights and freedoms. With

regard to conflicts resolution, Moroccan Administrative Justice is not limited to the implementation of a set of capacities or technical means only. But it also uses, in general, various other well-known techniques in legal action. For instance, and depending on their uses by the administrative judge, arbitrarily and depending on the needs, they are used either as the "presumptions" mechanism, or by applying criteria or standards ideas sometimes , or even by using the technique of imagination, implicitly or explicitly, in different cases.

## مقدمة

لئن كان فقه القانون المدني<sup>1</sup> قد أثار في موضوعات كثيرة ومتعددة، تنظيراً وإنتاجاً، لآليات وتقنيات اشتغال القضاء العادي محاولة منه في فهمها واستيعاب طرق أعمالها مما يُسهل تطبيعها علمياً، فإن هذا المجهود الفقهي لم يطل بعض الجوانب، خاصة مسألة تمييز التقنيات المنهجية لدى القضاء الإداري مقارنة بالقضاء العادي<sup>2</sup>.

لذلك يبدو أن اختيارنا لموضوع تقنيات عمل القاضي الإداري المغربي في حفظ الحقوق والحريات وإخضاعه للدراسة والتحليل ليس نابغاً، قط، من ضرورات منهجية وأخرى عملية تفترض الكشف عن أهم تقنيات وآليات اشتغال القاضي الإداري المغربي، فبالإضافة إلى ما يمكن أن نتبينه من خلال هذه الورقة من توصيف لأهم هذه التقنيات وطريقة أعمالها على المستوى القضائي، فإن ما يجب الانتباه له هي النزعة السياسية للقاضي الإداري التي تكمن من وراءها

1 F. Geny, Science et technique en droit privé positif, (Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique), t. I., Introduction. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914; t. II., Élaboration scientifique du droit positif, (L'irréductible droit naturel), Paris, Sirey, 1914; t. III., L'élaboration technique du droit positif, Paris, Sirey, 1921; t. IV., Les rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif, Paris, Sirey, 1924. V. Lasserre-Kiesow, La technique législative, Étude sur les codes civils français et allemand, Paris, L. G. D. J., 2002. C. Perlman, Présomptions et fictions en droit essai de synthèse dans Les présomptions et les fictions en droit., supra, note 2. R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, Paris, Éd. La Mémoire du Droit, 2001 (1e éd: 1911). انظر كذلك: عبد الرزاق السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القضاء الانجليزي، ترجمة كمال جاد الله، مركز النهوض للدراسات والنشر، الكويت لبنان، الطبعة الأولى، 2020. جلال محمد إبراهيم ومحمد عبد العزيز المرسى حمود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى 2009. زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون. كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، بحث رقم 8، مطبعة دار التأليف، 1980. سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية، الجزء الثاني، المطبعة العصرية بالفجالة، بدون سنة. أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الطباعة الراقية، الطبعة السابقة.

2 حول مرونة قواعد القانون الإداري وخصائص القاضي الإداري انظر مقالنا: يونس الشامي، لا معيارية عمل القاضي الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية، عدد 156، يناير-فبراير 2021، ص. 90 وما بعدها.

توظيفه لجملة من التقنيات القضائية المنهجية التي تجعله يقف مدافعاً حقيقياً وفعالاً عن تمثلاته الخاصة للعدالة الإدارية، خصوصاً بعد أن بدا واضحاً اليوم، تدافع منطق حماية الحقوق والحريات مع منطق الدولة. فإذا كان من البداهة أن نقبل بكل تجرد وحيادية مساندة القاضي الإداري المغربي ومؤازرته، خلال حالات معينة ومؤقتة، موقف الإدارة بتقييد الحريات والحقوق متى كانت الغاية حفظ النظام العام والدفاع عن أمن الدولة، فالأكيد أن القاضي الإداري المغربي بدوره، وبشكل معاكس، لا يخرج عن مبادئ النظام الليبرالي القائم على أساس ضمان حرية الأفراد وصيانة حقوقهم وفق ما تقتضيه الليبرالية كأيدولوجية انطلاقاً من المبدأ القائل أن: "الحرية هي الأصل وتقييدها هو الاستثناء"، وهو الدور الذي يستند فيه القاضي الإداري، في اعتقادنا الراسخ، وفي جانب كبير منه، وفي سبيل تحقيقه، على آليات تقنية وفنية وأخرى عملية تمكنه من التصدي بشكل مباشر لأي خرق أو تجاوز لمبدأ الشرعية من لدن الدولة. ونقصد في هذا السياق بتقنيات عمل القاضي الإداري كل الوسائل العملية التي يتبعها ويستعين بها القاضي الإداري المغربي لحل النزاع المعروض عليه بالشكل الذي يحقق من خلاله الفعالية والنجاعة القضائية المطلوبة ولو في حدودها الدنيا.

ومنه يبدو واضحاً أن موضوع تقنيات عمل القاضي الإداري المغربي في حفظ الحقوق والحريات يدفعنا إلى محاولة تسليط الضوء على الدور الوظيفي لهذه التقنيات وموقعها في العمل القضائي الإداري المغربي مع محاولة رصد مختلف أشكالها وأصنافها في المادة الإدارية وما يمكن أن تثيره من جدل حول كفاءات استعمالها من قبل هذا النوع من القضاء؛ باعتبارها آلية أو وسيلة فعالة وحقيقية في تطويع الشرعية وتأويلها لضمان حفظ الحقوق والحريات المكرسة دستورياً.

تنبني في الواقع تقنية التأويل القضائي الإداري المغربي للشرعية، من وجهتين اثنتين: الأولى، من خلال إعمال تقنيات قضائية منهجية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بعملية تكييف الوقائع (الفقرة الأولى). أما الثانية، فتربط بتقنية الاستدلال بالوقائع من خلال إعمال الذهن القضائي الإداري لآليات فنية أخرى للوصول للعدالة الإدارية الناجزة؛ وذلك إما بافتراض وقائع معينة بناء على وقائع ثابتة أو بقياسها على قواعد مهمة وغامضة موضوعة سلفاً أو بالقيام "بمناورة خادعة تتأسس على تأويل الحقيقة وإنكارها" (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: التقنيات المنهجية في تكييف الوقائع

لئن كان قضاؤنا الإداري قد كرس منذ نشأته قاعدة مفادها أن: "الحرية هي الأصل والحد منها أو تقييدها هو الاستثناء"، فالأكيد أن القاضي الإداري المغربي، ومنذ ذلك الحين، كان حريصاً

أشد الحرص على أن لا يقع المساس أو النيل بجوهر الحق إلا بالقانون، وأن تفسيره أو تأويله لا يقع إلا استثناءً وفي حدود ضيقة، وما ذلك إلا للحد من السلطة التقديرية للإدارة في حالة غُلُوبها عند استعمالها أو تفسيرها أو تأويلها لموجبات تحديد حرية أو حق معين. لذلك يلجأ القاضي الإداري المغربي، على غرار القاضي الدستوري، إلى إعمال تقنيات قضائية لِلْحَسْم في مدى شرعية عمل أو تصرف إداري ما، انطلاقاً من التأكد من الوجود المادي للنص المقيد لحق أو حرية معينة (أولاً)، مُروراً من التحقق من شرط عدم المساس أو النيل من جوهر الحق (ثانياً)، وانتهاء بإعمال مبدأ التناسب الذي يُعد منهجية قضائية خالصة ابتدعها الفقه والقضاء الألماني لحفظ الحقوق والحريات (ثالثاً).

### أولاً: تقنية البحث عن النص المقيد للحق

يُعتبر التأكد من الوجود المادي للنص المُقيد للحقوق والحريات في مرحلة أولى التقنية الأساس التي يلجأ إليها القاضي الإداري في مهمته لحفظ الحقوق والحريات المضمونة بمقتضى التشريع. والحقيقة أن هذه التقنية الأولية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بشرط "الاختصاص الحصري للبرلمان" الذي يُفيد أن تقييد الحقوق والحريات لا يجوز إلا بمقتضى القانون، وهو الشرط الذي أكدته اتفاقية "سيراكوزا" بصريح العبارة في مادتها الخامسة عشر التي نصت على أنه: "لا يجوز تقييد ممارسة حقوق الإنسان إلا إذا نص على ذلك قانون داخلي"، لتؤكد اللجنة الخاصة بحقوق الإنسان نفس المعنى بقولها: "لا بد للقانون نفسه من أن يُحدد الأوضاع التي يجوز فيها للقانون الحد من الحقوق"<sup>2</sup>. ونعني هنا بالقانون النص الصادر عن السلطة السياسية المؤهلة بنص الدستور بإصدار القوانين. وفي المغرب يُؤهل الفصل الواحد والسبعون من دستور 29 يوليوز 2011 السلطة التشريعية، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية: -الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور؛... "كما تُؤهل مقتضيات أخرى من الدستور نفسه السلطة التشريعية سن تشريع مُقيد للحقوق والحريات الدستورية"<sup>3</sup>. ويلعب القاضي الإداري في هذا

1 ظهر مفهوم الاختصاص الحصري للبرلمان كمبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الدستوري الألماني منذ مطلع القرن التاسع عشر وامتد إلى عديد من النصوص الدستورية والدولية كالميثاق الكندي للحقوق والحريات الذي يضمن من خلال مادته الأولى الحقوق والحريات: "الواردة في بنوده فقط ضمن الحدود المعقولة التي يقرها القانون".

2 التعليق العام رقم 22 (1993) المادة 18، الفقرة 8(حرية الفكر والوجدان والدين).

3 كالحق في حماية الحياة الخاصة، وحرية التنقل، والحق في الحصول على المعلومة، وحرية الصحافة، والحق في التعبير، وحرية التجمع والتجهر السلمي، وحق الإضراب، وحق الملكية.

الصدد، وبشكل ضمني وغير مباشر، دوراً جوهرياً في مراقبة المشرع لاختصاصه للحد من أي تدخل للسلطة التنفيذية بشكل اعتباطي في مجال الحقوق والحريات وما يُمكن أن يترتب على ذلك من تهديد قد يطالها<sup>1</sup>. ويظهر في الحقيقة هذا الدور الخفي والناعم للقاضي الإداري من خلال التثبيت، أولاً، من مدى وجود سند قانوني مُقيد نافذ وساري المفعول، حيث يتولى في مرحلة أولى تكييف الحق بوضعه في إطاره القانوني، عبر تحديد النص المنظم له في الدستور، من جهة، وتأكيده من جهة أخرى، بمقتضى المواثيق الدولية المصادق عليها من قبل المملكة المغربية، ليُبين فيما بعد مدى شمولهما للحق موضوع التقييد. وفي هذا الشأن فقد اعتادت محاكمنا الإدارية منذ إنشائها سنة 1993 بالرجوع للمقتضيات الدستورية في الفصول التي تضمن الحق أو الحرية المتنازع بشأنهما، حيث صرحت المحكمة الإدارية بالرباط، على سبيل المثال، من خلال الأمر الاستعجالي في قضية السيد جمال الحنصالي ومن معه ضد وزارة الخارجية والتعاون الدولي والمديرية العامة للأمن الوطني بتاريخ 31 مارس 2020 على أنه: "وحيث نصت مقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 24 من الدستور المغربي على أن حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه، والخروج منه، والعودة إليه، مضمونة للجميع وفق القانون". كما اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط بواسطة أمرها الاستعجالي المؤرخ في 7 نوفمبر 1999 في قضية السيد علي بوسفيرة ضد المفتشية العامة للقوات المساعدة<sup>2</sup> حيث انتهت المحكمة إلى أن: "العمل الذي قامت به الإدارة المدعى عليها يُشكل انتهاكاً لحرمة المنزل المضمونة بالدستور الذي نص في فصله العاشر على أن "المنزل لا تُنتهك حرمة".

وفي مرحلة مواءمة ينتقل القاضي الإداري إلى التحقق من وجود نص تشريعي يحد من حق أو حرية معينة، وهو ما أبانت عنه المحكمة في نفس الأمر الاستعجالي السابق بالقول: "وحيث إنه لما كان حق التنقل فرعاً من الحرية الشخصية، فإنه لا يجوز مصادرته أو تقييده دون مسوغ قانوني، وحيث إن حق التنقل المذكور أعلاه لا يمكن تصوره دون الحصول على جواز السفر الذي هو بدوره حق لكل مواطن ولا يمكن حرمانه منه إلا بمقتضى نص قانوني"<sup>3</sup>. كما اعتبرت المحكمة الإدارية في نازلة أخرى بواسطة الأمر الاستعجالي عدد 2446 المؤرخ في 28 أكتوبر 2015 في قضية

1 خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، السنة 2017، ص. 59.

2 الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 1066 المؤرخ في 7 نوفمبر 1999، قضية السيد علي بوسفيرة ضد المفتشية العامة للقوات المساعدة، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 31، ص. 157.

3 حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 2004/60 ملف عدد 118-2003 غ، قضية السيدة أميناتو حيدر، أورده: محمد أولحيان، المنازعات الإدارية الاستعجالية، ودورها في حماية الحقوق والحريات، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2014/2015، ص. 293.

السيد معطي منجيب ضد السيد الوكيل العام لمحكمة الاستئناف بالرباط أن: "أمر إغلاق الحدود في وجه المدعي "السيد المعطي منجيب" يُشكل إجراءات خالية من أي سند قانوني مما يعد اعتداء ماديا ينبغي رفعه بعلّة تقديمه قبل أوانه"<sup>1</sup>.

الحقيقة أن القاضي الإداري يجعل من رقابته هذه، بالبحث عن مقتضيات قانونية مكرسة لحق أو حرية معينة وأخرى تحد منها، منهجية يعتمد عليها بمناسبة رقابته على أعمال الإدارة للتأكد من مدى مطابقتها لمبدأ الشرعية بمفهومها الضيق، وذلك بالتأكد من وجود قيود بنص تشريعي، ومن مدى احترام أعمال وأنشطة الإدارة، التي هي تحت تصرف السلطة التنفيذية لما تضعه السلطة التشريعية من قواعد عامة ومجردة وملزمة لها. كما يجعل من رقابته هذه رقابة سياسية أكثر مما هي رقابة شرعية، وإن كان ذلك بشكل ناعم وخفي حتى لا يُثير توجس السلطة التنفيذية، بلفته نظر السلطة التشريعية وتنبيهها في أن تلعب دورها الأصيل في مجال الحقوق والحريات؛ إما عن طريق إرسائها أو الحد منها بنفس الوسيلة، تفاديا لاحتمال تطاول السلطة التنفيذية على المجال التشريعي ذا الصلة بالحقوق والحريات المكرسة دستورياً، وهو ما قد يشكل تهديداً حقيقياً لها.

### ثانياً: تقنية عدم المساس أو النيل من جوهر الحق

يزيد القاضي الإداري المغربي من حدة رقابته القضائية على أعمال وتصرفات الإدارة، حتى يجعلها أكثر فعالية ونجاعة، باستلزامه شرط عدم المساس أو النيل من جوهر الحق، وهو الشرط الذي يقوم على انطواء ضمني لكل حق على جوهر يتعلق بالكرامة الإنسانية، بحيث لا يمكن الانتقاص منه ولا تبرير الانتهاكات التي يمكن أن تطاله بأي مبرر من المبررات المقبولة بمناسبة تقييد الإدارة ممارسة حق أو حرية معينة. ونعني بجوهر الحق كل عنصر ضروري لممارسة حق أو حرية معينة إلى درجة أن غيابه يؤدي إلى استحالة ممارسته أو التمتع أو الاستفادة منه بالمطلق. ويُعبر الدستور المغربي لسنة 2011 بدوره عن هذا الشرط، وبشكل غير مباشر، بعبارة مختلفة، وذلك من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 23 بالقول: "الانتهاكات الجسيمة والمُمنهجة لحقوق الإنسان".

1 الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 2446 المؤرخ في 28 أكتوبر 2015، ملف عدد 2561/7101/2015، قضية السيد المعطي بوعبيد ضد السيد الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف بالرباط ووزارة العدل والحريات في شخص وزير العدل والحريات، أمر غير منشور.

وبدوره لا يخرج القاضي الإداري المغربي عن التعبير عن شرط عدم المساس أو النيل من جوهر الحق بنفس الدلالة والمعنى السالفين، حيث أبان في مناسبات عديدة أن الإدارة مُقيّدة باعتبار هذا الشرط يجعل من تصرفها عملاً غير مشروع، مما يُفيد أن الإجراءات الإدارية المُقيّدة لممارسة أي حق من الحقوق الواردة في القانون، لا ينبغي أن تذهب إلى حد النيل من جوهر الحق ذاته، بحيث يصبح التمتع به مجرد استثناء. ومن بين أولى القرارات القضائية والمهمة ما انتهت إليه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقاً بتاريخ 8 يوليوز 1964 في قضية السيد أحمد وكريم ضد عامل طنجة، لما اعتبرت بشكل ضمني، بكون المقصود بعدم النيل بجوهر الحق النفي التام للحق أو التشديد في ممارسته على نحو يؤدي إلى استحالة ممارسته بالمطلق مُعبّرة عن ذلك بقولها: "إذا كان من حق العامل وهو يتصرف كسلطة إدارية في مجال الشرطة الضبط الإداري أن يتخذ التدابير الضرورية لتجنب الخطر الذي يمكن أن يشكله على النظام العام والأخلاق العامة، فإنه لا يمكن له أن يُمس بحريّة التجارة وأن يتخذ تدبيراً له طابعاً شاملاً لمنع واستغلال المحلات، وأن لا يُقرن فتح تلك المحلات بالحصول على رخصة، مما يكون معه العارض على حق لطلب إلغاء القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>. كما اهتدت المحكمة الإدارية بالرباط بواسطة الأمر الاستعجالي الصادر عنها بتاريخ 28 أكتوبر 2015 في قضية السيد المعطي منجيب إلى نفس المعنى لما اعتبرت أن: "الأمر بمنع السفر أمر غير مشمول بالسرية مادام أنه إجراء له مساس مباشر بحق من الحقوق الأساسية للشخص موضوع البحث في وقت ما زال فيه متمتعاً بقريّة البراءة"<sup>2</sup>. كما اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط في نازلة أخرى بتاريخ 30 شتنبر 2013: "أن رفض الجماعة الترايية الترخيص للطاعن بإحداث مشروع اقتصادي بدون سبب مشروع يُشكل إخلالاً منها بحرية المبادرة والمقاولة والتنافس الحر المكرسة دستورياً في الفصل 35 من الدستور وبمسؤوليتها في تسيير كل الوسائل المتاحة لتشجيع الاستثمار وخلق المقاولة"<sup>3</sup>.

كما كَيّفت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها المؤرخ في 27 شتنبر 2013، وبشكل مُعاكس، قرار اقتطاع الإدارة من أجر الموظفين العامين المضربين عن العمل خلال الفترة المحددة لممارسته،

1 قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقاً عدد 64/398 المؤرخ في 22 يونيو 1964، قضية السيد واكرم ضد عامل طنجة، قرارات المجلس الأعلى 1958/1997، سنة 1997، ص. 81.

2 الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 2446 المؤرخ في 28 أكتوبر 2015، ملف عدد 2561/7101/2015، قضية السيد المعطي بوعبيد ضد السيد الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف بالرباط ووزارة العدل والحريات في شخص وزير العدل والحريات، أمر غير منشور، سبق الإحالة إليه.

3 حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 30 المؤرخ في 30 شتنبر 2013، ملف عدد 2012/5/147، قضية السيد بلغوات ومن معه ضد السيد المجلس البلدي لهريرة، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 128، ماي-يونيو، 2016، ص. 454.



بكونه إجراء أو تدبير لا يُمس من جوهر حق الإضراب ولا ينال منه، مؤكدة بشكل ضمني أن إجراء الاقتطاع من أجر الموظف المضرب لا يُشكل حداً ولا قيداً على هذا الحق الدستوري، ولو في غياب القانون التنظيمي المنظم له، حيث ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط مبررة موقفها بالقول: "إن الإضراب باعتباره انقطاعاً عن العمل يُعد تغيباً لا يندرج ضمن حالات التغيب المرخص به قانوناً بصرف النظر عن مشروعيتها، دون أن يُشكل ذلك الإجراء عقوبة إدارية أو مصادرة لحق الإضراب المضمون دستورياً، ما دام أنه لا يمنع حق الموظف وحريته في ممارسة الإضراب؛ غير أن تصرف الإدارة وتفعيلها لقرار الاقتطاع من الأجر، يظل خاضعاً لرقابة الشرعية من طرف قاضي الإلغاء"<sup>1</sup>. وعليه، تكون المحكمة الإدارية بالرباط بموقفها هذا قد كرست موقفاً راسخاً في الذهن القضائي الإداري المغربي المعاصر، فهي من جهة أولى، قد جعلت من إجراء الاقتطاع من الأجر إجراء لا يفضي إلى حرمان الموظف العام من حقه الدستوري القاضي بأحقية في ممارسة حق الإضراب<sup>2</sup> كشكل من أشكال النضال العمالي للضغط على الإدارة للاستجابة لمطالب الموظفين العاملين لديها. أما من جهة ثانية، فقد أقرنت المحكمة الإدارية تصرف الإدارة بتفعيلها لإجراء الاقتطاع من الأجر بضرورة إخضاعه لرقابة الشرعية، كلما تبين لكل ذي صفة ومصلحة أن الإجراء المتخذ قد شابه وجهه من أوجه عدم الشرعية الخارجية أو الداخلية.

وهذا يكون القاضي الإداري المغربي، من خلال الأحكام والقرارات القضائية السالفة الذكر، قد أعطى أكثر من دلالة لشرط عدم المساس أو النيل من جوهر الحق، ذلك أن معانيه من داخل العمل القضائي الإداري المغربي آخذة في التوسع، بحيث يمكن كشفها انطلاقاً من مفاهيم وعبارات مختلفة ومتعددة للتعبير على أن الإجراء المتخذ من لدن الإدارة قد نالت أو مست من جوهر الحق، وهو ما قد يساعد القاضي الإداري، عن وعي أو بدون وعي، في الكشف عن مختلف الصور والأشكال التي يمكن أن يتخذها هذا الشرط. والجدير بالتأكيد أن القاضي الإداري المغربي لا يعتمد أسلوباً واحداً لإعمال رقابته على شرط عدم المساس أو النيل من جوهر الحق، فبقدر ما يمكنه أن يتأكد من مدى النيل منه والمساس به وفق كل حالة على حدة وحسب كل

1 حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 3772 27 شتنبر 2013، ملف عدد 262/5/2013، حكم غير منشور.

2 حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 29 من دستور 2011 على أنه: "حق الإضراب مضمون. ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفية ممارسته".

إجراء أو تدبير مُقيد لحق أو حرية معينة، فهو يتبع خطوات عملية مهمة ابتداء من الوصف الواقعي للإجراء الذي ينال من الحق<sup>1</sup> وانتهاءً بالتكييف القانوني له<sup>2</sup>.

الواقع أن تدخل السلطة الإدارية لوضع قيد على الحقوق والحريات المضمونة دستورياً ليس تدخلاً مطلقاً، فهو مرتبط إلى جانب عدم المساس بجوهر الحق بشرط الضرورة الخارجية الذي يقعه تقديره طبقاً للوضع الاجتماعي والسياسي لكل دولة<sup>3</sup>، والذي يقتضي من الإدارة عند تدخلها بمناصفة تقييدها أو الحد من حرية معينة، الأخذ بعين الاعتبار طبيعة مقتضيات دولة الحق والقانون، فتقدير الضرورة الخارجية وفق هذا التصور لم يعد مفهوماً مطلقاً بقدر ما أصبح مقيداً بالهدف من تدخل الإدارة الذي يُفترض فيه، ليس فقط، أن يكون معقولاً ومناسباً؛ بل أن يكون ضرورياً في مجتمع ديمقراطي ومتناسباً في سياق مجتمع قائم على مفاهيم ومبادئ عامة وموجهة: كمفهوم الديمقراطية ومبدأ سيادة القانون وفكرة التعددية السياسية وفكرة حقوق الإنسان. كما يجب أن تشكل هذه القيود استجابات مناسبة لضرورة اجتماعية ملحة تتصل بالأسس المسموح بها في المادة 21 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لا سيما في فقرتها الأخيرة التي حددت قائمة شاملة تتألف من الأسباب الآتية: صيانة الأمن القومي، أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو حماية الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرّياتهم<sup>4</sup>.

1 وهي المرحلة المهمة والأساسية في معرفة مآل باقي المراحل باعتبارها مرحلة تقوم على أساس وصف القاضي الإداري للتدبير والإجراء المتخذ من لدن الإدارة وصفاً واقعياً؛ بل والغاية من اتخاذه وفق ما يطرح عليه من مشكلات قانونية، وذلك إما انطلاقاً من عريضة الدعوى أو طلبات المدعي أو من خلال قرار المطعون فيه.

2 وهي المرحلة الثانية والتي يعمل القاضي الإداري المغربي من خلالها على التكييف القانوني للإجراء المقيد لحرية أو حق معين، بحيث ينتقل من خلالها القاضي إلى الكشف عن مدى انتهاك الإجراء المتخذ من لدن الإدارة لممارسة حق معين، وتقدير مدى مسه أو نيله من جوهر الحق. ففي مجال الحرية الصناعية والتجارية على سبيل المثال فقد ذهبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقاً إلى اعتبار أن منع بيع اللحوم بالأماكن غير الحضرية يعتبر إجراء ماساً بحرية التجارة وانتهاكاً لمصلحة كانت قائمة من قبل، وبالتالي فهو قيد على ممارسة حرية الصناعة والتجارة، مؤكدة بشكل ضمني أن قرار المنع المتخذ من لدن السلطة الإدارية قد أفرغ الحق المعني من محتواه ومسعاه، وبالتالي النتيجة يكون قد نال من جوهره. انظر: عبد الله الإدريسي، القرارات الإدارية بين رقابة الشرعية والملاءمة في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال-الرباط، السنة الجامعية 1982-1983، ص. 108.

3 يقصد بالضرورة الخارجية تلك الضرورة التي تفترض أن الوصول للأهداف الدستورية أو موجبات الحدود في وضعية ما يستدعي بالضرورة وباللزام الحد من حرية أو حق معين.

4 انظر تقرير اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 37 (2020) بشأن الحق في التجمع السلمي المادة 2، ص. 6.

وقد تعرض القاضي الإداري المغربي بمناسبة بثه في العديد من القضايا المعروضة عليه لهذا شرط -الضرورة- موجباً أن يكون الهدف من كل تقييد لممارسة الحقوق والحريات لصيقاً بمفهوم "المصلحة العامة" أو "المنفعة العامة" في مجال المرافق العمومية وبفكرة "النظام العام" في مجال الشرطة الإدارية، مقرأً أن تدخل الإدارة لا يكون مشروعاً إلا بوجود أسباب جدية تبرره ولها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات والحقوق، بحيث لا تملك الإدارة تقييد أو الحد من الحرية إلا بقدر ضروري للحفاظ على المصلحة العامة أو ابتغاء منفعة عامة معينة. ويعتمد، في الواقع، القاضي الإداري في رقابته على شرط توفر عنصر الضرورة في الإجراء الإداري قد تثبتت الإدارة حسن تقديرها لأهمية وخطورة الوقائع التي بررت اتخاذها، وأن القرار الصادر من قبلها كان وحده الكفيل بمواجهة الخطر الذي يهدد النظام العام، وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية بالرباط من خلال حكمها المؤرخ بتاريخ 22 مارس 2001 مبيّنةً أن: "مؤاخذة الطاعن من أجل جُنحة خيانة الأمانة تثبت في حقه بناء على مجرد شهادة شاهدين تابعين للطرف المشتكي الذي تربطه معاهدة بالطاعن وعداوة مستحكمة لا تعتبر في حد ذاتها سبباً كافياً لاعتباره شخصاً مهدداً للنظام العام بالمغرب، وهو ما يجعل قرار رفض تجديد رخصة الإقامة مشوباً بخطأين في التقدير"<sup>1</sup>. وبمفهوم المخالفة فقد انتهت نفس المحكمة في حكمها المؤرخ 15 ماي 2018.

إلى اعتبار: "أن ارتداء الملابس النسائية وتقليد المغنيات والراقصات مع ما ينطوي على ذلك من تشبه بهن من وضع الشعر ومساحيق التجميل يعتبر تصرفاً يندرج ضمن التصرفات اللاأخلاقية والمخالفة للنظام العام بمفهومه الواسع... الشيء الذي يكون معه القرار المتخذ بطرد المستأنف من المغرب استناداً إلى العلل المذكورة مشروعاً ومطابقاً للقانون"<sup>2</sup>.

ويستند القاضي الإداري، للتثبت من توفر شرط الضرورة، على مجموعة من القرائن والدلائل والمؤشرات الواقعية والقانونية المترابطة والمتواترة زمنياً للتحقق من عدم انحراف الإدارة وتأييدها عن الهدف المقيد لحق أو حرية معينة، مراقباً مدى انحرافها بسلطانها أو التدابير المتخذة من لديها، وذلك بسلوكها إجراء غير ذلك الإجراء المحدد لها قانوناً، وهو ما يعني تجاوزها لمبدأ

1 حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 242 المؤرخ في 22 مارس 2001 ملف عدد 03/06، حكم غير منشور. انظر كذلك: قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 735 المؤرخ في 16 يوليوز 1998، ملف الإداري عدد 10211، قضية السيد أبراهام السرفاتي ضد وزير داخلية ومن معه، قرار منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 25، 1998، ص. 125.

2 الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة بمراكش عدد 37 المؤرخ في 15 ماي 2008 ملف عدد 2008/1/120. انظر كذلك: الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 694، ملف عدد 535/1/2010، قضية السيد مارك طوماس مستيرسوم وزوجته ضد السيد المدير العام للأمن الوطني، أمر غير منشور.

الشرعية. وفي هذا السياق فقد قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 18 غشت 2010 بواسطة الأمر الصادر عن رئيسها أن: "الطعن في قرار رفض تجديد بطاقة التسجيل بعدما ثبت لها بأن الطاعن مقيم بالمغرب بصورة شرعية منذ 2005 ويقوم باستغلال محل تجاري كائن بمدينة الجديدة، مما يكون معه متوفراً على وسائل العيش المطلوبة، وأنه ليس ضمن وثائق الملف ما يمكن أن يُستشف منه أن وجوده بالتراب المغربي فيه تهديد للنظام العام، وأن ذلك يجعله مُحققاً في المطالبة بتجديد سند إقامته وأن رفض إدارة الدفاع الوطني لطلبه مخالف للقانون"<sup>1</sup>.

غير أن كل هذه الموجبات تبدو من وجهة نظر القاضي الإداري المغربي غير كافية لتبرير المساس بالحقوق والحريات المضمونة، ليضيف شرطاً ذاتياً آخر يتحقق بناء على تقنية التناسب بين موجبات الحق والإجراء المتخذ.

### ثالثاً: تقنية التناسب

لئن كان الدستور المغربي، شأنه شأن الدستور الفرنسي، قد أهمل الإشارة لهذا المبدأ على الرغم من التأسيس له في جملة من الأحكام الواردة في صلب الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان<sup>2</sup>، فالأكيد أن القاضي الإداري المغربي وعلى غرار القاضي الإداري الفرنسي قد جعل من هذا المبدأ حداً لعلو الإدارة عند تدخلها، ذلك بأن يكون مشروعاً ومناسباً وضرورياً؛ بل معقولاً ومستهدفاً غاية عامة، مصوراً بذلك محتوى هذا الهدف بالمقولة الشهيرة: "لا يُطلق النار على العصافير باستعمال المدافع". ويقصد بمبدأ التناسب: "النظر في مدى عقلانية وصواب العلاقة بين الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة مع الأهداف المتوخاة دون إغفال البحث عن التوازن بين

1 أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء ومؤرخ في 08 ماي 2010. أوردته: حميد ولد لبلاد، القضاء المستعجل الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، جامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية 2013/2014، ص. 437.

2 وهذا على خلاف الدستور التونسي الذي أشار إليه بصريح العبارة بمقتضى الفصل 49 منه الذي نص على أنه: "يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها". انظر: قرار رئيس مجلس الوطني التأسيسي المؤرخ في 30 ربيع الأول 1430 الموافق لـ 31 جانفي 2014 يتعلق بالإذن بنشر دستور الجمهورية التونسية (الرائد الرسمي عدد 454 بتاريخ 04 فيفري 2014، ص. 316).

الوسيلة والهدف"<sup>1</sup>. كما يُعبر الفقيه G.Braibant عن مبدأ التناسب بكونه: "شروط وجوب علاقة وكفاية بين الوسائل والأدوات التي تستخدمها الإدارة والهدف الذي تسعى إلى بلوغه"<sup>2</sup>.

ولما كان مبدأ التناسب بمثابة قياس للمكانة التي تحظى بها الحقوق والحريات داخل كل دولة، فهو بذلك تقنية أو آلية يعتمد عليها القضاء الإداري المغربي، شأنه شأن باقي الأجهزة القضائية الأخرى لضمان حماية أرفع لهذه الحقوق والحريات من تعسف السلطة التنفيذية تماشياً مع الدور البيداغوجي والتوجيهي لمختلف الأعمال التي تقوم بها الإدارة. وهو ما يعكس، في نظرنا، الاهتمام المتزايد به في مختلف الأنظمة القانونية والقضائية سواء من حيث تكريسه في مختلف النصوص القانونية أو من حيث تطويره فقهاً وقضاً. وإذا كانت الدساتير المغربية في مجملها لم تتضمن تنصيهاً على هذا المبدأ، فيما يتعلق بالضوابط الواردة على ممارسة الحقوق والحريات، فإن القاضي الإداري المغربي قد جعل من هذا المبدأ نبراساً للسلطة التنفيذية كلما لجأت إلى تقييد أو الحد من حق أو حرية معينة. بحيث يأخذ على عاتقه بداية قياس الإجراء أو التدبير المتخذ من قبل الإدارة الملائم للهدف الذي ترمي إلى تحقيقه دون الخروج عن الأهداف المحددة سلفاً وبموجب القانون، وبمعنى أدق التحقق من أن الإجراء مُبرر بشكل ملموس وظاهر، وأن الهدف من اتخاذه إنما لتحقيق منفعة عامة أو صوناً للنظام العام بكل جوانبه المادية أو المعنوية. ومن التطبيقات القضائية المهمة في هذا المجال ما استقرت عليه المحاكم الإدارية ببلادنا وهي تُسلط رقابتها على ملاءمة قرارات الشرطة الإدارية لحرية التجارة، حيث قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقاً بتاريخ 17 أكتوبر 1985 أنه: "لا يجوز منع بيع كتاب منشور أو ممارسة حق الرقابة عليه، إلا إذا كان يُخل بالنظام العام أو بالأخلاق الحميدة، فإذا كان كتاب الإنجيل يُدرس بكليات الآداب والشريعة، فإن استناد عامل الإقليم على هذا المبرر بإغلاق مكتبة تعرض هذه الكتب للبيع يكون قد ارتكب شططاً في استعمال السلطة"<sup>3</sup>. كما اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط في منطوق حكمها الصادر بتاريخ 21 يونيو 2012، على أن حظر استهلاك مادة الشيعة يُعد مساً وتهديداً حقيقياً

1. 4 G. Xynopoulos, Proportionnalité, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique., PUF, 2003., p 1251.

2. G. Braibant, Le principe de proportionnalité, in Le Juge et le droit public, Mélanges offerts à M. WALINE, LGDJ., 1974., T. 2., p 298.

Voir aussi: D-U. Galetta, Le principe de proportionnalité, in J-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), Traité de droit administratif européen., Bruylant, 2ème édition., 2014., p 504.

3 قرار الغرفة الإدارية عدد: 178، المؤرخ في 17 أكتوبر 1985، ك. م ضد عامل إقليم فاس، قرار منشور بالمجلة المغربية للقانون، العدد 1، سنة 1986، ص. 42.

للصحة والسكينة العامة اعتباراً للضرر الذي يُمكن أن يلحق مستهلكها والأغيار، على السواء، نتيجة دخانها المتناثر في الهواء أو ما قد يواكب استهلاكها من ضوضاء، مما يُبرر مقدار التدابير والإجراءات التي اتخذتها الإدارة لمحاربتها والحد من تفشيها<sup>1</sup>.

ولئن كانت مرحلة قياس الملاءمة من قبل القاضي الإداري مرحلة مهمة من مراحل التحقق من شرط التناسب، فالأكيد أن قياس الضرورة الداخلية تُعد، بدورها، مرحلة لا تقل أهمية عن المرحلة السابقة كشرط من شروط تحقق مبدأ التناسب، مادام بواسطتها يستطيع القاضي الإداري تقدير أن القيد المتخذ إن كان ضرورياً لتحقيق الهدف أم كان بوسع الإدارة اتخاذ إجراء آخر لتحقيق الهدف المراد تحقيقه، وبالنتيجة حلول القاضي محل الإدارة على الأقل نظرياً. ولعل من بين أهم الأحكام المُبينة لهذا الدور بشكل واضح وظاهر ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 03 فبراير 2003 لما قضت أن: "المخالفات المرتكبة في مجال التعمير والبناء، لا يعني حتماً أن تتخذ في شأنها قرارات الهدم كلما تبين للإدارة مخالفتها للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل في هذا المجال، مادام يمكن للمخالف تداركها بوسيلة أخرى غير وسيلة الهدم، لتنتهي المحكمة إلى اعتبار: "أن المخالفة المرتكبة يُفترض فيها أن تكون على درجة من الخطورة تنم عن سوء نية صاحب البناء، ومما لا يمكن تداركه بالهدم. أما إذا كانت المخالفة المذكورة من البساطة بشكل لا يؤثر على مستقبل التخطيط العمراني أو على مستوى الجمالي للمنطقة، فإن القرارات التي تتخذ لمواجهتها يجب أن تكون على درجة من التناسب مع بساطة المخالفة، وأن تأخذ بعين الاعتبار الأضرار المترتبة عن تنفيذ الغاية التي تسعى إلى تحقيقها، فالجماعات المحلية بما تملكه من وسائل الضبط الإداري في مجال التعمير من واجها السهر على مراقبة عملية البناء في جميع أطوارها حتى يمكنها اتخاذ الإجراءات المناسبة لردع التجاوزات المرتكبة ضد قوانين التعمير"<sup>2</sup>.

## الفقرة الثانية: تأويل الشرعية عبر تقنيات الاستدلال بالوقائع

1 حكم المحكمة الإدارية بالرباط، ملف عدد 2012/5/325، بتاريخ 20 مارس 2013. أورده: رشيد السبيطي، رقابة القضاء الإداري على شرعية قرارات الشرطة الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 126، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، السنة 2019، ص. 162.

2 حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 334 بتاريخ 03 أبريل 2003، ملف رقم 00/424 غ، أورده: عبد الحكيم رزوق، منازعات رجال السلطة أمام القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، سلسلة الشؤون القانونية والمنازعات، عدد 8، الدار البيضاء، ص. 48.

لا شك أن المجهود التقني أو الفني للقاضي الإداري المغربي في حله النزاع المعروض عليه لا يقف في حدود أعماله لمجموعة من المهارات أو الأساليب التقنية، فهو بالإضافة إلى ما سبق يزيد على ذلك أعمال تقنيات أخرى معروفة ومُتعددة داخل العمل القضائي بصفة عامة، بحيث يمكن تعدادها على سبيل المثال، وبناءً على استعمالاتها من لدن القاضي الإداري، وبشكل اعتباطي، وحسب الضرورة، بالاجوء إما، لآلية القرائن "Les présomptions" (أولاً)، أو بتطبيقه أحياناً لفكرة المعايير أو المقاييس "Les standards" (ثانياً)، أو بالاستعانة في نوازل مختلفة بصفة ضمنية أو مباشرة بتقنية الخيال "La fiction" (ثالثاً)، ولا ريب أن القائمة تبقى مفتوحة لأعمال القاضي الإداري لتقنيات أخرى يمكن الكشف عنها في دراسات أخرى مستقبلية.

### أولاً: تقنية القرينة *Présomption*

تُعتبر، فكرة القرائن القضائية أساساً لعمل القاضي الإداري المغربي في حفظه للحقوق والحريات؛ باعتبارها أداة ذات صبغة تقنية أو فنية، تقوم على أساس وجود وقائع مادية ثابتة الوجود، تسمح بافتراض أو اعتقاد أو احتمال وجود بعض الوقائع غير الثابتة، دون الكشف بصورة أكيدة ويقينية، في بعض الأحوال، عن خطأ الإدارة المزعوم حدوثه من جانبها. لتعد بذلك تقنية القرائن القضائية إحدى الوسائل التي باستعمالها يتحول الشك إلى حقيقة والت تردد إلى يقين<sup>1</sup>، فهي لا تطبق إلا في حالة الشك توصلاً إلى القول القاطع حول وجود أو عدم وجود الواقعة المجهولة خاصة عند افتقار المدعي الدليل القاطع<sup>2</sup>. ويعرفها الأستاذ "Debbasch"، بكونها: "أحد الوسائل الفنية القانونية للوصول إلى الحقيقة، حيث تساعد القاضي الإداري على فحص المنازعة للتوصل إلى الحل المناسب لها". كما حاول الأستاذ "Gény" وضع تعريف أكثر دقة لها معتبراً أنها: "عملية استنباط عقلي يفترض على أساسها القاضي وجود واقعيتين متلازمتين في وجودهما -غالبا-، ويُستدل من ثبوت إحدهما، ثبوت الواقعة الأخرى"<sup>3</sup>.

وبالتالي فالقرينة القضائية هي عملية استنباط عقلي لأمر مجهول من أمر معلوم<sup>4</sup>، أو استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت بناء على الغالب من الأحوال<sup>5</sup>. مما يفيد أن القرائن القضائية

1. F. Llorens— Fraysse, la présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, LGDJ, Paris, 1985, p.237.

2. F. Geny, op cit., p.239.

3 محمد محمد فرحات، القرينة كوسيلة للإثبات، الفقه الإسلامي، بحث نوقش بمؤتمر الغردقة (1984/4/9) جامعة عين شمس، ص. 86.

4 أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الطباعة الراقية، الطبعة السابقة، ص. 908.

5 سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية، الجزء الثاني، المطبعة العصرية بالفجالة، بدون سنة، ص. 42.

تعتبر من أدلة الإثبات غير المباشرة، حيث إنها لا تؤدي مباشرة إلى إثبات الواقعة محل النزاع؛ وإنما يتحقق ذلك عن طريق واقعة أخرى يكون من شأن ثبوتها أن يجعل الواقعة الأصلية أو نقيضها أمراً محتملاً بحكم اللزوم العقلي. واستنباط القرينة يكون عادة من عمل القاضي حيث يقوم بالاستدلال على وجود أو عدم وجود الواقعة المجهولة من خلال الواقعة الثابتة في النزاع المعروض عليه<sup>1</sup>.

ويرتكز العمل بتقنية القرائن القضائية في عمل القاضي الإداري المغربي، بناءً على ترك النظر له، وفق تقديره الخاص في استخلاص الدلائل واستنباطها من واقعة معلومة في النزاع، ليستدل بها على الأمر المجهول إثباته. ومن هذا المنطلق تعتبر القرائن القضائية تقنية من تقنيات الإثبات، بحيث يترتب على أعمالها من لدن القاضي نقل عبء الإثبات على عاتق الإدارة التي يُفترض في نشاطها مخالفة القانون<sup>2</sup>. ومن قبيل القرائن القضائية التي استقر عليها العمل القضائي الإداري المغربي في مجال حفظ الحقوق والحريات قرينة الانحراف في استعمال السلطة، وقرينة الخطأ المرفقي.

فإذا كان، في الواقع، لا يُمكن لعيب الانحراف في استعمال السلطة، على سبيل المثال، أن يُفترض، استناداً لقاعدة أن: "إلقاء عبء الإثبات يقع على من يدعيه" وأن القرار المطعون فيه بعيب الانحراف يظل سليماً في الظاهر إلى أن يثبت العكس، إلا أنه وفي سبيل التحقق من هذا الانحراف فالغالب ما يلجأ القاضي الإداري المغربي إلى استخلاص العديد من القرائن التي تؤدي إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق المدعي إلى عاتق الإدارة، وبالنسبة إعفاء الفرد الضعيف من هذا العبء الصعب، على الأقل بصفة مؤقتة. ولعل من بين القرائن القضائية التي كان الفضل للقاضي الإداري في استخلاصها نذكر على سبيل المثال، قرينة عدم وجود الدافع أو السبب المعقول<sup>3</sup>، وقرينة الغلو في التقدير<sup>4</sup>، وقرينة الموقف السلبي للإدارة بعدم الرد على طلبات المدعي،

op cit, p239. 1. F. Gény,

2 انظر بصفة خاصة تعليق الفقيه Braibant في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ocelle الصادر بتاريخ 13 دجنبر 1963، والمنشور في مجموعة ليبون ص. 629. وكذلك تعليق الفقيه Meric في قرار المجلس في قضية Hébut الصادر في 14 يونيو 1963 والمنشور في المجموعة ليبون، ص. 364.

3 حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم: 4726 الصادر بتاريخ 2012/12/19. في الملف رقم 2011/5/529، الحسين زروال ضد المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر، غير منشور. كذلك الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 2917 المؤرخ في 05 غشت 2016 في الملف عدد 3026/7101/2019. أمر غير منشور.

4. قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 552 المؤرخ في 23 ماي 2007 ملف عدد 5/07/14. قرار غير منشور.



وقرينة عدم المعاملة بالمثل، وأخيرا قرينة استخلاص انحراف الإدارة من ظروف وملابسات إصدار القرار وتنفيذه<sup>1</sup>.

### ثانيا: تقنية المقاييس Les standards

يؤكد الأستاذ Stéphane RIALS "في أطروحته: "القاضي الإداري الفرنسي وتقنية المقياس" أنه في الغالب من الأحوال ما يُقترن أعمال القاضي الإداري لتقنية القرينة تطبيقه لتقنية أخرى يصطلح عليها باسم المقياس "Standard"، والتي تظهر أهميتها العملية بالنظر للفائدة الكبيرة التي تمنحها للقاضي الإداري، بتعزيزها لحيثية وسلطته التقديرية الواسعة في تحديد وقياس سلوك أو تصرف معين بمناسبة بته في النزاع المعروض عليه، وذلك كلما شاب النص القانوني الواجب التطبيق غموض على مستوى تطبيقه، فهي بالنتيجة تمكنه بالفصل في النزاع وفق مفاهيم عامة موجبة أو مفاهيم مؤطرة "Notion-cadre"<sup>2</sup> لا يمكن تحديدها بأساليب دقيقة ومحددة حسب المنطق القانوني إلا بتدخل القاضي وبحسب تقديره الخاص لها<sup>3</sup>.

وقد تعددت محاولات الفقه في تعريف تقنية المقاييس رغبة منه في تصنيفها وتأهيلها على المستوى القانوني والقضائي، أي تحديد ما هو مقياس قانوني وما هو قضائي وما هو خلاف ذلك. فعلى الرغم من عدم قدرة العديد من الفقه على تقديم تعريف واضح ودقيق لهذه التقنية، فإنهم يكادون يتفقون على تصنيفها كقئة معينة من التعابير والجمل الثابتة أو المقياسية المتسمة بغياب أي تحديد مسبق لها، والتميزية باستحالة تطبيقها دون إخضاعها لتقدير أو تقييم من لدن القاضي الإداري، أي بوضع الحقيقة التي تتعلق بها كمعيار محدد. وإذا كانت تقنية المقياس لم يتم تحديدها بالشكل الدقيق والواضح، فإن ذلك جاء نتيجة، من وجهة نظرهم، لصعوبة تحديدها والرغبة في عدم تقييد نطاقها، وإن كانت جُل المحاولات الفقهية في وضع تعريف لها تتفق نسبياً على ضرورة الاعتراف لها بالغموض ووصفها بالفكرة القانونية أو القضائية المهمة، معتبرين أن

1 قرار الغرفة الإدارية لمحكمة النقض عدد 94، المؤرخ في 2007/1/24. في الملف الإداري عدد 2004/2877. نشره الحسين هوداية، وسائل الإثبات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى- الجزء الأول القرائن القانونية والقضائية في المادتين الجنائية والمدنية، الطبعة الأولى 2011، دار القلم- الرباط، ص 174 وما بعدها. حيث عمد القاضي الإداري في هذا القرار إلى الأخذ بالقرائن، مفيداً بأن تعذر مراقبة عيب الانحراف بالسلطة من ذات القرار، لا يغفل يد المحكمة عن التحقيق، عند قيام قرائن قوية على جدية الادعاء، ومن ذلك تلمس الظروف المحيطة بالقرار المطعون فيه كظرف النشاط النقابي للطاعن وتوقيته.

2. V. « Standards » in C. Gérard., Vocabulaire juridique., Association Henri Capitant., 2015.

3. R. Stéphane., Le juge administratif français et la technique du standard., Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité., thèse, droit, université., 1980. p. 125.

مهمتها الوظيفية والجوهرية، بحسب اعتقادهم، تنحصر بالأساس في قياس السلوك الذي سيتم مقارنته بنموذج معياري أو قياسي للوضع الطبيعي، وهو النموذج الذي يأخذ بالاعتبار الجانب الأخلاقي، والعقلاني، وطبيعة المجتمع، مع القدرة على التكيف مع ظروف الزمان والمكان<sup>1</sup>.

يُعرف الفقيه السنهوري تقنية المقياس كونها: "موجهات عامة تُعنى بتوجيه القاضي بإدارة القاعدة القانونية توجيهاً إيجابياً حتى يستطيع تحديد الهدف والغرض منها"<sup>2</sup>. في حين يُعرفها الأستاذ "Stéphane RIALS"، بعد أن أفرد لها، في أطروحته، وصف التعابير الغامضة والمهمة، بأنها: "تقنية لصياغة القواعد ذات تأثير معين، من خلال عدم تحديدها بشكل مسبق، يكون الهدف منها قياس سلوك أو موقف معين في حالته الطبيعية"<sup>3</sup>. كما حاولت الأستاذة "Nathalie Blanc" وضع تعريف لها بناء على تعدادها ومقارنة كل المحاولات الفقهية الجادة التي قامت بوضع توصيف دقيق لها لتخلص على أنها: "جملٌ أو تعابيرٌ مقياسية مرنة تتأسس على قواعد موضوعية سالفاً وغير محددة عمداً"<sup>4</sup>. وعليه، يمكن القول إن تقنية المقياس، وفقاً لهذا التوصيف المنهجي في تحديدها؛ هي تقنية قضائية بامتياز يستعين بها القاضي الإداري المغربي، باعتبارها قواعد مقياسية مرنة، تمنحه القدرة على تقديرها وفق كل حالة على حدة، رغم ما يحيط بها من غموض أو لبس ظاهرياً، وإن كان تعبيرها يبقى هو نفسه.

لقد اعتبر الكثير من الفقه أن مفهوم المقياس يشمل تعابير كثيرة في عمل القضاء بصفة عامة<sup>(5)</sup>؛ بل وتشهد، حسب رأي فقه القانون الإداري<sup>6</sup>، حضوراً مكثفاً في عمل القاضي الإداري على الخصوص؛ بالنظر للفائدة الكبيرة التي تمنحها له من جهة، وللعملية القضائية في رمتها في سبيل تحصيلها للعدالة الإدارية من جهة أخرى. بحيث يمكن الإشارة في هذا الصدد لإحدى أهم التطبيقات القضائية للقاضي الإداري المغربي لفكرة المقاييس انطلاقاً من نظرية الظروف الطارئة التي تعتمد في تطبيقها على عدة معايير أو مقاييس معينة، سواء على مستوى تحديدها أو تحديد ماهيتها أو على مستوى تحديد أساس التعويض بناء عليها، ثم وأخيراً على مستوى تحديد قيمة

1 G. Marine., Les principes directeurs du droit des contrats., thèse., droit., Université Grenoble 9 Alpes., 2016., p. 164.

2 عبد الرزاق السنهوري، ترجمة كمال جاد الله، مرجع سابق، 2020، ص. 150.

3 R. Stéphane., op cit. p. 101.

4 B. Nathalie., Le juge et les standards juridiques, in MEKKI Mustapha (dir.), Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, 2016., p. 394.

5 T. André., Standards juridiques et unification du droit, Revue internationale de droit comparé., Vol. 22 N°2, Avril-juin 1970. pp 247-261.

6 Y. Gaudemet., Les méthodes du juge administratif., LGDJ., 1972., p. 251.

التعويض استناداً على ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب في سبيل رد الالتزام المتعاقد مع الإدارة المتعاقدة إلى حد المعقولة، بعدم إرهابه في تنفيذ العقد لظروف خارجة عن إرادته لا يد له فيها. كما تعتبر فكرة الأجل المعقولة في إصدار الأحكام القضائية تطبيقاً نوعياً، وفي غاية الأهمية لفكرة الخطأ القضائي انطلاقاً من التساؤل: هل صدر الحكم في حدود المعقولة أم تجاوز ذلك حتى يُعد من وجهة نظره خطأ قضائياً يستوجب التعويض؟ لقد عمد القاضي الإداري المغربي وفي نزاعات عديدة إلى وضع مقاييس متعددة لتحديد الخطأ القضائي المتمثل في عدم احترام الأجل المعقول في إصدار الأحكام القضائية، وذلك بالبحث في أسباب التأخير، ومدى جديتها، ومراعاة طبيعة القضية، ودرجة تعقيدها، ودور الأطراف في عرقلة تجهيز الملف قصد البت فيه، وجسامة الضرر الناتج عن هذا التأخير<sup>1</sup>.

كما يمكن الإشارة لمقاييس أخرى من قبيل: مصلحة شخصية ومباشرة<sup>2</sup>، وتعبير مخاطر الجوار غير العادية<sup>3</sup> وتعبير التدابير الاستثنائية اللازمة<sup>4</sup>، وتعبير القوة القاهرة<sup>5</sup>، وتعبير الخطأ الجسيم أو الخطأ الواضح أو البين<sup>6</sup>، وتعبير الشروط الاستثنائية من قواعد القانون الخاص<sup>1</sup>.

1 حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 1650 بتاريخ 2017/05/02 الملف عدد 2017/7112/78. حكم غير منشور. وقد وجاء في حيثيات الحكم: "أن تجاوز الأجل الافتراضي لا يمكن أن يربط المسؤولية المباشرة للقاضي حتى لا يؤدي ذلك إلى إصدار أحكام متسارعة في قضايا لم تستنفذ وقت مناقشتها بالشكل الذي يضمن حقوق الدفاع، وهو ما من شأنه المساس بحقوق وحريات المتقاضين... ويبقى القيد القانوني الوحيد هو ما نص عليه الدستور من عدم تجاوز الأجل المعقول للبت والذي يحيل إلى الخرق السافر لإجراءات التقاضي الذي ينتج عنه تمطيط المسطرة دون أي مبرر موضوعي". كما تبين من الحكم أن "التأخيرات المتتالية التي عرفها ملف القضية كانت بناء على متمس من أطراف الخصومة الجنائية، والاستجابة لها تخضع لتقدير القاضي في إطار مسؤوليته لتوفير ضمانات المحاكمة العادلة وكفالة حقوق الدفاع، دون إمكانية فرض رقابة قضائية موازنة على هذه السلطة التقديرية ما دامت التأخيرات لها ما يبررها، سواء من حيث أسباب التأخير أو درجة تعقيد القضية موضوع التحقيق، كما أنها لم تتجاوز الأجل المعقول للبت الذي ينم عن الخرق السافر لإجراءات التقاضي".

2 قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عد 1/588 المؤرخ في 2018/05/31 ملف إداري عدد 2016/1/4/2942، النقابة الوطنية للأطر المشتركة بالمنندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج ضد السيد رئيس الحكومة، قرار غير منشور. قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 52 11/3 المؤرخ في 2017/03/30 ملف إداري عدد 2014/1/4/877، التعاونية السكنية الرحمة ضد السيد محمد الزويني ومن معه، قرار غير منشور.

3 حكم المحكمة الإدارية الإدارية بمراكش، عدد 13 الصادر بتاريخ فاتح ماي 2009، ملف عدد 440/12/2007 قرار غير منشور.  
4 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 210، المؤرخ في 26 مارس 2020، ملف عدد 2020/7202/422، السيد الوكيل القضائي للمملكة ضد السيد الكاتب محمد الفيتوري حسن، قرار غير منشور.

5 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 5170، المؤرخ في 02 دجنبر 2015، ملف رقم 2014/7206/615، ضم له ملف عدد 2015/7206/338، المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي للغرب ضد السيدة مليكة الخطيب بنت عمر ومن معها، قرار غير منشور.

6 قرار الغرفة الإدارية المجلس الأعلى بتاريخ 22 يونيو 1964، قضية أحمد أوكريم، منشور بمجموعة قرارات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، الجزء III ص. 204.

وتعبير انعدام الصيانة العادية للمنشأة العمومية<sup>2</sup>، وتعبير عدم التناسب بين الخطأ والعقوبة<sup>3</sup>، وتعبير الأملاك غير الخاضعة بطبيعتها للملكية الخاصة، وأخيراً تعبیر وضوح المراكز القانونية والواقعية للأطراف<sup>4</sup>، والقائمة بلا شك تبقى مفتوحة.

وبهذا، يبدو واضحاً أن تقنية المقاييس تقنية قضائية ومنهجاً خاصاً بالقاضي الإداري المغربي لقيامها على حدسه الشخصي بوصف الشيء بما يجب أن يكون عليه، انطلاقاً من قيم قانونية معينة كقواعد الأخلاق، والعدالة، والإنصاف، والمعقولة. فصحيح أن قواعد القانون الإداري هي قواعد قانونية مرنة، غير أنها في الواقع لا ترتبط إلا بحلول موحدة وثابتة انطلاقاً من مقدمات منطقية، وهذا عكس فكرة المقاييس، فعلى الرغم من ثباتها من الجانب اللغوي واستقرار دلالتها الاصطلاحية داخل الحقلين القانوني والقضائي، غير أن حلولها مُتغيرة وغير مُستقرة، بناءً على ما تمنحه للقاضي الإداري من سلطة تقديرية في تقييم الوقائع تقيماً عقلياً وسطياً بارعاً لتُفرز، بمنطق اللزوم، حلولاً مختلفة تتفق مع خصوصية الوقائع المعروضة عليه في كل حالة على حدة ومع ما تفرضه فكرة العدالة الإدارية الناجزة.

### ثالثاً: تقنية الخيال La fiction

لأن كانت تقنية القرائن معروفة ومُعترف بها بصريح النص القانوني ومتداولة بشكل ملفت للنظر في عمل القاضي الإداري المغربي؛ باعتبارها عملية مُغيرة لموضوع الإثبات، بإعفاؤها الحاجة إلى تقديم الأدلة على ما يفترض على وجه التحديد، وبالتالي فهي عملية مرتبطة بالوقائع باحتمال مطابقتها للحقيقة، غير أن تقنية الخيال القضائية هي خلاف ذلك، مادامت تقوم على نفي الحقيقة وبعدم مطابقة الواقع، بل وقائمة بالأساس على استبدالهما، وبالنتيجة فهي تقنية

1 قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 1/59 المؤرخ في 2018/01/25 ملف إداري عدد 2017/1/4/4625، الوكيل القضائي للمملكة ومن معه ضد محمد بودي، قرار غير منشور.

2 قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 27 ق ت الصادر في 2 مارس 2007 ملف إداري عدد 2004/2/4/1679، قضية السيد الوكيل القضائي للمملكة ضد السيد عبد الخالق الشتيوي. لقد اعتبرت الغرفة الإدارية في هذه النازلة أنه "... لكن حيث أنه بالإطلاع على محضر الضابطة المذكور يتبين أن الطريق خاضعة لرقابة وزارة الأشغال العمومية، وأن الحادث كان بسبب الإهمال من طرف هذه الأخيرة المتمثل في عدم قيامها بمعاينة وإصلاح الطريق المذكور ولعدم اتخاذها الإجراءات الضرورية لوضع علامات وإشارات لتنبية مستعملي تلك الطريق لتفادي وقوع الحادث مما تكون معه مسؤولية الدولة قائمة". قرار غير منشور.

3 حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 2000/256، إلهام بوتشيش ضد رئيس المجلس الجماعي لآعزان، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 40، شتنبر-أكتوبر 2001، ص. 182.

4 القرار عدد 1/549 المؤرخ في 2017/04/06 ملف إداري رقم: 2015/1/4/2528 قضية السيدة فريدة بنكيران ضد شركة كازا ترانسبور، قرار غير منشور.

مختلفة عن باقي التقنيات القانونية والقضائية الأخرى القريبة منها، في كونها تنكر الحقيقة وتتمتع بالشرعية<sup>1</sup>. ولئن أمكن تقديم تقنيتي القرينة والمقياس باعتبارهما كمناورات تتأسس على تأويل الحقيقة انطلاقاً من وقائع معروفة وملموسة، إلا أن تقنية الخيال تبعاً لهذا الوصف فهي تنبني بالمحصلة على استبعاد كلي للوقائع.

وبهذا فتقنية الخيال القضائية، بشكل عام، هي: "ما يتظاهر به العقل القضائي أو يصنعه افتراضاً"<sup>2</sup> أو هو: "بناءً منطقي وفني للقاضي لا يتطابق بمعرفة سابقة مع الواقع"<sup>3</sup>. والحقيقة أن تقنية الخيال تُعد من التقنيات الشائعة الاستعمال من لدن القاضي بشكل عام والقاضي الإداري المغربي على الخصوص، بالنظر لأهميتها ودورها في إيجاد حلول عادلة للنزاع المعروض عليه، استناداً على جعل خيال القاضي الإداري، كتصرف ذهني خاص مبني على "كذبة شرعية" و"مناورة لا تُشكل خطأ"، على الأقل نظرياً، مادام يستعملها بوعي وتقنية قضائية بامتياز من لدنه. لذا فقد عرّف بعض الفقه تقنيّة الخيال القضائية على أنها: "عملية تقنية قضائية تتأسس على افتراض حقيقة وهمية بوجود حالة مختلفة عن الواقع بقصد ترتيب آثار قانونية معينة"<sup>4</sup>. كما عرفها البعض الآخر بأنها: "الاستناد على واقعة كاذبة حتى ينطبق حكم القانون على حالة لا ينطبق عليها من قبل"<sup>5</sup>. وعليه فتقنية الخيال هي تقنية قضائية "قائمة على حيلة قضائية" بمنطق التصرف "كما لو"، وذلك بافتراض حقيقة تتعارض مع الواقع، بهدف إحداث آثار قانونية.

ويمكن أن نستدل على تطبيق القاضي الإداري المغربي لتقنية الخيال القضائية بأخذه بفكرة الخطأ المرفقي، على سبيل المثال، التي في جوهرها خطأ غير حقيقي، بقدر ما استخدمها فقط كحيلة قضائية لمسألة الإدارة، مادامت لا تحتفظ إلا بالعنصر الموضوعي للخطأ، وهو مخالفة القاعدة القانونية، دون العنصر الشخصي، أي الإدراك. وبالمحصلة لا يكون هناك خطأ لضرورة توفر الخطأ على عنصرين معاً، مما تكون معه فكرة الخطأ المرفقي عارية تماماً من فكرة الخطأ الحقيقي، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى القول أن: "فكرة الخطأ المرفقي تجد سنداً وتبريراً المنطقي والمقبول، وإن كانت منافية للواقع، في فكرة الجزاء ضماناً لحفظ حقوق

1 D. Costa., Les fictions juridiques en droit administratif, L. G. D. J., 2000., p. 56.

2 Voir J-L. Bergel, Le rôle des fictions dans le système juridique, Revue de droit de McGill, Vol 33., p. 361.

3 C. Perlman., op cit., p. 343.

4 L. L. Fuller, Légal fictions, Stanford, California., Stanford University Press, 1967 (ouvrage publié sous la forme de trois articles à l'illinois Law Review en 1930 et en 1931), spéc., p. 7.

5 G. Cornu., Vocabulaire juridique, 6ème éd., Paris., Quadriga., Presses Universitaires de France., 2004., p. 402

المتضررين من أعمال وتصرفات الإدارة؛ بل وفي قيمتها الرمزية التي لا يُمكن إهمالها، بالنظر للدور المهم والأساسي التي تُقدمها من خلال تبيان حدود ونطاق تصرفات الإدارة التي يجب أن لا تتجاوزها"<sup>1</sup>.

ولعل هذا مثال بسيط لأمثلة متعددة لتطبيقات القاضي الإداري لتقنية الخيال القضائية، والتي تجد، لا شك، تطبيقاً كثيفاً لها في مجال المنازعات الإدارية، من قبيل: مسؤولية الدولة عن الأعمال التشريعية التي يُفترض القاضي الإداري وفي حالات معدودة منها "كما لو" أن المشرع قد أقر للمتضررين الحق في التعويض عن الأضرار ناجمة عن القوانين<sup>2</sup>. وكذلك فكرة الجمع بين الخطأ الشخصي والمرفقي في حالة الخطأ الواحد خارج أوقات العمل، والتي بدورها تجعل القاضي الإداري المغربي يعتقد "كما لو" أن الخطأ هو في الأصل ناجم عن تقصير الإدارة في توجيه ومراقبة الموظف التابع لها رغم صدور الخطأ يقيناً عنه. ليكون بذلك القاضي الإداري المغربي وكنظيره الفرنسي بتطبيقه لتقنية الخيال في مجال المسؤولية الإدارية كحيلة قضائية قد استطاع أن يُحقق تطوراً كبيراً يحمي أكثر فأكثر حقوق المتضررين من خلال توسيع أفق العدالة في تأمين تقاضهم للتعويض المناسب من شخص عام مليء الذمة بدلاً من شخص طبيعي غالباً ما يكون خالي الوفاض مالياً<sup>3</sup>. كما استطاع القاضي الإداري المغربي وبنفس التقنية، وفي فروض عديدة، عزل بعض التصرفات القانونية عن كل ما تتمتع به في نظام قانوني مُتميز بهدف إخضاعها إلى نظام قانوني آخر، وبالتالي استقلاليتها القانونية اتجاه العملية التي تم إصدارها (تصرف قانوني) أو ارتكابها بمناسبتها (تصرف مادي)<sup>4</sup>. ليكون بذلك القاضي الإداري قد تمكن عن طريق تقنية

1 D. Lochak., Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de jurisprudence et de législation., May 1993., Amiens., France., p. 293.

2 انظر قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2396 المؤرخ في 29 أبريل 2019 ملف رقم 7210/2019. حيث أقرت هيئة الحكم من خلال قرارها هذا الجريء بأن: "إقرار مسؤولية الدولة عن القوانين تتوقف على عدم وجود النص القانوني الذي يمنع التعويض عن التشريع من أساسه، وأن تكون المصالح التي لحقها الضرر مشروعة وجديرة بحماية القانون، وكان تضررها نتيجة مباشرة لتطبيق القانون، ثم أن يكون الضرر خاصاً، بحيث يمتد أثره إلى فرد واحد أو عدد محدود من الأفراد، مما يعد خروجاً عن الأصل في عمومية القانون وانعكاساته الإيجابية السلبية على الكافة، وأن يكون في نفس الوقت ضرراً جسيماً معتاداً أو مألوفاً فيما يترتب عن القوانين من أضرار مخاطر في العادة يكون على أفراد المجتمع تحملها سواء جميعاً، أو من خلال فئات عريضة وغير محدودة من المتضررين".

3 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 1174 المؤرخ في 21 شتنبر 2013 ملف رقم 1904/909/2013 ضم له الملف رقم 2013/1914/1023. قرار غير منشور.

4 لتوسع أكثر انظر: ميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة دراسة مقارنة في القانون الإداري المغربي والفرنسي والمصري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، بوجدة، ص 6.

الخيال "كما لو" أن بعض القرارات الإدارية تكون قابلة للمعالجة بصفة معزولة ومنفصلة عن العملية التي أصدرت من خلالها بهدف إخضاعها لنظام قانوني مُتميز غير النظام القانوني المطبق على العناصر الأخرى من العملية نفسها. وبالنتيجة ضمان عدم إفلات بعض القرارات الإدارية من دعوى الإلغاء التي هي أساس وجوهر دولة الحق والقانون.

## لائحة المراجع

### المراجعة باللغة العربية

- أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الطباعة الراقية، بدون سنة.
- جلال محمد إبراهيم ومحمد عبد العزيز المرسي حمود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى 2009.
- حميد ولد لبلاد، القضاء المستعجل الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، جامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية 2013/2014، ص. 437.
- خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، السنة 2017.
- رشيد السبيطي، رقابة القضاء الإداري على شرعية قرارات الشرطة الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 126، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، السنة 2019.
- زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، بحث رقم 8، مطبعة دار التأليف، 1980.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية، الجزء الثاني، المطبعة العصرية بالفجالة، بدون سنة.
- عبد الحكيم رزوق، منازعات رجال السلطة أمام القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، سلسلة الشؤون القانونية والمنازعات، عدد 8، الدار البيضاء.
- عبد الرزاق السنهوري، القيود تعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القضاء الانجليزي، ترجمة كمال جاد الله، مركز النهوض للدراسات والنشر، الكويت لبنان، الطبعة الأولى، 2020.



• عبد الله الإدريسي، القرارات الإدارية بين رقابة الشرعية والملاءمة في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال - الرباط، السنة الجامعية 1982-1983.

• محمد أولحيان، المنازعات الإدارية الاستعجالية، ودورها في حماية الحقوق والحريات، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2014/2015.

• محمد محمد فرحات، القرينة كوسيلة للإثبات، الفقه الإسلامي، بحث نوقش بمؤتمر الغردقة (1984/4/9) جامعة عين شمس.

• ميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة دراسة مقارنة في القانون الإداري المغربي والفرنسي والمصري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، بوجدة، السنة الجامعية 2004/2005.

• يونس الشامخي، لا معيارية عمل القاضي الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية، عدد 156، يناير-فبراير 2021.

### Liste Des L'ouvrages

• B. Nathalie., Le juge et les standards juridiques, in MEKKI Mustapha (dir. ), Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats , 2016.

• C. Perlman., Présomptions et fictions en droit essai de synthèse dans Les présomptions et les fictions en droit., supra. , note 2.

• R. Demogue. , Les notions fondamentales du droit privé. , Paris. , Éd. La Mémoire du Droit. , 2001 (1e éd: 1911).

• D. Costa. , Les fictions juridiques en droit administratif. , L. G. D. J. , 2000.

• D. Lochak. , Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de jurisprudence et de législation. , May 1993. , Amiens. , France.

• D-U. Galetta. , Le principe de proportionnalité. , in J-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir). , Traité de droit administratif européen. , Bruylant. , 2ème édition. , 2014.

● F. Llorens— Fraysse., la présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité., LGDJ. Paris. 1985.

● F. Geny., Science et technique en droit privé positif., (Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique), t. I., Introduction. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey. , 1914; t. II. , Élaboration scientifique du droit positif. , (L'irréductible droit naturel), Paris, Sirey. , 1914; t. III. , L'élaboration technique du droit positif., Paris. , Sirey., 1921; t. IV. , Les rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif, Paris. , Sirey., 1924.

● G. Braibant. , Le principe de proportionnalité. , in Le Juge et le droit public. , Mélanges offerts à M. WALINE, LGDJ. , 1974. , T. 2.

● G. Cornu. , Vocabulaire juridique, 6ème éd. , Paris. , Quadrige. , Presses Universitaires de France.2004.

● G. Marine. , Les principes directeurs du droit des contrats. , thèse. , droit. , Université Grenoble 9 Alpes. , 2016.

● G. Xynopoulos. , Proportionnalité. , in D. ALLAND et S. , RIALS (dir). , Dictionnaire de la culture juridique. , PUF. , 2003.

● L. L. Fuller, Légal fictions. , Stanford, California. , Stanford University Press. , 1967 (ouvrage publié sous la forme de trois articles à l'Illinois Law Review en 1930 et en 1931). , spéc.

● R. Stéphane. , Le juge administratif français et la technique du standard. ,Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité. , thèse, droit. , université. , 1980.

● T. André. , Standards juridiques et unification du droit. , Revue internationale de droit comparé. , Vol. 22 N°2, Avril-juin 1970.

● V. « Standards » in C. Gérard. , Vocabulaire juridique. , Association Henri Capitant. , 2015.

● V. Lasserre-Kiesow., La technique législative. , Étude sur les codes civils français et allemand., Paris., L. G. D. J., 2002.

● Voir J-L. Bergel., Le rôle des fictions dans le système juridique. , Revue de droit de McGill. , Vol 33.

● Y. Gaudemet., Les méthodes du juge administratif., LGDJ., 1972.

## الفصل السادس

# دراسة مقارنة من خلال مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية بالمغرب

A comparative study through the areas of intersection of jurisdictions and judicial  
authorities in Morocco

## د. الجيلالي شبيه

أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية  
والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القاضي عياض  
مراكش

## ملخص

في الواقع القضائي الحالي بصفة عامة، والمغرب لا يشكل استثناء، نلاحظ تقاطعا جليا بين الجهات القضائية واختصاصاتها، سواء بين الجهات القضائية الإدارية والدستورية والمالية، أو الجهات القضائية المدنية والتجارية والجنائية، أو بين كل هذه الجهات القضائية، بما فيها الدولية والعسكرية. لكن لماذا؟ فالجواب يأتي من تعريف القضاء نفسه: فالقضاء من حيث المبدأ سلطة فض النزاع وحماية الحقوق والحريات ومنع الضرر. وبالمفهوم البراكمتيكي، فالقضاء مؤسسات وموارد وقواعد اجتماعية ناتجة عن سلطة حاكمية، تهدف إلى تكريس وضع اجتماعي-سياسي معين. والغاية من القضاء، أقول الغاية، لأن الفرق يظل شاسعا بين ما ينبغي أن يكون وما هو كائن بالفعل، هو احترام قواعد العيش الجماعي، والتوازن والاستقرارية في العلاقات الاجتماعية، وهذا بالضبط هو مضمون القضاء الإداري والقضاء الدستوري والقضاء العادي، مدنيا كان أم جنائيا، تجاريا أم اجتماعيا، ونفس الشيء بالنسبة للقضاء الدولي الذي يهتم بملاحقة ومحاكمة الأفراد المتهمين بالجرائم ضد الإنسانية، أو القضاء العسكري الذي يختص بالحكم على الوقائع والأفعال التي يرتكبها الجنود أثناء ممارستهم لمهامهم. ولهذا فيجب أن تراعى في القضاء، دستوريا كان أم إداريا، عاديا أم دوليا، ماليا أم جنائيا، المبادئ الأخلاقية والإنصافية في الحياة الاجتماعية المبنية على احترام حقوق الآخرين، أشخاصا طبيعية أم اعتبارية، وطنية أم دولية، من هذا اللون أو من ذلك.

## Summary

In the current judicial reality in general, and Morocco is not an exception, we note a clear intersection between the judicial authorities and their competencies, whether between the administrative, constitutional and financial judicial authorities, or the civil, commercial and criminal judicial authorities, or between all these judicial authorities, including international and military. But why? The answer comes from the definition of the judiciary itself. In principle, the judiciary has the power to resolve conflict, protect rights and freedoms, and prevent harm. In the pragmatic sense, the judiciary is social institutions, resources, and rules resulting from a ruling authority that aims to establish a specific socio-political situation. The purpose of the judiciary, I say the end, because the difference between what ought to be and what actually is, is respect for the rules of collective living, balance and stability in social relations. And this is exactly the content of the administrative judiciary, the constitutional judiciary, and the ordinary judiciary, whether civil or criminal, commercial or social, and the same for the international judiciary, which is concerned with the prosecution and trial of individuals accused of crimes against humanity, or the military judiciary, which specializes in judging the facts and actions committed by soldiers during the exercise of their duties. Therefore, in the judiciary, whether constitutional or administrative, ordinary or international, financial or criminal, the ethical principles of fairness in social life based on respect for the rights of others, natural or legal persons, national or international, of this color or that, must be taken into account.

### في معنى القضاء

في الواقع القضائي بصفة عامة، وفي الواقع القضائي الحالي بالمغرب على وجه الخصوص، ليس فقط القضاء الإداري والقضاء الدستوري اللذان يلتقيان، وفي العديد من المجالات كذلك، بل كل الجهات القضائية المعنية، وتوجد في نفس الوضعية.

لكن لماذا؟ إن الجواب على هذا السؤال المحدد يأتي من تعريف القضاء نفسه. فهو، مبدأ، سلطة فض النزاعات وحماية الحقوق والحريات ومنع الضرر. فالقضاء هو، من حيث المبدأ، الحق في قول الحق<sup>1</sup>. الإلتزام بالفصل بين الطرفين بالحق. الحق في القول، قضاء، أن هذا الفعل أو هذا الأمر أو هذا الحدث غير عادل، غير منصف. الحق في القول، قضاء، أن هذا الفعل

<sup>1</sup> Le pouvoir judiciaire est garant de l'application de la loi. Mais de quelle loi s'agit-il? Celle qui, en réalité, devait légitimement régir la vie en société. C'est pour cela que le pouvoir judiciaire est le reflet du pouvoir tout court.

أو هذا الأمر مدان، مستنكر، معاب، معاقب عليه. أو العكس أن هذا الفعل أو هذا الأمر أو هذا الحدث ليس مدانا، ليس مستنكرا، غير معاب، ولا يمكن المعاقبة عليه، لأنه لا يستحق عقاباً<sup>1</sup>.

وبالمفهوم العملي، الواقعي، أو البراكمتيكي، فالقضاء مؤسسات وقواعد اجتماعية ناتجة عن سلطة حاکمة، تهدف إلى تكريس وضع اجتماعي-سياسي معين<sup>2</sup>. والقضاء قديم قدم التجمع الإنساني المنظم، وقد ظهر في حضارة ما بين النهرين، أو بلاد الرافدين (العراق حالياً)، منذ أكثر من ستة آلاف سنة<sup>3</sup>. وفي تاريخ الفكر الفلسفي القضائي، يقول الفيلسوف اليوناني هيراكليت (2600 سنة): "لو لم يكن الظلم (أو اللاعدالة) لجعلنا حتى إسم العدالة نفسها"<sup>4</sup>.

والقضاء إجمالاً، ومن خلال القضاء، العدالة، فقد تكون العدالة إصلاحية تأديبية، وقد تكون عقابية، جزية (بدنية أو مالية)، وقد تكون كذلك توزيعية إنصافية، وقد تكون أخيراً تبادلية، أو تعاوضية. والغاية من القضاء، أقول الغاية، لأن الفرق يظل شاسعاً بين ما ينبغي أن يكون وما هو كائن بالفعل، هو احترام قواعد العيش الجماعي، والتوازن والاستقرار في العلاقات الاجتماعية، أي الحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة، ويعاقب على المخالفة، ويحيي الضعيف، والمهضومة حقوقه، أي حماية الحقوق والحريات وتأمين المرافق العمومية.

وهذا بالضبط هو مضمون القضاء الإداري والقضاء الدستوري والقضاء العادي، مدنياً كان أم جنائياً، تجارياً أم اجتماعياً، ونفس الشيء بالنسبة للقضاء الدولي الذي يهتم بملاحقة ومحاكمة الأفراد المتهمين بالجرائم ضد الإنسانية وانتهاكات حقوق الإنسان الطبيعية، كالحق في الحياة، خاصة أساسية لكل كائن حي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Etymologiquement, la justice, justitia en latin, est le sentiment d'équité, la volonté d'attribuer à chacun son droit, «justitia est voluntas jus suum cuique tribuere». Philosophiquement, la justice qui doit être non seulement la finalité des gouvernants mais aussi celle des tribunaux, consiste à établir une égalité réelle, une égalité véritable, qui se situe au-delà de la situation sociale ou de la personnalité des justiciables.

<sup>2</sup> Philosophiquement, la justice peut être, en tant qu'idéal, suivie individuellement par des hommes justes, ou collectivement par des corps sociopolitiques justes. Sinon, seuls les intérêts prédominent.

<sup>3</sup> J. Chabih, Recherches sur les origines de la collectivité, de l'autorité et de la règle de droit, et leur adaptation aux différentes transformations socioéconomiques et politiques dans l'histoire de l'humanité, janvier 2020, accessible sur le Web.

<sup>4</sup> «S'il n'y avait pas d'injustice, disait Héraclite, on ignorerait jusqu'au nom de la justice», Héraclite d'Ephèse, Fragments ? (Fragment n° 45), J.-F. Pradeau Editeur scientifique, 2002, 374 p.

<sup>5</sup> La justice internationale a pour objet la poursuite des individus pour avoir commis des crimes contre l'humanité et des violations des droits humains des plus naturels, propriété essentielle de tout être vivant, comme le droit à la vie.

إذن فالقضاء، ومن خلال القضاء، العدالة، يجب أن يكون هذا القضاء، وأن تكون هذه العدالة، أخلاقية ولصالح المساواة، لصالح الإنصاف والحرية، وليس لفائدة نظام إيديولوجي مصلي، لفائدة نظام قمعي مهيمن. وعدالة القضاء الوضعي، إدارية كانت أم دستورية، عادية أم دولية، تقاس بحسب طبيعة سيرها وجريائها ونتائجها، أي بحسب نسبة أو درجة إنصافها وحرصاتها، حكمتها وتجردها، كفاءتها وعدم انحيازها لطرف معين خلال البت في القضايا والنوازل المعروضة عليها<sup>1</sup>.

ولهذا فيجب أن تراعى في القضاء، دستوريا كان أم إداريا، عاديا أم دوليا، ماليا أم جنائيا، المبادئ الأخلاقية الإنصافية في الحياة الاجتماعية المبنية على احترام حقوق الآخرين، أشخاصا طبيعيا أم اعتبارية، وطنية أم دولية، من هذا العرق أو ذاك، من هذا اللون أو ذاك، من هذا الجنس أو ذاك، خاضعة للقانون الطبيعي أم للقانون الوضعي، للقانون العرفي أم للقانون المكتوب، للقانون العام أم للقانون الخاص، للقانون الدولي أم للقانون الداخلي<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس نحاول مقارنة هذا الموضوع "دراسة مقارنة من خلال مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية بالمغرب" انطلاقا من هذه المعطيات وارتكازا على هذه المحاور الثلاث:

- 1- مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية الدستورية والإدارية والعادية والدولية على مستوى التسلسل الهرمي للقواعد القانونية.
- 2- مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية الدستورية والإدارية والعادية والدولية على مستوى المادة القانونية.
- 3- مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية الدستورية والإدارية والعادية والدولية على مستوى الهيئات القضائية ودرجات التقاضي.
- أولا- مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية الدستورية والإدارية والعادية والدولية على مستوى التسلسل الهرمي للقواعد القانونية

<sup>1</sup> وبهذا المفهوم يكون القضاء تربية اجتماعية وسياسية عريقة، سند ديمقراطي أساسي، وإشعاع حضاري يعتز به شعبه (حاكما ومحكوما) وتتمناه شعوب، وتحسده عليه شعوب أخرى.

<sup>2</sup> V. dans ce sens J. Chabih, Recherches sur les origines de la collectivité, de l'autorité et de la règle de droit, et leur adaptation aux différentes transformations socioéconomiques et politiques dans l'histoire de l'humanité, art. précité.

إن تراتبية القواعد القانونية، أي إلزامية احترام القواعد القانونية الدنيا للقواعد القانونية العليا، ليست علميا كما يدعي جل الفقهاء أنها من تركيب الفقيه هانس كلسن (1881 – 1973) في كتابه المشهور " النظرية الصرفة للقانون" الصادر سنة 1934، نسخة منقحة ومعمقة سنة 1960. بل إن أصلها الحقيقي يرجع إلى القرن السابع ميلادي، أي ما يناهز أربعة عشر قرنا، وذلك من خلال تدرج القواعد كما جاءت في مصادر التشريع الإسلامي (الكتاب، السنة، الإجماع، القياس، الاستحسان، المصالح المرسلة، العرف، سد الذرائع، الاستصحاب، وشرع ما قبل الإسلام فيما لا يخالفه). بحيث نجد أن هذه التراتبية القواعدية ترتكز على القوة الإلزامية التي تتمتع بها القاعدة الشرعية الأعلى مرتبة والإجراءات المتبعة لتطبيقها من القاعدة الشرعية الأقل درجة منها<sup>1</sup>. أليس القرآن نفسه أو الكتاب دستورا بوصفه يحتل المرتبة الأعلى في الهرم التشريعي ؟ وما دام الدستور بصفة عامة هو القانون الأساسي الأسى في الجماعة الذي ينظم شكلها وطرق حكمها وتسيير سلطاتها وعلاقتها مع سكانها، حقوقهم وواجباتهم، ومع الجماعات الأخرى، أفلا يمكن اعتبار كل الأنظمة التاريخية التي كانت لها قوانين راسخة تحدد طبيعتها وهويتها والعلاقات الاجتماعية الممارسة داخلها، كانت لها دساتير (عرفية أو مكتوبة) بالمفهوم النبيل للكلمة مثل النظام القانوني الرافدي والهندي والصيني والمصري والإغريقي والروماني والفرسي والأمازيغي والإسلامي<sup>2</sup>...

ويرتكز مفهوم دولة القانون، قانون "وشاورهم في الأمر"، القانون العادل والمنصف، على هذا المبدأ التسلسلي للقواعد واحترامه. ودولة القانون العادل، تعني احترام هذه التراتبية، وسمو

<sup>1</sup> ومفرد الذرائع ذريعة وسد الذرائع هو الامتناع عن اتباع الطرق المؤدية إلى الفساد، والاستحسان من فعل استحسن، واستحسن الأمر أي عده حسنا، ومفاده استنباط الأحكام الشرعية عند غياب النص، والمصالح المرسلة هي مقاصد المشرع وترتيبها طبق تصنيف معين، والاستصحاب هو إبقاء الحالة على ما كانت عليه ما لم يغيرها المشرع، مثل بقاء الملكية للمالك ما لم يثبت العكس. يقول أبو الحسن الماوردي، القرن الحادي عشر ميلادي، في ولاية القضاء، "كتاب الأحكام السلطانية" الصفحتين 53 و54 "ولا يجوز أن يقلد القضاء إلا من تكاملت فيه شروطه" وهي سبعة أن يكون رجلا، عاقلا، حرا، مسلما، عادلا، سالم السمع والبصر، عالما بالأحكام الشرعية. والعلم بالأحكام الشرعية "يشتمل على علم أصولها والارتياض بفروعها وأصول الأحكام في الشرع أربعة" الكتاب والسنة والاجتهاد والقياس. واستنبط علماء الفقه من هذه المصادر الأربعة مصادر أخرى اختلفوا في حجيتها وصحة الاستدلال بها مثل أقوال الصحابة والاستحسان وسد الذرائع والاستصحاب والعرف وشرع من قبلنا.

<sup>2</sup> Histoire de l'humanité - Développement scientifique et culturel — Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, vol. 1, Ed. UNESCO ; Elisée Reclus, L'Homme et la Terre, « La géographie n'est autre chose que l'Histoire dans l'Espace, de même que l'Histoire est la Géographie dans le temps », 1905-1908, Paris librairie Universelle ; Eugène Cavaignac, Le plan de l'histoire du monde dirigée par M.E. Cavaignac, Bulletin de l'Association Guillaume Budé, vol. 18, n° 1, 1928, p. 12-41 ; André Thierry, Université de Besançon, L'Histoire Universelle, Bulletin de l'Association d'étude sur l'humanisme, la réforme et la renaissance, vol. 10, n° 1, 1979, p. 12-17.



القاعدة القانونية على السلطة السياسية، واحترام هذه القواعد بالنسبة للجميع، حكما أو محكومين، إنما "أمرهم شورى بينهم"، وفصل أو توازن السلط واستقلالية القضاء وانحياديته في سير المحاكمات<sup>1</sup>.

فمثلا إذا كان القضاء الدستوري سلطة قضائية إلزامية عليا تجد مشروعيتها في مهمة الدفاع عن الحقوق والحريات العامة وبالتالي ضمان الديمقراطية ودولة القانون الحق فإن هذه المشروعية تتقلص بسبب طريقة تعيين قضاة المحكمة الدستورية. لأن التعيين في هذه المهام القضائية السامية يجب أن يركز، وبصفة قطعية، على معايير موضوعية وطنية، وليست حزبية، تراعى فيها أساسا صفات التجرد والنزاهة وخصائص التكوين والكفاءة العالية في المجال القانوني والقضائي، لا غير.

ونفس الشيء بالنسبة للقضاء الإداري، فإذا كان هذا القضاء يعتبر هيئة تناط بها مهمة التوفيق بين الدفاع عن حريات وحقوق الأفراد، كما جاء في الدستور، وبين الدفاع عن النظام العام، نفس المرجع، والدفاع عن القيم المجتمعية في البلد المعني بالأمر (المغرب في هذه الحالة) فكيف يمكن لهذا القضاء القيام بهذه المهمة الصعبة إذا كان الوضع لا يسمح، وإذا كانت تنقصه الصرامة والاستقلالية، ناهيك عن الانحيادية والنزاهة وروح المسؤولية<sup>2</sup>.

وتراتبية القواعد القانونية هي دعامة أساسية في الدول الديمقراطية الحقة، أي تلك الدول التي نظامها القانوني يضمن بالفعل التماسك الاجتماعي وصرامة القواعد الضبطية، ومراقبتها قضاء، ومرونتها وسلاستها إن اقتضى الحال. وهي تنبني على هذا المبدأ التسلسلي القائم نفسه على مرتبة السلطة - المعنية أو المنتخبة، الوطنية أم الترابية، الداخلية أم الخارجية - التي أصدرت القاعدة القانونية والذي يقتضي احترام القاعدة الأقل درجة للقاعدة الأعلى درجة،

<sup>1</sup> L'évolution de la pensée politique depuis la Mésopotamie jusqu'à nos jours, en passant par l'Égypte, la Grèce, Rome, la Terre d'Islam, puis les travaux des grands philosophes et penseurs politiques ont largement contribué à la mise sur pied des modes de gouvernement. Ces grands philosophes politiques comme Aristote (384-322), Cicéron (106-43), Al Fârâbî (872-950), Ibn Rochd (1126-1198), Ibn Khaldoun (1332-1406), (Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Charles Louis de Montesquieu (1689-1755), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) et bien d'autres, ont pu tous contribuer, chacun à sa manière, aux balbutiements, à la conception, l'émergence puis la cristallisation de la théorie de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Séparation qui consiste à empêcher les abus, l'arbitraire et l'empiétement d'un pouvoir sur l'autre.

<sup>2</sup> La justice est une qualité morale, de droiture, de dire, avec rigueur et impartialité, ce qui est juste ou injuste, ce qui est louable ou condamnable.

وتطبيقها أدق تطبيق. وفي حالة تعارض القاعدتين تسمو القاعدة الأقوى على القاعدة الأضعف منها: ونفس الشيء بالنسبة لتنازع الاختصاص، الإيجابي أم السلبي، الإقليمي أم المادي، الكمي أم الكيفي، الحالي أم الزمني، تسمو المحكمة الأقوى أو الأعلى درجة على المحكمة الأضعف أو الأقل درجة منها. وتأتي في نفس السياق قواعد المسطرة الجنائية المقارنة أولا ثم الوطنية تانيا عندما تؤكد الأولى أنه إذا تم رفع الدعوى إلى المحكمتين المدنية والجنائية وأن الدعويين يتعلقان بالوقائع نفسها، يتعين على القاضي المدني تعليق حكمه في انتظار الحكم الجنائي، وتتخذ الوقائع نفس الإجراء إذا تعلق الأمر بالقاضي الإداري<sup>1</sup>.

وهكذا فالمراسيم والقرارات الإدارية ملزمة باحترام القوانين التنظيمية والعادية، والمعاهدات والاتفاقيات والدستور. ويستلزم هذا الارتباط القوي بين فروع القانون ارتباطا مماثلا بين الجهات القضائية<sup>2</sup>. وحتى الدستور نفسه، رغم سموه وطنيا، قد تنافسه المعاهدات والاتفاقيات الدولية، منافسة حادة<sup>3</sup>.

فالرقابة القضائية التي تركز على الاجتهاد القضائي وعلى المبادئ العامة للقانون التي قد تكون عنصرا من الاجتهاد القضائي تسمو على السلطة التنظيمية وتمارس على هذا التدرج الشكلي للقواعد عن طريق الدعوى الأصلية، أي من خلال تحريك الدعوى بداية، أو عن طريق دعوى الدفع أثناء سريان الدعوى الأصلية<sup>4</sup>. فإذا رجعنا مثلا إلى المادة 44 من القانون رقم 41.90 الصادر

<sup>1</sup> L'adage disait: « Le criminel tient le civil en l'état ». Le même adage était repris par le Code de procédure pénale français dans son article 4 en précisant que dès lors que les juridictions pénales et civiles étaient saisies sur les mêmes faits, le juge civil devait surseoir à statuer en attendant que le juge pénal se prononce sur l'action publique. Toutefois, cette règle n'est plus générale et comporte plusieurs exceptions introduites par la loi du 5 mars 2007 complétant l'article 4 par un alinéa (4-1) du CPP, arrêt du 20 sept. 2017 de la Cour de cassation, Civ. 1, 20 sept. 2017, n° 16-19.643, arrêt de la CEDH du 28 nov. 2000, condamnant la France pour la lenteur de ses procédures, commentaire Avocats Picovschi, 1988, mis à jour le 21 sept. 2021, accessible sur le Web.

وحسب المادة 9 من قانون المسطرة الجنائية " يمكن إقامة الدعوى المدنية والدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الجزئية المحالة إليها الدعوى العمومية، وتضيف المادة 12 من نفس المسطرة "إذا كانت المحكمة الجزئية تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معا، فإن وقوع سبب مسقط للدعوى العمومية يترك الدعوى المدنية قائمة، وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الجزئية.

<sup>2</sup> On parle ainsi de la hiérarchisation des normes et des juridictions partant du bas vers le haut: recours en appréciation de légalité, recours en appréciation de constitutionnalité, recours en appréciation de conventionnalité.

<sup>3</sup> La suprématie de la constitution peut cependant être concurrencée par des règles internationales, en matière de justice et des tribunaux internationaux, précisons.

<sup>4</sup> Ce contrôle peut être exercé directement par voie d'action lors de la saisine du juge, ou indirectement, par exception, soulevé lors d'un litige.

بتاريخ 1993 المحدث بموجبه محاكم إدارية نجدها تنص بوضوح العبارة على إلتقائية اختصاصات وجهات قضائية مختلفة. "إذا كان الحكم في قضية معروضة على محكمة عادية غير زجرية يتوقف على تقدير شرعية قرار إداري وكان النزاع في شرعية القرار جديا، يجب على المحكمة المثار ذلك أمامها أن تؤجل في القضية وتحيل تقدير شرعية القرار الإداري محل النزاع إلى المحكمة الإدارية أو إلى محكمة النقض بحسب اختصاص كل من هاتين الجهتين القضائيتين... ويترب على الإحالة رفع المسألة العارضة بقوة القانون إلى الجهة القضائية المحال إليها البت فيها".

وتضيف المادة 44 في فقرتها الثانية "للجهات القضائية الزجرية كامل الولاية لتقدير شرعية أي قرار إداري وقع التمسك به أمامها سواء باعتباره أساسا للمتابعة أو باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع". ونفس المسألة العارضة نجدها على مستوى القضاء الدستوري في مادة الحقوق والحريات بحيث ينص الفصل 133 من الدستور الحالي 2011 "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور"<sup>1</sup>.

وفي المقتضيات الدستورية المتعلقة بالتصدير نجد أن المغرب يؤكد ويلتزم بجعل "الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة"<sup>2</sup>. وهنا يمكن التساؤل، ما هي القواعد القانونية التي تتمتع بقوة إلزامية أعلى من غيرها وبالتالي يجب احترامها، قانونا وقضاء، ومطابقة باقي القواعد لها الأدنى درجة منها، هل هي المقتضيات الدستورية أم قواعد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية؟ وبالتالي هل يمكن ترتيب هذه القواعد على هذا الشكل (الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، الدستور، القوانين التنظيمية، القوانين العادية، المراسيم، القرارات، العرف، العقد، القانون

<sup>1</sup> On parle également de la question préjudicielle en matière de légalité (administrative ou pénale), de la question préjudicielle en matière de constitutionnalité et de la question préjudicielle en matière de conventionnalité.

<sup>2</sup> Ce paragraphe du préambule de la constitution marocaine de 2011 a repris et a élargi les dispositions de l'article 55 de la constitution française de 1958 qui prévoit que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

الداخلي للمنظمة، القضاء والمبادئ العامة للقانون، الفقه) أم على هذا الشكل (الدستور، الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، القوانين التنظيمية، القوانين العادية، المراسيم...)<sup>1</sup>.

عموما، تنحصر مهام القاضي، مهما كانت صفته وطبيعة مهامه، في المطالبات والدفعات المقدمة من الأطراف<sup>2</sup>، كما يحددها الفصل 3 من ق.م.م. "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة". وتنحصر كذلك هذه المهام في مراقبة مطابقة القوانين الدنيا للقوانين العليا. ونحن دائما، والحالة هذه، نفكر ونحلل ونعلل في هذا السياق انطلاقا من منطق قاعدي تدرجي ديمقراطي، أي أن القاعدة العليا عادلة ومنصفة تحديدا. وهكذا فإذا انطلقنا من المراقبة القضائية لمطابقة القواعد القانونية الأدنى درجة للقواعد القانونية الأعلى درجة فسيكون ترتيب هذه القواعد القانونية ومرتبة السلطات التي أصدرتها كالآتي:

Le contrôle de la conformité des règlements à la loi ou contrôle de légalité (bloc de légalité et exception d'illégalité), le contrôle de la conformité des lois à la constitution ou contrôle de constitutionnalité (bloc de constitutionnalité et exception d'inconstitutionnalité), le contrôle de la conformité des lois aux conventions, traités et accords internationaux ratifiés ou contrôle de conventionnalité (bloc de conventionnalité et exception de conventionnalité).

ونجد هذه التراتبية كذلك بين درجات التقاضي أمام قضاء القرب والمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض، بحيث يختص قضاء القرب، كما حدد هذا الاختصاص قانون 5 سبتمبر 2011 المادة 10 منه، "في الدعاوى الشخصية والمنقولة التي لا تتجاوز قيمتها 5000 درهم، ولا يختص في النزاعات المتعلقة بمدونة الأسرة والعقار والقضايا الاجتماعية والإفراغات". وتختص المحاكم الابتدائية في القضايا المعروضة عليها ابتدائيا، ومحاكم الاستئناف (قانونا وواقعيا) في النوازل المرفوعة إليها استئنافا، وتراقب محكمة النقض قرارات المحاكم

<sup>1</sup> En Europe, par exemple, La Cour européenne des droits humains (CEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) accordent une importance particulière aux engagement internationaux.

<sup>2</sup> Ce principe juridictionnel remonte à la Rome antique, à plus de 2700 ans, selon lequel le devoir du juge est de statuer sur tous les chefs de demande et de défense: «Omnia petita», ni en dehors «extra petita», ni au-delà «ultra petita», ni en deçà «infra petita».

الابتدائية والاستئناف من حيث مطابقتها للقانون الجاري به العمل على الصعيد الوطني<sup>1</sup>. بحيث لا يتمثل دور محكمة النقض في النظر من جديد في الوقائع، بل تقتصر مراقبتها على الاختيار العادل للقانون المطبق، طريقة تأويله وتفسيره والأسباب التي أدت إلى هذا النوع من الأحكام<sup>2</sup>.

## ثانيا- مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية الدستورية والإدارية والعادية والدولية على مستوى المادة القانونية

إن المادة القانونية بصفة عامة، دستورية كانت أم إدارية، مالية أو قضائية، مدنية أم تجارية، جنائية أو دولية، تتقاطع مع بعضها البعض، يلتقي بعضها ببعض الآخر، تتشارك وتتماسك ببعضها البعض، إلى أقصى حد، وبالتالي تقسيمها إلى عامة وخاصة، أو داخلية وخارجية، أو مسطرية وجوهرية، أو طبيعية ووضعية، أو موضوعية وذاتية، لا أساس له علميا بتاتا. فأكثر ما يمكن أن نقوله في حق هذه الانشطارية الثنائية أنها طريقة في الدراسة والتحليل بيداغوجية ديداكتيكية اختزالية، ومفهوم خاطئ للبحث العلمي الحقيقي، وفلسفة منهجية ورثت، خاطئة وتجاوزت، تختزل العمل رغم خصوصيته إلى أدناه، وتقرم المضمون رغم غناه إلى فقره، تعود عليها للأسف التيار الفرانكفوني. وهذا لا يعني أنني من أتباع التيار الأنجلوسكسوني، بل أفضل الطريقة العلمية التي تنطلق من الموضوع نفسه، وتهتم، في التقسيم، بطبيعة الموضوع لا غير.

فإذا تصفحنا مثلا مضمون الدستور الحالي (2011) نجده يتناول جميع أنواع الحالات والقضايا الاجتماعية: فالمادة الجنائية مثلا، في الفصل 23، تؤكد "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون". ويضيف نفس الفصل في الفقرة الثانية "الاعتقال التعسفي أو السري، والاختفاء القسري، من أخطر الجرائم، وتعرض مقترفيها لأقصى العقوبات". وفي الجانب المالي، الفصل 36، "يعاقب القانون على المخالفات المتعلقة بحالات تنازع المصالح، وعلى استغلال التسريبات المخلة بالتنافس النزيه، وكل مخالفة ذات طابع مالي".

<sup>1</sup> En fait quoi que l'on dise il y a une hiérarchie certaine de droit à tout le moins entre ces différents degrés de juridictions: juridictions de proximité, de première instance, d'appel et de cassation. La Cour de cassation, qui a des compétences nationales, jouit d'un triple contrôle judiciaire: elle contrôle le choix de la loi applicable, l'interprétation de la loi et la motivation des décisions.

<sup>2</sup> Le rôle de la Cour de cassation n'est pas de rejuger les faits, mais de contrôler la conformité des décisions de ces tribunaux quant au choix de la loi applicable, de son interprétation et de la motivation de la décision.

ويضيف نفس الفصل، الفقرة الثانية منه، في المادة الإدارية والمالية والجزرية "على السلطات العمومية الوقاية، طبقا للقانون، من كل أشكال الانحراف المرتبطة بنشاط الإدارات والهيئات العمومية، وباستعمال الأموال الموجودة تحت تصرفها، وبإبرام الصفقات العمومية وتدبيرها، والزجر عن هذه الانحرافات". وينذر جبايا في الفصل 39 "على الجميع أن يتحمل، كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها، وفق الإجراءات المنصوص عليها في الدستور".

وفي المادتين الدستورية والسياسية ينذر الفصل 46 "شخص الملك لا تنتهك حرمة، وللملك واجب التوقير والاحترام". لكن من جهة أخرى، يميز الفصل 118، في مجال القضاء الإداري، بين هذه الحالة وباقي الحالات الأخرى: "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون"، وفي الفقرة الثانية، نفس الفصل "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة".

وفي الفصل 132، تحدد اختصاصات المحكمة الدستورية، حيث تبت في مطابقة القوانين (التنظيمية والعادية) للدستور وفي صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء، وكذا الأنظمة الداخلية لعرفتي البرلمان قبل الشروع في تطبيقها<sup>1</sup>. ويحتاط الفصل 134، الفقرة الثانية منه "لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية". وبإمكاننا في هذا السياق أن نتساءل: هل أصبحت المحكمة الدستورية بعد أن حلت محل المجلس الدستوري في شهر يوليو 2011 تتمتع، زيادة على اختصاصاتها التقليدية، بمهمة محكمة تنازع الاختصاص، كلما تعلق الأمر بتنازع يشرك جهات قضائية عليا: نقضية ومالية، نقضية ودستورية، مالية ودستورية، إدارية وعادية، داخلية ودولية<sup>2</sup>؟

<sup>1</sup> La Cour Constitutionnelle dispose, art. 132, de quatre types de contrôle: la vérification de la conformité des lois, et des règlements intérieurs des parlementaires, à la constitution, et la régularité des élections parlementaires et des opérations de référendum. Et l'art. 134 d'ajouter: « Les décisions de la Cour Constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Peut-on alors conclure que la C.C. assure aussi par ailleurs la fonction d'un Tribunal de conflit ?

<sup>2</sup> "تبت محكمة النقض، كما حدد ذلك الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية، ما لم يصدر نص صريح بخلاف ذلك في تنازع الاختصاص بين محاكم لا توجد محكمة أعلى درجة مشتركة بينها غير محكمة النقض".

وفي مادة تدبير المال العام وانعكاساته السلبية (سوء التدبير) على المواطن، ينص الفصل 147 من الدستور: "تتأط بالمجلس الأعلى للحسابات مهمة مراقبة وتتبع التصريح بالممتلكات، وتتدقيق حسابات الأحزاب السياسية، وفحص النفقات المتعلقة بالعمليات الانتخابية"<sup>1</sup>. بحيث تتمثل مهمة المجلس الأعلى للحسابات أساسا، بوصفه سلطة قضائية مستقلة، من حيث المبدأ، مثلها مثل باقي الجهات القضائية العليا الأخرى، في ضمان التدبير السليم للمال العام وإخبار المواطنين بطرق تدبير هذه الأموال.

إن الدول الضريبية، مثل المغرب، أي الدول التي ترتكز أساسا، في تدبير اقتصادها، على الضريبة، أي على الاقتطاعات الاجبارية من أموال الملتزمين، ملزمة هي كذلك بتقديم الحسابات لكيفية استعمال هذه الأموال، أموال الخواص<sup>2</sup>. ويميز الفصل 107 بين السلطات الثلاث ويؤكد على استقلالية السلطة القضائية والتشريعية والتنفيذية، ويضيف الفصل 109 "يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء، ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات ولا يخضع لأي ضغط"، وينذر الفصل 114 "تكون المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة، أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمغرب".

وفي المادة 7 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية: "تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك". وحسب المادة 8 "تختص المحاكم الإدارية، مع مراعات أحكام المادتين 9 و11 من القانون (المشار إليه أعلاه)، بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي

---

Le Tribunal des conflits est saisi lorsqu'il y a conflit d'attribution, positif ou négatif, entre deux ordres de juridictions: judiciaire / administratif; civil / pénal; social / administratif; fiscal / pénal; constitutionnel / administratif; financier / constitutionnel; ordre judiciaire interne / ordre judiciaire international... Cf. dans le même ordre d'idées conflits de juridictions, France / Maroc, Cour de Cassation (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.) - 14 octobre 2009 (M. Bouftila c. Mame El Khalfi) Cour de Cassation (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.) - 12 novembre 2009 (M. Dalj Aït Moubarak El Dousri et autres c/ Soc. Airbus et Soc. Gulf Air Company), Rev. crit. DIP. 99 (2) avril-juin 2010, pp 362 - 376.

<sup>1</sup> Jurisdiction indépendante, en principe, au même titre que les autres juridictions, la Cour des comptes a pour mission principale de s'assurer de la bonne gestion des deniers publics et l'information, en conséquence, des contribuables de la destination de cet argent.

<sup>2</sup> Etant un concept de gestion de l'argent public, la reddition des comptes est l'obligation périodique des pouvoirs publics de rendre des comptes à ceux qui leur prêtent cet argent, c'est-à-dire les contribuables, en contrepartie des biens et des services publics décents et valorisants.

النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ماعدا الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام"، فهي من اختصاص القضاء العادي.

وفي المادة 9 من نفس القانون: "استثناء من أحكام المادة السابقة تظل محكمة النقض مختصة بالبت ابتدائيا وانتهايا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المتعلقة بالمقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول، وبقرارات السلطات الإدارية التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة إدارية". لكن حسب الفصل 360 من ق. م. م. "لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعينهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية"، ونفس المضمون نجده في المادة 23، الفقرة 6، من قانون المحاكم الإدارية. ويطلق على هذا النوع من المطالبة الدعوى الموازية، وأساسها الحد من تراكم القضايا المتعلقة بدعاوى الإلغاء<sup>1</sup>.

وفي المادة 10 من نفس القانون: "تطبق أمام المحاكم الإدارية قواعد الاختصاص الملحي المنصوص عليها في الفصل 27 وما يليه إلى الفصل 30 من قانون المسطرة المدنية، ما لم ينص على خلاف ذلك" في القانون المذكور أو في نصوص أخرى. واستثناء من ذلك يضيف نفس الفصل "ترفع طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة إلى المحكمة الإدارية التي يوجد موطن طالب الإلغاء داخل دائرة اختصاصها أو التي صدر القرار بدائرة اختصاصها".

وتقوم شرعيا دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المرفوعة إلى المحاكم الإدارية على الأسباب التالية: صدور القرار موضوع النزاع من جهة غير مختصة، عيب في شكل القرار، انحراف في السلطة، انعدام التعليل، أو مخالفة القانون. ويحق لكل متضرر من قرار إداري شابه عيب من هذه العيوب الخمسة الطعن في القرار أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>. أنظر قضاء المجلس الأعلى الفرنسي بعد صدور مرسوم 1864 بسبب تراكم القضايا المتعلقة بإلغاء قرارات الإدارة المطعون فيها.

<sup>2</sup> Le contentieux de l'excès de pouvoir, recours objectif (violation d'une norme juridique), correspond en effet, au recours pour excès de pouvoir, au recours en appréciation de légalité ou recours en interprétation, et au recours en déclaration d'inexistence ou recours contre une décision administrative qui, en raison de la gravité des vices qui l'entachent, est considérée comme inexistant juridiquement ou « nulle et non avenue », Cf. pour plus de détails Edouard Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887, réédité en 1889, p. 15 et s. René Chapus, Droit administratif général, T1, 13<sup>ème</sup> Ed. pp. 749 - 757.



وإذا تصفحنا مضمون قانون المسطرة المدنية، نجده غني بمقتضيات إدارية ومالية وجنائية... يؤكد الفصل 25، "يمنع علي المحاكم... أن تعرقل عمل الإدارات العمومية..." وفي الفقرة الثانية منه: "ولا يجوز للجهات القضائية أن تبت في دستورية القوانين". وفي الفصل 124 "يحكم بالمصاريف على كل طرف خسر الدعوى سواء كان من الخواص أو إدارة عمومية". وفي الفصل 152 "لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر". ويلج الفصل 267 من قانون المسطرة المدنية على أهلية الدولة للإرث عند انعدام وارث معروف للإرث. ونلاحظ أن هذه الحالة يرجع أصلها في القانون الإسلامي إلى أكثر من 14 قرنا "وإذا مات المالك من غير وارث انتقلت ملكية المال إلى الدولة، وكان (هذا المورد) من موارد بيت المال التي تنفق لتحقيق التكافل الاجتماعي"<sup>1</sup>.

وفي المادة التحكيمية، ينص الفصل 306 من ق.م.م "يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم". وفي الفصل 301 "لا يجوز أن تكون محل تحكيم. النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية" للسلطات العمومية. "غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي". وفي الفصل 23-327 "يصدر الحكم التحكيمي كتابة... ويجب أن يكون معللا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك... أما الحكم المتعلق بنزاع يكون أحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام طرفا فيه، فيجب أن يكون دائما معللا". ويؤكد الفصل 39-327 في مجال التحكيم الدولي وبصفة المغرب طرفا فيه وكل ما يتعلق بمصالح التجارة الخارجية على إلزامية احترام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب والمنشورة بالجريدة الرسمية.

وتبت كذلك محكمة النقض، كما جاء في الفصل 353 سالف الذكر، الهامش رقم 16، ما لم يصدر في هذا الشأن نص يخالف ذلك، في "الطعون الرامية إلى إلغاء المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة". ويضيف الفصل 379 -ج "يقبل تعرض الخارج عن الخصومة ضد القرارات الصادرة عن محكمة النقض في طعون إلغاء مقررات السلطات الإدارية". وفي نفس السياق ينص الفصل 402 في مجال إعادة النظر: "يمكن أن تكون الأحكام التي لا تقبل الطعن بالتعرض والاستئناف موضوع إعادة النظر... 1- إذا بت القاضي فيما لم يطلب منه أو حكم بأكثر مما طلب أو إذا أغفل البت في أحد الطلبات 2- إذا وقع تدليس أثناء تحقيق الدعوى

<sup>1</sup> مصطفى حسني السباعي، اشتراكية الإسلام، دمشق، يناير 1960، ص 85 وعوف محمود الكفراوي، الرقابة المالية في الإسلام، الإسكندرية، 1983، ص: 77.

3- إذا بني الحكم على مستندات اعترف أو صرح بأنها مزورة وذلك بعد صدور الحكم 4- إذا اكتشفت بعد الحكم وثائق حاسمة كانت محتكرة لدى الطرف الآخر 5- إذا وجد تناقض بين أجزاء نفس الحكم 6- إذا قضت نفس المحكمة بين نفس الأطراف واستنادا لنفس الوسائل بحكمين انتهائيين ومتناقضين وذلك لعدة عدم الإطلاع على حكم سابق أو لخطأ واقعي 7- إذا لم يقع الدفاع بصفة صحيحة على حقوق إدارات عمومية أو حقوق قاصرين".

فبالنسبة للنقطة الأولى "إذا بت القاضي فيما لم يطلب منه أو حكم بأكثر مما طلب أو إذا أغفل البت في أحد الطلبات" فمن باب الأمانة العلمية يجب أن أقول إن هذه القواعد القضائية المنصوص عليها في هذه الفقرة، وكذا في الفصل 3 من ق.م.م. وفي المادة 9 من قانون قضاء القرب (أغسطس 2011)، يرجع أصلها إلى أكثر من 2700 سنة في ظل النظام الروماني والحضارة الرومانية، والتي دامت أكثر من 1100 سنة<sup>1</sup>. ونفس الشيء بالنسبة للفقرات 2 و3 و4 و5، لكن هذه المرة تم الاستقاء من مصادر أخرى، فمضامينها يرجع أصلها إلى الحضارة العربية الإسلامية، في ولاية القضاء وذلك حوالي 1400 سنة<sup>2</sup>. يقول ابن خلدون في المقدمة، الصفحة 244، "وكان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم وأول من دفعه إلى غيره وفوضه فيه" الخليفة عمر بن الخطاب (584-644) "فولى أبا الدرداء معه في المدينة وولى

<sup>1</sup> On prévoyait déjà dans le droit judiciaire sous la Rome Antique (2700 -1600) que le juge ne saurait statuer en dehors de ce qui est demandé « extra petita », ni en deçà de la demande « infra petita », ni au-delà de la demande « ultra petita », mais sur toute la demande, rien que la demande « omnia petita ». Henri Roland, Lexique juridique, expressions latines, Litec, 2006, p. 101.

<sup>2</sup> راجع في هذا الشأن الماوردي (972-1058)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الباب السادس في ولاية القضاء، ص 53 - 63، والباب السابع في ولاية المظالم، ص 64 - 77، الطبعة الأولى 1909- مقدمة ابن خلدون (1332-1406)، الفصل الحادي والثلاثون في الخطط الدينية الخلافة، 1377، ص 241-248. لقد قمنا في مطلع هذه السنة (2022) بدراسة معمقة في هذا الموضوع بالذات: "نشأة وتطور القضاء في الدول العربية الإسلامية" كانت ثمرته دروس أقيمت على طلبة ماستر القانون الإداري والعلوم الإدارية بكلية الحقوق، جامعة القاضي عياض ارتكنا في هذه الدراسة على العديد من المصادر القضائية الإسلامية للأئمة الأربعة وللماوردي والغزالي وابن رشد والخرشي وابن قدامة وابن تيمية وابن خلدون والزحيلي والطبري... وذلك لمحاولة فهم القضاء في الإسلام وأركانه، وكيفية تعيين القضاة، وشروط التقاضي، وطرق ممارسة القضاء، والتمييز بين التحكيم والحسبة والمظالم والقضاء، ومكونات القضاء وخصائصه وضمانات العدالة، ووحدانية القضاء وشموليته في الإسلام، والقاضي وقاضي القضاة واستقلال القضاء، وشؤون قضائية أخرى عديدة وتوصلنا إلى أن العديد من القواعد القانونية والقضائية خرجت من العالم العربي الإسلامي في القرنين الخامس عشر والسادس عشر نحو الغرب وأعادها إلينا الغرب في حلة غربية واعتبرناها غربية في حين إنها من أصل عربي إسلامي محض. وجدت مؤخرا في كتاب للأستاذ ص. الذي كان حاضرا في القاعة ساعها نفس الفصل الذي عالجت لفائدة طلبة الماستر بعنوانه وعناصره ومضمونه: "نشأة وتطور المادة الإدارية بالمغرب".

شريحاً بالبصرة وولى أبا موسى الأشعري بالكوفة وكتب له في ذلك الكتاب المشهور الذي تدور عليه أحكام القضاة...<sup>1</sup>.

وجاء في الفصل 400 من ق.م.م: "تكون الدولة مسؤولة مدنيا فيما يخص الأحكام بالتعويضات الصادرة بالنسبة للأفعال التي ترتبت عنها المخاصمة ضد القضاة مع إمكانية رجوعها على هؤلاء"<sup>2</sup>. ويؤكد الفصل 514، من نفس القانون، المتعلق بمديونية الدولة والطرف المعني قانونا في تمثيليتها أمام القضاء، "كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة أو إدارة عمومية أو مكتب أو مؤسسة عمومية للدولة في قضية لا علاقة لها بالضرائب والأملاك المخزنية وجب إدخال العون القضائي في الدعوى وإلا كانت غير مقبولة". ويضيف الفصل 515 في مجال تمثيلية الأشخاص المعنوية العمومية أمام القضاء، "ترفع الدعوى ضد: الدولة، في شخص رئيس الحكومة وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء، الخزينة، في شخص الخازن العام، المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانوني، المديرية العامة للضرائب، في شخص المدير العام للضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها، مديرية أملاك الدولة، في شخص مدير أملاك الدولة فيما يخص النزاعات التي تهم الملك الخاص للدولة.

وبالنسبة للجماعات الترابية، فالفصل 515 غير كامل وخاطئ في نفس الوقت، بحيث إن الحالة في الوقت الراهن هي كالتالي: كلما كان النزاع، على المستوى الترابي، يقحم الجانب اللاتمركزي في الدعوى، أي أن المصالح اللامركزية للإدارة المركزية هي المعنية، فالوالي بالنسبة للجهة، والعامل بالنسبة للعمالة والبلدية، هو الممثل القانوني<sup>3</sup>. وكلما كان النزاع، على المستوى الترابي، يقحم الجانب اللامركزي في الدعوى، فرئيس مجلس البلدية (المادة 263)، أو رئيس مجلس

<sup>1</sup> راجع كذلك بشأن وصية عمر ابن الخطاب في القضاء إلى أبي موسى الأشعري، الأحكام السلطانية، لأبي الحسن الماوردي، الطبعة الأولى 1909، ص 59.

<sup>2</sup> L'Etat a, en l'occurrence, le droit de se retourner contre le juge fautif, pour se faire rembourser. On appelle cette action qui ouvre un recours contre quelqu'un pour se faire rembourser, « action récursoire ».

<sup>3</sup> لا أنحاز للتقسيم الوارد في الدستور (الفصل 135 منه): الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات، أعتبره خاطئا، وأفضل التمييز بين ثلاث مستويات، واضحة ودقيقة، الجهات والعمالات والبلديات فقط.

العمالة (المادة 207)، أو رئيس مجلس الجهة (المادة 237)، هو الممثل القانوني للجماعة الترابية المعنية بالدعوى<sup>1</sup>.

وإذا تصفحنا مضمون القانون المتعلق بتنظيم قضاء القرب الصادر بتاريخ 17 أغسطس 2011، الملحق بقانون المسطرة المدنية، نلاحظ أن العديد من مواده، من المادة 15 إلى المادة 21، كلها تتخللها قضايا إدارية تتعلق بالإخلال بالنظام العام<sup>2</sup>. ففي الفقرة 29 من المادة 15 "يعاقب بغرامة تتراوح بين 200 و500 درهم... من قام بدون رخصة إدارية بالكتابة أو وضع علامات أو رسوم" على الأملاك العمومية (عقار أو منقول). وفي الفقرات من 6 إلى 10 من المادة 16 "يعاقب بغرامة تتراوح بين 300 و700 درهم" من شيد أو وضع أو ترك مواد، دون ضرورة، كانت سببا في عرقلة الطريق العمومية، أو ارتكب مخالفة في قضايا الصيد البري أو البحري أو بشأن أراضي عمومية مزروعة. وفي الفقرة 2 من المادة 17 "يعاقب بغرامة من 500 إلى 1000 درهم من ليس له محل إقامة... ولجأ إلى الإقامة في الأماكن العمومية"، وفي هذه الحالة كذلك إخلال بالنظام العام. وفي الفقرات 2 و3 و5 و6 و7 من المادة 18 "يعاقب بغرامة تتراوح بين 800 إلى 1200 درهم ترك المواشي ترعى في المقابر، ألعاب القمار واليناصيب بدون رخصة في الأماكن العمومية، التصرفات والسلوكيات التي تقلق راحة السكان، كالضجيج والضوضاء والتجمع المهيمن أو الليلي، إتلاف طريق عموميا أو اغتصاب جزء منها، أو إحداث أضرار بأموال منقولة للغير. وتضيف المادة 19 "تحرك الدعوى العمومية بواسطة النيابة العامة التي تحيل على قاضي القرب المحاضر المنجزة من طرف الشرطة القضائية أو الأعوان المكلفين بإنجازها".

وتتميز هذه الدعاوى التي تدخل في اختصاص القضاء العادي بكونها متابعة أشخاص وليسست مقاضاة قرارات بتهمة انتهاك السلامة المادية للملك العام وتخصيص ملحقاته (سرقة رمال الشواطئ والأنهار، تلويث مجاري المياه، إتلاف طرق أو سكك حديدية، اغتصاب أملاك عمومية...) ومعاقبة مرتكبي هذه المخالفات بغرامات مالية تتراوح بحسب خطورة المخالفة من 200 درهم إلى 1200 درهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> راجع في هذا الشأن القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية، رقم 111.14 (الجهات) و112.14 (العمالات) و113.14 (البلديات)، الجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 23 يوليوز 2015- والجليل شبيه، دراسة نقدية في القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، بتاريخ 23 ماي 2016 موجود على الأنترنت.

<sup>2</sup> والنظام العام هو حماية الصالح العام أو المصلحة العامة بمفاهيمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية والبيئية.

<sup>3</sup> Le contentieux de la répression des contraventions de voirie est exercé, en France, devant le tribunal administratif par le prononcé d'amendes. Il porte sur toutes les atteintes à l'intégrité du domaine public et ses dépendances: pillage des

وهذه الحالات والوقائع، والقواعد والإجراءات الناتجة عنها، التي يتناولها الآن قانون قضاء القرب (أغسطس 2011) والتي جلبها كان يتضمنها قانون 15 يوليوز 1974 المتعلق بتنظيم محاكم الجماعات ومحاكم المقاطعات وتحديد اختصاصها، هي بالضبط ما يعرف في القانون الإداري المقارن، فصل المنازعات الإدارية، بالدعوى أو المنازعات الجزئية. ورغم أن هذا النوع من القضايا قديم جدا في تاريخ المغرب، والتي كان يبت في جلبها القائد على مستوى القرية أو المدينة، وكان البعض منها يفصل فيه القاضي، والبعض الآخر كان يحسم فيه شرفاء القرى وشيوخها أو شرفاء الزوايا، مثل الأدارسة وأهل وازان أو الزاوية الأمغارية أو الدرقاوية أو زاوية تامصلوحت وغيرها كثير<sup>1</sup>. إلا أن هذا النوع من المنازعات في المادة الإدارية لم يؤخذ بعين الاعتبار في الفقه المغربي ولم نجد له بتاتا تصنيفا إلى جانب التصنيفات الموروثة والمكرسة في القضاء الإداري وفي الفقه الإداري بالمغرب: دعوى الإلغاء، دعوى القضاء الشامل ودعوى الاستعجال<sup>2</sup>.

بل إن هذه التصنيفات التي نقلت عن التصنيفات الفرنسية في مجال القضاء الإداري هي نفسها خاطئة لكونها تأخذ بضيق أو باتساع سلطة القاضي كمييار<sup>3</sup>، في حين أن المنطق العلمي يقتضي الأخذ بعين الاعتبار طبيعة النزاع المعروض على القاضي وليس القاضي نفسه، لأن الأصل الدعوى، وليس المحكمة أو القاضي، كالنزاع في شرعية القرار الإداري، أو النزاع في تجاوز استعمال السلطة الإدارية، أو النزاع في العقود الإدارية، أو النزاع في المسؤولية الإدارية، أو النزاع في الوظيفة

rivages de la mer, pollution des cours d'eau, dégradation de chaussées, détérioration des voies ferrées, empiètement ou usurpation des portions du domaine public, v. E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit. Livre VIII, Contentieux de la répression, poursuite et répression des contraventions, p. 630 et s.

<sup>1</sup> Cf. pour plus de détails John Waterbury, Le Commandeur des croyants, la Monarchie et son élite, Revue Française de Sociologie, 1975, 400 p. ; however, the book was written in English, The Commander of the Faithfull: the Moroccan political Elite, a study in segmented politics, New York, Columbia University Press, 1970, 368 p. ; Paul Pascon, Le Haouz de Marrakech, Rabat-Tanger, Ed. Marocaines et Internationales, 1977, 2 vols, 693 p. ; Abdallah Hammoudi, Sainteté, pouvoir et société: Tamgrout aux XVIIe et XVIIIe siècles, Annales, 1980, art. pp. 615-641 ; Rémy Leveau, Le fellah marocain défenseur du trône, Ed. Presses de Sciences Po, 1985, 300 p. ; J. Chabih, Les aspects financiers de la décentralisation territoriale au Maroc, Université Cadi Ayyad, Collection de la FSJES, Marrakech, 1997, p. 11-50 ; Mohammed Tozy, Monarchie et Islam au Maroc, Paris, Presses de Sciences Politiques, 1998, 282 p. ; V. dans le même ordre d'idée le compte rendu de Mohsine Elahmadi sur le livre de M. Tozy, Archives de Sciences Sociales des religions, avril-juin, 2001, accessible sur le Web.

<sup>2</sup> راجع كل الكتب والمقالات التي كتبت في مجال المنازعات الإدارية، فإننا لا نجد أثرا لهذا الصنف من المنازعات، رغم أن المادة إدارية.

<sup>3</sup> Edouard Laferrière, in Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1896, précité, p. 15 et s. distingue quatre types de contentieux: C. de pleine juridiction, C. de l'annulation, C. de l'interprétation et C. de la répression.

العمومية، أو النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات ومنح الوفاة المستحقة العاملين في المرافق العمومية، أو المنازعات في الانتخابات أو الضرائب أو المال العام أو نزع الملكية...<sup>1</sup>

وفي باب الإلتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم<sup>2</sup>، من قانون الإلتزامات والعقود (12 غشت 1913)، ينص الفصل 77 في باب القضاء بصفة عامة "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر". ويضيف الفصل 78 في نفس الاتجاه "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً" كلما ثبت أن الخطأ هو السبب المباشر في الضرر. والخطأ، يتم نفس الفصل "هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر". أما الفصل 79 فيقصد مباشرة السلطات العمومية ويؤكد على المسؤولية الإدارية للدولة والجماعات الترابية "عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها". ويطرح الفصل 80 المسؤولية الشخصية لموظفي الدولة والجماعات الترابية كلما تعلق الأمر بالأضرار "الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم، ولا تجوز مطالبة" الإدارة، بسبب هذه الأضرار، دولة كانت أو جماعة ترابية، إلا عند إفسار هؤلاء الموظفين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Léon Duguit et Marcel Waline, considèrent la nature de la question posée au juge: s'agit-il d'une question de droit objectif, une question de légalité, ou une question de droit subjectif, des droits de créances et d'indemnisation. V. L. Duguit, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, RDP 1909, p. 667; M. Waline, Vers un reclassement des recours du contentieux administratifs? RDP, 1935, p. 205; J. Chabih, Contentieux selon la nature du domaine d'action de l'administration: au niveau de l'organisation, des instances, des moyens, de l'objets de l'action, et des contrôles de l'action: Cours de Master des DHL, La saisine du juge administratif, dispensés aux étudiants depuis 2016, et c'est encore le cas.

<sup>2</sup> La différence entre délit et quasi-délit tient au fait que le premier est intentionnel alors que le second ne l'est pas. V. pour plus de détails la responsabilité extracontractuelle, articles 1241 à 1245 du code civil français. Art. 1240 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer; Art. 1241 Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

<sup>3</sup> رغم التعديلات التي طرأت على هذا القانون مازال هذه الفصول ناقصة، وخاصة الفصلان المتعلقان بالمسؤولية الإدارية، بحيث أصبحت الإدارة تشمل الدولة المركزية والجماعات الترابية والمؤسسات والمقاولات العمومية وشبه العمومية.

وإذا تصفحنا قانون المسطرة الجنائية الصادر بتاريخ 10 فبراير 1959، المعدل في 18 شتنبر 1974، وفي سنة 1993، وفي 3 أكتوبر 2002، وعدة مرات أخرى، وخاصة في 18 يوليو 2019، فهو كذلك يتضمن الكثير من مقتضيات الإدارية والدستورية والمالية والدولية... تنص المادة 2 منه " يترتب عن كل جريمة الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات والحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه الجريمة" وتضيف المادة 3 "يقيم الدعوى العمومية ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما يمكن أن يقيمها الموظفون المكلفون بذلك قانونا... أو الطرف المتضرر طبقا للشروط المحددة في القانون". يظهر لنا بكل وضوح من خلال هاتين الفقرتين أن القانون الجنائي عام وخاص، لا نقاش في ذلك، أي قانون مختلط. وتؤكد ذلك أكثر فأكثر المواد من 15 إلى 250 المتعلقة بالتحري عن الجرائم ومعاينتها، والسلطات المكلفة بالتحري عن الجرائم (الشرطة القضائية، النيابة العامة، القضاة المكلفون بالتحقيق، حماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين، التنقل والتفتيش والحجز، التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بواسطة الاتصال عن بعد، استنطاق المتهم وأوامر قاضي التحقيق، الوضع تحت المراقبة القضائية والاعتقال الاحتياطي...).

وفي مجال الفصل في تنازع الاختصاص بين محاكم تكون محكمة النقض أعلى محكمة بينها، أو بين محاكم لا توجد محكمة أعلى مشتركة بينها، تؤكد المادة 261 " ... إذا تمت المتابعة من أجل نفس الفعل في آن واحد أمام محاكم استئناف ومحاكم أخرى، أو أمام عدة قضاة للتحقيق - إذا أعلنت عدة محاكم عن عدم اختصاصها بالنظر في نفس الفعل بمقرر نهائي - إذا أعلنت هيئة الحكم عن عدم اختصاصها بمقرر نهائي بعد أن أحيلت إليها القضية بأمر من قاضي التحقيق أو من الغرفة الجنحية". وفي هذه الحالات، تضيف المادة 262، فإن النزاع يرفع إما إلى غرفة الجناح الاستئنافية، إذا كان النزاع بين محكمتين تابعتين لنفوذ نفس الغرفة، أو إلى الغرفة الجنائية بمحكمة النقض إذا كان النزاع بين محكمتين استئنافيتين، أو بين محكمتين تخضع كل واحدة منهما لنفوذ محكمة استئناف مختلفة، أو بين محاكم لا توجد محكمة أعلى مشتركة بينها. وعلى مستوى الدول الفيدرالية مثلا، يختص القضاء الدستوري للدول الأعضاء في الفصل في النزاعات الناشئة بين دستور دولة اتحادية ودستور الدولة الفيدرالية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dans un Etat fédéré, le juge constitutionnel est aussi compétent pour trancher les litiges opposant la Constitution d'un Etat fédéré à celle de l'Etat fédéral, Justice constitutionnelle, La Toupie, disponible sur le net.

وفيما يخص تدبير المناقشات والسيهر على النظام والسلطة التقديرية للقاضي، تؤكد المادة 422 "يدير الرئيس المناقشات ويسهر على النظام وعلى احترام المقتضيات المتعلقة بسير الجلسات...". وتضيف نفس المادة "يخول الرئيس سلطة تقديرية يمكنه بمقتضاها، وتبعاً لما تمليه عليه قواعد الشرف والضمير، أن يتخذ جميع المقررات ويأمر بجميع التدابير التي يراها مفيدة للكشف عن الحقيقة، ما لم يمنعه القانون". ونلاحظ من خلال هذه الفقرات أن جميع القضاة، كيف ما كانت اختصاصاتهم، دستورية أم إدارية، مالية أم عادية، داخلية أم دولية، تهمهم مضامين هذه الفقرات وملزمون باحترامها والتقيدها والسيهر على تنفيذها<sup>1</sup>.

وفي إطار الأحكام الخاصة بتمويل الإرهاب، المواد من 595.1 إلى 595.10، للوكيل العام الصلاحية إثر إجراء بحث قضائي أن يطلب من الأبناك والأبنك الحرة ومن مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، جميع المعلومات "حول عمليات أو تحركات أموال يشتبه أن لها علاقة بتمويل الإرهاب". ولا يجوز، تضيف المادة 80 من القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، "الاحتجاج بالسر المهني على بنك المغرب والسلطة القضائية العاملة في إطار مسطرة جنائية".

وفي باب تنفيذ الاعتقال الاحتياطي والعقوبات السالبة للحرية، تنص المادة 608 "لا يمكن حرمان شخص من حريته إلا بمقتضى سند صادر عن السلطة القضائية يأمر باعتقاله احتياطياً أو بناء على سند يأمر بتنفيذ مقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به صادر عن هيئة قضائية يقضي عليه بعقوبة السجن أو الحبس أو الاعتقال أو الإكراه البدني..." أو الوضع تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز 48 ساعة<sup>2</sup>.

ويعتبر كذلك مكرها بدنيا، حسب المادة 618، "كل شخص تم حبسه بسبب عدم أداء ما بذمته من دين"<sup>3</sup>. وفي باب تنفيذ العقوبات المالية والإكراه البدني، تؤكد المادة 632 من ق.م.ج. "تتولى المصالح المكلفة بالمالية ومصالح كتابة الضبط بمحاكم الاستئناف والمحاكم استئناف

<sup>1</sup> Parmi les valeurs fondamentales attachées au statut du magistrat, on citera particulièrement: L'indépendance, l'impartialité, l'intégrité, la légalité, la discrétion et surtout la recherche de la vérité.

<sup>2</sup> أنظر الفصلين 66 و80 من نفس القانون.

<sup>3</sup> وحسب المادة 1 من القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية الصادر بتاريخ 25 أغسطس 1999، "يعتبر معتقلاً... كل شخص اتخذ في حقه تدبير سالب للحرية وتم إيداعه داخل مؤسسة سجنية. يعتبر معتقلاً احتياطياً، كل معتقل لم يصدر في حقه مقرر قطعي بالإدانة، سواء كان ظليماً أو متابعاً أو متهماً. يعتبر مداناً، كل شخص معتقل صدر في حقه مقرر قطعي بعقوبة سالبة للحرية. يعتبر مكرهاً بدنياً، كل شخص اعتقل في نطاق مسطرة الإكراه البدني".



المصاريف القضائية والغرامات ما لم ينص على خلاف ذلك في قوانين خاصة". وتضيف نفس المادة تؤهل هذه المصالح (مأمورو كتابات الضبط والقباض) للقيام "بالمتابعات المنصوص عليها في القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية" الصادر في 3 ماي 2000 "بتحصيل الغرامات والعقوبات المالية".

وإذا تابعنا هذه الدراسة وهذا التحليل إلى آخر مقتضيات قانون المسطرة الجنائية، من المواد 648 وما بعدها إلى المادة 749.1، نجدها كلها بدون استثناء تتعلق بالحريات والحقوق الأساسية المتضمنة في الدستور، وخاصة الفصول من 19 إلى 40. فسواء تعلق الأمر بتقادم العقوبات أو عدم تقادمها<sup>1</sup>، أو بالسجل العدلي، أو ببطائق الإدانة والحكم والعقوبات الصادرة في حق الأشخاص الذاتيين أو الأشخاص المعنوية، أو التبادل الدولي للبطائق، أو رد الاعتبار القضائي أو بحكم القانون، أو ببعض الجرائم المرتكبة خارج المغرب والعلاقات مع السلطات القضائية الأجنبية، فكل هذه القضايا تدخل مباشرة في مضمون الدستور ولا يمكن فصلها لا عن القانون الخاص ولا عن القانون العام. بل تشكل وحدة متكاملة تنتهي في نفس الوقت إلى القانون العام وإلى القانون الخاص.

### ثالثا - مجالات تقاطع الاختصاصات والجهات القضائية الدستورية والإدارية والعادية والدولية على مستوى الهيئات القضائية ودرجات التقاضي

إن الجهات القضائية بالمغرب هي نتاج تفاعلات مركبة لعدة معطيات سوسولوجية وسياسية، تبدأ بتاريخ القضاء وتنتهي بدرجات التقاضي، مروراً بالسياسة القضائية والنظام القضائي والسلطة القضائية، ثم التنظيم والاختصاص القضائيين. كل هذه التفاعلات أدت وتؤدي حتماً إلى ارتباط ضروري بين كل هذه الجهات القضائية. بحيث نجد رغم القاعدة التي تحدد الاختصاص النوعي لكل غرفة قضائية، هناك استثناء مهماً على مستوى كل جهة قضائية، يعطي الصلاحية لكل غرفة داخل المحكمة الابتدائية أو التجارية أو محكمة النقض أن تبحث وتحكم في القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها (القانون المتعلق بالتنظيم القضائي، الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1974 كما تم تغييره وتتميمه، الفصل 2 المحاكم الابتدائية، والمادة 2 المحاكم التجارية)<sup>2</sup>. وجاء في ق.م.م الفصل 362، وفي القانون المحدث للمجلس الأعلى بتاريخ 27

<sup>1</sup> تؤكد المادة 653.1 على عدم تقادم "العقوبات الصادرة بشأن جرائم ينص على عدم تقادمها القانون أو اتفاقية دولية صادق عليها المغرب ونشرت بالجريدة الرسمية".

<sup>2</sup> باستثناء، فيما يخص المحاكم الابتدائية، ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة وأقسام قضاء القرب، الفصل 2 من نفس القانون.

شتنبر 1957 وفي القانون الصادر يوم 25 أكتوبر 2011 الذي غير إسم المجلس الأعلى بمحكمة النقض: "يمكن لأية غرفة من غرف محكمة النقض أن تحقق بشكل صحيح وأن تحكم، مهما كانت طبيعتها، في القضايا المعروضة على المحكمة"<sup>1</sup>.

ومورست، تاريخيا، بالمغرب مهمة القضاء من طرف قاض، متمكن من الشريعة الإسلامية ويفصل في جميع القضايا الزوجية والعقارية والاجتماعية التي تطرح عليه. وكان رجال السلطة المخزنية، قيادا وباشوات، يمارسون كذلك مهمة القضاء في مجال الأمن والإدارة وقضايا القرب، في مقارهم ودوائر نفوذهم، وخلال أيام الأسواق، في القرى والبوداي، بالنسبة للقياد خاصة<sup>2</sup>. وجاء الاستعمار الفرنسي الإسباني وفصل بين محاكم المخزن أو القضاء الشرعي الإسلامي، ومحاكم العرف الأمازيغية والمحاكم العبرية، ومحاكم المستعمر الفرنسي في الداخل والإسباني في الشمال والجنوب<sup>3</sup>. وكان كل صنف يحاول فض نزاع فئة اجتماعية معينة، لكنه لم يخل، منذ البداية، من تداخل قضايا ذات أبعاد سياسية واقتصادية، وخاصة احتجاجات قوية أدت إلى انهياره. ومنذ الاستقلال إلى يومنا هذا (2022)، أدخلت عدة إصلاحات ترقية، قانونية وقضائية ومؤسسية، في المجالات المدنية والجنائية والإدارية والدستورية والمالية والدولية، تخللت هذه الفترة (1965 و1967 و1974 و1993 و2000 و2011 و2019...)، لكنها ظلت للأسف خالية من كل تصور جذري بنيوي، يجني الآن عواقبه الوخيمة النظام القضائي الحالي<sup>4</sup>.

والسياسة القضائية المتبعة في هذا المجال هي مجموعة التعاليم والمقتضيات المرسومة والمتخذة في هذا الإطار من طرف السلطة العليا بالمغرب. أما النظام القضائي بالمغرب، أي مجموعة الأعمال والطرق والمؤسسات السارية المفعول في هذا المجال، ما هي للأسف إلا انعكاس

<sup>1</sup> La cour de cassation comprend 14 chambres: 2 chambres civiles, une chambre de statut personnel, une chambre commerciale, une chambre administrative, une chambre sociale, une chambre pénale, etc. Toute chambre peut valablement instruire et juger, quelle qu'en soit la nature, les affaires soumises à la cour (art. 362 du code de procédure civile).

<sup>2</sup> Il y avait aussi des cas de justice privée, pas si isolée que cela, particulièrement à la campagne. Néanmoins, la justice publique: « Nul ne peut se faire justice soi-même », était la règle, en principe.

<sup>3</sup> L'organisation judiciaire du Protectorat Français du Maroc, Bulletin Officiel, Edition Française, du 1<sup>er</sup> sep. 1918, Numéro spécial (hors-série), p. 9 et s.

خالد بويقران. الإدارة الإستعمارية الإسبانية بالمغرب الخلفي 1912-1956، أطروحة دكتوراه وطنية بجامعة محمد بن عبد الله، كلية الآداب، 1913 - وخلاصة للأطروحة على الأنترنت، مارس 2019.

<sup>4</sup> راجع قانون المسطرة المدنية 1974 وقانون المسطرة الجنائية 2019 كما تم تغييرهما وتتميمهما والقوانين المحدث للمحاكم الإدارية 1993 والتجارية 1997 والعسكرية 2015 والمالية 2002 والدستور الحالي 2011.

واضح لهذه السياسة. والسلطة القضائية هي حق وإمكانية العمل الممنن في الشؤون القضائية. صحيح أن الفصل 107 من الدستور يؤكد: "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية"، لكن هل هناك فعلا استقلالية؟ هل هناك فعلا قضاء مستقل، خاصة الإداري والدستوري والجنائي، عن رئيس الدولة وعن الحكومة؟ هذا ما أشك فيه بالفعل<sup>1</sup>.

يضيف الفصل 107 "الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية". لكن الفصل 109 يؤكد "يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء، ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات ولا يخضع لأي ضغط". أملي أن السيدات القاضيات والسادة القضاة أن يتأملن وأن يتأملوا مضمون هذا الفصل وأن يمارسن مهامهن وأن يمارسوا مهامهم على هذا الأساس وفي هذا الاتجاه. كتب الخليفة عمر بن الخطاب، الذي دامت خلافته من 634 ميلادية إلى يوم اغتياله بتاريخ 4 نونبر 644، إلى أبي موسى الأشعري عندما عينه وليا بالكوفة قائلا: "... ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل..."<sup>2</sup>.

والتنظيم القضائي بصفة عامة، وبالمغرب خاصة، يميز بين المحاكم العادية ودرجاتها، مثل المحاكم المدنية والجنائية، والمحاكم المتخصصة ودرجاتها، مثل المحاكم الإدارية والتجارية، والمحاكم الاستثنائية ودرجاتها، مثل المحاكم العسكرية والسياسية. لكن هذا التقسيم ليس محكم السد، بل هناك تقاطع بين هذه التقسيمات، سواء في القانون المقارن أو في القانون المغربي: فالمحاكم المتخصصة مثلا، تعتبر محاكم استثنائية كذلك، والمحاكم الاستثنائية تعتبر محاكم متخصصة<sup>3</sup>، وتتمتع بعض المحاكم المتخصصة باختصاصات مدنية مثل المحاكم التجارية ومحاكم الشغل، أو باختصاصات جنائية مثل محاكم الأحداث أو المحاكم العسكرية أو السياسية. لكن التقسيم المعهود، الجاري به العمل والواقعي كذاك هو: محاكم القرب (التنظيم والمسطرة والاختصاص)، المحاكم الابتدائية (التنظيم والمسطرة والاختصاص)، محاكم الاستئناف

<sup>1</sup> Le pouvoir judiciaire consiste à trancher les litiges qui lui sont soumis par les justiciables, publics ou privés, physiques ou morales, et ce par le contrôle de l'application de la loi, l'examen de son interprétation et la sanction des infractions commises.

<sup>2</sup> عن الماوردي، الأحكام السلطانية، في ولاية القضاء، المرجع السابق، ص 59، وعن ابن خلدون، المقدمة، في الخطط الدينية الخلافة، المرجع السابق، ص 244.

<sup>3</sup> تحدث حسب المادة الأولى من قانون رقم 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري، 10 ديسمبر 2014، ج. ر. عدد 6322، فاتح يناير 2015: "محكمة عسكرية متخصصة للنظر ابتدائيا واستئنافيا في القضايا المعروضة عليها".

(التنظيم والمسطرة والاختصاص)، محكمة النقض (التنظيم والمسطرة والاختصاص)، المحكمة الدستورية (التنظيم والمسطرة والاختصاص)، المجلس الأعلى للحسابات (التنظيم والمسطرة والاختصاص)، والمجالس الجهوية للحسابات (التنظيم والمسطرة والاختصاص)، المحكمة العسكرية (التنظيم والمسطرة والاختصاص)<sup>1</sup>.

وبالنسبة للاختصاص القضائي، مثله مثل التنظيم القضائي، فهو ليس حديث النشأة، بل يرجع عهده إلى آلاف السنين. ودراسة الماضي تربطنا بالحاضر وتكشف لنا أصله. ففي الحضارة الرافدية مثلا، حضارة ما بين النهرين، العراق حاليا، يمكن أن نستشف من خلال القوانين العرفية السائدة آنذاك والتنظيم القضائي لهذه الحضارة، التي أسست منذ أكثر من 8000 سنة، ووصلت أوجها منذ 6000 سنة ودامت قوية ساطعة حوالي 3500 سنة، وجود قضاء مركبا مدنيا وجنائيا وعسكريا<sup>2</sup>. وفي مصر القديمة، التي شيدت منذ 5000 سنة، ودامت أكثر من 3000 سنة، كان التنظيم القضائي تنظيما محكما يميز بين المجال المدني والمجال العسكري، بين الجانب الموضوعي والجانب الإجرائي، بين المحاكم العسكرية والشرطة العسكرية. وكانت كل هذه القضايا والاختصاصات والمؤسسات تتقاطع وتتداخل فيما بينها.

أما الحضارة الصينية التي كانت قوانينها تركز على العقائد والطقوس والشعائر وعلى العقوبات الإجرامية لمرتكبي هذه الجرائم خاصة، يرجع عهدها إلى 4000 سنة. لكن المرحلة الحقيقية الحاسمة في القانون الصيني ظهرت حوالي 3000 سنة، وبالضبط مع كونفوشيوس والفلسفة الكونفوشيوسية، منذ 2500 سنة، التي بنيت على تقاليد وأحكام فلسفية واقعية، أخلاقية وسياسية، ودينية شيئا ما. بحيث كان اللجوء إلى القضاء مستنكرا<sup>3</sup>، وكان القاضي في أغلب الحالات موظفا إداريا أكثر منه قاضيا، لم يكن له تكوينا قضائيا، إلا نادرا، بل كان يرتكز في حكمه على أحكام وقواعد فلسفية أكثر منها قضائية، ولم يكن هناك تمييز بين الوظيفة القضائية

<sup>1</sup> قانون رقم 1.74.338 الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي بالمغرب، كما تم تغييره وتتميمه في 1990 و 93 و 97 و 2002 و 2006 و 2011، القانون رقم 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري، ج. ر. عدد 6322 فاتح يناير 2015 سالف الذكر.

<sup>2</sup> «IL est flagrant de voir la modernité de la justice mésopotamienne dans les procédures et les voies de recours des justiciables». Le système judiciaire mésopotamien, était en effet caractérisé par un «droit coutumier» et «l'omniprésence de la jurisprudence», Institut d'Etudes sur le droit et la justice dans les Sociétés Arabes, Edouard Jourdain, Rendre Justice en Mésopotamie, juin 2018, accessible sur le Web.

<sup>3</sup> Les préceptes du confucianisme étaient tels que «la réprobation sociale devrait suffire à assurer le respect» de l'ordre social. L'ordre social ou le Li, était un rite religieux qui s'est transformé en conduite sociale. V. Cours de droit, l'histoire du droit chinois, cours droits étrangers comparés, mars 2019, sur le Web.

والوظائف الإدارية<sup>1</sup> لكن كانت هناك نصوص قانونية على شكل شرائع ومراسيم ومقررات وأنظمة داخلية للإدارة تتعلق بالعقوبات وبقضايا الأسرة والنظام العام والأشغال العمومية وتدير الإسطبلات والأنشطة المتعلقة بالخيول<sup>2</sup>.

أما الحضارة الرومانية، التي بدأت حوالي 2800 سنة، وبلغت أوجها منذ 2100 سنة، ودامت 600 سنة، فقد صنفت اختصاصات المحاكم بطرق واضحة، حيث ميزت بين الاختصاصات التي مازال مستعملة إلى الآن مثل الاختصاص الإقليمي والاختصاص الموضوعي أو النوعي، الاختصاص الشخصي والاختصاص القيمي، الاختصاص الزمني والاختصاص حسب موطن الشيء موضوع النزاع... وهكذا يمكن التمييز بين أنواع الاختصاصات حسب اللغة الرومانية السائدة آنذاك كالتالي:

*Ratione loci* (en raison du lieu: ex. domicile du défendeur, lieu d'arrestation, étendue territoriale des compétences, lieu où se situe le bien immobilier); *ratione loci damni* (en raison du lieu du dommage); *ratione materiae* (en raison de la matière: civile, pénale, administrative, etc.); *ratione personae* (en raison de la personne, par exemple un mineur, un commerçant, un ministre); *ratione quantitatis* (en raison de la quantité, ou selon le montant de l'intérêt litigieux, ex. tribunaux de proximité ou de 1ère instance); *ratione temporis* (à raison du temps ou en fonction du temps passé, ex. le paiement d'un loyer dépend de la durée d'occupation ou d'exploitation d'un bien); *ratione rei sitae* (en raison de la situation de la chose, exemple compétence de la juridiction du lieu où est situé l'immeuble); *ratione valoris* (en raison de la valeur, ad valorem, c'est-à-dire en fonction de la valeur du bien objet du litige); *ratio decidendi* (raison de décider ou motif décisif de la prise d'une décision par le juge); *ratio legis* (raison d'être de la loi, c'est-à-dire que le juge doit pouvoir dégager l'esprit de la loi et déterminer le champ d'application que le libellé de celle-ci ne révèle pas)<sup>3</sup>.

والحضارة اليونانية التي ظهرت حوالي 2700 سنة، وأدركت قممها منذ 2500 سنة، كان نظامها القضائي، تفصيلا، يتوفر تقريبا على جميع العناصر التي يحتويها النظام القضائي الحالي. ففي أثينا مثلا، كان القضاء يمارس بالاقتراع المباشر لتشكيل محكمة شعبية سنويا من ستة آلاف

<sup>1</sup> La doctrine de Confucius a été critiquée par l'école des Légistes, dès 2400, mais surtout de 2243 à 2228. La critique a duré longtemps et le confucianisme a été rétabli comme doctrine officielle de l'Etat jusqu'au 20<sup>e</sup> siècle. V. Cours de droit, l'histoire du droit chinois, cours droits étrangers comparés, art. précité.

<sup>2</sup> Cours de droit, l'histoire du droit chinois, cours droits étrangers comparés, art. précité.

<sup>3</sup> V. pour plus de détails H. Roland, Lexique juridique, Expressions latines, Litec, 2006, p. 295 et s.

عضو مقسمة إلى عشرة دوائر، كل دائرة مقسمة إلى مجموعة من القضاة، أشخاص بدون تكوين، يتراوح عددها حسب خطورة القضايا، ما بين 201 و401 و501 و2001 شخصا. وكانت محاكم 201 شخصا تفصل في القضايا البسيطة أو أقل قيمة مالية، وتفصل محاكم 401 شخصا في قضايا الخواص، ومحاكم 501 شخصا في القضايا العمومية، ومحاكم 2001 شخصا في القضايا الإجرامية<sup>1</sup>. ضم القضاء اليوناني القديم قضاة حكام وقضاة نيابة عامة ودفاع وقضاة تحقيق. وشمل كذلك قضاء القرب وقضاء مدني وجنائي وتجاري، ودرجات التقاضي بحسب الاختصاص القبي أو النوعي أو خطورة المخالفة أو الجريمة<sup>2</sup>.

كان القضاء، والفصل في الخصومات وفض النزاعات، في تاريخ العرب، وفي القبائل العربية، منذ 2900 سنة، بالجزيرة العربية، ثم بموريتانيا وبجنوب الصحراء السورية، يقوم على أساس التحكيم من طرف شيخ القبيلة<sup>3</sup>. وكان رغم ذلك، بموازاة مع التحكيم، يمارس نوع آخر من القضاء الخاص، أو ما يعرف بقانون السن بالسن، أو قانون العين بالعين<sup>4</sup>.

Radcliffe-Brown étudie la justice privée dans une approche d'anthropologie sociale « Structure et fonction dans la société primitive », chapitres écrits entre 1924 et 1952, « L'action de représailles est réglementée par la coutume ; la loi du talion exige que le dommage infligé soit équivalent à celui qui a été subi et, selon le principe de solidarité collective, ceux qui doivent se venger, peuvent tuer une personne autre que le meurtrier réel, par exemple, son frère ou, dans certains cas, un membre quelconque de son clan »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Michèle Tillard, La justice athénienne, Naissance d'une justice: Dracon, Solon, Clisthène, n.d., et Aude Cassayre, Historiographie de la justice grecque, 29 nov. 2013, p. 19 et s. accessible sur le net.

<sup>2</sup> Voir Aude Cassayre, La Justice dans les cités grecques. De la formation des royaumes hellénistiques au legs d'Attale, PUR, 2010, p. 225-313 et La Justice a la parole, Publicité judiciaire et opinion publique en Grèce ancienne, in Dans Le Temps des médias 2010/2 (n° 15), p. 13 à 25.

<sup>3</sup> Philip Khuri Hitti, History of the Arabs, available on the web.

<sup>4</sup> La justice privée recouvre en effet deux notions ou deux situations différentes: l'arbitrage et la vendetta. L'arbitrage est le recours à une tierce personne, un juge privé, non-étatique, ou un juge public, étatique (à l'exemple d'Ali ibn Abi Talib, d'Omar ibn Khattab, d'Abou Moussa l'Acheâri, au 7<sup>ème</sup> siècle, sous le califat du prophète). La vendetta ou la vengeance, au sens de « droit de se faire justice à soi-même » est une situation dans laquelle cette vendetta est « censée assumer les fonctions du droit et de la politique, l'un et l'autre défailants », Justice privée (droit de se faire justice à soi-même, in Dictionnaire de la justice juridique, PUF, 2003, p. 907-910.

<sup>5</sup> Alfred Radcliffe-Brown, Structure et fonction dans la société primitive, Le Seuil, 1972, p. 200 à 205, Traduction de Françoise et Louis Martin, Présentation et notes de Louis Martin.

أما بالنسبة للمجتمع البربري، الأمازيغي (2300 سنة)، فأنا أفهمه على النحو الآتي: آخذ، أولاً وقبل كل شيء، كلمة مجتمع، كعامل مشترك بين كل المجتمعات الأمازيغية في إفريقيا وآسيا، مجتمع مجزأ، وعائلات موسعة، وقبائل مستقلة، مجتمع شامل، ومشمول أيضاً، بتعاقب الغزوات والهيمنة الأجنبية على مر العصور. ثم آخذ كلمة البربري، بالمعنى الاشتقاقي، الإيجابي، أي "الأجنبي"، والذي أفهمه أيضاً باسم "المجتمعات الأمازيغية"، أي مجتمعات الرجال الأحرار. وهكذا، كان لدى المجتمعات الأمازيغية، بشكل عام، أسلوب في الحياة اليومية، وطريقة في العيش يحكمها القانون العرفي، وتنظيم قضائي قائم على مبادئ عرفية، تمارس عن طريق التحكيم من طرف شيخ القبيلة، أمغار. وكانت النزاعات، حسب أهميتها وخطورتها، تحسم، على مستوى القبيلة، من قبل الجماعة ورئيس الجماعة، أمغار، وعلى مستوى اتحاد القبائل، من قبل الملك أغليد. لقد كانت بالضبط نفس طريقة الحياة العرفية، والتنظيم القضائي، كما كان عليه الحال في إفريقيا جنوب الصحراء الكبرى<sup>1</sup>.

وجاء الإسلام، أسس الخلافة ووحدة القبائل، نما وكبر، ونمت معه الحضارة العربية الإسلامية، ثم تقوت واتسعت، ونما وتطور القضاء في أحضانها<sup>2</sup>. نظم القضاء الفردي بشكل

<sup>1</sup> Quant à la société berbère, je l'entends comme suit: en prenant tout, d'abord, le mot société au sens de facteur commun, d'une collectivité segmentarisée, familles élargies et tribus indépendantes, une collectivité englobante, mais aussi englobée, à la suite d'une succession d'invasions et de dominations étrangères (Salem Chaker, Berbères, civilisation, Dominations étrangères et résistances, disponible sur le Web). En prenant ensuite, le mot berbère, au sens étymologique, positif, comme « l'étranger », que j'entends aussi comme « des sociétés Amazigh » c'est-à-dire des sociétés d'hommes libres. Ainsi, la société berbère, avait, globalement, un mode de vie régit par le droit coutumier, et une organisation judiciaire basée sur des préceptes coutumier, proférée par un arbitre, le chef du village, Amghar. Les litiges étaient, selon leur importance et leur gravité, tranchés, au niveau de la tribu, par l'assemblée et le chef de l'assemblée, Amghar, et au niveau de la confédération de tribus, par le roi, Aguellid. C'était exactement le même mode de vie coutumier, et d'organisation judiciaire, que dans l'Afrique subsaharienne.

<sup>2</sup> La règle aujourd'hui ou jadis est que « nul ne peut se faire justice à soi-même », néanmoins, l'exception est que « toutes les sociétés conservent toujours une trace de justice privée », au sens d'une justice vendetta. Pour un approfondissement de la matière cf. Justice privée (droit de se faire justice à soi-même, in Dictionnaire de la justice juridique, op. cit., p. 907-910; mais aussi John Locke, Traité du gouvernement civil (Two Treatises of Government 1690); Samuel von Pufendorf, Le droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique, 1732, traduit du latin par Jean Barbeyrac, avec des notes du traducteur et une préface; Alfred Radcliffe-Brown, Structure et fonction dans la société primitive, Le Seuil, 1972, op.cit., p. 200 à 205; Denis Alland, Justice privée et ordre juridique international, Paris, Pedone, 1994; J.-P. Gagnieur, Du motif légitime comme fait justificatif, Paris, Blanquet, 1941.

تحكيبي، تولاه الرسول، أول الأمر، في عهده (623-632)، وكان أول قاض في الإسلام، ثم قام بعد ذلك، نتيجة توسع الدولة، بتفويض أو بتعيين الصحابة لتأمين هذه المهمة. واستمر الحال بهذا الشكل تحت الخلافة الراشدية (632-661)، ولما اتسع نطاق الدولة الإسلامية أكثر في عهد عمر بن الخطاب (634-644)، وكثرت مهام الخليفة، قام بتعيين قضاة مستقلين. واقتفى الخلفاء الأمويون (661-750) نفس النهج، حيث صار القضاء منفصلا عن الحكم، قائم الذات على مستوى المهام فقط، وليس التعيين، واكتفى خلفاء بني أمية بممارسة قضاء المظالم وقضاء الحسبة. وزاد التنظيم القضائي تطورا خلال الخلافة العربية الأمازيغية الإسلامية بالأندلس (711-1492)، ثم الخلافة العباسية (750-1258) وأصبح مرفقا عموميا محكما ومستقلا، يشتمل على وحدات متكاملة، تشبه إلى حد كبير التنظيم القضائي الحالي<sup>1</sup>. وكان الخليفة المعز لدين الله أول من أسس نظاما قضائيا بالدولة الفاطمية، وأصبح القضاء آنذاك عنصر سيادة في حكم الإمبراطورية العثمانية الإسلامية (1299-1923). واستمر القضاء على هذا النهج وتقوى، وعين إلى جانب القضاة أو على رأسهم، منذ الدولة العباسية والفاطمية والعثمانية، قاضي القضاة يفصل في الأحكام الشرعية وكان يمثل أعلى سلطة قضائية في الدولة. وفي المغرب كذلك، وحتى منتصف القرن العشرين تقريبا كان لا يزال منصب قاضي القضاة الذي كان بمثابة وزير العدل حاليا.

والنظام القضائي في الإسلام، عموما يتميز بوحدة القضاء وشموليته، أي اختصاص نوعي شامل، يركز على ثلاثة أركان، مثل ما هو الشأن حاليا، القاضي، والدعوى التي تضم المدعي

<sup>1</sup> كان التنظيم القضائي في ظل الدولة العباسية يتكون من العناصر التالية: قضاة، قاضي القضاة، قضاة الأقاليم، نائب القاضي، كاتب القاضي أو كاتب المحكمة وهو بمثابة كاتب أو كتابة الضبط حاليا، الحاجب والشرطة والحرس، صاحب التحقيق في المسائل أو القضايا، الأمناء المكلفون بحفظ الأموال والتركات، خازن ديوان الحكم بمقر المحكمة المكلف بحفظ أوراق الحكم والوثائق والسجلات والودائع، الترجمان بالنسبة للخصوم غير الناطقين بالعربية، واستدعاء الخصوم أو الأطراف بمراسم عليها طابع القاضي، راجع في هذا الشأن مقدمة ابن خلدون، الخلافة والإمامة، ص 201-211، وفي انقلاب الخلافة إلى الملك، 123-231- ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، مسؤولية المحتسب، ص 13-15، الولايات الإسلامية، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ص 17-51، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، 2004، ص 31 و355- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، القضايا والدعوى والأحكام والجنائيات والحسبة، القاهرة، 1953، عدد الصفحات 325 - كتاب الأحكام السلطانية لأقضى القضاة لأبي الحسن الماوردي، مصر 1909، الباب السادس في ولاية القضاء (ص من 53-63) والباب السابع في ولاية المظالم (ص من 64-77) - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، بيروت، 1994، ص 155، مؤرشف من الأصل في 22 ديسمبر 2020، 9016 ص، الجزء السادس عشر أدب القاضي - ابن قدامة الكافي في فقه الإمام بن حنبل، الرياض، 2013، ص 14 و435 - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الرياض، 2013، ص 344 و441 - أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ص 350 و352، في أربع مجلدات، 2156 ص - ابن أبي شيبه، مصنف ابن أبي شيبه في الأحاديث والآثار، بيروت، دار الفكر، 1989، ص 461، ضبطه وعلق عليه سعيد اللحام، الجزء التاسع فهارس المصنفات في الأحاديث والآثار - عبد الله الدرقاوي، أصول الفقه الإسلامي، الرباط، 2001، الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح، ص 217 - 245 واجتهاد الرسول والصحابة، ص 245 - 282.



والمدعى عليه والمدعى به، ثم الحكم<sup>1</sup>. كانت تصدر الأحكام الشرعية في العهد النبوي بالرجوع إلى الكتاب والسنة والاجماع والقياس وعلى البينة واليمين والشهود والكتابة. وفي العصر الراشدي تم تعيين القضاة واستقل القضاء والأمور القضائية عن الولاة والأمور السياسية، واتباع الأمويون نفس الأسلوب في القضاء الذي كان سائدا زمن الخلفاء الراشدين، بحيث لم تكن هناك مذاهب فقهية، وأصبحت الأحكام الصادرة عن القضاة تسجل في سجلات خاصة يرجع إليها عند الضرورة. وفي العصر العباسي، مع اتساع جغرافية الدولة وسلطة القاضي وظهور المذاهب الفقهية الأربعة (القرن الثامن ميلادي: الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي) وإرساء أصول الفقه، أصبح القضاء متأثرا بالتيارات السياسية الحاكمة والمذاهب الفقهية السائدة في منطقة نفوذ القاضي. وعاصرت الدولة العباسية (750-1258)، الدولة الفاطمية (909-1171)، ودولة الأندلس الإسلامية (711-1492)، واستمرت هذه الأخيرة بعد الخلافة العباسية التي خلفتها الإمبراطورية العثمانية (1299-1923). وصار القضاء منذ ذلك الحين مرفقا عموميا متميزا عن الولاية وعن الخلافة يفصل في الدعاوى والأوقاف وفي الخصومات والنزاعات المدنية والمخالفات والجرائم الجنائية. واختلفت درجات التقاضي بين القاضي العادي وقاضي الأقاليم وقاضي المظالم، بمثابة قاضي إداري، وقاضي الحسبة بمثابة قاضي تجاري، وقاضي القضاة، بمثابة سلطة قضائية عليا، وأول من تولى هذا المنصب منذ إحداثه، في العصر العباسي، هو القاضي أبو يوسف يعقوب أبو إبراهيم<sup>2</sup>. وكان أبو حسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي (974 - 1058)، وهو من أكبر فقهاء الشافعية، أول من تولى منصب أفضى القضاة، أي أكبر القضاة، إلى نهاية الدولة العباسية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، في كتاب الأقضية، وتنحصر أصول هذا الكتاب في ستة: من يجوز قضاؤه، ما يقضي به، ما يقضي عليه أو له، كيفية القضاء ووقت القضاء - راجع كذلك فاطمة حافظ، النظام القضائي في الإسلام: مكوناته وخصائصه وضمانات العدالة، 2021، موجود على الأنترنت.

<sup>2</sup> أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (731-798)، وهو من تلاميذ الإمام أبي حنيفة النعمان. ومن مصنفاته "اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، المحقق أبو الوفا الأصفهاني، مطبعة الوفاء، مجلد واحد، عدد الصفحات 230، باب القضاء ص 158-162.

<sup>3</sup> وأول من عين أفضى القضاة هو الماوردي، وهو منصب دون مثله قاضي القضاة وينوب عنه - راجع عصام محمد شبارو، كتاب قاضي القضاة في الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1992، الفصل الخامس ص 287 - أنور عبد الكريم عبد القادر، نظام القضاء في الإسلام، مجلة كلية الآداب، العدد 101، ص 156-185، موجود على الأنترنت - الشيخ مخلص أحمد الجدة، النظام القضائي في الإسلام، أكتوبر 2021، ص 7-1، موجود على الأنترنت - مصطفى مسلم، النظام القضائي في الإسلام، مقالات متعلقة، أكتوبر 2021، ص 1-4 - صلاح الدين عبد الحميد، القول الصحيح حول حديث رهن درع النبي وكشف الشبهات حوله، أكتوبر 2021، ص 1-5، وفاطمة حافظ، النظام القضائي في الإسلام: مكوناته وخصائصه وضمانات العدالة، المرجع السابق - القاضي في الإسلام، وقاضي القضاة، جزء من سلسلة مقالات حول أصول الفقه الإسلامي، ويكيبيديا، أكتوبر 2021، ص 1-16 ومن 23-21 علي خالد ديبس، القضاء في القانون والفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية، أكتوبر 2021، ص 1-17، موجود على الأنترنت.

ودرجات التقاضي، بصفة عامة، تختلف باختلاف مجال الاختصاص، أو طبيعة الدعوى أو خطورتها، بحيث نجد القضاء الفردي والقضاء الجماعي، القضاء على درجة واحدة والقضاء على درجتين، القضاء على درجتين أو القضاء على ثلاث درجات... ففي القضاء الفردي يحكم قاضي واحد، قاضي منفرد يحكم في القضية المعروضة عليه، مثل ما هو الشأن حاليا في قضاء القرب، المادة 2 الفقرة الثانية من قانون سبتمبر 12011، وفي القضاء العادي، المحاكم الابتدائية، الفصل 4 من نفس القانون<sup>2</sup>، وفي القضاء الاستعجالي، الفصلان 148 و 149 من ق. م. م. وكذا الفصول 170 و 203 و 222 و 230 من نفس القانون<sup>3</sup>، والفصل 19 من قانون 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، والفصل 21 من قانون 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية، وقانون 80.03 المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية (المادة 6 منه).

أما القضاء الجماعي فهو يتكون عموما من ثلاث قضاة، وخمسة نقضا، يحكمون في النزاعات المعروضة على المحكمة، كما هو الأمر أمام المحاكم الابتدائية، في الدعاوى العقارية العينية والمختلطة وقضايا الأسرة والميراث، باستثناء النفقة (الفصل 4 من القانون المتعلق بالتنظيم القضائي الصادر في 15 يوليوز 1974)، وكذا دعاوى نزاعات الشغل والجنح المعاقب عليها بأكثر من سنتين، وفي القضايا المعروضة على محاكم الاستئناف (الفصل 7 من نفس القانون)، وأمام المحاكم الإدارية (المادة 5 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية صادر في 10 سبتمبر 1993)، ومحاكم الاستئناف الإدارية (المادة 3 من القانون رقم 80.03 ج. ر. عدد 5398، 23 فبراير 2006، ص 490)، وأمام المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية (المادة 4 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، ج. ر. عدد 4482 في 15 ماي 1997، ص 1141).

"يعقد المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا، منذ 2011) جلساته ويصدر قراراته من طرف خمسة قضاة بمساعدة كاتب الضبط" (الفصل 11 من القانون المتعلق بالتنظيم القضائي

<sup>1</sup> هناك مواد أخرى في القانون المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته، ج. ر. عدد 5975 بتاريخ 5 سبتمبر 2011، ص 4392، تشير إلى القضاء الفردي مثل المواد 4 و 10 و 11 و 12 و 14 و 20.

<sup>2</sup> إلى غاية تطبيق القانون رقم 34.10 الصادر بالجريدة الرسمية في 5 سبتمبر 2011 كانت المحاكم الابتدائية تعقد جلساتها بحضور ثلاث قضاة بمن فهم الرئيس، قانون 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي بالمغرب، المادة 4 منه.

<sup>3</sup> في هذه الفصول المسطرة أسند المشرع المغربي، استثناء، الأمور المستعجلة إلى قاضي الموضوع خلافا للقاعدة المقررة في الفصل 149 التي أعطت الصلاحية للبت في القضايا الاستعجالية لرئيس المحكمة الابتدائية. أنظر كذلك في الشأن قواعد القضاء الاستعجالي في القانون المغربي للباحث رشيد جمالي، بتاريخ 4 يوليوز 2013، موجود على الأنترنت.

الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1974). وحسب الفصل 371 من ق.م.م. "لا تحكم غرف محكمة النقض بصفة قانونية إلا إذا كانت الهيئة مكونة من خمسة قضاة". كما يمكن أن يحال "الحكم في أية قضية على هيئة قضائية مكونة من غرفتين مجتمعيتين" (نفس الفصل، الفقرة الثانية منه). ولكل نوع من أنواع القضاء، الفردي أم الجماعي، مزايا وعيوب إلا أنه من الأفضل أن يهتم القضاء الفردي بالقضايا البسيطة والاستعجالية والقضاء الجماعي بالقضايا الصعبة والمعقدة<sup>1</sup>.

ففي القضاء على درجة واحدة، أو القضايا التي تختص فيها المحاكم الابتدائية أو غيرها، ابتدائيا وانتهائيا، تهم أساسا القضايا الصغرى والنزاعات ضعيفة القيمة، والأحكام التي لا تقبل الطعن بالاستئناف، مثل ما هو الحال في قضايا النفقة والطلاق والتطليق والخلع والفسخ طبقا للمادة 128 من مدونة الأسرة، ونفس الشيء بالنسبة للقضايا الاجتماعية (الفصل 21 من ق.م.م.)<sup>2</sup>، وقضايا الحالة المدنية والطلبات المتعلقة باستيفاء واجبات الكراء والتحملات الناتجة عنه أو مراجعة السومة الكرائية (الفصل 353 من ق.م.م.). وبصفة عامة كل الأحكام التي انقضت أجل استئنافها أو التي وافق عليها المحكوم، صراحة أو ضمنا، ولم يقبل باستئنافها، وكذا بعض الأحكام النهائية التي يمكن الطعن فيها بالنقض<sup>3</sup>.

تنص المادة 13 من القانون رقم 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته (ج.ر. عدد 5975 بتاريخ 5 سبتمبر 2011، ص 4392): "إذا تعذر الصلح بين طرفي الدعوى، بت في موضوعها داخل أجل ثلاثين يوما بحكم غير قابل لأي طعن عادي أو استثنائي (...) وجاء في المادة 9 من قانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية (ج.ر. عدد 4229 بتاريخ 17 نوفمبر 1993، ص 2261): "استثناء من أحكام المادة السابقة (بشأن اختصاص المحاكم الإدارية، المادة 8) تظل محكمة النقض مختصة بالبت ابتدائيا وانتهائيا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المتعلقة

<sup>1</sup> القضاء الفردي والقضاء الجماعي: تعريفهما، النظام المطبق في المحاكم المغربية، مزايا وعيوب كل منهما - قضاء تعليمي - أبريل 2017 موجود على الأنترنت - محاضرات التنظيم القضائي: عيوب القضاء الفردي والقضاء الجماعي، 18 مارس 2018 الصديق الجامعي - القضايا المدنية، معيار التمييز بين القضاء الفردي والقضاء الجماعي، محكمتي في اجتهادات مغربية، الغرفة المدنية، قرارات محكمة النقض، بتاريخ 22 فبراير 2018، موجود على الأنترنت.

<sup>2</sup> بيت القاضي (الفصل 21 من ق.م.م.): في القضايا الاجتماعية انتهائيا في حدود اختصاص المخول إلى المحاكم الابتدائية والمحدد بمقتضى الفصل 19، وتضيف الفقرة الثانية من نفس الفصل 21 أن المحكمة تبت انتهائيا في "النزاعات الناشئة عن تطبيق الغرامات التهديدية المقررة في التشريع الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية" ولو كان مبلغ الطلب غير محدد.

<sup>3</sup> إلياس الهواري احبابو، مبدأ التقاضي على درجتين وترجمته وفق نظام التقاضي المغربي، 28 أبريل 2020، موجود على الأنترنت - أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1992، ص 325 - إبراهيم حرب محيسن، مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام، دراسة مقارنة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 1، بتاريخ 2012، ص 284، و 266 وما بعدها في ماهية النظام العام.

بالمقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول (أي رئيس الحكومة حسب الدستور الحالي 30 يوليو 2011)، وبقرارات السلطات الإدارية التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة إدارية<sup>1</sup>.

وفي نفس السياق ينذر الفصل 114 من الدستور الحالي (30 يوليو 2011 ج. ر. عدد 5964 مكرر ص 3600): "تكون المقررات المتعلقة بالوضعية الفردية الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمغرب". وكذلك الأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية، فهي تعتبر، من وجهة نظر المنطق القضائي، ابتدائية وانهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي به، بحيث أن الدعاوى المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان أو بعمليات الاستفتاء التي تعرض على المحكمة، أو القوانين التي تحال إليها، تنظر في صحتها، أو تبت في مطابقتها للدستور، بصفة قطعية، نهائية (الفصل 132 من الدستور الحالي)<sup>1</sup>. ونفس الشيء بالنسبة للمجلس الأعلى للحسابات فهو، كما يحدد ذلك الفصل 147 من الدستور، الهيئة العليا لمراقبة المالية العمومية، والسهل على تنفيذ قوانين المالية، بصفة باتة، ويتخذ، عند الاقتضاء، عقوبات عن كل إخلال بالقواعد السارية على هذه العمليات المالية<sup>2</sup>.

أما القضاء على درجتين فهو القضاء الذي تكون ضمنه أحكام محاكم الدرجة الأولى (مدنية، إدارية، تجارية، اجتماعية) تقبل الطعن بالاستئناف، سواء بنفس المحكمة، أمام غرف الاستئنافات، إذا كانت قيمة النزاع لا تتعدى 20 000 درهم، أو أمام محكمة الاستئناف كلما كانت قيمة النزاع تتعدى هذا المبلغ (الفصل 19 من ق.م.م.)<sup>3</sup> والاستئناف، كما نظمته المشرع (الفصول من 134 إلى 146 من ق.م.م.) هو طريقة من طرق الطعن العادية، كالتعرض (الفصول من 130 إلى 3133)، يجسد، كمبدأ التقاضي على درجتين، تظلماً من تسيير القاضي للدعوى، أول درجة، للإجراءات المتبعة وتقدير الوقائع وتطبيق القانون. وبهذا يؤدي الطعن بالاستئناف إلى إعادة

<sup>1</sup> ينص الفصل 134 من الدستور الحالي الفقرة 2 منه: "لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية".

<sup>2</sup> والأحكام النهائية هي التي لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن، سواء العادية كالتعرض والاستئناف أم غير العادية كالنقض وإعادة النظر وتعرض الغير الخارج عن الخصومة.

<sup>3</sup> طرق الطعن غير العادية هي تعرض الخارج عن الخصومة وإعادة النظر والطعن بالنقض.

الفصل في النزاع من جديد، من جوانبه الموضوعية والقانونية، ويصدق هذا الطرح في التقاضي على القضاء المدني والجنائي والإداري والتجاري<sup>1</sup>.

صحيح أن هناك قضايا مركبة تربط درجات التقاضي بعضها البعض أشد الارتباط كما تطرق إليها بعض الباحثين مثل أحمد هندي، في كتابه "مبدأ التقاضي على درجتين، حدوده وتقسيماته في القانون المصري والقانون الفرنسي"، 1992، والتي يمكن استخلاصها كالتالي: هل يكون حكم محكمة أول درجة نهائيا إذا بنت في قضية إجرائية أو بعدم القبول؟ وفي حالة غموض أو إغفال أو خطأ شاب حكم محكمة أول درجة هل بإمكان عودة النزاع إلى المحكمة بعد أن فصلت في موضوعه<sup>2</sup>؟ وهل يعتبر استكمال الحكم، بعد الحكم النهائي، أو تفسيره أو تصحيحه، من قبل محكمة الدرجة الأولى، تعارضا مع مبدأ استنفاد المحكمة لولايتها؟ وبالنسبة لمحكمة الدرجة الثانية هل بإمكانها النظر في طلبات أو مسائل لم يسبق طرحها على محكمة الدرجة الأولى؟

هذه بعض الحالات من بين العديد من القضايا التي تعكس ترابط درجات التقاضي فيما بينها، والتي لا يمكن الفصل بين عناصرها بطريقة قطعية، كما أنه لا يمكن اختزالها في درجتين، بل اعتبرها ثلاث درجات مرتبطة أشد الارتباط بعضها البعض، لأنه من الصعب الفصل في المنظومة القضائية، وفي كل منظومة اجتماعية على كل حال، بين ما هو مسطري وما هو جوهري، بين ما هو ابتدائي وما هو نهائي، بين ما هو قطعي وما هو غير قطعي، بين ما هو موضوعي وما هو قانوني.

ولهذا أعتبر الاختصاص، أو التقاضي، على مستوى النقض، أو الطعن بالنقض، درجة من درجات التقاضي، تهتم ليس فقط بالجانب القانوني في النزاع، بل كذلك بالجانب الموضوعي، في حالات التصدي مثلا، إذا لم تنقيد محكمة ثاني درجة بما جاء في قرار الإحالة، وجب على محكمة النقض التصدي للحكم في الجوهر (الفصل 146 من ق.م.م<sup>3</sup>)، وبالتالي مبدأ التقاضي ليس على

<sup>1</sup> إلياس الهواري احبابو، مبدأ التقاضي على درجتين وترجمته وفق نظام التقاضي المغربي، 28 أبريل 2020، المرجع السابق - أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1992، 325 ص، المرجع السابق - إبراهيم حرب محيسن، مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام، دراسة مقارنة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 1، بتاريخ 2012، 284 ص، المرجع السابق.

<sup>2</sup> ينص الفصل 4 من ق.م.م - "يُمنع على القاضي أن ينظر قضية في طور الاستئناف أو النقض بعد ما سبق له أن نظر فيها أمام محكمة أدنى درجة".

<sup>3</sup> ونظام التصدي، الذي يعني حاليا حسم النزاع من طرف محكمة النقض بالتصدي نهائيا للقضية، قديم جدا، بحيث كان معمولا به في القانون الكنيسي منذ بداية القرن الثالث عشر، ومنه انتقل إلى القضاء في شكل مسطري (إبعاد الخصم عن محكمته) أو موضوعي (وضع حد للنزاع)، وتبناه المشرع الفرنسي، ثم باقى التشريعات فيما بعد.

درجتين، بل على ثلاث درجات<sup>1</sup>. لأن النزاع أمام القاضي، أو النازلة القضائية، تتكون، زيادة على حالات التصدي، من الوقائع والتكييف القانوني للوقائع، ثم الحكم، والقاضي على مستوى النقض يختص بالجانب الأكبر في النزاع، بالجانب المهم في النازلة، فهو يدقق في تعليل الأحكام القضائية، وفي مدى ارتكازها على أسس قانونية، كما يتفحص كذا صحة التكييف القانوني للوقائع، وضمان شرعية الحل النهائي. أنظر في هذا الشأن الفصول 50 و345 و359 و375 من ق.م.م. كما تم تعديله، خاصة بموجب القانون رقم 14.12 المتمم بمقتضاه الفصلان 50 و375 من ق.م.م. الصادر بتاريخ 30 أغسطس 2012، ج.ر. عدد 6078، ص 4632.

Si en matière contentieuse, le juge du fond apprécie les faits, et applique le droit, donc décide, le juge du droit, quant à lui, contrôle et vérifie la validité de la décision. Alors, ne s'agit-il pas d'une hiérarchie juridictionnelle, et par conséquent d'un degré de juridiction supérieur ?

### لائحة المراجع

- الدستور الحالي 2011 الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011.
- قانون الإلتزامات والعقود الصادر في 12 غشت 1913 كما تم تحيينه بتاريخ 26 أغسطس 2019 وتعديله بموجب القانون رقم 00-44.
- قانون المسطرة المدنية 28 شتنبر 1974 الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 30 شتنبر 1974، ص 2741، وفق آخر التعديلات، مع القانون رقم 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته، الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ (شتنبر 2011).
- التنظيم القضائي، قانون رقم 1.74.338 في 15 يوليوز 1974، المتعلق بالمحاكم الابتدائية ومحكمة النقض، والقانون رقم 1.91.225 الصادر في 10 سبتمبر 1993 بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، والقانون رقم 1.06.07 الصادر في 14 فبراير 2006 لتنفيذ القانون رقم 80.03 المحدث بموجبه محاكم استئناف إدارية، والقانون رقم 1.97.65 الصادر في 12 فبراير 1997 بتنفيذ القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، القانون

<sup>1</sup> Le juge du fond apprécie les faits du procès et applique la règle de droit, le juge du droit vérifie si la règle de droit a été correctement appliquée, alors la question qui se pose automatiquement: ne s'agit-il pas en l'occurrence d'une hiérarchisation d'évaluation, et par conséquent de deux degrés de juridiction ? Ce qui fait qu'il y a en effet trois degrés de juridictions: première instance, appel, cassation. Entre les trois types de juridiction la différence est de degré, et non de nature.

رقم 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته، وذلك وفق آخر التعديلات 2019-2020.

- قانون المسطرة الجنائية رقم 22.01 الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315، وفق آخر التعديلات، وخاصة الصيغة المحينة بتاريخ 18 يوليوز 2019.
- مدونة المحاكم المالية، قانون رقم 99-62 المتعلق بتحديد الاختصاصات والتنظيم وطريقة التسيير بكل من المجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية للحسابات وكذا إلى تحديد النظام الأساسي الخاص بقضاة هذه المحاكم المالية، الجريدة الرسمية بتاريخ 15 أغسطس 2002.
- قانون رقم 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري، 10 ديسمبر 2014، ج. ر. عدد 6322، فاتح يناير 2015 القاضي بإحداث محكمة عسكرية متخصصة للنظر ابتدائيا واستئنافية في القضايا المعروضة عليها.
- مدونة تحصيل الديون العمومية، القانون رقم 15.97، الجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ فاتح يونيو 2000.
- قضاء المجلس الأعلى الفرنسي بعد صدور مرسوم 1864 بسبب تراكم القضايا المتعلقة بإلغاء قرارات الإدارة المطعوم فيها.
- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي (972-1058)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الباب السادس في ولاية القضاء.
- عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن خلدون، المقدمة، في الخطط الدينية الخلفية.
- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، المعروف بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، هو كتاب يتناول الفقه المقارن وأسباب الاختلاف بين العلماء في المسائل الفقهية، ومن بينها مسألة القضاء، يقول ابن رشد في هذا الشأن "واتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق، كان حقا لله أو حقا للآدميين، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى".
- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري المشهور بأبي يوسف، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، المحقق أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد.
- عوف محمود الكفراوي، الرقابة المالية في الإسلام، الإسكندرية، 1983.
- مصطفى حسني السباعي، اشتراكية الإسلام، دمشق، يناير 1960.

- Edouard Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887, réédité en 1889.

- René Chapus, Droit administratif général, T1, 13<sup>ème</sup> Ed. 1999 .
- L. Duguit, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, RDP 1909.
- M. Waline, Vers un reclassement des recours du contentieux administratifs ? RDP, 1935.
- M. Bernard, Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? AJ juin 1995, n° spécial.
- J.-M. Woehrling, Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? Mélanges Braibant, 1996.



## الفصل السابع

# حماية القضاءين الدستوري والإداري لأسس دولة القانون في نزاعات المركز بالمحيط

Protecting The Constitutional And Administrative Judiciaries To The Foundations Of The Rule Of Law In The Center's conflicts With The Surrounding

د. خالد صالح

أستاذ باحث بكلية الحقوق،  
جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس

## ملخص

تعالج هذه الورقة مسألة التقائية عمل القضاءين الدستوري والإداري بالمغرب في ضمان أسس دولة القانون، بما تعنيه من علوية وسمو للقانون في علاقات الدولة بمحيطها الترابي المتمثل في وحداتها الترابية المنتخبة، قياسا على مضمون المبدأ الدستوري للتدبير الحر، لاسيما من خلال تكامل اجتهادات القضاء الدستوري حول تحديد مضمون وأبعاد وحدود هذا المبدأ، مع تدخلات القضاء الإداري المغربي في حمايته وضمان سمو القانون في الفصل في نزاعات المركز بالمحيط، خاصة في ظل تنوع القضايا المعروضة، واختلاف مجالاتها، والتي في النهاية يبقى هدفها حماية علوية القانون وسموه بعيدا عن أي شطط محتمل للدولة عبر ممثليها تجاه الجماعات الترابية.

## Summary

This paper addresses the issue of the convergence of the work of the constitutional and administrative judiciaries in Morocco in ensuring the foundations of the state of law with its superiority and transcendence of law in the relations of the state in its territorial surroundings, represented by its selected territorial units, as measured by the constitutional principle of free management, especially through the integration of the jurisprudence of the constitutional judiciary on the determination of the signification, dimensions and limits of this principle, with the interventions of the Moroccan judiciary in protecting it and ensuring the transcendence of the law in the adjudication of the center disputes with the surroundings, especially in light of the diversity of the cases presented, its different areas, which ultimately remained aimed at protecting the top of the law and calling it far from any possible abuse of the state through its representation towards the territorial communities.

## مقدمة

لقد عمل المشرع المغربي على رسم معالم جديدة لعلاقة المركز بالمحيط في ظل مسلسل النهج المتقدم للمركزية الترابية، واضعاً بذلك دوراً محورياً للأسس الدستورية القائمة على مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية في علاقتها بالمركز، من جهة، ومن جهة أخرى، رسم للقضاء الإداري المغربي بما راكمه من تجارب تاريخية خاصة مع سنوات التسعينات، والذي أسس لقضاء إداري متخصص بجهازه وأدواته، دوراً محورياً في حل النزاعات ذات الطبيعة الإدارية الناشئة عن تطبيق هذا المبدأ الدستوري، لاسيما في علاقة الدولة بالجماعات الترابية، وبالتالي وضع أسس لحماية مضمون دولة القانون بما تعنيه من ترسيخ لعلوية القانون في تداخل الأدوار والمهام في علاقة المركز (الدولة) بمحيطه (المنتخب الترابي)، بالنظر لمهمة ومنطق إعادة توزيع الصلاحيات بين الدولة والجماعات الترابية.

لذلك، رسم المشرع المغربي حدوداً لهذا التداخل في الأدوار والمهام بين المركز والمحيط<sup>1</sup> بناء على قيم وأسس مبدأ التدبير الحر في إدارة الشؤون، إذ خول للأول عبر وزارة الداخلية وممثلي الدولة (الوالي أو العامل) مهمة ممارسة المراقبة الإدارية على شرعية قرارات ومقررات الوحدات الترابية، وذلك تطبيقاً للفصل 145 من دستور 2011، والذي نص على أنه "...يعمل الولاية والعمال باسم الحكومة، على تأمين تطبيق القانون، وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها، كما يمارسون المراقبة الإدارية..."، ومنح الثاني أحقية منازعة الأول أمام المحكمة الإدارية المختصة كرهان لحماية مضمون دولة القانون، إذ تنص مثلاً المادة 112 الفقرة 2 من القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 لسنة 2015، على أنه "كل نزاع في هذا الشأن ثبت فيه المحكمة الإدارية"، وبالتالي محاولة خلق نوع من التوازن بين رهانات المركز وطموحات وأمال المحيط، في سياق ضمان مبدأ علوية القانون<sup>2</sup>.

قياساً على ذلك، تكمن أهمية تحليل موضوع "حماية القضاة بين الدستوري والإداري لأسس دولة القانون في نزاعات المركز بالمحيط"، في محاولة الوقوف على مختلف الأسس التي وضعها القضاء الدستوري لمبدأ التدبير الحر في إدارة شؤون المحيط بحرية، لاسيما في التجارب الدولية المتقدمة، والأدوار المنوطة بالقضاء الإداري المغربي في حماية هاته الأسس التي رسخها مبدأ التدبير الحر في علاقة الدولة بالمنتخب الترابي، لاسيما في ظل الولاية الانتدابية الأولى للجهة

<sup>1</sup> نقصد بكل من المركز والمحيط في هذه الورقة كل من الدولة أو ممثليها الترابي والمنتخبين الترابيين بالجماعات الترابية.

<sup>2</sup> وهي نفس المقتضيات الواردة في القانونين التنظيميين للعمال والأقاليم رقم 112.14 والجماعات رقم 113.14.

المقدمة 2015-2021، والتي من شأنها ضمان علوية القانون في توزيع وتوزيع الصلاحيات الإدارية والمالية والتنمية ذات الأبعاد الترابية، وبالتالي ضمان أسس دولة القانون كرهان للدولة الديمقراطية المدنية العصرية، وذلك من خلال قراءة تحليلية لمختلف التوجهات القضائية الجديدة لكل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري المغربي في الفصل في نزاعات الدولة مع محيطها.

في هذا الإطار، تحاول هذه الورقة الانطلاق من إشكالية محورية مفادها "مدى مساهمة القضاءين الدستوري والإداري في رسم أسس ومعالج علوية القانون في علاقة الدولة بمحيطها، من خلال الفصل في نزاعات الدولة وممثليها (سلطات المراقبة الإدارية) بمنتهي الجماعات الترابية قياسا على مضمون مبدأ التدبير الحر"، وذلك من خلال تحليل أسس دولة القانون في بسط وتوزيع الصلاحيات بين المركز والمحيط، وحماية الأخير من شطط ممثلي الدولة باعتبارهم الساهرين على ممارسة مهمة مراقبة شرعية القرارات والمقررات التي تعدها الوحدات الترابية، تجسيدا لأدوارها التنموية المنوطة بها بمقتضى القوانين التنظيمية المنظمة لها.

ولتحليل هذه الإشكالية، سنحاول الانطلاق من السؤالين الفرعيين التاليين:

- أي دور للقضاء الدستوري في حماية وبسط أسس دولة القانون في علاقة المركز بالمحيط قياسا على مبدأ التدبير الحر؟
- كيف ساهم القضاء الإداري المغربي في ضمان علوية القانون في نزاعات الدولة بمحيطها الترابي؟

قياسا على ذلك، سنحاول الارتكاز على الفرضيات العلمية التالية:

- وجود أدوار فعلية للقضاءين الدستوري والإداري في ضمان أسس دولة القانون في علاقة الدولة بمحيطها قياسا على مبدأ التدبير الحر.

وبالتالي، فمن أجل مقارنة الموضوع نعتمد الخطة التالية:

- المحور الأول: دور القضاء الدستوري في رسم معالم دولة القانون في علاقة المركز بالمحيط على ضوء مبدأ التدبير الحر
- المحور الثاني: قضاء إداري ناجع في مقابل شطط رقابي مانع لدولة القانون في نزاعات المركز بالمحيط

## المحور الأول: دور القضاء الدستوري في رسم معالم دولة القانون في علاقة المركز بالمحيط على ضوء مبدأ التدبير الحر

إذا كان من المسلمات في العصر الحديث أن الدولة لا بد أن تخضع للقانون، ويعد هذا الخضوع للقانون بما يؤدي إليه من حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم مظهراً من مظاهر المدنية الحديثة، والدولة لا تكون قانونية إلا حيث تخضع فيها جميع الهيئات الحاكمة لقواعد تقيدها وتسمو عليها<sup>1</sup>، أي أن "مبدأ خضوع الدولة للقانون أو مبدأ المشروعية يهدف إلى جعل السلطات الحاكمة في الدولة تخضع لقواعد ملزمة لها كما هي ملزمة للمحكومين"<sup>2</sup>.

لذلك، أعطيت العديد من التعاريف الفقهية للمقصود بدولة القانون، كمفهوم يعبر عن تصور حديث للدولة المدنية العصرية القائمة على القانون الوضعي، إذ قيل في مفهوم الدولة القانونية<sup>3</sup> أنها "تلك التي يستند كل تصرف أو عمل قانوني فيها سواء كان عاماً أو خاصاً إلى قاعدة قانونية مجردة وسابقة على التصرف أو العمل، وبعبارة أخرى فإنه يجب أن يخضع جميع الأفراد في علاقاتهم القانونية، بعضهم ببعض، وفي علاقاتهم مع الدولة وهيئاتها المختلفة لحكم القانون"<sup>4</sup>.

في نفس السياق، وفي ظل ربط مفهوم دولة القانون في تفاعل هيئات ومؤسسات الدولة فيما بينها من جهة، وبينها وبين الأفراد من جهة أخرى، فيقصد بدولة القانون حسب التصور الغربي الفرنسي بكونها تشكل "نظام قانوني يهدف إلى تجنب الأوضاع التعسفية بحيث يمكن معه مراقبة تطابق أعمال الحكومة والإدارة مع القواعد القانونية النافذة في الدولة"<sup>5</sup>.

ولعل اهتمام الفقه القانوني بمفهوم دولة القانون أو الدولة القانونية، يظل أمراً سابقاً عن تعاطي القضاء الدستوري لهذا المفهوم ومعناه القانوني الحديث، ذلك أن هذا الاهتمام الفقهي بهذا النوع من المواضيع قد تطور بالنظر للمفاهيم والأدوار التي أنيطت بالدولة، على اعتبار كونها كيان اجتماعي يحوز العنف المشروع كما أصل لذلك الفقيه الألماني ماكس فيبر، وبالتالي فهذا النقاش الفقهي خلق نوعاً من التأثير في النهاية على تصور القضاء الدستوري الفرنسي خاصة في بسط حدود وملامح دولة القانون أو ما يسمى بعلوية القانون، لاسيما في جانب تعاطي المؤسسات

<sup>1</sup> دلال القحطاني "الدولة القانونية العرفية والفقهية والتصور التاريخي" دراسات سياسية، المعهد المصري للدراسات، مارس 2019، ص 1 و 2.

<sup>2</sup> ثروت بدوي "النظم السياسية"، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1970، ص 149.

<sup>3</sup> مفهوم الدولة القانونية نعتيرده هو المعنى الصريح لمفهوم دولة القانون، والذي يعني في النهاية خضوع جميع أشخاص الدولة العامة والخاصة، وجميع أفرادها وهيئاتها لحكم القانون الذي تقره السلطة المختصة، وتسهر على تطبيقه بنوع من المساواة الهيئة المعنية بذلك.

<sup>4</sup> عبد الجليل محمد علي "القانون الدستوري" منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1977، ص 103.

<sup>5</sup> Philippe ARDANT « les institutions de la Ve république », Hachette, 7eme éditions, paris, 2001, page 36.

الدستورية المركزية بباقي المؤسسات الدستورية الأخرى الموجودة على مستوى المحيط<sup>1</sup>، في إطار منطق السهر على احترام القانون وضمان المشروعية الموكل دستوريا للمركز تجاه المحيط.

في هذا الإطار، فإن ما يهمنا نحن في تحليلنا لهذا الموضوع، هو التصور القضائي الدستوري لمفهوم الدولة القانونية أو دولة القانون، في علاقة المركز بالمحيط قياسا على المبدأ الدستوري التدبير الحر للشؤون، الموكل للجماعات الترابية في كل من فرنسا والمغرب، لاسيما من خلال تدخلات القضاء الدستوري الفرنسي في رسم ملامح ممارسة هذا المبدأ الدستوري، ومدى احترام مقومات دولة القانون في علاقة سلطة المراقبة الإدارية الموكل لها مهمة السهر على احترام المشروعية، بالجماعات الترابية كهيئات منتخبة خول لها الدستور في التجريبتين معا أحقية التدبير الحر لشؤونها بعيدا عن أي شطط من قبل الأولى عن الثانية (الفقرة الأولى)، إلى جانب رسم حدوده لما له من أهمية في ضمان وحدة الدولة، وبالتالي ضمان علوية القانون الدستوري الضامن لاستقرار الدولة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: حماية مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية حماية لمبدأ دولة القانون

إن كان المجلس الدستوري الفرنسي اعترف بقيمة مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية الدستورية لأول مرة سنة 1979، كمبادرة رقابية دستورية حاولت تحليل مضمونه وإبداء قيمته على مستوى تدبير الجماعات الترابية لشؤونها، من خلال أحد قراراته في هذا الباب<sup>2</sup>، وذلك كتأويل لمضمون المبدأ على مستوى الدستور الفرنسي لسنة 1958، لاسيما الفصلين 34 و72 منه، وما لحقه من تعديل دستوري سنة 2003<sup>3</sup>، فإنه كرس ذلك في أحد قراراته اللاحقة بكون أن "مبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية يشكل إحدى الحريات العامة التي لا يجب المساس بها"، مقرا بأن حرية التدبير هاته يلزم أن تمارس في ظل احترام ما هو وارد في القانون<sup>4</sup>، مما يعطي للمبدأ قيمته

<sup>1</sup> نقصد في هذه الدراسة بالمركز المشرع من جهة، ومن جهة أخرى وزارة الداخلية والأجهزة اللامركزية التابعة لها، والتي تمثل في الآن نفسه الدولة على مستوى الحدود الترابية الموكولة لها (الوالي والعامل)، والمكلفة بمقتضى القانون بممارسة مهمة المراقبة الإدارية على الوحدات الترابية، والمحيط مختلف الجماعات الترابية كمؤسسات دستورية منتخبة تعبر عن اللامركزية في أبعادها الإدارية والترابية.

<sup>2</sup> Décision N 79-104 du 23 Mai 1979 "Nouvelle-Calédonie", conseil constitutionnel, Frans, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. 20-01-2018. 10:20.

<sup>3</sup> Loi constitutionnelle du 28 Mars 2003 relatif l'organisation décentralisée de la république.

<sup>4</sup> المجلس الدستوري الفرنسي، قرار جماعة "Vilaine" بتاريخ 18 يناير 2001، يمكن تحميله من موقع المجلس التالي: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

كحرية من الحريات العامة المخولة للجماعات الترابية في تدبير شؤونها، متجاوزا بذلك النظرة التحفظية التي أسس عليها المشرع الفرنسي مضمون هذا المبدأ، خاصة وأن القوانين الفرنسية ذات الصلة بالجماعات الترابية، حملت معها تصورات عديدة لقيمة المبدأ وحدوده<sup>1</sup>.

وبالرجوع لمضمون مختلف القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي، ذات الصلة بمبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية في علاقتها بسلطات المراقبة الإدارية، الموكل لها مهمة السهر على احترام المشروعية، نجد تصورا متقدما للقضاء الدستوري في حمايته لحرية الوحدات الترابية في إدارة شؤونها المحلية والترابية، وهو ما يعكسه مضمون مختلف القرارات القضائية الدستورية والمواضيع التي تناولتها، والتي ترتبط بشكل مباشر بتدبير الموارد البشرية لهذه الوحدات الترابية، إلى جانب حماية حرية هاته الوحدات تجاه شطط المشرع الفرنسي أو سلطات المراقبة الإدارية البعيدة على قرارات ومقررات مجالسها ورؤسائها...، وذلك كالآتي:

### أولا: الحماية من شطط سلطة المراقبة الإدارية حماية للمبدأ

لقد اهتم المجلس الدستوري الفرنسي بالجوانب التي لها صلة بشطط سلطات المراقبة الإدارية تجاه حرية الجماعات الترابية في تدبير شؤونها، لذلك تدخل بناء على أحد قراراته على تحجيم هذا الشطط ومنعه تجاه ممارسة الوحدات الترابية لشؤونها بحرية، إذ جاء في الفقرة 57 من قرار المجلس الدستوري بتاريخ 20 يناير 1993<sup>2</sup> حول مدى دستورية القانون المتعلق بالوقاية من الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والمساطر العامة، والمعروف بـ "قانون سابان"، بأنه "بالنظر إلى أنه بموجب أحكام المادة 72 من الدستور، فإن الجماعات المحلية "تحكم نفسها بحرية من خلال مجالس منتخبة ووفقاً للشروط التي ينص عليها القانون": فإن أحكام الجزء الثاني التي تم تحليلها أعلاه لها تأثير السماح لممثل الدولة بالتسبب في أي وقت، حتى يصدر القاضي الإداري حكماً نهائياً بشأن دعوى الإلغاء، في التعليق لمدة ثلاثة أشهر أعمال الجماعات المحلية في مناطق مهمة من اختصاصاتها عن طريق مقاطعة تنفيذها إذا لزم الأمر؛ وبذلك فإنهم (أي الجماعات

<sup>1</sup> خالد صالح "تدقيق أداء الجماعات الترابية دراسة قانونية تحليلية لحالة الجهات بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2017-2018، ص 144.

<sup>2</sup> Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Cons. 57.

الترابية) يحرمون من الضمانات الكافية لممارسة التدبير الحر للجماعات المحلية المنصوص عليها في المادة 72 من الدستور...، وبالتالي فأحكام هذه المادة غير دستورية"<sup>1</sup>.

وبالتالي، فإن عمل المجلس الدستوري في هذا الإطار، ومن خلال مضمون الفقرة 57 من قراره هذا، ركز على حماية منطوق المبدأ الدستوري القاضي بحرية الجماعات الترابية في إدارة شؤونها، بعيدا عن أي شطط محتمل يمكن أن يمارس من قبل سلطات المراقبة الإدارية الموكلولة لممثلي الدولة، وهو الأمر الذي ساهم في ضمان فعلي لدولة القانون وعلاوته في علاقة المركز بالمحيط، من خلال التدخل لاعتبار مقتضيات المادة 83 من قانون الوقاية من الفساد السالف الذكر، تمس بجوهر التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، وبالتالي اعتبارها غير دستورية، وبهذه الحالة يكون المجلس الدستوري الفرنسي هو الحامي الأول لمنطق دولة القانون في علاقات المركز بالمحيط، من خلال محتوى مختلف قراراته ذات الصلة بهذا الموضوع.

### ثانيا: ضمان حرية الجماعات الترابية في التداول

تدخل المجلس الدستوري الفرنسي في عديد الحالات ضد عرقلة حرية تدبير الجماعات الترابية لشؤونها، في هذا الإطار أقر المجلس حرية المجالس الجهوية في تدبير شؤونها الداخلية المرتبطة بتدبير لجائها الداخلية وطرق انعقادها، من خلال رقابته على القانون المتعلق بانتخاب المستشارين الجهويين، إذ اعتبر بعض بنوده غير دستورية وتمس بجوهر حرية التدبير الموكلول للمجالس الجهوية دستوريا، ذلك أن المجلس الدستوري اعتبر في قراره بتاريخ 14 يناير 1999، على أن فرض المشرع على المجالس الجهوية علنية مناقشات لجائها الدائمة دون ترك الأمر في تحديده للنظام الداخلي لكل مجلس، فيه مس بمبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، إذ أقر في فقرته 24 من قراره هذا على أنه "بالنظر إلى أن المشرع، بالنسبة لأعضاء مجالس المستشارين الجهويين، أعاق بالتالي التدبير الحر للجماعات الترابية؛ على أساس أن الأمر من المفروض أن يكون

<sup>1</sup> 57. Considérant qu'aux termes de l'article 72 de la Constitution les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi » ; que les dispositions du II ci-dessus analysées ont pour effet de permettre au représentant de l'État de provoquer à tout moment, jusqu'à ce que le juge administratif ait statué définitivement sur le recours en annulation, la suspension, pendant un délai de trois mois, des actes des collectivités locales dans des domaines importants relevant de leurs compétences en interrompant, le cas échéant, leur mise en oeuvre ; qu'elles privent ainsi de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales prévu par l'article 72 de la Constitution ; que dans la mesure où les dispositions du I ont été introduites par le législateur en vue de l'application du II, il y a lieu de déclarer l'article 83, dans son ensemble, contraire à la Constitution .



متروكاً لكل مجلس جهوي فقط، الذي يضع نظامه الداخلي في الشهر التالي لتجديده، ليقرر ما إذا كان ينوي أن تكون اجتماعات لجنته الدائمة علنية أم لا<sup>1</sup>.

قياساً على ذلك، فإن أمر حرية التدبير الموكول للجماعات الترابية بمقتضى الدستور، يظل مرتبطاً بوجود نظام لامركزي فعلي بصلاحيات تقريرية فعلية موكولة لهذه الوحدات الترابية، حتى يتكامل أمر الحديث عن علوية القانون في أي دولة لامركزية موحدة أو مركبة، وهو الأمر الذي كرسه القضاء الدستوري في قراره بتاريخ 8 غشت 1985، بمناسبة نظره في دستورية قانون تطوير منطقة "كاليدونيا الجديدة"، مؤكداً على "ضرورة ربط مبدأ التدبير الحر بممارسة مهام فعلية، وأن المجالس المنتخبة يجب أن تتمتع باختصاصات تقريرية واضحة، أما إذا كانت المجالس لا تتوفر سوى على اختصاصات استشارية فلا يمكن في هذه الحالة الحديث عن أي مظهر من مظاهر التدبير الحر"<sup>2</sup>.

### ثالثاً: حماية حرية الجماعات الترابية في إدارة مواردها البشرية:

قضى المجلس الدستوري الفرنسي في قراره بتاريخ 24 يناير 1984<sup>3</sup> "بأن الأحكام التي تقضي بوجوب تبليغ تعيين الموظفين الجماعيين في المناصب الشاغرة إلى مراكز الإدارة المختصة تحت طائلة الإلغاء، من شأنها أن تقوض مبدأ حرية التدبير الذي يكفله الدستور، طبقاً للمضمون الذي تضمنته الفقرة 2 من المادة 23 من هذا القانون، كما اعتبر في الحكم ذاته أن صدور مرسوم يقضي بضرورة تبرير توظيف بعض الموظفين وتحديد أجورهم مخالف للدستور".

في هذا الإطار يقر المجلس الدستوري في الفقرة 10 من قراره هذا على أنه "بالنظر إلى أنه، في حين أن إبلاغ هذه المعلومات إلى مراكز الإدارة قد يكون مطلوباً من جميع الجماعات المحلية، حتى تلك التي لا تنتمي بالضرورة إليها، فإن العقوبة المفروضة عليها تقوض حرية التدبير التي يكفلها الدستور، لأنها "تلغي" التعيينات التي أجرتها سلطة إقليمية حرة، طبقاً للمادة 42، الفقرة

<sup>1</sup> Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, paragraphe 25.

« Considérant que, pour les sénateurs requérants, le législateur a ainsi entravé la libre administration des collectivités territoriales ; qu'il n'appartiendrait, selon eux, qu'à chaque conseil régional « lorsqu'il établit son règlement intérieur dans le mois qui suit son renouvellement, de décider s'il entend que les séances de sa commission permanente soient publiques ou non ».

<sup>2</sup> Michel Verpeaux « la nation de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle, in institut de la décentralisation: diagnostic-analyse-propositions », L'harmattan, paris, 1997, page:43.

<sup>3</sup> Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984. Con 9, 10, et 19.

الأولى، لتعيين موظفيها وأعوامها، وبالتالي فإن الجملة الثانية من الفقرة الثانية من المادة 23 غير دستورية<sup>1</sup>، وبالتالي فإن المجلس الدستوري في هذه الحالة، سجل لأول مرة رقابته على بعض أحكام الوظيفة العمومية الترابية المتعلقة بالتدبير الحر<sup>2</sup>.

وفي تعليق للأستاذين Louis Favoreu و André Roux على هذا القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي، يعتبران أنه "بفرض المشرع لهذه الإجراءات المنصوص عليها في مشروع هذا القانون، يكون قد حرم الجماعات الترابية من حق اتخاذ قرار تعيين مستخدميها بحرية، وذلك على أساس أن حرية القرار وتسيير الجماعات لشؤون موظفيها يمثل حرية متأصلة ومتجددة في مبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية"<sup>3</sup>، وهو الأمر الذي أوقفه القاضي الدستوري حين تنصيبه في قراره السالف الذكر، على أن الأمر من شأنه أن يقوض مضمون مبدأ التدبير الحر الموكل دستوريا للجماعات الترابية، وبالتالي فتدخله هذا جاء من أجل ضمان حسن تفعيل هذا المبدأ والحرص على تجسيد منطق الحرية في التدبير كعنصر جوهري في مضمون هذا المبدأ الدستوري.

وبالتالي، فإن القضاء الدستوري الفرنسي من خلال قراره هذا، عمل على محاولة بسط أسس علوية القانون الدستوري، من خلال حرصه على ضرورة مطابقة نصوص الوظيفة العمومية للجماعات الترابية التي أقرها المشرع، لمضمون المبدأ الدستوري المتمثل في التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، بما يعني الحرص على ضمان حرية تدبير هذه الوحدات الترابية لشؤونها ذات الصلة بموظفيها بعيدا عن أي تدخل في اختصاصها من قبل المركز.

<sup>1</sup> 10. Considérant que, si la communication de ces renseignements aux centres de gestion peut être requise de toutes les collectivités, même non obligatoirement affiliées à ceux-ci, la sanction infligée à ces dernières porte atteinte à la libre administration garantie par la Constitution, puisqu'elle frappe de nullité les nominations effectuées par une autorité territoriale libre, dans le respect de l'article 42, 1<sup>er</sup> alinéa, du recrutement de ses agents; que la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article 23 n'est donc pas conforme à la Constitution;

<sup>2</sup> Jacques-Henri Stahl « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2014/1 (N° 42), page 36.

<sup>3</sup> Louis FAVOREU, André ROUX, La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 12, Dossier: Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) - mai 2002, page 6.

- لمزيد من التفصيل أنظر: عبيد مصطفى "المبدأ الدستوري للتدبير الحر، دراسة نقدية تحليلية لتجربة مجالس جهات كميم العيون والداخلية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، الموسم الجامعي 2018-2019، ص 97 وما بعدها.

قياسا على كل ذلك، يعتبر الأستاذ محمد بجيدة، أن القضاء الدستوري يتحمل مسؤولية كبرى في حماية الجماعات الترابية من شطط المركز، فالقوانين التنظيمية -بالمغرب مثلاً- تخضع لرأيه وتقديره، ولذلك يجب أن يرسم حدوداً أساسية لمبدأ التدبير الحر وباقي المبادئ الدستورية، عبر حفظ الحريات المحلية، ورفض تقديرات المشرع (المركز) فيما يخص تأطير حريات الجماعات الترابية (المحيط) حسب معايير المصلحة العامة، كلما كانت غير متناسبة أو مخالفة للمبادئ الدستورية بشكل يحدد مبدأ التدبير الحر المحلي<sup>1</sup>..

وبالتالي، فإن حماية القضاء الدستوري لمبدأ دولة القانون في علاقة المركز (المشرع، السلطة المركزية وممثلها الترابيين) بالمحيط (الجماعات الترابية)، تركز بالفعل من خلال تدخل الأخير في العديد من المرات في ضمان التوازن بين هواجس المركز وطموحات المحيط، لاسيما في ما يتعلق بممارسة الصلاحيات الموكولة للجماعات الترابية بحرية واستقلالية، مما يعكس الدور الذي لعبه في هذا الإطار، في ترسيخ مضمون علوية القانون أو ما يسمى بدولة القانون كخيار للدولة المدنية الحديثة، وذلك انطلاقاً من حماية وتحصين مقومات التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية.

ولعل ما يركي هذا الكلام، هو ما قاله الأستاذ Dominique Rousseau عن الدور الذي لعبه القضاء الدستوري الفرنسي في هذا الإطار، إذ يقول "بالرغم من أن المشرع بموجب الفصل 34 من الدستور الفرنسي هو من له صلاحية تحديد مبادئ وشروط تطبيق مبدأ التدبير الحر، فإن الفضل في تحصينه وإحاطته بالضمانات اللازمة، يعود للمجلس الدستوري"<sup>2</sup>.

وبالتالي، فقد لعب المجلس الدستوري الفرنسي دوراً محورياً في رسم معالم مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، بما يعنيه ذلك من حماية مباشرة وغير مباشرة لمبدأ دولة القانون بما تعنيه من احترام لعلوية القانون في عمل الدولة وتنظيم علاقات مؤسساتها الدستورية والسياسية والإدارية بما فيها الجماعات الترابية، لذلك يبقى المجلس الدستوري حامياً فعلياً لمضامين هذا المبدأ، بالنظر لما تضمنته جل قراراته من تدخلات للحد من شطط وتغول المركز على المحيط.

<sup>1</sup> Mohammed Boujida « quelques éléments d'analyse du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales marocaines » 2015, page 19.

نقلاً عن: عبد الرقيق زعنون "مبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية بالمغرب بين التأصيل الدستوري والحماية القضائية"، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الثاني، فبراير 2019، ص 45.

<sup>2</sup> Dominique Rousseau « droit de contentieux constitutionnel » 7eme édition, édition Delta, paris, 2006, page 24.

في المقابل، فإن المجلس الدستوري الفرنسي عمل على بسط حدود لمضمون التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، حتى لا يضر بحماية كيان الدولة وحدودها، وبالتالي حماية مبدأ دولة القانون من خلال السهر على احترام مضامين الدستور، التي تمنع من جعل التدبير الحر للجماعات الترابية مطية للمطالبة بالانفصال أو الاستقلال عن الدولة الأم.

### الفقرة الثانية: رسم حدود لمبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية حماية وضمانة لدولة القانون

تعددت قرارات المجلس الدستوري الفرنسي التي رسمت حدود لمبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية حتى لا يمس بكيان وحدة الدولة، ذلك أن الأخير وإن دافع عن مضمون المبدأ وجعله حرية من الحريات الأساسية الموكولة للجماعات الترابية في علاقتها بالمركز، فإنه مع ذلك دافع عن الدور الذي تلعبه سلطة المراقبة الإدارية على الجماعات الترابية، كما أن ذلك لم يدفعه يوما لجعل المبدأ وقبوله على أساس كونه عنصرا لاستقلال فعلي لهذه الوحدات الترابية عن الدولة الأم، لاسيما وأنه أقر في العديد من المناسبات على أنه للمشرع السلطة العليا في تقرير مضمونه ورسم حدوده، وهو ما كرسه في بعض قراراته ذات الصلة.

في هذا الإطار اعتبر المجلس الدستوري في الفقرة 4 من قراره بتاريخ 25 فبراير 1982<sup>1</sup>، على أنه "إذا كان القانون يحدد شروط التدبير الحر للجماعات الترابية، فإن هذا التحديد يتم في إطار احترام صلاحيات الدولة التي لا يمكن أن تكون مقيدة، أو أن يتم إبطالها ولو مؤقتا، على أساس أن سلطة المراقبة الإدارية تقوم بمهمة حماية القانون، وبشكل أعم، حماية المصالح الوطنية التي ترتبط علاوة على ذلك بتنفيذ الالتزامات الدولية"<sup>2</sup>، وبالتالي فإن المجلس الدستوري في هذا القرار أكد على ضرورة ممارسة المراقبة الإدارية على مضمون مبدأ التدبير الحر، بالنظر للمصالح الوطنية العليا التي لا يجب أن يمس بها لما لها من انعكاس على التزامات الدولة الخارجية، مما يعني رفض تجاوز ملامح المبدأ للمساس بمصالح الدولة الوطنية والدولية.

قياسا على ذلك، ظل عنصر المصلحة العامة حسب تصورات المجلس الدستوري الفرنسي، أمرا محددا في رسمه حدود مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية وبالتالي ضمان

<sup>1</sup> Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Con. 4.

<sup>2</sup> عبيد مصطفى "المبدأ الدستوري للتدبير الحر، دراسة نقدية تحليلية لتجربة مجالس جهات كلميم العيون والداخلة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، م س، ص 91.

مبدأ دولة القانون التي أصل لها دستور الجمهورية الفرنسية ومختلف التشريعات الأخرى، والتي انتصرت دائما للمصلحة العامة لاسيما في علاقة المركز بالمحيط، لذلك فإن نظر المجلس الدستوري لمبدأ دولة القانون لا يقوم فقط على حماية الجماعات الترابية من شطط المركز من خلال حمايته لمبدأ التدبير الحر، وإنما أيضا يتجسد في بسط حدود حرية هذه الوحدات في إدارة شؤونها، بما لا يمس بالمصلحة العامة أولا، وبما لا يقود إلى المساس بوحدة كيان الدولة ثانيا، وهي مقارنة صعبة تجاذبها مختلف قرارات المجلس الدستوري الفرنسي منذ مدة.

ذلك أنه في إطار الدولة الموحدة، يقول أحد الباحثين، "لا تتمتع الجماعات الترابية بحرية مطلقة، فهي تخضع لرقابة الدولة، والتي هي مقابل منطقي للامركزية، وضابط من الضوابط المؤطرة لمبدأ التدبير الحر، فهي تهدف إلى تحقيق التوازن بين امتيازات الدولة والحرية المحلية، والتوفيق بين المصالح الوطنية والمصالح المحلية"<sup>1</sup>، وهو ما عبر عنه بالقول الفقيه الفرنسي Joye, Jean-François أحد المطلعين على الوضع الفرنسي بالقول "أن التدبير الحر يعني حرية التدبير وليس التدبير المتحرر من الدولة"<sup>2</sup>، ولعل هذا الأمر هو الذي استقر في صلب قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، الراعي الرسمي لحماية واستقلال الدولة من جهة، وللدولة القانون في علاقة المركز بالمحيط من جهة أخرى.

أما بخصوص القضاء الدستوري المغربي، فإن تعاطيه مع مضمون مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، ومدى تأثيره على مضمون مبدأ دولة القانون، يظل منعما، لاسيما وأن مراقبة المحكمة الدستورية المغربية (المجلس الدستوري آنذاك) لدستورية القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، لم تتطرق في قراراتها الصادرة<sup>3</sup> لأي معطى في هذا الأمر، بالرغم من تنصيب المشرع على تصور معين لمضمون هذا المبدأ في المادة 4 من القوانين التنظيمية الثلاث للجماعات الترابية.

وبالتالي، يصعب الحديث عن أية مساهمة للقضاء الدستوري المغربي في بسط ملامح مضمون مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، ولا بسط حدوده، فما بالك برصد تأثيره على مبدأ دولة القانون بما تعنيه من محاولة للتوازن بين حريات هذه الوحدات الترابية وبين

<sup>1</sup> - أحمد بوسيدي "التدبير الحر للجماعات الترابية"، مجلة المنبر الحر، العدد المزدوج 2 و3، أبريل-أكتوبر 2012، ص 203 و204.

<sup>2</sup> Joye, Jean-François « L'action économique territoriale: outils juridiques et logiques d'acteurs », édition L'harmattan, 2002, p159.

<sup>3</sup> - على سبيل المثال: قرار المحكمة الدستورية (المجلس الدستوري آنذاك) رقم 966/2015 بتاريخ 30 يونيو 2015.

المصلحة العامة، واستقلالية ووحدة كيان الدولة، ليأتي بعد ذلك دور القضاء الإداري المغربي الذي حاول في هذه الأمر من خلال مختلف قراراته وأحكامه ذات الصلة بحرية تدبير الجماعات الترابية لشؤونها.

## المحور الثاني: قضاء إداري ناجع في مقابل شطط رقابي مانع لدولة القانون في نزاعات المركز بالمحيط

إذا كان القضاء الدستوري الفرنسي خاصة عمل منذ مدة على بسط أسس دولة القانون في علاقة الإدارة المركزية بالجماعات الترابية، من خلال حرصه كما سبقت الإشارة إلى ذلك، على تأطير منظور التدبير الحر لشؤون هذه الوحدات الترابية، وحمايته من أي شطط من قبل الإدارة المركزية أو ممثليها على المستوى الترابي، فإن الأمر كذلك يبقى رهين بنجاعة القضاء الإداري في الفصل في النزاعات الحاصلة بين الطرفين معاً، قياساً على مضمون هذا المبدأ الدستوري الذي يضمن لهذه الوحدات الترابية استقلالية تديرية عن المركز، بما يسمح بقيامها بمهامها المنوطة بها، لذلك ظل القضاء الإداري المغربي الملاذ الأمان لحماية علوية القانون في هذا النوع من النزاعات.

قياساً على ذلك، يعتبر الأستاذ أشرف عبد المنعم إبراهيم عبد الدايم المستشار بمجلس الدولة المصري، "إن سيادة القانون يجب أن تسود بشكل حقيقي وفعال في المجتمعات المتحضرة بحيث تسمو على مستوى العلاقات سواء بين الأفراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة أو بين جميع أجهزة الدولة، ويظهر دور القضاء الإداري جلياً في تحقيق تلك السيادة وترسيخها بما ينعكس إيجابياً على المجتمع، ويحقق أمن وسلام اجتماعي تنكبت بعض الحكومات والأنظمة عن تحقيقه، ذلك إنه، إذا كان خضوع الدولة للقانون هو أحد مظاهر سيادة القانون، فهل يترك للدولة أو للسلطة حرية التصرف في كافة أوجه نشاطاتها دون مراقب أو معقب أو محاسب، بالطبع لا، فليس معنى أنه من واجب الدولة أو السلطة أن تحي حقوق وحرريات الأفراد أن تجعلهم خاضعين وحدهم للقانون، بل من واجب سلطات الدولة أن تخضع هي نفسها لأحكام القانون، وهذا الالتزام هو ما أصطلح على تسميته بمبدأ المشروعية، وهنا يظهر دور القضاء الإداري في تحقيق وترسيخ مبدأ المشروعية، مما يترتب عليه سيادة حكم القانون وسيطرته وخضوع الحاكم والمحكومين لهذه الأحكام"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أشرف عبد المنعم إبراهيم عبد الدايم " دور القضاء الإداري في تعزيز سيادة القانون وأمن المجتمع"، دراسة علمية محكمة، (دون سنة النشر)، ص 3 و 4، يمكن تحميلها من موقع كلية الحقوق، جامعة طنطا بمصر، <https://law.tanta.edu.eg/>, 2022-02-07، 13:20.

في هذا الإطار أيضا، يعتبر الفيلسوف الفرنسي Jacques CHEVALLIE، "إن دور القاضي (والقاضي الإداري خاصة) في دولة القانون يؤدي إلى نوع من "إنكار" للسلطة بعد "شرعتها"، لأن إسناد السلطة المشروعة لرقابة القاضي هو نوع من "التراجع" بالنسبة لهذه السلطة، ومع ذلك، فإذا كانت الرقابة القضائية لا تتحول إلى "حكومة القضاة"، فلأن العمل القضائي يفترض فيه أن يكون من طبيعة استنتاجية خالصة، فالقاضي نظريا هو فقط يطبق القانون ويستخلص النتائج من تدرج القوانين، في خدمة النظام القانوني ولا يمارس بنفسه أي سلطة، أي أن دور القاضي يقتصر على تطبيق وإسقاط القانون على الحالات الخاصة، متمسكا بإخلاص بحرفية النص، ومتبعيا للإرادة المشرع"<sup>1</sup>، وبالتالي، فإن الحرص على ضمان مبدأ دولة القانون، يتوقف على العمل المضني الذي يقوم به القاضي الإداري خاصة، عند الفصل مثلا في النزاعات بين الإدارة المركزية والجماعات الترابية.

وإذا كان دور القضاء الإداري المغربي في الفض في النزاعات الحاصلة بين الإدارة المركزية والجماعات الترابية، لاسيما منها المرتبطة بنزاعات الوصاية الإدارية أو ما يسمى اليوم بالمراقبة الإدارية على هذه الوحدات، ظل محدودا، بالنظر إلى أن الأدوار المنوطة به لم تكن لتأتي أكلها في ترسيخ منطق دولة القانون في هذا الإطار، ذلك إن منطق الوصاية الإدارية السائد قبل صدور القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لسنة 2015<sup>2</sup>، لم يكن يسمح بدور كبير لهذا الجهاز القضائي، لاسيما وأن سلطة الوصاية كانت حينها تلعب دورين متناقضين، فمن جهة تشكل الخصم الذي يساهم في إثارة الاختلالات والنزاعات، ومن جهة ثانية، تعتبر الحكم الذي يقوم باتخاذ القرارات الوصائية تجاه الجماعات الترابية بما فيها عزل الرؤساء، وحل المجالس، والاعتراض على المقررات والمداولات وغيرها.

إلا أن الأمر بعد صدور القوانين التنظيمية السالفة الذكر، قد أعاد ضبط منطق الوصاية الإدارية بما يسمح وتعزيز دور القضاء الإداري المغربي في حماية الجماعات الترابية من أي شطط من قبل الإدارة المركزية وعبر ممثلها ترابيا، من خلال إعادة تحديد نطاق الوصاية الإدارية وتوحيدها بمنطق المراقبة الإدارية، حيث تم ربط الأخيرة بالجوانب المتعلقة بمشروعية القرارات

<sup>1</sup> Jacques CHEVALLIER « L'Etat de droit », Montchrestien, 4ème édition, Paris, 2003, page 65 et 66.

<sup>2</sup> القانون التنظيمي رقم 111.14 الخاص بالجهات، القانون التنظيمي رقم 112.14 الخاص بالعمالات والأقاليم، والقانون التنظيمي رقم 113.14 الخاص بالجماعات، الجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 23 يوليوز 2015.

والمقررات<sup>1</sup>، وأسند مهمة ممارستها إلى والي الجهة بالنسبة للجهة، وإلى العامل بالنسبة لمجلس العملة أو الإقليم وبالنسبة للجماعة، وجعل عزل الأعضاء وحل المجلس والتصريح ببطلان مداوالات مجلس الجماعة الترابية، وإيقاف تنفيذ القرارات والمقررات<sup>2</sup> التي تشوبها عيوب قانونية اختصاصا حصريا للقضاء الإداري<sup>3</sup>، وبالتالي أصبح للقضاء الإداري دورا محوريا في تعزيز منطق دولة القانون، عند الفصل في النزاعات التي أصبح أمرها موكول له في علاقة الإدارة المركزية بالجماعات الترابية.

في هذا الإطار، يحق لنا التساؤل عن حصيلة هذا الجهاز القضائي وتصوراته للنزاعات الناشئة بين الإدارة المركزية والجماعات الترابية على ضوء ممارسة الأولى لسلطة المراقبة الإدارية على الثانية؟ وكيف ساهمت أحكامه وقراراته القضائية في حماية مبدأ دولة القانون في هذا السياق؟، قياسا على بعض المؤشرات ذات الصلة بقرارات رؤساء الجماعات الترابية ومقررات مجالسها، من خلال التركيز على نقط محورية في هذا الإطار، تهم أمثلة حول: النزاعات حول الطعن في مداوالات ومقررات المجالس، الأنظمة الداخلية لهذه المجالس، حل المجالس الترابية، إيقاف تنفيذ المقررات والقرارات من خلال القضاء الإداري الاستعجالي:

### أولا: رقابة القاضي الإداري على الأنظمة الداخلية للمجالس الترابية

لقد نظمت المادة 114 من القانون التنظيمي للجهات والمادة 108 من القانون التنظيمي للعمال والأقاليم، والمادة 117 من القانون التنظيمي للجماعات، مسطرة تعرض ممثلي السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية على الأنظمة الداخلية للجماعات الترابية قبل البدء في تنفيذها، إذ ألزم المشرع هذه المجالس بضرورة إحالة هذه الأنظمة على سلطات المراقبة الإدارية أولا، وأعطى الحق للأخيرة في التعرض عليها داخل أجل 3 أيام من التوصل، كما خول المشرع لسلطة المراقبة الإدارية إحالة الأمر على القضاء الاستعجالي الإداري للبت في وقف تنفيذ المقرر الخاص بالنظام

<sup>1</sup> أنظر على التوالي المواد: 112، 106، 115، من القوانين التنظيمية 111.14 و 112.14 و 113.14، والتي تنص في مضمونها على أن "يمارس (الوالي، العامل حسب الحالة) المراقبة الإدارية على قرارات رئيس المجلس ومقررات مجلس الجماعة الترابية".

<sup>2</sup> طبقا للمواد على التوالي: 66 و 64 و 63 من القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، والتي تنص على أنه "يختص القضاء وحده بعزل أعضاء المجلس وكذلك بالتصريح ببطلان مداوالات مدلس الجماعة الترابية وكذا إيقاف تنفيذ المقررات والقرارات التي قد تشوبها عيوب قانونية".

<sup>3</sup> محمد باهي "المراقبة الإدارية على المنتخبين وعلى مشروعية قرارات رؤساء المجالس ومقررات مجالس الجماعات الترابية: أي دور للقاضي الإداري؟"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017، ص 15.



الداخلي داخل أجل 48 ساعة من توصله بالأمر، في حالة تمسك المجلس بمقرره على شكله الأول، كما خول للمحكمة الإدارية أجل 30 يوما للبت في النزاع المعروض عليها.

وبالتالي، فقد نظم المشرع مسطرة المنازعة أمام القضاء الإداري بين سلطات المراقبة الإدارية ومجالس الجماعات الترابية التي تتمسك بمقرراتها ذات الصلة بأنظمتها الداخلية، ما دام أن المشرع نفسه هو من ألزمها بضرورة إعدادها لأنظمة داخلية قبل الشروع في تنزيل اختصاصاتها، جاعلا بذلك للقضاء الإداري مهمة الفصل في كل نزاع حول هذا الأمر، بما يضمن حكم القانون وعقليته، وبالتالي ضمان مبدأ دولة القانون في علاقات الإدارة المركزية عبر ممثليها بالوحدات الترابية.

في هذا الإطار مثلا، تعرضت مصالح وزارة الداخلية على مضمون النظام الداخلي لمجلس جهة الداخلة وادي الذهب، وتمسك المجلس بمقرره السابق بعد القراءة الثانية، وهو ما دفع بها للطعن أمام المحكمة الإدارية بأكادير، والتي قضت في النهاية في حكم لها تحت عدد 72 بتاريخ 19 يناير 2016، بقبول طعن وزير الداخلية الموجه ضد مقرر مجلس الجهة رقم 1-2015، والتصريح ببطلانه جزئيا بخصوص الموافقة على مقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 52 من النظام الداخلي للمجلس المذكور، مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وهو ما أيدته محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بموجب قرارها عدد 560 بتاريخ 23 مارس 2016، ملف رقم 306-7212-2016.<sup>1</sup>

وإذا كان هذا العمل القضائي قد أثار في صلبه إشكال اعتماد أجال الطعن في المقررات الصادرة عن مجالس الجماعات الترابية، المحدد قانونا في 20 يوما من تاريخ توصل سلطة المراقبة الإدارية بالمقرر، إلا أنه اعتبر أن مثل هذه الطعون ذات الصلة بالمقررات المخالفة للقانون لا تتحصن بالأجل السابق، وإنما ينطبق عليها عملية البطلان المفتوحة الأجل، والتي يمكن أن تثار في كل وقت وحين كما هو منصوص عليه في القوانين التنظيمية للجماعات الترابية.<sup>2</sup>

وفي حيثيات قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش السالف الذكر، اعتبر أن القاضي الإداري أنه "... بغض النظر عن العلل المعتمدة في متن المادة 52 من النظام الداخلي، أو التي تم

<sup>1</sup> مصطفى بن شريف: المراقبة الإدارية والرقابة القضائية على الجماعات الترابية بالمغرب، مطبعة الجسور ش.م.م، الطبعة الأولى، وجدة، 2021، ص 337.

<sup>2</sup> على سبيل المثال أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 112 من القانون التنظيمي للجهات والتي تحمل نفس المضمون في باقي القوانين الأخرى، والتي تنص على أنه "تعتبر باطلة بحكم القانون المقررات والقرارات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجهة أو رئيسه أو المتخذة خرقا لأحكام هذا القانون التنظيمي والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. وتبت المحكمة الإدارية في طلب البطلان بعد إحالة الأمر إليها في كل وقت وحين من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية".

الدفع بها لتبرير الموافقة على مقتضيات المادة المذكورة، فإن الفصل 70 من دستور 2011، ينص على ما يلي: "يمارس البرلمان السلطة التشريعية"، كما ينص الفصل 71 منه على أن "يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية: ...نظام الجماعات الترابية، ومبادئ تحديد دوائرها الترابية"، ولذلك وطالما أن النظام الداخلي منح الاختصاص بتحديد أعضاء اللجن الدائمة بالمجلس الجهوي وتوزيعهم عليها، لرئيس المجلس، فهو بذلك قد تضمن اغتصابا لصلاحيات ممنوحة دستوريا للسلطة التشريعية، فالمشرع حدد اختصاصات الرئيس بالقانون التنظيمي المتعلق بالجهات، وهو فقط من يملك إضافة اختصاصات جديدة لرئيس المجلس أو سحبها".<sup>1</sup>

مضمون هذا القرار أعاد إلى الأذهان النقاش الفقهي حول أحقية الجماعات الترابية في حرية تدبير شؤونها، وممارسة السلطة التنظيمية، ومدى حدودها في علاقة بين مهام البرلمان والسلطة التنظيمية الأصلية للحكومة، هذا النقاش الذي تمخض عنه آراء مختلفة للفقهاء في مؤتمر (Angers) سنة 1983، إذ اعتبر فيه جانب من الفقهاء أن "حق الجماعات الترابية ليس سوى فرع غير متميز للقانون العام الذي يحكم الإدارة، في حين رأى آخرون عكس ذلك عندما أقروا بوجود علاقة ترابط بين ثلاث عناصر تمس المساحة الأصلية التي يغطيها مبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية وهي: القانون، السلطة التنظيمية الوطنية، والسلطة التنظيمية المحلية"<sup>2</sup>، وبالتالي، فمضمون القرار القضائي انتصر للسلطة المكلفة بالمراقبة الإدارية على مجلس جهة الداخلة، بالنظر للفهم الواسع لمضمون مبدأ التدبير الحر للشؤون، وكذا مضمون السلطة التنظيمية المخولة للمجلس في ممارسة مهامه الموكولة إليه.

في موضوع آخر يتعلق بالنظام الداخلي أيضا، قضت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها بتاريخ 15 دجنبر 2015، حول طلب إلغاء انتخاب أحد الأعضاء كرئيس للجنة دائمة بمجلس جماعة لوانانة بإقليم وزان، جاء في حيثياته، "حيث أسس الطاعن طعنه على كون السيد صالح كرابشو رئيسا للجنة المكلفة بالتنمية البشرية والشؤون الاجتماعية والثقافية والرياضية ما دام أن النظام الداخلي نص على إسنادها للمعارضة، إلا أنه بالرجوع إلى القانون 59.11، يتبين أن الطعون تقدم داخل أجل 8 أيام ويكون الطعن بعد هذا أجل غير مقبول، وبعد الرجوع لوثائق

<sup>1</sup> يونس أبلان: المراقبة الممارسة على مقررات مجالس الجهات وباقي الجماعات الترابية الأخرى، تعليق على قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 560 بتاريخ 23 مارس 2016"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017، ص 176.

<sup>2</sup> Bertrand FAURE «réglements locaux et réglements nationaux», les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N42, 2014-1, p 44.

الملف تأكدت المحكمة بأن الطعن كان خارج الأجل القانونية، مما دفع المحكمة إلى الحكم بعدم قبول الطعن لأنه لم يحترم الأجل المحدد قانوناً<sup>1</sup>.

والملاحظ في هذا الإطار، بعد استقراء مضمون العاملين القضائيين معاً، أن القضاء الإداري المغربي قد جسد المنوط به بشكل جعل منه الحامي لعلوية القانون، ففي العمل الأول اعتبر قبول الطعن خارج الأجل أمراً ممكناً مادام أنه ارتبط بالطعن في مقرر قابل للبطلان في كل وقت وحين، مما يستوجب معه احترام منطوق الدستور وتوزيع الصلاحيات بين المركز والمحيط، وفي الثاني رفض قبول الطعن ما دام أنه انصب على عمل من صميم اختصاص مجلس الجماعة الترابية، إلا أنه لم يقدم داخل الأجل المنصوص عليه قانوناً، وبالتالي عمل على الحرص على ضمان جوهر مبدأ دولة القانون في علاقة الطرفين معاً، تارة بالانتصار لسلطة المراقبة الإدارية على مجلس الجهة، وتارة أخرى بالانتصار للأغلبية على المعارضة داخل نفس المجلس، وهو ما يؤكد الدور المنوط بهذا الجهاز القضائي المهم، في الحرص على احترام القانون وضمنان علويته، بما يقود حتماً إلى احترام مبدأ دولة القانون.

### ثانياً: الطعن في الشطط على مداوالات ومقررات المجالس الترابية

إذا كانت القوانين التنظيمية للجماعات الترابية قد حددت العديد من المداوالات والمقررات التي لا يمكن الشروع في تنفيذها إلا بعد إخضاعها للتأشيرة المسبقة لسلطة المراقبة الإدارية، داخل أجل 20 يوماً من توصلها بها، فإن عدم احترام الأخيرة لهاته الأجل يجعل أمر تنفيذها ممكناً بمنطوق مضمون القوانين التنظيمية السالفة الذكر، إلا أنه قد تثار إشكالات في العديد من المقررات ذات الأثر المالي خاصة، والتي لا تقوم السلطة المختصة بالتأشير عليها داخل الأجل، ولا تقدم حولها أي اعتراضات مثلاً، مما يمس باستمرار واستقرار عمل المجالس ويقوض مبدأ علوية واحترام القانون وبالتالي ضمان دولة القانون، هنا يتدخل القضاء الإداري لإعادة الأمور لنصابها ورفع أي شطط ممارس على أي من مجالس الجماعات الترابية في علاقتها بسلطات المراقبة الإدارية.

في هذا الإطار صدر حكم للمحكمة الإدارية لمكناس حول قرار سلمي لوالي جهة درعة تافيلالت عامل إقليم الرشيدية، القاضي برفض التأشير على ميزانية جماعة الرشيدية رغم انتهاء أجل التأشير، إذ جاء في حيثيات الحكم: "وحيث إن المشرع قد رتب على عدم تأشير الوالي أو

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 5107، بتاريخ 15 دجنبر 2015، بين فؤاد العسري والعزيز الدكالي ضد رئيس جماعة لوانة بإقليم وزان.

العامل على الميزانية داخل أجل 20 يوما من تاريخ التوصل بها من رئيس الجماعة أثر باعتبار الميزانية مؤشراً عليها طبقاً للمادة 118 من القانون التنظيمي أعلاه، وأنه ما دام أن والي جهة درعة تافيلالت عامل إقليم الرشيدية لم يقيم بإبداء ملاحظاته موضوع المذكرة رقم 7597-ق ج م-1 على مشروع ميزانية الجماعة إلا بتاريخ 11-12-2021، أي بعد مرور أجل 20 يوما من التوصل بها فإنه يتعين تطبيق المادة 118 من القانون التنظيمي، مما يجعل القرار الضمني السلبي بالامتناع عن التأشير على ميزانية الجماعة لسنة 2021 مخالف للقانون، ويبقى دفع والي ولاية جهة درعة تافيلالت بوجوب تطبيق المادة 195 من القانون التنظيمي دفعا غير مؤسس واقعا وقانونا، لكون الإجراء المتعلق بوضع وزارة الداخلية لميزانية التسيير للجماعة على أساس آخر ميزانية مؤشراً عليها، قد أصبح غير ذي موضوع بحلول تاريخ 1 يناير 2021، لعدم سلوك هذا الإجراء قبل التاريخ المذكور، وحيث تبعا لذلك يكون القرار المطعون فيه مشوباً بعيب مخالفة القانون ووسيلة الطعن ذات أساس<sup>1</sup>.

وبالتالي، فإن مضمون الحكم القضائي لمحكمة مكناس الإدارية هذا، يشكل مرجعاً محورياً في حماية الجماعة الترابية من شطط سلطة المراقبة الإدارية، لاسيما من ناحية رفض التأشير على المقررات خاصة منها ذات التأثير المالي، لذلك يبقى القضاء الإداري بهذا الحكم، حامياً فعلياً لدولة القانون وعلاوته، لم تأخذ فيه رهبة ولا قيمة ما تشكله سلطة المراقبة الإدارية على الجماعات الترابية في المخيال المغربي عامة، ورؤساء الوحدات الترابية خاصة، لذلك يمكن أن يوصف هذا الحكم بكونه مرجعاً رئيسياً للدود على مبدأ دولة القانون في علاقة الإدارة المركزية بالجماعات الترابية.

في نفس السياق، رفضت محكمة النقض في قرارها عدد 1565 بتاريخ 19 دجنبر 2019، الطعن الذي قدمه أحد المستشارين بجماعة عين الحصن وعامل إقليم تطوان ضد الحكم الإستئنافي لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، والذي قضى بتأييد حكم المحكمة الإدارية بالرباط التي قضت فيه "بالغاء القرار الضمني الصادر عن عامل إقليم تطوان بعدم اتخاذ إجراءات العزل في حق المستشار الجماعي، مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك الحكم"، وهو الأمر الذي أيدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط برفضها للقرار الضمني لعامل إقليم تطوان برفض اتخاذ إجراءات العزل في حق المستشار.

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم 31-7110-2021 بتاريخ 24-02-2021، بين جماعة الرشيدية والوالي جهة درعة تافيلالت عامل إقليم الرشيدية، حكم غير منشور.

إذ جاء في حيثيات قرار محكمة النقض ".... لما تبين لها من وثائق الملف وعناصر المنازعة لأن المستأنف الذي يعتبر مستشارا جماعيا في جماعة عين الحصن يرتبط بجماعته برخصة استغلال للمحل التجاري رقم 7 الكائن بمقر جماعة عين الحصن مقابل إتاوة قدرها 450 درهما شهريا وفق الثابت من رخصة الاستغلال عدد 10-08 بتاريخ 1-12-2009، واستخلصت -عن حق- سرين المقتضى المشار إليه أعلاه وعدم مشروعية قرار العامل الراض لاتخاذ إجراءات العزل في حقه، حتى ولو كان الترخيص بالاستغلال صادرا قبل اكتسابه لعضوية المجلس الجماعي الحالي، بعدما كانت وضعيته الانتخابية لهذه العضوية مختلفة أصلا للرابطة الشخصية التي تجمعها بنفس الجماعة وترتبت ذلك تأييدها للحكم المستأنف فيما انتهى إليه، وجاء قرارها غير خارق للقانون في شيء، ومعللا تعليلا سائغا وكافيا، مما أثير على غير أساس<sup>1</sup>".

وهذا القرار الصادر عن محكمة النقض، يتضح حرص القضاء الإداري على ضرورة احترام القانون من جميع الهيئات المعنية بما فيها سلطة المراقبة ممثلة في عامل الإقليم التي أوكلها المشرع مهمة اتخاذ إجراءات عزل الأعضاء، والتي تفاضت عن القيام بذلك لأسباب مجهولة، مما وضعها في خانة الشطط بالنظر لعدم مشروعها في حماية القانون تجاه مصالح الجماعة الترابية المعنية، وبالتالي يبقى القضاء الإداري بهذا القرار حاميا فعليا لعلوية القانون، وكابحا قانونيا لشطط وتهاون سلطة المراقبة الإدارية على احترام تطبيق القانون وضمان علويته.

### ثالثا: حل المجالس الترابية

نظم المشرع المغربي حالات اللجوء لحل المجالس الترابية والأشخاص المخول لهم مهمة إحالة الأمر للمحكمة الإدارية المختصة، إذ اعتبر المشرع أنه، "إذا كانت مصالح الجماعة الترابية مهددة لأسباب تمس بحسن سير مجلسها، جاز للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية أو العامل حسب الحالة، إحالة الأمر إلى المحكمة الإدارية من أجل حل المجلس، كما أنه، إذا رفض المجلس القيام بالأعمال المنوطة به بمقتضى أحكام هذا القانون التنظيمي والقوانين والأنظمة الجاري بها العمل أو رفض التداول واتخاذ المقرر المتعلق بالميزانية أو بتدبير المرافق العمومية التابعة للجماعة الترابية، أو إذا وقع اختلال في سير مجلس الجماعة الترابية من شأنه تهديد سيرها الطبيعي، تعين على الرئيس أن يتقدم بطلب إلى السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية، عن طريق والي الجهة، أو إلى العامل حسب الحالة، لتوجيه إعدار إلى المجلس للقيام بالمتعين. وإذا رفض المجلس القيام بذلك،

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض عدد 1565 بتاريخ 19 دجنبر 2019، في الملف الإداري عدد 4-5965-1-2019، غير منشور.

أو إذا استمر الاختلال بعد مرور شهر ابتداء من تاريخ توجيه الإعذار، أمكن للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية أو العامل حسب الحالة، إحالة الأمر إلى المحكمة الإدارية من أجل حل المجلس<sup>1</sup>.

في هذا الإطار، قبلت المحكمة الإدارية بمكناس في حكمها عدد 7110-571-2017 بتاريخ 11 أكتوبر 2017، طلب عامل إقليم إفران بحل مجلس جماعة سيدي المخفي، في النزاع الحاصل بينه وبين مجلس الجماعة، إذ جاء في حيثيات الحكم " أن ترتيب جزاء الحل جاء بسبب رفض معظم أعضائه أغلبية ومعارضة مناقشة الميزانية والتداول بشأنها والتصويت عليها، وهو ما يشكل خرقا لمقتضيات الدستور، والقانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات والنظام الداخلي للجماعة المعنية...، كما أن عرقلة أعضاء المجلس الجماعي للمصادقة على الميزانية، يعتبر تهديدا لمصالح الجماعة، لا يترتب عنه عزل الرئيس لوحده بل حل المجلس الجماعي"<sup>2</sup>، وبالتالي، فحرص القضاء الإداري على ضمان حسن سير المجلس إنما هو تكريس للمقتضى القانوني الذي يضمن ذلك، مما يعني أن حكمه القضائي هذا ما هو إلا ترسيخ لعلوية القانون وضمان سموه في دولة القانون.

#### رابعا: تعزيز الدور الرقابي للقضاء الإداري الاستعجالي في الفصل في نزاعات المركز بالمحيط

عمل المشرع المغربي على تعزيز دور القضاء الإداري الاستعجالي في الفصل في نزاعات المركز بالمحيط، لاسيما ما يرتبط بتوقيف تنفيذ القرارات والمقررات، وهو الأمر الذي جعل من هذا الصنف من القضاء الإداري الوقي حاميا فعليا لدولة القانون، لاسيما من حيث السهر على احترام تطبيق القانون من قبل سلطة المراقبة الإدارية من جهة، وضمان احترامه من قبل المجالس الترابية المعنية من جهة أخرى، لذلك سنحاول التركيز على بعض الجوانب المهمة في هذا الإطار:

##### 1. إيقاف تنفيذ المداولات والمقررات

يتعلق الأمر بالمقررات والمداولات المتخذة من طرف مجالس الجماعات الترابية في مجالات لا تندرج ضمن اختصاصاتها، أو التي تصدر خرقا لأحكام القوانين التنظيمية للجماعات الترابية أو للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، إذ يتعرض والي الجهة أو العامل حسب الحالة

<sup>1</sup> أنظر مسطرة حل المجالس الترابية في ظل القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لسنة 2015.

<sup>2</sup> مصطفى بن شريف "المراقبة الإدارية والرقابة القضائية على الجماعات الترابية بالمغرب"، م س، ص 320.

على النظام الداخلي للمجلس وعلى المقررات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجماعة الترابية أو المتخذة خرقاً لأحكام هذا القانون التنظيمي والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ويبلغ تعرضه معللاً إلى رئيس مجلس الجماعة الترابية داخل أجل لا يتعدى ثلاثة (3) أيام من أيام العمل ابتداء من تاريخ التوصل بالمقرر، ويترتب على التعرض المشار إليه في الفقرة السابقة إجراء المجلس لمداولة جديدة في شأن المقرر المتخذ، وإذا أبقى المجلس المعني على المقرر موضوع التعرض، أحالت السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية أو العامل حسب الحالة، الأمر إلى القضاء الاستعجالي لدى المحكمة الإدارية الذي يبت في طلب إيقاف التنفيذ داخل أجل 48 ساعة ابتداء من تاريخ تسجيل هذا الطلب بكتابة الضبط لديها، ويترتب على هذه الإحالة وقف تنفيذ المقرر إلى حين بت المحكمة في الأمر<sup>1</sup>.

في هذا الإطار مثلاً، قضت المحكمة الإدارية بمكناس في أمرها الاستعجالي عدد 7107-241-2018 بتاريخ 26 دجنبر 2018، "بإيقاف تنفيذ المقررين الصادرين عن المجلس الترابي لبوفكران، الأول عدد 10 المتخذ خلال الدورة الاستثنائية المنعقدة بتاريخ 25-4-2018، والثاني عدد 2 المتخذ بالدورة العادية المنعقدة بتاريخ 25-10-2018 والمتعلقين ببعض بنود كناش التحملات الخاص بكراء محلات تجارية، وذلك إلى غاية البت نهائياً في دعوى البطلان المعروضة أمام محكمة الموضوع، مع شمول الأمر بالنفاذ المعجل بقوة القانون"<sup>2</sup>، وهو الطعن المقدم من قبل عامل عمالة مكناس ضد جماعة بوفكران، وبالتالي لعب القضاء الاستعجالي دوراً وقتياً مهماً في حماية القانون والسهر على حسن تطبيقه وضمان علويته، ما دام النزاع ما زال لم يحسم فيه بعد من قبل قضاء الموضوع.

## 2. وقف تنفيذ الأنظمة الداخلية للمجالس الترابية

نظمت المادة 35 من القانون التنظيمي للجهات والمادة 33 من القانون التنظيمي للعمليات والأقاليم، والمادة 32 من القانون التنظيمي للجماعات، عملية ومسطرة إعداد النظام الداخلي للمجالس المعنية، كما أحالت على المواد السالفة الذكر على بخصوص مسطرة التعرض أمام القضاء الإداري الاستعجالي في حالة تمسك المجلس المعني بمقرره الخاص بالنظام الداخلي بعد القراءة الثانية، إذ في هذه الحالة، يمكن للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية أو العامل حسب

<sup>1</sup> المادة 114 من القانون التنظيمي للجهات، المادة 108 من القانون التنظيمي للعمليات والأقاليم، المادة 117 من القانون التنظيمي للجماعات.

<sup>2</sup> أورده مصطفى بن شريف، م س، ص 281.

الحالة، إحالة الأمر إلى القضاء الاستعجالي لدى المحكمة الإدارية الذي يبت في طلب إيقاف التنفيذ داخل أجل 48 ساعة ابتداء من تاريخ تسجيل هذا الطلب بكتابة الضبط لديها، ويترتب على هذه الإحالة وقف تنفيذ المقرر إلى حين بت المحكمة في الأمر، وهو الأمر الذي حصل مع حالة نزاع مجلس جهة الداخلة الذي سبق ذكره.

### 3. التعرض على نقط جدول الأعمال

يحق للوالي أو عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه حسب الحالة، التعرض عن كل نقطة مدرجة بجدول الأعمال، لا تدخل ضمن اختصاصات الجماعة الترابية المعنية، حيث يبلغ تعرضه معللاً إلى رئيس الجماعة الترابية المعنية داخل أجل 8 أيام، ويمكن له إحالة الأمر أمام القضاء الاستعجالي للفصل في الأمر في أجل 48 ساعة بحكم نهائي وعند الاقتضاء بدون استدعاء الأطراف، ذلك أن من أثار الأمر الاستعجالي للقاضي الإداري في حالة إقراره بتعرض سلطة المراقبة الإدارية، منع الجماعة الترابية من التداول في النقط المدرجة الذي تم إقرار التعرض حولها من قبل القضاء الاستعجالي تحت طائلة البطلان<sup>1</sup>، وبالتالي فأمر القاضي الاستعجالي هنا يظل حاسماً في تحديد مشروعية نقط جدول أعمال الجماعات الترابية ومدى احترامها لمضمون القوانين التنظيمية المؤطرة لها.

وعموماً، يبقى دور القضاء الإداري بصنفيه الاستعجالي وقضاء الموضوع، محورياً في بسط علوية القانون وضمان سيادته داخل الدولة الموحدة خاصة، إذ يبقى صاحب الكلمة الفصل في نزاعات المركز بالمحيط، وبالتالي فتحقق مبدأ دولة القانون، يبقى رهين بتعزيز صلاحيات القضاء الإداري في بسط سلطته على كل مراحل النزاع الحاصل بين الطرفين معاً، لاسيما وأن أحكامه وقراراته وأوامر قضائه الاستعجالية، تشكل مرجعاً للحد من شطط الإدارة المركزية تجاه الوحدات الترابية، بالنظر لحجم الصلاحيات الموكولة لهذه الأخيرة بمقتضى القوانين التنظيمية، وبالنظر كذلك للحماية الدستورية لقيامها على مبدأ التدبير الحر في إدارة شؤونها، لذلك فتحقق دولة القانون في علاقات المركز بالمحيط، لا يستقيم إلا بوجود قضاء إداري ناجع فاعل ومحوري في هذه النزاعات المحتملة.

<sup>1</sup> أنظر على سبيل المثال مضمون المادة 44 من القانون التنظيمي للجهات، وهي نفس المقتضيات الواردة في باقي القانون التنظيميين.



## خاتمة

ختاماً، يبقى أمر تحديد مضمون مبدأ دولة القانون من خلال عمل القضاء بين الدستوري والإداري بالمغرب، مرتبطاً بالجهود المنوطة بالجهازين معاً، ذلك أن القضاء الدستوري المغربي وإن كان دوره شبه منعدم في تقرير وحماية مضمون مبدأ التدبير الحر لشؤون الجماعات الترابية، والذي على أساسه يمكن قياس طبيعة العلاقة بين المركز والمحيط ومدى شطط الأول على الثاني، فإنه مع ذلك يمكن أن يسأس في المستقبل بالتجربة الفرنسية للقضاء الدستوري، والتي عملت على الحرص على تجويد مضمون المبدأ وحمايته من تدخلات المركز تشريعياً وإدارياً وحتى مالياً، وبالتالي، فإن حرص القضاء الدستوري على ضمان مبدأ دولة القانون بما تعنيه من علوية وسمو للقانون في علاقات المركز بالمحيط، ظل عملاً متراكماً لا يمكن تجاوزه خاصة بفرنسا.

أما بخصوص القضاء الإداري المغربي، فإن بحق شكل مرجعاً محورياً في ضمان أسس دولة القانون في نزاعات المركز بالمحيط، فبعدما عزز المشرع في القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لسنة 2015 من أدواره وتدخلاته في الفصل في نزاعات سلطات المراقبة الإدارية بالجماعات الترابية، كقضاء استعجالي أو قضاء موضوع، لاسيما منها ما له تأثير على ممارسة الأخيرة لمهامها بحرية طبقاً لمضمون مبدأ التدبير الحر، فإن قراراته وأحكامه وأوامره القضائية الإدارية، شكلت حقيقة مرجعاً لرفع أي شطط من قبل المركز تجاه المحيط، مما كرسه دوره التقليدي في حماية وضمان علوية القانون وسموه في كل النزاعات -على اختلافها- التي فصل فيها بين سلطة المراقبة ومجالس الجماعات الترابية، وبالتالي ترسيخ حرصه الشديد على ضمان أسس دولة القانون بالمغرب.

## المراجع العلمية المعتمدة

### 1. المراجع باللغة العربية

#### الكتب والمؤلفات:

- دلال القحطاني "الدولة القانونية العريف الفقهي والتصور التاريخي" دراسات سياسية، المعهد المصري للدراسات، مارس 2019/

- ثروت بدوي "النظم السياسية"، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1970.

- عبد الجليل محمد علي "القانون الدستوري" منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1977.

- مصطفى بن شريف "المراقبة الإدارية والرقابة القضائية على الجماعات الترابية بالمغرب"، مطبعة الجسور ش.م.م، الطبعة الأولى، وجدة، 2021.

#### الأطروحات والرسائل الجامعية:

- خالد صالح "تدقيق أداء الجماعات الترابية دراسة قانونية تحليلية لحالة الجهات بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2017-2018.

- عبيد مصطفى "المبدأ الدستوري للتدبير الحر، دراسة نقدية تحليلية لتجربة مجالس جهات كلميم العيون والداخلية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، الموسم الجامعي 2018-2019.

#### المقالات العلمية:

- عبد الرفيع زعنون "مبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية بالمغرب بين التأصيل الدستوري والحماية القضائية"، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الثاني، فبراير 2019.

- أحمد بوسيدي "التدبير الحر للجماعات الترابية"، مجلة المنبر الحر، العدد المزدوج 2 و3، أبريل-أكتوبر 2012.

- أشرف عبد المنعم إبراهيم عبد الدايم " دور القضاء الإداري في تعزيز سيادة القانون وأمن المجتمع"، دراسة علمية محكمة، (دون سنة النشر)، ص 3 و4، يمكن تحميلها من موقع كلية الحقوق، جامعة طنطا بمصر، <https://law.tanta.edu.eg/>، 2022-02-07، 13:20.

- محمد باهي "المراقبة الإدارية على المنتخبين وعلى مشروعية قرارات رؤساء المجالس ومقررات مجالس الجماعات الترابية: أي دور للقاضي الإداري؟"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017.

- يونس أبلان "المراقبة الممارسة على مقررات مجالس الجهات وباقي الجماعات الترابية الأخرى، تعليق على قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 560 بتاريخ 23 مارس 2016"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017.

II. المراجع باللغة الأجنبية:

### OVRAGERS

-Philippe ARDANT « les institutions de la Ve république », Hachette, 7eme éditions, paris, 2001.

- Michel Verpeaux « la nation de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle, in institut de la décentralisation: diagnostic-analyse-propositions », L'harmattan, paris, 1997.

-Mohammed Boujida « quelques éléments d'analyse du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales marocaines » 2015.

-Dominique Rousseau « droit de contentieux constitutionnel » 7eme édition, édition Delta, paris, 2006.

-Joye, Jean-François « L'action économique territoriale: outils juridiques et logiques d'acteurs », édition L'harmattan, 2002.

-Jacques CHEVALLIER « L'état de droit », Montchrestien, 4ème édition, Paris, 2003.

### ARTICLES

-Louis FAVOREU, André ROUX, La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? Cahiers du Conseil constitutionnel n° 12, Dossier: Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) - mai 2002.

-Jacques-Henri Stahl « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2014/1 (N° 42).

– Bertrand FAURE « réglements locaux et réglements nationaux », les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N42, 2014-1.

## الفصل الثامن

# الأهداف ذات القيمة الدستورية بين ضبايية المنشأ وإشكال الفعلية دراسة مقارنة

Objectives of constitutional value between misguided origin and the actual problem.

Comparative Study

**د. طارق اجدايني**

أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية  
والاجتماعية، جامعة محمد الأول- وجدة-

## ملخص

إن الأهداف ذات القيمة الدستورية مفهوم استحدثه دستور المملكة المغربية لسنة 2011 من دون أن تكون له ملامح واضحة. وقد كانت نشأتها في القانون الفرنسي نشأة قضائية تبررها المصلحة العامة. وهي صنف من القواعد المرجعية المعتمدة لمراقبة الدستورية. وتعد فعلية الأهداف ذات القيمة الدستورية فعلية ناقصة بسبب إلزامها المحدود للمشرع من جهة، وبسبب عدم قدرة الأفراد على الاحتجاج بها أمام القضاء المختص وهو ما يطرح إشكالية معياريتها ومكانتها في هرمية التشريع.

## Abstract

Objectives of constitutional value are a concept created by Moroccan Constitution of the year 2011 without precise contours. Their genesis in French law was jurisprudential and based on the general interest. It is a class of reference rules approved for constitutional control.

On the other hand, the effectiveness of objectives of constitutional value is incomplete Because of its limited obligation to the legislator and The inability of individuals to invoke it to the competent judge, which poses the problem of its normativity and its rank in the hierarchy of norms.

## مقدمة

بادئ ذي بدء، لا بد من الإشارة إلى أن اصطلاح "الأهداف ذات القيمة الدستورية" غير موجود سواء في نص الدستور أو في قرارات القضاء الدستوري المغربي. ولعل اختيارنا لهذا الاصطلاح في العنوان إنما هو تسليط للضوء على مفهوم استحدثه دستور 2011 من دون أن تكون له ملامح واضحة. ولا مراء في أن هذا الصنف الوليد من "القواعد" الذي نشأ في القانون الفرنسي نشأة قضائية يختلف عما سواه من القواعد الدستورية وينفرد بخصوصيات تطبعه، لكن الأمر يختلف في القانون المغربي، مع أن ظروف النشأة في النظامين القانونيين لا تخلو من ضبابية وعدم وضوح.

إن الأهداف في القانون وبشكل عام تجمع زمنين وتقع في منطقة رمادية بين ما يمكن أن يعد قانونا وما هو غير ذلك من القواعد المرنة التي لا يمكن الاحتجاج بها. لقد تضمن تصدير دستور المملكة المغربية لسنة 2011 والباب الثاني منه أهدافا بمثابة قواعد قانونية غير واضحة المعالم في القانون المغربي ولا تزال قوتها القانونية موضع نقاش. فالأفكار والتوجهات العامة ليس لها طبيعة قانونية بحتة، أما الحقوق ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والبيئي فلا يمكن أن يحتج بها إلا حسب الظروف، مع وجود جزء متمتع بالقوة القانونية لا يمكن مخالفته<sup>1</sup>.

ومن ثم فالأهداف الواردة في الدستور صنفان متميزان، صنف يتماهى مع المقاصد والغايات والأهداف العامة وصنف ثان يُخاطب جهة معلومة بعينها ويوجهها نحو تصرفات محددة. وهذا الصنف الأخير هو ما يُعرف في اجتهاد القضاء الدستوري الفرنسي بالأهداف ذات القيمة الدستورية. فما المقصود بهذا الصنف من الأهداف؟ (أ) وكيف كانت نشأتها؟ (ب) وما معياريتها؟ ثم إلى أي حد تؤثر طبيعتها وقيمتها القانونية على فعالية القواعد التي أتت هذه الأهداف لتكريسها؟ (III)

### 1. ما المقصود بالأهداف ذات القيمة الدستورية؟

إن مفهوم الأهداف يتخذ معان متنوعة بحسب السياق الذي يرد فيه. فالمعنى اللغوي قمين بإعطاء المقصود من اللفظ (1) بخلاف المعنى الاصطلاحي الذي يوظف فيه المعنى المخصوص، غير أن توظيف هذا المفهوم في النصوص القانونية بجميع أنواعها يجعله يأخذ دلالة متغيرة بتغير النصوص التي يرد فيها. فكثيرا ما تتضمن هذه النصوص أهدافا تكتسي طابع

<sup>1</sup> طارق جداني، نظرات في تصدير الدستور، مجلة القانون العام والعلوم السياسية، العدد الأول، شتنبر 2020، ص. 77.

العمومية غالباً (2)، كما تتميز الدساتير بصنفين من الأهداف، إذ نجد أهدافاً ومقاصد وغايات كبرى (3) وفي المقابل ثمة صنف آخر من أهداف الدستور يتوجه إلى جهات محددة لينتج أثره (4).

## 2. الهدف لغة

لتحديد مفهوم الأهداف ذات القيمة الدستورية، يمكن البحث في المدلول اللغوي لاصطلاح "الهدف" لعله يسعفنا في تمثيل المعنى المراد بها. و"الهدف: المشرف من الأرض، وإليه يلجأ، وهو الغرض المنتضل فيه بالسهام. والهدف: كل شيء عظيم مرتفع وكل بناء مرتفع مشرف، (...) الغرض الهدف. (...) والجمع أهداف، (...) الجوهرى: الهدف كل شيء مرتفع من بناء أو كثيب رمل أو جبل ; ومنه سمي الغرض هدفاً، (...) <sup>1</sup>. ويتوافق المدلول اللغوي لكلمة "هدف" إلى حد كبير مع كلمات أخرى من قبيل الغايات والمقاصد والمرامي، وهو ما يقتضي البحث عن المعنى الأهم الذي هو المعنى الاصطلاحي.

## 3. الهدف في القانون في معناه العام

إن فكرة "الأهداف" توجد في جميع النصوص القانونية، سواء كانت دساتير أو قوانين تنظيمية أو اتفاقيات دولية أو قوانين عادية أو قوانين إطار <sup>2</sup> أو نصوصاً تنظيمية، بل توجد كذلك حتى في الدوريات والمنشairs. وتعد الأهداف في القانون تعبيراً على أنه يحتاج إلى أدوات أخرى من خارج نطاقه الكلاسيكي وهو ما يبين قصوره. وي طرح F. Ost أن القانون يتحرك في مساحات تتفاعل مع مؤثرات أخرى وغير محددة المعالم <sup>3</sup>. وساهم ولوج "الأهداف" إلى عالم القانون في تهجينه وتعقيده. كما أنه صار طريقة للتعبير عن السلطة وعن ممارستها. وللأهداف في القانون وظيفة رمزية وسياسية، فهي تشرح توجهات الدولة وقد تتحول إلى وسيلة للدعاية لتزكية توجهات

<sup>1</sup> لسان العرب: ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، الجزء 15، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ص. 37.

<sup>2</sup> الفقرة الثانية من الفصل 71 من دستور المملكة المغربية: "للبرلمان، (...)، صلاحية التصويت على قوانين تضع إطاراً للأهداف الأساسية لنشاط الدولة، في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية".

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 29 يوليو 2011، (ج. ر.) عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليو 2011)، ص. 3600.

<sup>3</sup> François Ost, Le rôle du droit: de la vérité révélée à la réalité négociée », in Jacques Caillousse, Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'« objectifs », in: Thèmes et commentaires, Les objectifs dans le droit, sous la direction de Bertrand Faure, Dalloz, 2010, pp. 20-21.



سياسية تخفي عجزا في تنزيل سياسات معينة. والأهداف في القانون هي ميزة دولة الرفاه ما دام القانون وسيلة للنهوض بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، وهي كذلك سبب في تضخم التشريع بسبب اللجوء المكثف إليها<sup>1</sup>.

وغالبا ما يعتمد المشرع إلى شرح الأسباب التي تجعله يسن النص وكذا الأهداف التي جاء من أجلها حتى تضع المخاطب بالقانون في سياقه العام، إذ لا يمكن تصور وجود قانون لا يبين الهدف من إقراره. كما تمثل هذه الأهداف أداة مهمة بالنسبة للقاضي لتأويل النص لأنها من وحي المشرع نفسه<sup>2</sup>. وتتموقع الأهداف في القانون عموما في المواد الأولى أو في الديباجة أو التصدير، وعموما في بداية النص القانوني. وهي أيضا إما في بيان الأسباب أو الورقة التقديمية أو في متن النص أو فيهما معا.

ويرى بعض الفقه أن كل نص قانوني يتضمن عنصرين اثنين: أولهما رسم "هدف" ثم تحديد الوسائل لبلوغه بعد ذلك. وتقوم رقابة القاضي الدستوري على الهدف وعلى الوسيلة، فيتم التأكد من أن الهدف غير مخالف لمبدأ دستوري، وتقوم في الوقت نفسه على الوسائل للتحقق من أنها مناسبة للهدف المرسوم من قبل المشرع. وبصيغة أخرى، يمكن أن يكون الهدف مطابقا للدستور، لكن الوسائل يمكن أن تكون عكس ذلك إذا كانت غير مناسبة حسب القضاء الدستوري، لأن كل ما يتعلق بالمطابقة يكون حول الوسيلة، وقلما يكون هدف تشريعي (هدف القانون) في حد ذاته مخالفا للقانون<sup>3</sup>.

#### 4. الأهداف في الدستور

إن الدساتير بطبيعتها نصوص عامة تتضمن قواعد تسطر أهدافا توجه نحو المستقبل. ولا ترتبط بزمان لتحقيقها. و"إن أي دستور مهما بلغ من الكمال، فإنه ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لقيام مؤسسات ديمقراطية، تتطلب إصلاحات وتأهيلات سياسيا ينهض بهما كل الفاعلين لتحقيق طموحنا الجماعي، ألا وهو النهوض بالتنمية وتوفير أسباب العيش الكريم للمواطنين"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Jacques Caillousse, Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'« objectifs », op.cit., pp. 20-21.

<sup>2</sup> - طارق جدياني، البعد التواصل للديباجة في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون البرلماني، العدد 1، دجنبر 2019، ص. 141.

<sup>3</sup> Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 11ème édition, L.G.D.J., 2016, p.311.

<sup>4</sup> نص الخطاب الذي وجهه جلالة الملك إلى الأمة حول مشروع الدستور الجديد الرباط يوم 2011/06/17

(تاريخ الزيارة: <https://bit.ly/3n1R4v6> (01.03.2022))

وفي دستور المملكة المغربية المراجع لسنة 1996 ورد "هدف" في التصدير<sup>1</sup> وأصبح التزاما في دستور 2011. أما دستور سنة 2011، فيمكن تسميته دستور الأهداف لما اشتمل عليه من مقتضيات من هذا الصنف.

وتختلف الأهداف في الدستور من حيث أنواعها، فهي إما أهداف لا تحدد أي شيء وتخطب الجميع من قبيل الشعارات والمقاصد مثلا. ومن الأهداف كذلك ما يقيد المخاطب بها بشكل محدد وتخطب جهة معينة بذاتها. وفي الغالب، لا يحمل الهدف أي ضمانة لتحقيقه وليس ثمة أهداف محددة إلا استثناء.

وتدخل "الأهداف ذات القيمة الدستورية" في هذا الصنف الأخير وهي شكل من أشكال "أهداف الدستور" لكنها أهداف من نوع خاص وهي أسى تنوعات الهدف في الدستور.

### 5. الأهداف ذات القيمة الدستورية

يمكن أن تعتبر الأهداف ذات القيمة الدستورية تحولا طرأ على أهداف الدستور. فثمة أهداف منصوص عليها في نص الدستور، ولا يُعرف المخاطبون بها بالضبط لأنها موجهة للجميع، ولا تستجمع خصائص القاعدة القانونية لكونها أقرب إلى القانون المرن. أما الصنف الثاني، فهو شكل خاص من أشكال الأهداف في القانون يأخذ شكل نصوص مكتوبة في متن الدستور أو يستنبط من أحكامه من قبل القضاء الدستوري ويوجه إلى مخاطب معلوم هو إما الدولة<sup>2</sup> أو السلطات العامة<sup>3</sup> أو المشرع<sup>4</sup> كما ينص على ذلك الدستور المغربي. والغاية من هذا الصنف من الأهداف هي توجيه هذه الجهات وتأطيرها، ثم هو آلية لحماية بعض المبادئ الدستورية والحقوق والحريات والحد من إطلاقيتها.

<sup>1</sup> تصدير دساتير المملكة المغربية لسنوات 1962 و1970 و1972:

«المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، لغتها الرسمية هي اللغة العربية، وهي جزء من المغرب الكبير.

وبصفتها دولة إفريقية، فإنها تجعل من بين أهدافها تحقيق الوحدة الإفريقية.

وإدراكا منها لضرورة إدراج عملها في إطار المنظمات الدولية، فإن المملكة المغربية التي أصبحت عضوا عاملا نشيطا في هذه المنظمات، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات.

كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلم والأمن في العالم».

- الدستور المراجع لسنة 1996، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.157، في 23 من جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996)، ج. ر. عدد4420، بتاريخ 26 جمادى الأولى 1417 (10 أكتوبر 1996)، ص.2282.

<sup>2</sup> الفصل 19 من الدستور المغربي.

<sup>3</sup> الفصل 11 من الدستور المغربي.

<sup>4</sup> الفصل 30 من الدستور المغربي.

ولتبيان مفهوم الأهداف ذات القيمة الدستورية، يمكن تمييزها عن المبادئ الدستورية، فمن حيث الصنف، لا تعد الأهداف ذات القيمة الدستورية حقوقاً ولا حريات بل هي قواعد من نوع خاص، بينما المبادئ الدستورية هي في الغالب حقوق وحريات. أما من حيث التطبيق، فالمبادئ تسري بأثر فوري عكس الأهداف غير القابلة للتطبيق المباشر لأن لها بعداً غائياً وترتبط وسيلة بغاية.

أما من حيث القوة القانونية، فالأهداف هي قواعد ترتبط بنص مرجعي، فمثلاً الهدف ذو القيمة الدستورية المتمثل في المناصفة في الدستور المغربي يرتبط بالفصل 19 من نفس الدستور وهدف سهولة الفهم والولوج إلى القانون في النظام القانوني الفرنسي يرتبط بالمواد 4 و5 و6 و16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن. أما المبادئ فهي قواعد مستقلة بذاتها وأقوى مرتبة من "الأهداف ذات القيمة الدستورية" وقد تكون نصوصاً مرجعية لهذه الأهداف.

وتخاطب المبادئ الدستورية الجميع أشخاصاً معنويين وذاتيين بصيغة الإلزام بينما توجه الأهداف إلى الدولة أو السلطات العمومية أو المشرع ولا يكون ذلك على سبيل الإلزام دائماً.

وتساهم الأهداف ذات القيمة الدستورية في ضمان انسجام فصول الدستور<sup>1</sup>. كما تساهم في توقعية القانون عند المشرع وعند المواطنين أيضاً فضلاً عن الثقة المشروعة. كما تعمل هذه الأهداف على فهم النص وتسخر في التأويل الغائي. وتكون هذه الأهداف سبباً للعدول عن مبدأ قانوني<sup>2</sup>. ثم إن الغايات الدستورية، لكي تكون مبرراً مقبولاً للتشريع، يجب أن تتم في تلاؤم وانسجام مع قواعد الدستور احتراماً لمبدأ وحدته<sup>3</sup>. فالغايات الدستورية هي إذن مبرر للتشريع.

<sup>1</sup> Didier RIBES, Le réalisme du Conseil constitutionnel, Cahier du Conseil constitutionnel n° 22 (dossier: le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-du-conseil-constitutionnel>

<sup>2</sup> - قرار المحكمة الدستورية رقم 66.17 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2017.

<https://cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B16617>

"(...) حيث إن مبدأ فصل الذمم المالية ليس مبدأ دستورياً، ولكنه مبدأ قانوني يجوز العدول عنه في حالات محددة مبررة. خدمة لغايات معينة؛

وحيث إن التمتع بالحقوق يتم، طبقاً لتصدير الدستور، في تلازم مع أداء الواجبات؛ وحيث إنه، ليس في الدستور ما يمنع المشرع، توخياً لغاية دستورية أو تفعيلاً لمبدأ دستوري، أن يقر في حال الإخلال بالتزامات قانونية، تضامناً بين الذمم المالية لأشخاص ذاتيين ومعنويين، بغض النظر عن طبيعة النشاط المعني؛ (...)".

<sup>3</sup> قرار المحكمة الدستورية رقم 70.18، الصادر بتاريخ 6 مارس 2018.

وتبين دراسة مقارنة للأهداف ذات القيمة الدستورية في النظامين القانونيين المغربي والفرنسي أن ثمة اختلافات كبيرة بين النظامين القانونيين بخصوص هذه الأهداف. فمن حيث التسمية أولاً، نجد أنها مضبوطة ومُغلّفة للمفهوم وثابتة الاستعمال<sup>1</sup> في القانون الفرنسي، بينما لا يوجد ذكر للأهداف ذات القيمة الدستورية بهذا الاصطلاح في نص الدستور ولا في اجتهادات القضاء الدستوري المغربي. وتتعدد التعابير والصيغ للدلالة على المفهوم نفسه في دستور المملكة (تسعى الدولة إلى (...)، تعمل الدولة على (...)، تحرص المملكة المغربية على (...)، تسهر الدولة على (...)، تشجع السلطات العمومية (...). وتتنوع التسميات في اجتهادات القضاء الدستوري المغربي والمسمى واحد، فتترد هذه الأهداف تارة تحت اسم أهداف وغايات ومقاصد وغيرها، عكس القضاء الدستوري اللبناني الذي يوظف التسمية "أهداف ذات قيمة دستورية" مستنسخاً تماماً التسمية الفرنسية كما يتضح من خلال الحثية التالية: "(...) لذلك يعتبر توفير السكن للمواطن هدفاً ذا قيمة دستورية ينبغي على السلطتين الاشتراعية والإجرائية رسم السياسات ووضع القوانين الآيلة لتحقيق هذا الهدف وعدم الاكتفاء بوضع قانون ينظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (...)"<sup>2</sup>. يتضح إذن أن القانون المغربي أخذ المفهوم دون التسمية في ما يمكن أن يوصف بمحاكاة عرجاء، ذلك أنه ليس هناك أي تمييز في المغرب بين الأهداف ذات القيمة الدستورية والأهداف في الدستور.

أما من حيث الصياغة، يستعمل القاضي الدستوري الفرنسي صيغاً محددة تميز "الأهداف ذات القيمة الدستورية" عن الحقوق المطالب والتي تتطلب تدخلاً من الدولة ويقوم بتكييفها على أنها أهداف ذات قيمة دستورية. في حين، لا توجي الصيغ الموظفة للتعبير عن "الأهداف ذات القيمة الدستورية" في المغرب بشيء، إذ لا وجود لهذا الاصطلاح من جهة، ثم إن الصيغ الموظفة وإن عكست أهدافاً فلا شيء يفيد أنها أهداف ذات قيمة دستورية.

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B17018>

<sup>1</sup> يستعملها القضاء الدستوري مع ملاحظة أن التسمية الأنسب هي «Objectifs De Valeur Constitutionnelle»

وليس «Objectifs A Valeur Constitutionnelle»

In: Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, Prix de thèse 2005 du sénat, Paris, Dalloz, 2006, p.7.

<sup>2</sup> قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم 6/2014 بتاريخ <https://www.cc.gov.lb/node/26016> 8.2014

وأما من حيث العدد، ففي فرنسا عدد "الأهداف ذات القيمة الدستورية" معلوم بإجماع الفقه ووضوح القضاء الدستوري في خلقها وابتكارها، بينما لا يمكن تحديد هذا العدد بالضبط في المغرب، ولا يمكن حصر هذه الأهداف لأنها غير صريحة في الدستور وفي اجتهاد القضاء الدستوري. وما يؤكد هذا الأمر هو استعمال عبارتي "وبصفة خاصة"<sup>1</sup> في قرار المجلس الدستوري رقم 817 و"أساساً"<sup>2</sup> في قرار المحكمة الدستورية رقم 117.21 لتعداد الأهداف على سبيل المثال لا الحصر.

### 1. نشأة الأهداف ذات القيمة الدستورية

نشأت الأهداف ذات القيمة الدستورية أول وهلة في اجتهادات القضاء الدستوري الفرنسي في حضي المصلحة العامة لئتم تكييفها في ما بعد صنفا من القواعد ذات القيمة الدستورية (1). أما في القانون المغربي، فالأمر يختلف، ذلك أن الدستور الحالي وبخلاف سابقه تميز باحتوائه مجموعة من المقتضيات تستوفي معنى الأهداف ذات القيمة الدستورية مما يجعل من منشئها منشأ نصيا من داخل الدستور ويمكن استجلاؤها من خلال اجتهادات القضاء الدستوري الذي سار في اتجاه خلق أهداف جديدة تنضاف إلى تلك الواردة في الدستور صراحة (2). وتبقى سياقات النشأة في كلا النظامين القانونيين موسومة بضبابية تسهم في الحد من القيمة لقانونية لهذا الصنف الوليد من القواعد (3).

#### 1. نشأة الأهداف ذات القيمة الدستورية في القانون الفرنسي

يرى بعض الفقه أن "الأهداف ذات القيمة الدستورية" هي شكل من الأهداف التي انتقلت من أنظمة دستورية مقارنة إلى القانون الدستوري الفرنسي. وينص الدستور البرتغالي على سبيل

<sup>1</sup> قرار المجلس الدستوري المغربي رقم 817 الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011.

[https://cour-](https://cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-11817)

[constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-11817](https://cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-11817)

"(...) كما أقر عددا من الأهداف الدستورية التي يدعو إلى بلوغها، والمتمثلة بصفة خاصة في (...)".

<sup>2</sup> قرار المحكمة الدستورية رقم 117.21 الصادر بتاريخ 31 مارس 2021

[https://www.cour-](https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-11721)

[constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-11721](https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-11721)

"(...) فإن مرده إلى ما تضمنه الدستور من غايات، تتمثل، أساسا، (...)".

المثال على أهداف كل من السياسة الصناعية والتجارية والفلاحية. ويشير الدستور الفدرالي السويسري إلى أهداف اجتماعية

أما الدستور الألماني فيتضمن أهدافا وغايات موجبة لنشاط الدولة. في حين أن الدستور الإيرلندي يتحدث عن المبادئ الموجبة للسياسة الاجتماعية، (...)<sup>1</sup>.

ويلجأ القاضي الدستوري الفرنسي إلى مزيج من النصوص المرجعية من الكتلة الدستورية ومن خارج فصول الدستور لخلق أهداف ذات قيمة دستورية جديدة. وهذه خاصية تميز طريقة خلق هذه الأهداف في فرنسا بالخصوص. ويسهل الأمر حين يتعلق الأمر بأهداف منصوص عليها في فصول الدستور الفرنسي كهدف التوازن المالي أو هدف الضمان الاجتماعي. وتعد المادة 16 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن أكثر المقتضيات من النصوص المرجعية التي يستند إليها القاضي الدستوري الفرنسي لخلق أهداف ذات قيمة دستورية جديدة. وتختلف في بعض الحالات النصوص المرجعية المنشئة للهدف نفسه. وكمثال على ذلك، هدف الطابع التعددي لتيارات التعبير السوسيوثقافية الذي وجد بشكل غير مباشر بناء على المادة 11 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن وتارة أخرى يستند إلى المادة 11 صراحة وإلى مقتضيات أخرى<sup>2</sup>.

أما بخصوص سياق المنشأ، فلئن كان قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 82.141 الصادر بتاريخ 27 يوليوز 1982 هو القرار المؤسس للأهداف ذات القيمة الدستورية وهو أول قرار يذكرها بشكل صريح، إلا أنه كان يوجد في قرارات سابقة ما يوحي بظهور هذه الأهداف<sup>3</sup>. فلا بد من الإشارة أولا إلى أن "الأهداف ذات القيمة الدستورية" ليست بالشيء الجديد في النظام القانوني الفرنسي، وإنما كانت موجودة في النصوص الدستورية (في ديباجة دستور 1946 وفي الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789) لكن ليس كصنف مستقل وواضح قائم بذاته. وقد استنبطها القاضي الدستوري من هذه النصوص وأعطاهها قيمة دستورية لأجل توسيع الكتلة الدستورية حتى يمكنها من ضمان المزيد من الحقوق والحريات أي أنه وسع من المرجعيات التي يستند عليها في الرقابة على دستورية القوانين. ولا تظهر هذه الأهداف صراحة في الكتلة الدستورية، فالقاضي الدستوري قام بذلك بتحيين الدستور أي أنه وظف نصوصا ذات قيمة

<sup>1</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., pp. 57-58-59.

<sup>2</sup> Denis Baranger, Comprendre le bloc de constitutionnalité, Jus Politicum,

n°21 [http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-](http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html#:~:text=L'existence%20du%20bloc%20de,par%20la%20Constitution%20de%201958)

1237.html#:~:text=L'existence%20du%20bloc%20de,par%20la%20Constitution%20de%201958.

<sup>3</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p.7.

دستورية من الكتلة الدستورية وهي قواعد مرجعية ثابتة لخلق قواعد جديدة سميت فيما بعد بالأهداف ذات القيمة الدستورية. وفي سبعينيات القرن الماضي، ومع القرار رقم 16 يوليو 1971 أصبح القاضي الدستوري الفرنسي يلبس جبة حامي الحقوق والحريات بامتياز بعد إعطائه قيمة دستورية لتصدير الدستور الفرنسي وإقرار مبادئ أساسية معترف بها من قوانين الجمهورية. وفي ثمانينيات القرن الماضي، استشعر خطورة الطابع المطلق للحريات الذي بدأه في سنوات السبعينيات ليكرس في ما بعد ما سماه بغايات المصلحة العامة ذات الطبيعة الدستورية<sup>1</sup> في القرار رقم 80.127 الصادر بتاريخ 19 و20 يناير 1981، والتي سميت في السنة الموالية بـ "الأهداف ذات القيمة الدستورية" مع القرار رقم 82.141. وتوالت الإحالات إلى المصلحة العامة التي أصبحت منذئذ من أهم الأسباب للحد من الحقوق والحريات عن طريق التوفيق بينها وبين المصلحة العامة. وفي ما بعد، عن طريق التوفيق بين هذه الحقوق والحريات من جهة وصنف من فروع المصلحة العامة التي هي الأهداف ذات القيمة الدستورية كما كان في القرار رقم 82.141 الذي وفق بين حرية التواصل وهدف حماية النظام العام وحماية حرية الآخرين<sup>2</sup>.

وختاماً، يمكن القول إن "الأهداف ذات القيمة الدستورية" نشأت في فرنسا في كنف المصلحة العامة بالنظر إلى العلاقة الوثيقة بينهما<sup>3</sup>.

## 2. سياق نشأة الأهداف ذات القيمة الدستورية في المغرب

إذا استثنينا الإشارة إلى المادة 87 من مشروع دستور المملكة المغربية<sup>4</sup> لسنة 1908 التي تنص على ما يلي: "على وزارة المعارف أن تهتم بإنشاء المدارس الصناعية والزراعية بعد خمسة أعوام من فتح المدارس العلمية"، فإن الأهداف ذات القيمة الدستورية في المغرب نشأت مع دستور

<sup>1</sup> « Les fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle ».

<sup>2</sup> Pierre de Montalivet, L'intérêt général et les libertés. Les ambiguïtés de la jurisprudence constitutionnelle, in: Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés ?, Université de Poitiers, Oct 2019, Samy BENZINA (dir.), Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ? Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, collection « Actes et colloques de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers », 2021, pp. 95-110, p. 96.

<sup>3</sup> Nirmal Nivert, Intérêt général et droits fondamentaux, Université de La Réunion, Faculté de Droit et d'Économie, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit public Présentée et soutenue publiquement le 1er décembre 2012, p.167. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01279058/document>

<sup>4</sup> ورد نص مشروع دستور المملكة المغربية لسنة 1908 في مؤلف: محمد نبيل ملين، فكرة الدستور في المغرب (وثائق ونصوص 1901-2011)، تيل كيل ميديا، ص.51

2011. ونحصى حوالي 17 فصلا دستوريا أي ما يكافئ تقريبا عُشر عدد فصول الدستور، مما يعني أن الدستور المغربي يطفح بالأهداف وهو ما يجعلنا نتساءل عما إذا كان هذا يعني نكوصا وتراجعا عن التزامات سابقة كما هو الحال بالنسبة للحق في التعليم مثلا. ويبدو أن الدسترة هي أسهل الحلول كما كان بالنسبة إلى القيمة القانونية لتصدير الدستور المغربي والتي أُقرت بموجب نص الدستور نفسه، عكس النظام الدستوري الفرنسي حيث ساهم القضاء الدستوري في إدخال التصدير إلى الكتلة الدستورية وفي خلق الأهداف ذات القيمة الدستورية.

ومن خلال بعض قرارات القضاء الدستوري المغربي، يمكن استنباط بعض خصائص الأهداف ذات القيمة الدستورية. فقد نص قرار المجلس الدستوري المغربي رقم 817 على أن الدستور متكامل في مبادئه وأهدافه وميز بين الأهداف الدستورية والمبادئ الأساسية كما عدد الأهداف على سبيل المثال لا الحصر. وأشار القرار إلى أن الأهداف متضمنة في الدستور ثم "مقررة في الدستور" الذي يدعو المشرع إلى بلوغ هذه الأهداف والتي تعد بمثابة مبرر لوجود للتدابير التشريعية المتخذة. فضلا على أن التشريع بناء على أهداف يجب أن يكون في حدود الضرورة وأن يُراعى مبدأ التناسب بين التدابير التشريعية والهدف المتوخى منها<sup>1</sup>.

ولا يمكن إغفال دور القضاء الدستوري المغربي في خلق أهداف ذات قيمة دستورية جديدة، فهو ينطق بلسان الدستور كما هو الحال مثلا في قرار المحكمة الدستورية رقم 118.21 الذي يشير إلى "هدف" جديد هو "غاية ضمان تمثيل كل جهة من جهات المملكة"، وفي قرار المحكمة الدستورية رقم 117.21 الذي جعل من مضمون الفصلين 17 و33 هدفين دستوريين وهو

<sup>1</sup> "حيث إنه، فضلا عن الإشارة في فصله 17 إلى "اللوائح والدوائر الانتخابية المحلية والجهوية والوطنية" فإن الدستور، إلى جانب المبادئ الأساسية التي تضمنها في مجال ممارسة المواطنين والمواطنات لحقوقهم السياسية، جعل المشاركة والتعددية من مرتكزات الدولة الحديثة التي يسعى إلى توطيد وتقوية مؤسساتها (التصدير)، كما أقر عددا من الأهداف الدستورية التي يدعو إلى بلوغها، والمتمثلة بصفة خاصة في تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات والمساواة بينهم ومن مشاركتهم في الحياة السياسية (الفصل 6)، والسعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء (الفصل 19)، وتشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية (الفصل 30) وتوسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد (الفصل 33)؛ (...) "وحيث إن إحداث دائرة انتخابية وطنية يروم تحقيق أهداف خاصة مكمل لتلك التي ترمي إليها الدوائر المحلية تتمثل في النهوض بتمثيلية متوازنة للمواطنين والمواطنات، مما يقتضي سن تدابير تكون، في طبيعتها وشروطها والأثر المتوخى منها، كفيلة بتحقيق الأهداف الدستورية التي منها تستمد أصلا مبرر وجودها، وأن لا تتجاوز في ذلك حدود الضرورة، عملا بمبدأ تطابق القواعد القانونية المتخذة مع الهدف المتوخى منها؛"

(...) "وحيث إن تخويل النساء وضعًا خاصًا بواسطة هذه الدائرة الانتخابية الوطنية لا يحول دستوريا دون استعمال نفس الوسيلة لتحفيز فئة أخرى طالما أن ذلك يتم من أجل إدراك هدف آخر مقرر بدوره في الدستور؛ (...) وحيث إن الدستور متكامل في مبادئه وأهدافه.؛"



ما يمكن اعتباره إقراراً قضائياً أو دوراً إنشائياً للقضاء الدستوري المغربي. كما أن قرارات المجلس الدستوري 966 و 967 و 968 اعتبرت أن "تخليق الحياة العامة" هي إحدى الغايات التي يتعين العمل على تحقيقها. ونص قرار المحكمة الدستورية رقم 97.17 على هدف "تيسير التعليم والتعلم" كما جاء هدف "شمولية الحماية الاجتماعية" في قرار المحكمة الدستورية رقم 115.21.

### 3. ضبابية المنشأ

لا بد من التأكيد على أن ضبابية المنشأ هي سمة مشتركة بين "الأهداف ذات القيمة الدستورية" في القانونين المغربي والفرنسي. وتتجلى ضبابية المنشأ في المغرب أولاً على مستوى الاصطلاح غير المضبوط للتعبير عن هذا الصنف من القواعد (أ) ثم على مستوى الجهة المخاطبة بهذه الأهداف (ب) فضلاً عن الخلط بين الهدف والمبدأ (ج).

#### أ. على مستوى الاصطلاح

يوظف الدستور المغربي صيغاً مختلفة للتعبير عن الأهداف ذات القيمة الدستورية. كما يوظف القضاء الدستوري المغربي صيغاً كثيرة للتعبير عن الأهداف في الدستور ويصعب في بعض الأحيان تمييز الأهداف ذات القيمة الدستورية. فنجد أولاً لا يثبت على اصطلاح معين. فهذه الأهداف تأتي بأحد هذه المسميات: "هدف" <sup>1</sup> و "هدف دستوري" <sup>2</sup> و "أهداف دستورية" <sup>3</sup> و "هدف الدستور" <sup>4</sup> و "أهداف واردة في الدستور" <sup>5</sup> و "أهداف مقررة في الدستور" <sup>6</sup> و "غاية" <sup>7</sup> و "غاية دستورية" <sup>8</sup>.

"هدف الدستور" في القرار 817 هو هدف ذو قيمة دستورية بينما في القرار 932 يمثل التعبير "يمهد الدستور" هدفاً ذا طبيعة عامة. و "الغايات الدستورية" هي أهداف عامة بمثابة مقاصد في القرار 93.19، بينما هي أهداف ذات قيمة دستورية في القرار 93.17. وترد "الأهداف المقررة دستورياً" في القرار 118.21 وتعوض في القرار نفسه بـ "غايات دستورية". وتأتي "الغايات"

<sup>1</sup> قرارات المجلس الدستوري رقم 984 و 821 و 115.21 و قرار المحكمة الدستورية رقم 19.97.

<sup>2</sup> قرار المحكمة الدستورية رقم 103.20.

<sup>3</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 817.

<sup>4</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 932.

<sup>5</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 943.

<sup>6</sup> قرار المجلس الدستوري رقم 970.

<sup>7</sup> قرارات المجلس الدستوري رقم 968 و 967 و 966 و قرارات المحكمة الدستورية رقم 66.17 و 70.18 و 93.19 و 107.20 و 115.21.

<sup>8</sup> قرارات المحكمة الدستورية رقم 93.19 و 66.17 و 117.21 و 118.21.

غامضة في القرارات 968 و967 و966 و66.17 وبمعنى عام في القرارين 115.21 و103.20 وبمعنى "المقاصد" في القرارين 70.18 و93.19.

أما اصطلاح "غاية دستورية" فيأتي تارة بمعنى "الأهداف ذات القيمة الدستورية" (القرارات 924 و966 و967 و968 و817) وتارة بمعنى "المقصد من الدستور" وليس "الأهداف ذات القيمة الدستورية" (القرارات 940 و943 و40.17) وتارة بمعنى عام كما في القرار 89.19 "ضمان غايات دستورية لا سيما تلك المرتبطة بحق التقاضي واستمرار خدمات مرفق العدالة". وتارة تأتي "الغاية" مهمة كما هو الحال في القرارين 133.21 و134.21 إذ لا يُعلم هل هي مقصد من المقاصد العامة للدستور أو هدف يسعى إلى تحقيقه: "الغاية المتوخاة من كفالة الدستور لتقديم [الملتزم-العريضة] تتمثل في ضمان مساهمة المواطنين-المواطنين في المبادرة التشريعية عبر آلية تشاركية".

وعلى غرار ضبابية توظيف الغاية والهدف، نجد أن "المقاصد" في القرارات 93.19 و855 و856 و874 و919 و937 و946 و984 أتت عامة من دون هدف محدد. فغالبا ما تأتي في سياق "إعمال مبادئ ومقاصد الدستور". فنقرأ في القرار رقم 93.19 للمحكمة الدستورية ما يلي: "(...)، فإنه يُجافي المقاصد والغايات الدستورية التي على أساسها سُنت قاعدة التجريد: (...)". وفي قرار المجلس الدستوري رقم 855 (و856 و874 و919) نقرأ: "(...) الممارسات المنافية للمبادئ والمقاصد المقررة بالدستور الرامية إلى تحقيق انتخابات حرة ونزيهة باعتبارها أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي، (...)". وفي الاتجاه نفسه، نجد في قرار المجلس الدستوري رقم 946 ما يلي: "(...) لمنافاتها للمبادئ والمقاصد المقررة بالدستور الرامية إلى ضمان حرية ونزاهة الانتخاب باعتباره أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي؛ (...)". وفي القرار رقم 984 للمجلس الدستوري: "(...) يتعين، إعمالا لمبادئ الدستور ومقاصده، (...)". وفي قرار المجلس الدستوري رقم 937: "(...) وحيث إن مراقبة دستورية القوانين - شكلا وجوهرا - تستلزم استحضار المقاصد التي ابتغاها الدستور؛ (...)".

يتضح إذن أن الاصطلاحين "هدف" و"غاية" يتناوبان في قرارات القضاء الدستوري وبصيغ مختلفة وغير ثابتة الدلالة ولا تفيد بالضرورة أن الأمر يتعلق بأهداف ذات قيمة دستورية ولا تخضع لأي ضابط في توظيفها. وجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية وظفت اصطلاح "الغاية" أكثر من "الهدف". ومن اليسير أن نلاحظ أيضا أن القضاء الدستوري المغربي يوظف "مقاصد الدستور" بمعنى "الأهداف ذات القيمة الدستورية" و"أهداف الدستور بصفة عامة" معا.

## ب. على مستوى الجهة المخاطبة بالأهداف ذات القيمة الدستورية

إن الجهة المخاطبة بالأهداف ذات القيمة الدستورية في القانون الفرنسي هي المشرع بالأساس<sup>1</sup>. أما في الدستور المغربي، فيتعدد المخاطبون بالأهداف ذات القيمة الدستورية. فنجد أن المشرع هو المخاطب بها صراحة في الفصل 30: "(...) وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية (...)". كما تُخاطب الدولة في الفصل 19 مثلاً "(...)". تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء. وتحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز". ويُخاطب القانون والسلطات العمومية في الفصل 11: "يحدد القانون القواعد التي تضمن الاستفادة، على نحو منصف، من وسائل الإعلام العمومية، والممارسة الكاملة للحريات والحقوق الأساسية، المرتبطة بالحملات الانتخابية، وبعمليات التصويت. وتسهر السلطات المختصة بتنظيم الانتخابات على تطبيقها". وهنا ينبغي تحديد المقصود بالسلطات العمومية.

ثم إن مخاطبة المشرع من قبل القضاء الدستوري تكون تارة بصيغة الإلزام<sup>2</sup> كما في القرارات التالية 103.20 و 118.21 و 966 و 967 و 968 وتارة بصيغة دعوة موجهة إلى المشرع من دون إلزام كما هو الحال في قرار المجلس الدستوري المغربي<sup>3</sup> رقم 817 وكذلك في القرار رقم 821. ويكون هذا التوجيه تارة عاماً يتيح حرية أكبر للمشرع بينما يكون في حالات أخرى دقيقاً كما هو الشأن في القرارات 115.21 و 118.21 و 120.21. وعلى سبيل المقارنة، تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية أكثر إلزاماً للمشرع من المجلس الدستوري بخصوص الأهداف.

## ج. الخلط بين المبدأ والهدف

إن أبرز اختلال بهذا الخصوص يتعلق بالمقطع الثاني من الفقرة الأولى من الفصل 30 من الدستور: "وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في

<sup>1</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p.561.

<sup>2</sup> في قرار المحكمة الدستورية رقم 103.20: "(...) وحيث إنه، يتعين على المشرع، وفق سلطته التقديرية، تحديد كيفية إعمال الهدف الدستوري المتمثل في السعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء (...)".

<sup>3</sup> "(...) كما أقر عدداً من الأهداف الدستورية التي يدعو إلى بلوغها، والمتمثلة بصفة خاصة في تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات والمساواة بينهم ومن مشاركتهم في الحياة السياسية (الفصل 6)، والسعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء (الفصل 19)، وتشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية (الفصل 30) وتوسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد (الفصل 33): (...)".

ولج الوظائف الانتخابية". فالقاضي الدستوري يعتبره تارة "غاية دستورية" مثلما جاء في القرارات 984 و 817 و 943 و 118.21 و 117.21، لكن في بعض القرارات الأخرى وهي القرارات ذات الأرقام 821 و 817 و 970 يعتبر ذات المقطع "مبدأ". ويمكن أن نلاحظ أن المقطع المذكور ورد كغاية دستورية وكمبدأ في الآن نفسه في قرار واحد وهو القرار رقم 817.

كما أن المحكمة الدستورية كيفت مقتضى دستوريا على أنه "هدف" وهو ليس كذلك. ويتعلق الأمر بالقرار رقم 119.21 الذي ينص في إحدى حيثياته على ما يلي: "(...) ومن جهة ثانية، تحقيق الهدف الدستوري المنصوص عليه في الفصل 63، من تخصيص خمسين من الأعضاء تنتخبهم في كل جهة هيئات ناخبة (...) في المنظمات المهنية للمشغلين الأكثر تمثيلية (...)". لكن، بالرجوع إلى الفصل 63 من الدستور<sup>1</sup>، نخلص إلى أنه لا ينص على أية "أهداف".

وقد يقع القاضي الدستوري في الخلط بين الهدف والمبدأ كما حدث في قرار المجلس الدستوري المغربي رقم 817 حيث تبدو المناصفة مبدأ<sup>2</sup> وهدفا<sup>1</sup> من خلال صياغة القرار.

<sup>1</sup> الفصل 63 من دستور المملكة:

"يتكون مجلس المستشارين من 90 عضوا على الأقل، و120 عضوا على الأكثر، ينتخبون بالاقتراع العام غير المباشر، لمدة ست سنوات، على أساس التركيبة التالية:

- ثلاثة أخماس الأعضاء ممثلين للجماعات الترابية، يتوزعون بين جهات المملكة بالتناسب مع عدد سكانها، ومع مراعاة الإنصاف بين الجهات ينتخب المجلس الجهوي على مستوى كل جهة، من بين أعضائه، الثلث المخصص للجهة من هذا العدد. وينتخب الثلثان المتبقيان من قبل هيئة ناخبة تتكون على مستوى الجهة، من أعضاء المجالس الجماعية ومجالس العمالات والأقاليم

- خمسان من الأعضاء تنتخبهم، في كل جهة، هيئات ناخبة تتألف من المنتخبين في الغرف المهنية، وفي المنظمات المهنية للمشغلين الأكثر تمثيلية، وأعضاء تنتخبهم على الصعيد الوطني، هيئة ناخبة مكونة من ممثلي المجاورين.

وبين قانون تنظيمي عدد أعضاء مجلس المستشارين، ونظام انتخابهم، وعدد الأعضاء الذين تنتخبهم كل من الهيئات الناخبة، وتوزيع المقاعد على الجهات، وشروط القابلية للانتخاب، وحالات التنافي، وقواعد الحد من الجمع بين الانتدابات، ونظام المنازعات الانتخابية. يُنتخب رئيس مجلس المستشارين وأعضاء المكتب، ورؤساء اللجان الدائمة ومكاتبها، في مستهل الفترة النيابية، ثم عند انتهاء منتصف الولاية التشريعية للمجلس.

ينتخب أعضاء المكتب على أساس التمثيل النسبي لكل فريق".

<sup>2</sup> القرار رقم 817: "(...) وحيث إنه، لأن كانت مقتضيات المادة 23، المشار إليها أعلاه، جاءت لإعمال أهداف مقرر في الدستور، فإنه يتعين في ذلك أيضا استحضار المبادئ الأساسية الثابتة التي يركز عليها الدستور في مجال ممارسة الحقوق السياسية، والمتعلقة بالخصوص في المواطنة وحرية الانتخاب والترشيح من خلال اقتراع عام قائم على أساس نفس القواعد والشروط، والمساواة، وتكافؤ الفرص، وحظر ومكافحة كل أشكال التمييز، وفق ما ينص عليه الدستور في تصديره وفي فصوله 2 (الفقرة الثانية) و 6 (الفقرة الأولى) و 19 (الفقرة الأولى) و 30 (المقطع الثاني من الفقرة الأولى)، وهي مبادئ لا تسمح بإضفاء صبغة الديمومة على تدابير قانونية استثنائية تملأ دواع مرحلية ومؤقتة ترمي بالأساس إلى الارتقاء بتمثيلية فئات معينة، وتمكينها من التمرس بالحياة البرلمانية قصد إنماء قدراتها على الانخراط بنجاح في النظام الانتخابي العام: (...)".

## II. فعلية الأهداف ذات القيمة الدستورية

تكاد تجمع المعاجم القانونية على أن الفعلية هي خاصية القاعدة القانونية التي يجري تطبيقها فعلا على أرض الواقع<sup>2</sup>. ويرى جانب من الفقه أيضا أن الفعلية هي تطبيق القانون<sup>3</sup>. ويختزل هذا التعريف مفهوم فعلية القاعدة في تطبيقها.

ففي الواقع، لا يوجد توافق فقهي على مدلول "الفعلية". فهي ترتبط بالبعد المعياري أو القانوني وبالبعد الاجتماعي الذي يقيس الفارق بين القانون ومدى تطبيقه أي مقبولية القاعدة القانونية واعتراف المخاطبين بها وهو ما يندرج في علم الاجتماع القانوني. ومن شأن تطبيق القاعدة القانونية توجيه سلوك المخاطب بالقاعدة القانونية وفق ما يرمي إليه المشرع. وعليه، كيف يمكن للأهداف ذات القيمة الدستورية كقاعدة توجيه سلوك المخاطب بها؟ (1) ثم إن فعلية الأهداف ذات القيمة الدستورية فعلية ناقصة بسبب إلزامها المحدود للمشرع من جهة، وبسبب عدم قدرة الأفراد على الاحتجاج بها أمام القضاء المختص<sup>4</sup> وهو ما يطرح إشكالية معياريتهما ومكانتهما في هرمية التشريع(2).

### 1. علاقة الفعلية بالأهداف ذات القيمة الدستورية

ينبغي التمييز بين فعلية الحقوق والحريات الدستورية وبين فعلية الأهداف ذات القيمة الدستورية. فالأولى تقاس بتطبيقها وبأثرها على الأفراد وترتبط بتنزيل القانون وتطبيقه على أرض الواقع. أما الثانية، فتقتصر على تنزيل مقتضيات دستورية في شكل قوانين وتخص الأثر الحاصل على المشرع. فالقانون إذن هو ما يمكن أن يحرم "الأهداف ذات القيمة الدستورية" من الفعلية ويجردها منها، كما أنه هو ما قد يُعزز من فعليتهما لأنها ترتبط بسلطته التقديرية. لذلك، ترتبط

<sup>1</sup> القرار رقم 817: (...) كما أقر عددا من الأهداف الدستورية التي يدعو إلى بلوغها، والمتمثلة بصفة خاصة في تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنتين والمساواة بينهم ومن مشاركتهم في الحياة السياسية (الفصل 6)، والسعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء (الفصل 19)، وتشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية (الفصل 30) وتوسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد (الفصل 33): (...).

<sup>2</sup> Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 12ème édition, PUF, janvier 2018.

[https://insidercambodia.asia/files/Vocabulaire%20juridique%20by%20G%C3%A9rard%20Cornu%20\(z-lib.org\).pdf](https://insidercambodia.asia/files/Vocabulaire%20juridique%20by%20G%C3%A9rard%20Cornu%20(z-lib.org).pdf)

« L'effectivité est le caractère d'une règle de droit (...) qui est appliquée réellement. »

<sup>3</sup> Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., p. 389.

<sup>4</sup> LEVADE A., « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après: Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in Mélanges Pactet, Paris, Dalloz, 2003, p. 698.

<https://books.openedition.org/pupo/1164?lang=fr#ftn26>

فعلية "الأهداف ذات القيمة الدستورية" بقيمتها القانونية التي تحدد درجة توجهها للمشرع. وبهذا يمكن القول إن فعلية هذه الأهداف لا تكون لذاتها ولكن سببا لفعلية قواعد أخرى. ونخلص إذن أن فعلية القانون من فعلية الأهداف التي توجهه. وبالتبعية فإن فعلية الدستور من فعلية "الأهداف ذات القيمة الدستورية" التي يتضمنها. وكخلاصة، ففعلية الدستور من فعلية القانون وهنا نقطة ضعف الأهداف ذات القيمة الدستورية.

وبرى البعض أن هذه الأهداف شرط لفعلية الحقوق والحريات<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد، نقرأ في قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 103.20 صراحة أن الهدف الدستوري المتمثل في السعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء هو وسيلة لضمان الطابع الفعلي للمساواة بين الجنسين<sup>2</sup>.

ونقرأ أيضا في قرار المحكمة الدستورية رقم 118.21: "...). وحيث إنه، بمقتضى ذلك، فإن المشرع تحقيقا لغايات دستورية مقررّة، تهدف إلى ضمان فعلية المساواة بين الرجال والنساء، لا سيما في التمتع بالحقوق السياسية (الفقرة الأولى من الفصل 19)، وتشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في الولوج إلى الوظائف الانتخابية (الفقرة الأولى من الفصل 30)، ارتأى تغيير التدبير التشريعي المتبع للوصول إلى الغايات المشار إليها، عبر إحداث دوائر جهوية، بدلا عن الدائرة الوطنية المعتمدة قبلا؛ (...).

وحيث إن اختيار تدبير تشريعي معين والمفاضلة بين تدابير عدة ممكنة، تحقيقا لغايات دستورية أو لكفالة الطابع الفعلي للحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا، أمر يستقل المشرع بتقديره، طالما أن ذلك لا يخالف أحكام الدستور؛ (...).

وترتبط فعلية المقتضيات الدستورية بكيفية تنزيلها بنصوص تشريعية. وهكذا، قد نجد في بعض الحالات أن الدستور لا يتحكم مباشرة في التطبيق الفعلي لمقتضياته حين يتعلق الأمر مثلا بالمقاصد والغايات ذات الطبيعة الفضفاضة والعامة. لكنه، وفي المقابل يوجه المشرع في حالات أخرى ويقيده كما هو الأمر بخصوص الأهداف ذات القيمة الدستورية.

<sup>1</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p.561.

<sup>2</sup> "...). وحيث إنه، يتعين على المشرع، وفق سلطته التقديرية، تحديد كفاءات أعمال الهدف الدستوري المتمثل في السعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، المقرر بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من الفصل 19 من الدستور، بكونه وسيلة لضمان الطابع الفعلي للمساواة بين الجنسين، على النحو المقرر في الفقرة الأولى من الفصل 19 والفقرة الثانية من الفصل 6 من الدستور؛ (...).

فالقانون لا ينبغي أن يتوافق مع الدستور فحسب، لكن يجب أن يخدمه وأن يكون أداة لضمان فعالية القواعد الدستورية. ويكون الترجيح أو التوفيق بين القواعد والأهداف ذات القيمة الدستورية من صميم فعالية الحقوق<sup>1</sup>. وبالتالي فإن ثمة ضوءاً أخضر من سلطة أعلى إلى سلطة أدنى تتولى التنفيذ، فالدستور يضمن والقانون يُنزل. هناك توجيه من الدستور للمشرع للحد من إطلاقية الحقوق عن طريق الترجيح أو التوفيق تحت رقابة القضاء الذي يراقب الخطأ البين في التقدير كما يراقب المناسبة<sup>2</sup> بين الوسيلة والغاية.

فالحق المطلق هو نفي للحق، ذلك أن تكريس حدود للحرية بموجب قاعدة هو تكريس قانوني لها وإضفاء فعالية عليها، وهذا ما يدافع عنه أنصار القانون الوضعي لأن حقوق الإنسان لا تعدو أن تكون مجرد مقاصد ما لم تنزل على أرض الواقع. والحق لا يكون حقاً إلا إذا أحيط بشروط<sup>3</sup>. والأهداف ذات القيمة الدستورية هي من هذه الشروط، كما جاء في القرار رقم 99.421 للمجلس الدستوري الفرنسي<sup>4</sup> الذي اعتبر هدف الولوج إلى القانون وقابليته للفهم شرطاً لفعالية مبدأ المساواة.

<sup>1</sup> Vincent Thibaud, Le raisonnement du juge constitutionnel, jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique, thèse soutenue le 7 juin 2011, Faculté de Droit et Sciences politiques, Université Lumière Lyon 2, p. 174.

[http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2011/thibaud\\_v/pdfAmont/thibaud\\_v\\_these.pdf](http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2011/thibaud_v/pdfAmont/thibaud_v_these.pdf)

<sup>2</sup> - نقرأ في القرار رقم 117.21 ما يلي: "(...) وحيث إن أعمال الشرطين المذكورين، يبقى محصوراً بالنسبة للأول، في ثلاث لوائح ترشيح، على الأقل، تتعلق بالدوائر الانتخابية المحلية بالنسبة للحزب المعني، وبخصوص الثاني، في لائحة ترشيح، على الأقل، فيما يخص الدوائر الانتخابية الجهوية، مما يجعل هذين الشرطين، بما تضمناه من قيد، على الأحزاب في تقديم مترشحيها، ومن استثناء على مبدأ المساواة بين المواطنين والمواطنات في الترشح للانتخابات، ليس فهما إخلالاً بمبدأ التناسب بين الوسيلة التي ارتضاها المشرع، والغايات الدستورية المقررة: (...)".

- راجع كذلك قرار المحكمة الدستورية رقم 118.21.

<sup>3</sup> Nirmal Nivert, Intérêt général et droits fondamentaux, op. cit., p104.

<sup>4</sup> Décision du Conseil constitutionnel français n° 99-421 DC du 16 décembre 1999,

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421DC.htm>

« 13. Considérant, en deuxième lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, le Gouvernement a apporté au Parlement les précisions nécessaires en rappelant l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés à l'article 1er, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ; que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la

## 2. معيارية "الأهداف ذات القيمة الدستورية"

لا بد أولاً من القول إن محددات معيارية نص هي دقته ووجود الجزاء والدفع به أمام القضاء ثم الإكراه أو الإلزام. وكل هذه النقط ليست نقطاً موضوعية<sup>1</sup>. ما قيمة الأهداف ذات القيمة القانونية وما قوتها القانونية؟ وما موقعها في هرمية التشريع؟

### أ. القيمة القانونية للأهداف ذات القيمة الدستورية

يبدو الأمر واضحاً في المغرب لورود هذه الأهداف في الدستور إذ لا يُطرح أي مشكل بخصوص القيمة القانونية للأهداف ذات القيمة الدستورية مع أن ثمة أهدافاً خلقها القاضي الدستوري المغربي. أما في فرنسا، فالقاضي الدستوري هو من أنشأها<sup>2</sup>، وما يقوله القاضي الدستوري لا يختلف عما يقوله المشرع الدستوري. ويتحدث جانب من الفقه الفرنسي عن الأهداف ذات القيمة الدستورية كقواعد قانونية بأتم معنى الكلمة<sup>3</sup>، بل كصنف جديد من القواعد الدستورية وعن إغناء القواعد المرجعية لمراقبة دستورية القوانين. ويقول إنه رغم عدم ورودها في أي نص دستوري فالقاضي الدستوري اعتبرها أهدافاً موجبة للمشرع لتفعيل حقوق ومبادئ دستورية<sup>4</sup>. لكن ليس ثمة إجماع على كونها جزءاً من الكتلة الدستورية<sup>5</sup>.

إن الأهداف ذات القيمة الدستورية ولئن كان لها نفس القيمة القانونية التي لباقي القواعد ذات القيمة الدستورية فهي ليست حقوقاً وحرّيات دستورية<sup>6</sup>، وهو ما أكده قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2010.4/17 بتاريخ 22.07.2010. ثم إن التجسيد الفعلي للحقوق والحرّيات الدستورية يتولد من خلال الأهداف ذات القيمة الدستورية كصنف تم السمو به شكلاً

Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

<sup>1</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs sont-ils des règles de droit ? in: Thèmes et commentaires, Les objectifs dans le droit, sous la direction de Bertrand Faure, Dalloz, 2010, p.48.

<sup>2</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p.161.

<sup>3</sup> Ibid, p.568.

<sup>4</sup> P.Mazeud, La place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité,

[https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf](https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf)

<sup>5</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p.569.

<sup>6</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p.561.



إلى مصاف قواعد دستورية غير مألوفة في القانون الدستوري الكلاسيكي<sup>1</sup>. لكن غموض هذه الأهداف يقوي سلطة القاضي الدستوري في التأويل وتكييف قراراته مع الظروف<sup>2</sup>.

### ب. القوة القانونية للأهداف ذات القيمة الدستورية

الأهداف ذات القيمة الدستورية صنف من القواعد المرجعية المعتمدة لمراقبة الدستورية وهي جزء من "القانون". إنها تحدد تصرف المشرع ما يعني أنها معيارية ما دامت تلزمه بالتدخل وتمكنه من سلطة تقديرية وتمنعه من مخالفة هذه الأهداف. ويظل الطابع الغالب والمتفق عليها فقها هو الترخيص للمشرع بالحد من الحقوق والحريات الدستورية في سبيل تحقيق هذه الأهداف. كما أن للأهداف ذات القيمة الدستورية وظيفتين أخريين باعتبارها صنفًا من القواعد: فهي من جهة تمنع خرق هذه الأهداف ولا يجوز للمشرع اتخاذ نصوص تخالفها كما هو الحال في قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 475-2003 الذي جعل من هدف الولوج إلى القانون وفهمه أساسا دستوريا للتصريح بعدم دستورية نص تشريعي غامض. وللأهداف ذات القيمة الدستورية وظيفة الإلزام كذلك، فتفعيل الأهداف التي تفرض التزاما إيجابيا (وهي أغلب الأهداف ذات القيمة الدستورية) توجه المشرع وجوبا في منحى محدد وتحت رقابة القضاء<sup>3</sup>.

إن القوة القانونية لهذه الأهداف في النظام القانوني الفرنسي ناقصة، مما يعني أنها بمعيارية ضعيفة. وينبغي التمييز بين "وجود المعيارية" وبين "درجتها وقوتها"<sup>4</sup>. وتتيح هذه المعيارية الناقصة للمشرع سلطة تقديرية واسعة إذ لا يمكن تطبيق هذه الأهداف مباشرة لأنها لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة بذل عناية وبإلزام محدود<sup>5</sup>. فغياب الالتزام بنتيجة يوازيه حرية في اختيار الوسائل لتحقيق الهدف.

ومن جهة أخرى فالرقابة على "الأهداف ذات القيمة الدستورية" أقل من الرقابة على المبادئ لأن هذه الأهداف شرط للدستورية وأقل إلزاما للمشرع. فالقضاء الدستوري يراقب المناسبة بين الوسيلة والغاية بالنسبة لهذه الأهداف. والرقابة في هذه الحالات أقرب إلى التحقق من الضمانات التي سطرها المشرع منه إلى تطبيق وإعمال قواعد ومبادئ صارمة تؤدي إلى الحكم

<sup>1</sup> Vincent Thibaud, Le raisonnement du juge constitutionnel, Jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique, op. cit., p. 174.

<sup>2</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p. 316.

<sup>3</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs sont-ils des règles de droit ? op. cit., pp. 50-51.

<sup>4</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p. 327.

<sup>5</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs sont-ils des règles de droit ? op. cit., p. 57.

بعدم دستورية قانون في حال خالفها. وتقتصر الرقابة على تطبيق "الأهداف ذات القيمة الدستورية" على مراقبة سهو وإغفال المشرع وليس مراقبة مطابقة فعلية تستلزم مقارنة قاعدتين مما يدل على أنها رقابة مخففة<sup>1</sup>.

وتتمظهر الحماية الناقصة من طرف القضاء الدستوري الفرنسي للأهداف ذات القيمة الدستورية في العدد القليل من القرارات الصادرة بعدم المطابقة أو بمخالفة الدستور بناء على هدف ذي قيمة دستورية. كما تتمظهر بتغليب المبادئ الدستورية عند توفيقها مع هذه الأهداف<sup>2</sup>.

في ألمانيا، قضت المحكمة الفدرالية الألمانية بإلزامية هدف الدولة الاجتماعية. كما أن أول قرار للمحكمة الدستورية الإيطالية سنة 1956 نص على معيارية قواعد بمثابة "أهداف ذات قيمة دستورية"<sup>3</sup>.

وهكذا فالأهداف ذات القيمة الدستورية تساهم في الحد من سلطات البرلمان<sup>4</sup>.

### ج. مكانة الأهداف ذات القيمة الدستورية في هرمية التشريع

يرى بعض الفقه أن الأهداف ذات القيمة الدستورية صنف جديد أسى من القانون وليست أدنى من الدستور لأنها تستمد قوتها منه<sup>5</sup>. ولا يمكن مقارنة معيارية الأهداف ذات القيمة الدستورية بمعيارية الحقوق والحريات والتي تعد هذه الأهداف مجرد شروط لتفعيلها. فهذه الأهداف ما هي سوى التزامات ببذل العناية لا تلزم المشرع بنتيجة محددة تاركة له هامشاً كبيراً في التقدير عن طريق اختيار الوسائل المناسبة لتحقيق هذه الأهداف. وما دام عدد المخاطبين بهذه

<sup>1</sup> Vincent Thibaud, Le raisonnement du juge constitutionnel, Jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique, op. cit., p. 354.

<sup>2</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p. 327.

<sup>3</sup> Cour constitutionnelle italienne, 1/1956, Gazzetta ufficiale, 14 juin 1956, n°146, in: Pierre de Montalivet, Les objectifs sont-ils des règles de droit ? op. cit., p. 52.

<sup>4</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., p. 453.

<sup>5</sup> Bertrand Faure, Les objectifs de valeur constitutionnelle, Revue française de droit constitutionnel, 1995, p. 47.

In: François Luchaire, Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle, Dans Revue française de droit constitutionnel 2005/4 (n° 64),

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2005-4-page-675.htm#re5no5>

الأهداف محدودا ووظائفها المتمثلة في المنع والإلزام والسماح معدودة، يمكن القول إنها قواعد مرنة إلى حد ما<sup>1</sup>.

فطبيعة بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي كانت مجرد شعارات سياسية وفلسفية والمدرجة في الكتلة الدستورية ولا سيما في تصدير دستور 1946 تجعل القاضي الدستوري يفرض درجة معينة من الرقابة على الدستورية. وفي الواقع، تكون هذه الرقابة مخففة وترجمة لنوع من الواقعية.

فبالرغم من إدراج هذه الحقوق في الكتلة الدستورية منذ سنة 1971 من طرف القاضي الدستوري، فهو لم يمنحها المعيارية الكاملة كباقي الحريات والحقوق الأساسية الأخرى لأنه كیفها على أنها أهداف ذات قيمة دستورية كالحق في الصحة وإمكانية الحصول على سكن لائق. وهذا ما سمح للقاضي الدستوري بالحد من مضمونها رغم التنصيص الدستوري عليها. فهي لا تتمتع بالطابع المطلق ولا تطبق بشكل مباشر وهي لا توجه إلى الأفراد وإنما إلى المشرع. وهي إلزام ببذل عناية وليس إلزاما بتحقيق نتيجة وهي ليست حقوقا ذاتية يمكن المطالبة بها مباشرة. ومن ثم فالقاضي الدستوري اختار الواقعية، وذلك بالنظر إلى أن الدولة هي من يتحكم في تلبية هذه "الحقوق" حسب الظرفية الاقتصادية ولا يسوغ ترتيب ذلك في الدستور على إطلاقه<sup>2</sup>.

إذا كان أمر الأهداف ذات القيمة الدستورية في النظام القانوني الفرنسي محسوما بكونها ليست حقوقا وحريات فقها وقضاء لا لشيء سوى لأنها مجرد أهداف لا تخاطب الأفراد، فإن الحالة غير ذلك في القانون المغربي. وفي هذا السياق يطرح إشكال جوهري هو: هل المناصفة مثلا حق من الحقوق الأساسية وهي التي وردت في الفصل 19 من الباب الثاني من الدستور المعنون بالحريات والحقوق الأساسية؟ فهل هي هدف ذو قيمة دستورية وحق من الحقوق الأساسية في الوقت نفسه؟ وينص الفصل 19 من الدستور هو أن الدولة تسعى إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء. وهكذا يتبين أن المخاطب بالمقتضى الدستوري هو الدولة مما يفيد أنه لا يُوجه إلى الأفراد ولا يلزم سوى الدولة. والسؤال عينه يثار بالنسبة للأهداف الواردة في الباب الثاني أي الواردة في الفصول من 19 إلى الفصل 40 مع الإشارة إلى أن مفهوم الحريات والحقوق الأساسية يظل من المفاهيم العائمة وغير المحددة في الدستور المغربي.

<sup>1</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op. cit., pp.327 et 561.

<sup>2</sup> Pierre Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », op.cit.

وبناء على ما سبق، يتضح أن معيارية المناصفة كهدف أقل قوة من معيارية مبدأ دستوري -المساواة مثلاً-. والأمر نفسه ينطبق على باقي الأهداف الواردة في الدستور. لذا، هل يمكن اعتماد "الأهداف ذات القيمة الدستورية" من القواعد المرجعية لفحص دستورية قانون؟ وهل يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء الإداري؟

### 3. إمكانية الاحتجاج بالأهداف ذات القيمة الدستورية

تعد إمكانية الاحتجاج بقاعدة ما أحد محددات فعليتها إن لم تكن أهمها<sup>1</sup>. وي طرح الفقيه Dominique Rousseau سؤالاً حول ما إذا كانت الأهداف ذات القيمة الدستورية فعلاً يمكن الاحتجاج بها أمام المجلس الدستوري الفرنسي ويمكن أن تكون سبباً في عدم دستورية قانون. فهو يرى أن الإجابات التي يطرحها الفقه تختلف، ذلك أن البعض<sup>2</sup> يقر بإمكانية الحكم بعدم دستورية نص تشريعي بناء على هدف ذي قيمة دستورية كما هو الشأن بالنسبة لهدف الولوج إلى القانون وقابليته للفهم ولهدف تعدد وسائل الإعلام. وعلى العكس من ذلك، ثمة جانب آخر من الفقه<sup>3</sup> لا يرى في الأهداف ذات القيمة الدستورية سوى أداة وظيفتها الوحيدة هي تبرير الاستثناءات على الحقوق والحريات. وفي نظر الفقيه Rousseau Dominique، فإن الإجابة الصحيحة هي تلك التي توفق بين الرأيين السابقين وتبرز خصوصية الأهداف ذات القيمة الدستورية، فهي تارة قواعد للرقابة على النصوص التشريعية وتارة آلية لتبرير الحد من بعض الحريات<sup>4</sup>.

ففيما يتعلق بالاحتجاج بـ "الأهداف ذات القيمة الدستورية" أمام القضاء الدستوري، لا بد من الإشارة أولاً إلى أنه لا يمكن الطعن بعدم الدستورية بناء عليها في ما يخص الرقابة اللاحقة

<sup>1</sup> « La justiciabilité n'est qu'une partie de l'effectivité, mais elle est un facteur déclencheur essentiel. » in: P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit., p. 522: « La justiciabilité n'est qu'une partie de l'effectivité, mais elle est un facteur "déclencheur" essentiel: l'obligation inscrite dans la loi judiciairement contrôlée met en demeure les acteurs de susciter et réunir les ressources humaines et institutionnelles nécessaires »..., in:

Nirmal Nivert, Intérêt général et droits fondamentaux, op. cit., p. 471.

<sup>2</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20 - juin 2006 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle#:~:text=Les%20objectifs%20de%20valeur%20constitutionnelle%20ne%20ont%20pas%20des%20droits,en%20d%C3%A9terminer%20la%20port%C3%A9e%20exacte>

<sup>3</sup> - F. Luchaire, Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel, l'objectif de valeur constitutionnelle, op. cit., p. 678.

<sup>4</sup> - Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., p. 245.

في القانون الفرنسي حسب ما جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2010.4/17 بتاريخ 22.07.2010 وفي قرارات أخرى جاءت بعده، وسار مجلس الدولة في نفس الاتجاه في قراره رقم 376792 الصادر بتاريخ 18.03.2016<sup>1</sup>.

أما في ما يخص الرقابة القبلية، فقد استند المجلس الدستوري الفرنسي على هذه الأهداف استثناء كمرجع وحيد للنظر في دستورية مقتضى تشريعي لكن فقط في ما يتعلق ب"الهدف ذي القيمة الدستورية" المتعلق بالولوج إلى القانون وقابليته للفهم وذلك في القرار رقم 99.421. كما استند على "الهدف ذي القيمة الدستورية" المتعلق بالولوج إلى القانون وقابليته للفهم وعلى الفصل 34 من الدستور في القرارين رقم 455-2001 ورقم 540-2006، وعلى "الأهداف ذات القيمة الدستورية" وعلى مبدأ الوضوح المستمد من الفصل 34 من الدستور الفرنسي في القرار رقم 475-2003. كما استند في القرار رقم 639-2011 على "الهدف ذي القيمة الدستورية" المتعلق بالولوج إلى القانون وقابليته للفهم وعلى عيب عدم الاختصاص السلبي.

## خاتمة

إن "الأهداف ذات القيمة الدستورية" في القانون المغربي صنف من القواعد من دون ملامح. فالدستور صامت بهذا الخصوص والقاضي الدستوري لا يولي هذه الأهداف ما يلزم ليأخذ بيد الدستور ويكتنه مكنوناته ويخرجها من حالة الكمون. فلا نجد صراحة تسمية هدف في الدستور، لكننا قد نفهم على أنها أهداف مسطرة وهي تستجيب لمحددات الأهداف ذات القيمة الدستورية في القانون المقارن. وعلى الرغم من ذلك، تظل إشكالية التعرف عليها في الدستور وفي اجتهادات القضاء الدستوري المغربي حائلا لتوضيح هذا الصنف من القواعد. وتبقى ضبابية "الأهداف ذات القيمة الدستورية" سمة مشتركة بين النظامين القانونيين الفرنسي والمغربي.

وإذا رصدنا عدد الفصول التي تتضمن أهدافا في الدستور المغربي، نجدها تقارب السبعة عشر أي تقريبا عشر فصول الدستور فضلا عن ما يتضمنه التصدير. ومن ثم، فإن انخراط "الأهداف ذات القيمة الدستورية" في الدستور بهذا الزخم هو مبعث على فعالية الحريات والحقوق الدستورية كما قد يكون عكس ذلك. وكمثال على هذا، إذا أخذنا الحق في التعليم مثلا في المغرب، نصت المراجعة الدستورية لسنة 1996 في الفصل 13 على أن "التربية والشغل حق للمواطنين على السواء". أما في دستور 2011 فإن الفصل 31 ينص على أنه "تعمل الدولة على الحصول على

<sup>1</sup> - Ibid., p. 261.

تعليم (...) " وفي الفصل 32 "التعليم الأساسي حق للطفل وواجب على الأسرة والدولة (...)" . ويفهم من هذا أن التعليم حق للجميع في المراجعة الدستورية لسنة 1996 بينما غدت مع دستور 2011 حقا للأطفال فقط في التعليم الأساسي وهدفا للآخرين. وهكذا يمكن القول إن هذا الهدف إنما جاء كتراجع ونكوص عن الحق في التعليم.

ويمكن القول إن الأهداف ذات القيمة الدستورية تحدد تصرف المشرع والدولة والسلطات العمومية وهو ما يثبت معياريتها. ومعلوم أن للأهداف ذات القيمة الدستورية ثلاث وظائف معيارية: فهي إما تلزم المشرع بالتدخل لتفعيلها ووضعها موضع التطبيق أو تمنعه من مخالفتها وإنكارها أو تمنحه سلطة تقديرية ليحد من تطبيق بعض الحقوق والحريات الدستورية<sup>1</sup>. لكن طبيعة الأهداف ذات القيمة الدستورية كصنف من القواعد الدستورية تضيفي على فعليتها طابعا خاصا. فهي نصوص بمعيارية ناقصة. لذلك تكون الحماية القضائية للقاضي الدستوري حماية محدودة وأقل من الحماية التي تتمتع بها الحقوق والحريات الدستورية.

ونخلص إذن أن فعالية الدستور في ظل ضبابية هذه الأهداف ترتبها بالسلطة التقديرية التي للمشرع في تفعيل هذه القواعد. وهذا ما يسمح لنا بالقول إن عشر فصول الدستور تقريبا تحتاج إلى تدخل البرلمان للأخذ بيدها.

<sup>1</sup> Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, op.cit., p.453.

## لائحة المراجع والمصادر

### مؤلف

- محمد نبيل ملين، فكرة الدستور في المغرب (وثائق ونصوص 1901-2011). تيل كيل ميديا، 2017.

### مقالات

- طارق جدياني، نظرات في تصدير الدستور، مجلة القانون العام والعلوم السياسية، العدد الأول، شتنبر 2020.

- طارق جدياني، البعد التواصلي للديباجة في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون البرلماني، العدد الأول، دجنبر 2019.

- نص الخطاب الذي وجهه جلالة الملك إلى الأمة حول مشروع الدستور الجديد الرباط يوم 2011/06/17

<https://www.maroc.ma/ar>

### معجم

- لسان العرب: ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، الجزء 15، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت.

### دستور المملكة

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 29 يوليو 2011، (ج.ر.) عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليو 2011)، ص. 3600.

### قرارات القضاء الدستوري المغربي

- قرار المجلس الدستوري رقم 2016/984 ملف عدد 2015/1471 صادر يوم الثلاثاء 2016/01/12.

- قرار المجلس الدستوري رقم 11/821 ملف عدد 11/1177 صادر يوم السبت 2011/11/19.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 97/19 ملف عدد 047/19 صادر يوم 05/09/2019.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 115/21 ملف عدد 065/21 صادر يوم 11/03/2021.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 103/20 ملف عدد 055/20 صادر يوم، 12/03/2020.
- قرار المجلس الدستوري رقم 11/817 ملف عدد 11/1170 صادر يوم الخميس 2011/10/13.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2014/932 ملف عدد 2014/1389 صادر يوم الخميس 2014/01/30.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2014/943 ملف عدد 2014/1400 صادر يوم الجمعة 2014/07/25.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2015/970 ملف عدد 2015/1426 صادر يوم الأحد 2015/07/12.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2015/966 ملف عدد 2015/1423 صادر يوم، الثلاثاء، 2015/06/30.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 66.17 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2017.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 70.18، الصادر بتاريخ 6 مارس 2018.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 93/19 ملف عدد 044/19 صادر يوم 09/07/2019.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 107/20 ملف عدد 59/20 صادر يوم 06/08/2020.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 117.21 الصادر بتاريخ 31 مارس 2021.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 118/21 ملف عدد 067/21 صادر يوم 07/04/2021.



- قرار المجلس الدستوري رقم 2012/855 ملف عدد 11/1300 صادر يوم، الأربعاء

2012/06/13.

- قرار المجلس الدستوري رقم 2012/874 ملف عدد 2011/1296 - 2011/1295 صادر

يوم الخميس 2012/09/06.

- قرار المجلس الدستوري رقم 2013/919 ملف عدد 2013/1375 - 2013/1372 صادر

يوم، الثلاثاء، 2013/07/02.

- قرار المجلس الدستوري رقم 2014/946 ملف عدد 2014/1395 - 2014/1393 صادر

يوم الخميس 2014/10/30.

- قرار المجلس الدستوري رقم 2014/937 ملف عدد 2014/1390 صادر يوم الخميس

2014/06/19.

### قرارات القضاء الدستوري المقارن

- قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم 6/2014 بتاريخ 6.8.2014

<https://www.cc.gov.lb/node/2601>

- Décision du Conseil constitutionnel français n° 99-421 DC du 16 décembre 1999,

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421DC.htm>

### Ouvrages

- Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 11ème édition, L.G.D.J., 2016.

- Pierre de Montalivet, Les objectifs de valeur constitutionnelle, Prix de thèse 2005 du sénat, Paris, Dalloz, 2006.

### Thèses

- Nirmal Nivert, Intérêt général et droits fondamentaux, Université de La Réunion, Faculté de Droit et d'Économie, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit public Présentée et soutenue publiquement le 1er décembre 2012.

– <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01279058/document>

– Vincent Thibaud, Le raisonnement du juge constitutionnel, Jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique, thèse soutenue le 7 juin 2011, Faculté de Droit et Sciences politiques, Université Lumière Lyon 2.

– [http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2011/thibaud\\_v/pdfAmont/thibaud\\_v\\_these.pdf](http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2011/thibaud_v/pdfAmont/thibaud_v_these.pdf)

## الفصل التاسع

# تأهيل القضاء الإداري لتعزيز الموازنة بين حماية الحريات العامة والحفاظ على النظام العام

Rehabilitation of the administrative judiciary to strengthen the balance between the protection of freedoms. Public Order and Public Order

**د. محمد المودن**

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - المحمدية

**عبد الرحمان حبيب الله**

طالب في سلك الدكتوراه تخصص قانون عام - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - المحمدية

## ملخص

إن تحقيق التوازن بين حماية الحريات العامة والحفاظ على النظام العام، يتطلب ضرورة التوفر على قضاء إداري قوي قادر على الموازنة بين طرفين متعارضين في مصالحهما، ذلك أن الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في ميدان الشرطة الإدارية سواء في جانبي المشروعية والملاءمة، تساهم في إحداث نوع من التوازن بين السلطة والحرية داخل المجتمع، وذلك بالتوفيق بين متطلبات حماية النظام العام وضرورات حماية الحريات العامة وضمن ممارستها.

فالتجربة التي خاضتها المحاكم الإدارية ببلادنا أبانت عن جرأة القاضي الإداري المغربي، حيث لم يكتف بالتقيد بحرفية النصوص القانونية الواجبة التطبيق، بل تعداه إلى استلزام مبادئ العدالة والإنصاف، فالقاضي الإداري يقوم بدور محوري في إنشاء وتطوير القانون الإداري عبر بحثه عن الحلول المناسبة لتطبيقها على المنازعات الإدارية التي تكون الشرطة الإدارية طرفاً فيها، حيث اعترف من جهة بأن مفهوم النظام العام في مجال الشرطة الإدارية لا يقتصر على النظام المادي الخارجي فقط، بل يتسع ليشمل النظام الأدبي والجمالي والسياسي والاقتصادي والبيئي، كما برهن من جهة أخرى، من خلال دعوى الإلغاء ودعوى التعويض عن دور مهم في حماية مجموعة من الحريات المدنية والسياسية وبشكل أقل حريات الرأي والتعبير.

غير أن هذا التطور الإيجابي لم يصل بعد إلى مستوى القضاء الإداري الفرنسي، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل ترتبط بوظيفة هذا الصنف من القضاء، سواء في مستواه الموضوعي، أو في

تعلقه بالأفراد والإدارة، الشيء الذي يستدعي توفير الظروف الملائمة لذلك من خلال تمكين القاضي الإداري من حرية أوسع في اتخاذ القرار المناسب مع ارتباط ذلك بتكوين يتناسب مع طبيعة المهام الموكولة إليه وتقوية دوره الاستشاري والإنشائي للقواعد القانونية وتفسيرها التفسير الملائم وذلك من أجل تحقيق التوازن المنشود بين مصلحة الشرطة الإدارية في المحافظة على النظام العام من جانب، وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة من جانب آخر.

الكلمات المفتاحية:

الشرطة الادارية – النظام العام – الحريات العامة- الرقابة القضائية – المشروعية- التوازن

### Abstract

Balancing the protection of public freedoms and the maintenance of public order the need for a strong administrative judiciary capable of balancing conflicting parties in their interests, Judicial oversight of administrative decisions in the field of administrative police is both legitimate and appropriate contributing to a kind of balance between power and freedom within society, By reconciling the requirements for the protection of public order with the imperatives for the protection of public freedoms and ensuring their exercise.

The experience of our country's administrative courts demonstrated the audacity of the Moroccan administrative judge justice and equity ", which not only respected the professionalism of applicable legal texts, but also inspired the principles of justice and fairness The administrative judge plays a pivotal role in the establishment and development of administrative law by seeking appropriate solutions to be applied to administrative disputes to which the administrative police is a party, On the one hand, he acknowledged that the concept of public order in the field of administrative police was not limited to external physical order. and to cover the literary, aesthetic, political, economic and environmental system, as demonstrated on the other hand through annulment and compensation for an important role in

protecting a range of civil and political freedoms and less freedom of opinion and expression.

However, this positive development has not yet reached the level of the French administrative judiciary. This is due to several factors associated with the function of this category of the judiciary, Both at its substantive level and in relation to individuals and management, it is necessary to create the appropriate conditions by enabling the administrative judge to have a wider freedom to make the appropriate decision, in conjunction with a composition commensurate with the nature of the tasks entrusted to him and to strengthen his advisory and constructive role of legal norms and their appropriate interpretation, in order to achieve the desired balance between the administrative police's interest in maintaining public order on the one hand and protecting the rights and freedoms of individuals on the other.

Keywords:

Administrative Police - Public Order - Public Freedoms - Judicial Control - Legality - Balance

## مقدمة

لا شك أن إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب<sup>1</sup> شكل خطوة هامة نحو تدعيم دولة الحق والقانون التي تم تدشينها منذ تسعينيات القرن الماضي، ويزداد هذا الاعتقاد يقينا باستحضار أن الخطاب الملكي الذي أعلن بموجبه عن إحداث تلك المحاكم اقترن بإحداث المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، وهو ما يفضي إلى نتيجة تؤكد الدور الذي ينبغي أن تقوم به هذه المحاكم في سبيل ضمان الحقوق والحريات العامة. وهذا الدور أصبح مكرسا دستوريا بالنسبة لجميع المحاكم وليس المحاكم الإدارية فقط، وذلك بموجب الفصل 117 من الدستور المغربي لسنة 2011 الذي ينص على ما يلي: "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون"<sup>2</sup>.

والأكيد أن ممارسة هذه الوظيفة الدستورية تحتاج إلى استحضار مرجعيات الحريات العامة سواء تعلق الأمر بالمرجعية الإسلامية أو الكونية أو الدستورية. وباستحضاره لتلك المرجعيات، فإن القضاء الإداري أساسا يبلور نظريته إلى التزام سلطات الشرطة الإدارية بتمكين الأفراد من الحريات العامة عبر آليات قضائية لحمايتها<sup>3</sup>.

وعليه فالرقابة القضائية على أعمال الشرطة الإدارية واحدة من أقوى وأهم ضمانات الحريات العامة مقابل ما تقوم به الشرطة الإدارية عموما، وفي سبيل ما تصبو إليه من تحقيق النظام العام على وجه الخصوص، لاسيما أمام عدم كفاية وفعالية الرقابة الإدارية الذاتية، ذلك كونها تعد وسيلة فعالة في حماية الحريات العامة إزاء ما يصدر عن الشرطة الإدارية من أعمال؛ لأن الغرض الأساسي من الرقابة القضائية هو حماية الأفراد، وذلك بإلغاء قرارات الشرطة الإدارية المخالفة للقانون والتي تكون قد سببت ضررا للأفراد والحكم بالتعويض عن الضرر الذي يمس الأفراد من جراء سير المرافق العامة، فهي تعتبر تنبيها للشرطة الإدارية، ما يدفعها لاحترام القانون. وهي في نفس الوقت ضمانة لحقوق الشرطة الإدارية ومجالا حقيقيا لإقامة التوازن والتكافؤ بين المصالح المتعارضة سواء كانت متعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة.

<sup>1</sup> القانون رقم 90.41 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 225.1.91 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 هـ (10 سبتمبر 1993)، ج ر عدد 4227 بتاريخ 03 سبتمبر 1993، الصفحة 2168.

<sup>2</sup> الدستور، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 11.91.11 بتاريخ 28 شعبان 1432 هـ (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 هـ (30 يوليوز 2011)، ص 3600.

<sup>3</sup> حميد ولد البلاد، "مركزات حقوق الإنسان في تطبيقات القانون الإداري"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 133، مارس - أبريل 2017، ص 55.

من هنا تظهر ضرورة توافق الممارسة مع قانون الحريات العامة التي تنبع من اعتبار أن الحرية لا يمكن أن تمارس بدون حدود. لذلك فاحترام هذه الحدود يعتبر من مكونات نظام الحريات العامة. فتطلع الأفراد إلى القضاء الإداري بهدف إلى الحد من أمر التجاوزات التي تهدر تلك الحريات، أو تنتقص منها، وتمنعهم من مباشرة أنشطتهم دون مسوغ قانوني، ذلك أن الاستغلال السيئ للنظام العام بعيدا عن المصلحة العامة وعن الحفاظ عن كيان الدولة والمجتمع إنما تكون له نتائج وخيمة سواء على الصالح العام أو على حقوق الأفراد وحرياتهم العامة. وهذا يتطلب تدخلا فعالا للقاضي الإداري لضمان عدم تعسف الشرطة الإدارية على الأفراد فيما تتخذه من إجراءات وتدابير شرطية لحماية النظام العام.

فالقاعدة العامة أن قرارات الشرطة الإدارية تخضع لمراقبة القضاء الإداري، مثلها مثل باقي القرارات الإدارية، للتوفيق بين أهمية التدابير المتخذة للمحافظة على النظام العام، وخطورتها على الحريات العامة للأفراد، وتعد ضمانات أساسية لحماية الحريات العامة بإلزام الشرطة الإدارية الخضوع لحكم القانون في قراراتها المتخذة في مجال تنظيم نشاطاتهم المختلفة.

وتشمل هذه المراقبة جميع عناصر القرارات الإدارية الخارجية والداخلية الصادرة في هذا المجال، غير أنه نظرا لاتصال هذه القرارات بالحريات الأساسية للأفراد، فإن ذلك يدفع للتساؤل عما إذا كانت رقابة القضاء تقف عند حدود المشروعية أم تتجاوز ذلك إلى مراقبة مدى ملاءمتها.

وانطلاقا مما سبق تتبادر إلى الأذهان إشكالية قانونية حول الدور الذي يمكن أن يلعبه القاضي الإداري في سبيل تحقيق الموازنة بين حماية الحريات العامة من جهة والحفاظ على النظام العام من جهة أخرى؟

وتتفرع عن الإشكالية المحورية الأسئلة التالية:

- هل يمكن الحديث عن جهاز قضائي مستقل ونزيه قادر على التصدي للانتهاكات التي ترتكبها، عن قصد وعن غير قصد، الشرطة الإدارية في حق فئات من الأفراد؟

- هل واكب القضاء الإداري المغربي التطورات والتحولات التي عرفها الحقل الإيديولوجي والسياسي في مجال الحريات العامة، على اعتبار أن حماية هذه الحريات رهين بالرقابة التي يمارسها القضاء على تصرفات وأعمال الشرطة الإدارية في هذا المجال؟

وفي سبيل معالجة هذه الإشكالية تم تقسيم الموضوع إلى مبحثين، المبحث الأول يخص رقابة القضاء الإداري على أعمال الشرطة الإدارية كضمانة للحفاظ على النظام العام وحماية



الحريات العامة، أما المبحث الثاني فسيتم فيه تقييم دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين متطلبات ممارسة الحريات العامة ومقتضيات الحفاظ على النظام العام.

## **المبحث الأول: رقابة القضاء الإداري على أعمال الشرطة الإدارية كضمانة للحفاظ على النظام العام وحماية الحريات العامة**

لقد حقق القضاء الإداري ببلادنا منذ إنشاء المحاكم الإدارية مكتسبات نوعية، تمثلت في ترسيخ مبدأ المشروعية، حيث أصبح القانون فوق الجميع، سواء تعلق الأمر بالأفراد أم بالإدارة، فالكل يجب عليه الامتثال لمقتضياته، وهذا في حد ذاته مكسب كبير في دولة القانون. والتجربة التي خاضتها هذه المحاكم أبانت عن جرأة القاضي الإداري المغربي، حيث لم يكتفي بالتقيد بحرفية النصوص القانونية الواجبة التطبيق، بل تعداه إلى استلهام مبادئ العدالة والإنصاف. فالقاضي الإداري يقوم بدور محوري في إنشاء وتطوير القانون الإداري عبر بحثه عن الحلول المناسبة لتطبيقها على المنازعات الإدارية التي تكون الشرطة الإدارية طرفا فيها، بسبب عدم وجود التنظيم القانوني المتكامل لموضوعات القانون الإداري.

فالمشرع لا يستطيع أن يحيط بكل القضايا التي قد تعرض أمام أنظار القاضي، إضافة إلى طبيعة القانون المذكور التي تجعل النقص في مجال القانون الإداري أمرا محتوما، مما يفتح باب الاجتهاد القضائي بوضع النظريات والمبادئ والأحكام التي تفصل في موضوع النزاع تطبيقا للعدالة وحماية لمبدأ المشروعية وتحقيقا للتوازن المنشود بين مصلحة الشرطة الإدارية في الحفاظ على النظام العام من جانب وحماية الحريات العامة للأفراد من جانب آخر.

وتبعاً لذلك سيتم تحليل هذا الإشكال من خلال مطلبين، يخصص الأول لدور الاجتهاد القضائي الإداري في حماية النظام العام، في حين يتطرق الثاني لرقابة القضاء الإداري كضمانة حقيقية لحماية الحريات العامة.

### **المطلب الأول: دور الاجتهاد القضائي الإداري في حماية النظام العام**

من خصائص فكرة النظام العام المرونة والتطور نتيجة ما يعرفه المجتمع من تغير، مما يؤثر على النظام العام والزيادة في عناصره. ويبقى إثبات تطور وزيادة عناصر النظام العام من إجازة القاضي الإداري الذي له الدور في إبراز هذه العناصر الجديدة وإعطائها التطور القانوني

الملائم، لذا سيتم تبين مرونة وتطور النظام العام في الفقرة الأولى، وكيف واكب الاجتهاد القضائي مرونة وتطور النظام العام في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: مرونة وتطور النظام العام

النظام العام فكرة متطورة وتخضع في تطورها لفكرة القانون نفسها، وذلك من خلال ارتباط القانون بالتطور الحاصل في المجتمع المنظم له، ونتيجة لهذا الارتباط بين النظام العام وفكرة القانون نجد أن المشرع يحدد القدر الأكبر من مضمون النظام العام من خلال الإشارة إلى بعض صور المحافظة عليه والمحققة لوجوده، ذلك أنه لا يمكن وضع إطار كامل له، نظرا لشساعة مضمونه وعدم دقة مفهومه<sup>1</sup>.

لقد أجمع الفقه على أن عناصر النظام العام تتمثل في الصحة العامة والأمن العام والسكينة العامة، لكن نتيجة لمرونته وقابليته للتكيف مع مختلف الظروف والمستجدات، لم يعد مفهوم النظام العام يقتصر على عناصره التقليدية، ولم يعد يحيل فقط على انعدام الفوضى، بل انتقل من المفهوم التقليدي الذي يحكمه الهاجس الأمني الضيق إلى مفهوم أكثر اتساعا، يتيح لسلطات الشرطة الإدارية التحرك في نطاق أوسع مما كان عليه الأمر من قبل. وكان لاتساع دور الدولة وتدخلها في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية دوره الحاسم في هذا الامتداد والتوسع<sup>2</sup>.

وبناء عليه، اتجه القضاء الإداري الفرنسي في بداية الأمر إلى تضيق مفهوم النظام العام بقصره على الجانب المادي من خلال العناصر الثلاث، وهي السكينة العامة والصحة العامة والأمن العام، لكنه عدل عن ذلك الاتجاه وأخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام في مجال الشرطة الإدارية، وأصبح النظام العام بذلك يشمل الجانب الأدبي المتمثل في الآداب والأخلاق العامة، وتجلى ذلك في تبني القضاء الإداري الفرنسي، وبالأخص مجلس الدولة الفرنسي، أحقية سلطة الشرطة الإدارية في إصدار قرارات تخص النظام العام في جانبه الأدبي ورفض الطعون الصادرة ضدها، مستندا إلى التغيير الواسع للنظام العام، ومن بين القضايا التي تركز هذا الطرح حكمه الشهير في قضية

<sup>1</sup> - محمد ربيع منيب، "ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، السنة 1981، ص 62.

<sup>2</sup> - وديع البقالي، "النظام العام والحريات"، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، الرباط، العدد 31، السنة 2016، ص 273.

<sup>1</sup>lutetia، حيث اعترف مجلس الدولة في هذا الحكم بسلطة عمدة المدينة في حظر عرض أفلام سينمائية سبق أن أجازتها هيئة الرقابة على الأفلام، إذ كان من شأن عرضها بسبب طابعها اللاأخلاقي الإخلال بالنظام العام.

وعليه فإن تدخل سلطات الشرطة الإدارية لحماية النظام العام الخلقي بعيدا عن النظام العام التقليدي يتطلب شرطين للمنع في هذه الحالة وحالات أخرى مماثلة لها، وهما: الطابع اللاأخلاقي للفيلم والظروف المحلية.<sup>2</sup>

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن كرامة الإنسان هي من مكونات النظام العام<sup>3</sup>

وهذا التطور القضائي يرجعه الفقهاء إلى تطور النصوص القانونية التي أصبحت تهتم بحماية البيئة، وحماية الآثار حتى لا يقع اعتداء على الملكية الجماعية.<sup>4</sup> والملاحظ هو أنه حتى وإن توسع الفقه وفقه القضاء في مفهوم النظام، فإن الفقهاء يعتبرون هذا التوسع يرجع في حقيقة الأمر إلى إحدى الصور الثلاث التقليدية ولا يتعارض معها.<sup>5</sup>

وقد تبنى القضاء الإداري المغربي إدخال عناصر جديدة للنظام العام وسلم بوجود النظام العام الأدبي والنظام العام الجمالي، والنظام العام الاقتصادي والسياسي، وهذا ما نلاحظه من خلال ما صدر عنه من أحكام قضائية في هذا المجال.

### الفقرة الثانية: مواكبة الاجتهاد القضائي لمرونة وتطور النظام العام

يتجلى دور القضاء في تطوير مفهوم فكرة النظام العام انطلاقا من سلطة القاضي التقديرية والتي تحكمها مجموعة من النصوص القانونية، وفي ظل عدم تحديد المشرع لماهية

<sup>1</sup> C.E 18 Déc, 1959 « sté les films Lutetia » et syndicat Français des producteurs et exportateurs de films, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, 5<sup>ème</sup> édition, 1969, P 564.

<sup>2</sup> عبد الكريم حيزرة، "القانون الإداري المغربي: النشاط الإداري"، مطبعة المعرفة، مراكش، السنة 2017، ص 83.

<sup>3</sup> C.E 27 Oct 1995, commune de Morsang sur Orge et AIX-en- Provence, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, 17<sup>ème</sup> édition, 2009, P 783.

<sup>4</sup> L'état de droit de la jurisprudence est différemment orienté, ce qui s'explique par le développement des législations destinées spécifiquement et protéger l'environnement, les monuments historiques et des cites, R. Chapus, Droit administratif général, collection Domat, droit public, tome 1, Montchrestien, Paris, 14<sup>ème</sup> édition, 2000, P 674.

<sup>5</sup> dans l'état actuel de la jurisprudence, il paraît donc justifié de conclure que l'ordre public inclut un certain « bon ordre » qui ne se confond pas purement et simplement avec la sécurité, la tranquillité et la salubrité public » R. Chapus Op. Cit, P 670.

النظام العام، فإن القضاء يتدخل للتوفيق بين معطيات الحالة الواقعية وربطها بالقانون، بحيث يعمل على توسيع وتمديد فكرة النظام العام، والقاضي في هذه الحالة يقوم بعمل المشرع من حيث إحداث التوافق بين الواقع المتحرك للنظام العام والنص القانوني، وبهذا يبقى العمل متكاملًا.

ويعد دور القضاء مهما في مجال توسيع النظام العام، وهذا لا يعني إطلاق سلطة القاضي، بل يبقى مقيدا بتحقيق إرادة المشرع، بحيث لا يمكن للقاضي التذرع بعدم وضوح النص أو عدم وجوده<sup>1</sup>، لتنتهي فكرة النظام العام إلى نطاق التفسير القضائي، وذلك لأن القاضي باعتباره فردا يعيش في جماعة، فإنه يدافع عن قيمها الأساسية سواء كانت أخلاقية أو اقتصادية أو سياسية، وبالتالي يسهم في اتساع فكرة النظام العام.

وجدير بالذكر أن القضاء الإداري يعتبر أن النظام العام لم يعد ذا مظهر خارجي يوحى بالتدخل من أجل حفظ النظام العام في شكله المادي، بل أخذ بالمفهوم الواسع ليشمل الجانب المادي والأدبي للنظام العام، وهذا التفسير أخذ به كذلك القضاء الإداري المغربي من خلال الاستناد للآداب والأخلاق العامة في إثبات مشروعية قرارات الشرطة الإدارية، وبالتالي اتسعت مكونات النظام العام من زاوية القضاء الإداري.

ويمكن أن نلمس هذا التوجه من خلال قضية المعطي منجب، حيث ذهبت المحكمة في أمرها الاستعجالي<sup>2</sup> إلى أنه، "بالرجوع للنازلة يتبين أن الطالب تم منعه فعليا من السفر خارج أرض الوطن دون تبليغه قبل ذلك بقرار المنع، ودون أن تدلي به الجهة المطلوبة أثناء الجلسة حتى تتأكد المحكمة من تاريخ صدوره وتاريخ تنفيذه... وحيث نصت المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية على أن الأمر بسحب جواز السفر وإغلاق الحدود محدد في الزمن بعدم تجاوز مدة سريانه شهرا واحدا، ولا يتم تمديده إلا استثناء إذا كان المعني بالأمر هو المعرقل لعملية البحث... إلا أن عدم إفصاح الوكيل القضائي الحاضر بالجلسة عن أوجه العرقلة متمسكا بسرية البحث يبقى موقفا غير قائم على أساس، مادام أن هذا المبدأ المنصوص عليه في الفصل 15 من قانون المسطرة الجنائية، إنما تم تقريره بالضرورة لمصلحة الشخص، ضمانا لقريضة البراءة، بما يستقيم بعدم

<sup>1</sup> بن عامر عوينات نجيب، "النظام العام بين سلطة المشرع وتكييف القاضي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص بالملتقى الدولي حول "تحول فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و08 ماي 2014، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، السنة 2015، ص 447.

<sup>2</sup> أمر قضائي رقم 2446 بتاريخ 28/10/2015 عن المحكمة الإدارية بالرباط، منشور على الموقع الإلكتروني: [www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com)، تاريخ الإطلاع: 2020/03/15.

نشر أسرار... وأن قرار المنع يبقى غير مشمول بالسرية، مادام يمس أحد الحقوق الأساسية للشخص موضوع البحث، في وقت مازال فيه متمتعاً بقرينة البراءة...".

يبدو أن هذا الحكم القضائي قد انتصب فيه القاضي الإداري كمدافع عن النظام العام، بل وأعمل سلطته التقديرية في تحديد مدة البحث التمهيدي، بحيث ينتج عن هذا التأويل استمرار قرار المنع، والذي يمس الحريات العامة المتمثلة في حرية التجول. ويلاحظ أن القاضي الإداري لم يستحضر أيًا من المبررات الحامية لهذا الحق، بل حاول الاتساع على ضوء هواجس حماية النظام العام في ظل دستور للمملكة<sup>1</sup>.

أما على مستوى حماية الملك الغابوي، وإن كانت قد توقفت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى -حاليا محكمة النقض- من خلال منطوق قرارها في قضية السيد بوسلهام أزيول الصادر بتاريخ 3 يوليوز 2010، على ضرورة وقف تنفيذ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، الذي قد تشكل مسألة تنفيذه أضرارا كارثية مضرة بالبيئة، إلا أنها لم تبرر موقفها تبريرا كافيا ومقنعا، حيث عللت قرارها بشكل مقتضب وعام لم تتجاوز فيه أربعة أسطر، مكتفية بالقول: "وحيث ما دام تنفيذ القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية سيؤدي إلى أضرار كارثية تتمثل في قطع أشجار غابوية تقوم بمهمة إيكولوجية، وأن من شأن إزالتها التأثير سلبيا على المناخ وعلى التوازن البيئي، فإنه يتبين من ظاهر المستنتجات ومن وقائع الدعوى أن هناك ظروفًا استثنائية تبرر الاستجابة للطلب<sup>2</sup>.

وبالرجوع لآليات اشتغال القاضي الإداري المغربي، وهو ما يهمننا في هذا المقام، فالملاحظ أن العمل القضائي، كما هو واضح من القرارات القضائية الصادرة عن الغرفة الإدارية بشأن الأمن القضائي البيئي<sup>3</sup>، حاول مد رقابته بشكل ملحوظ إلى كل المكونات الأساسية للبيئة، تكريسا منه لحق العيش في بيئة سليمة، سواء عن طريق إلغاء القرارات الإدارية التي قد تشكل اعتداء على

<sup>1</sup> لحسن الحميدي، الأسس المنهجية في تأويل القضاء المغربي لجذلية النظام العام والحريات العامة، المجلة المغربية لأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017، ص 109.

<sup>2</sup> قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، عدد 419 الصادر بتاريخ 3 يونيو 2010، الملف الإداري عدد 481 / 04 / 2010، بين السيد الوكيل القضائي للمملكة والسيد بوسلهام أزيول، مجلة ملفات عقارية، العدد 4، السنة 2014، صص 137 - 138.

<sup>3</sup> عبد العزيز لعروسي، المداخل العشرة لتدبير منظومة عالمية حقوق الإنسان بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 138-139، يناير - أبريل، السنة 2018، ص 129.

البيئة أو التعويض على الأضرار الناجمة عن التلوث، والتي من بينها حماية الهواء من التلوث<sup>1</sup>، المحافظة على الماء<sup>2</sup>، حماية المجالات الطبيعية الحيوية<sup>3</sup>، وأخيرا حماية المستوطنات البشرية<sup>4</sup>، مساهما بذلك في تأسيس مبادئ وقواعد عرفية متعلقة بحماية البيئة.

وفي مجال حرية الصحافة صدر قرار عن القضاء الإداري بحماية النظام السياسي<sup>5</sup> أحد العناصر الحديثة لمفهوم النظام العام، الذي جاء فيه أن الإدارة اعتمدت في اتخاذ قرار منع صدور جريدة المواطن على ما نشر فيها في العدد الأول بتاريخ 19/06/1991 من مقالات حول وضعية بعض المعتقلين والرسائل المرفوعة من عائلاتهم إلى بعض الجهات المسؤولة، وكذا الموجهة إلى أحزاب المعارضة وإلى بعض النقابات وغير ذلك من المقالات والتحليلات المنشورة في العدد المذكور الموضوع بصفة قانونية بالملف، مما اعتبرت معه الإدارة بما لها من سلطة تقديرية أن ما نشر يمس بالأمن العمومي وبأسس الأوضاع السياسية والدينية بالمملكة، وتبعاً لما نعتته الوسيلة فإن المقرر المطعون فيه يركز على وثائق ثابتة ويجد سنده فيما أثبتته الإدارة من إخلال الطاعن بالتزاماته الصحفية<sup>6</sup>.

وفي قضية أخرى لها علاقة بالنظام العام الاقتصادي والأخلاقي<sup>7</sup>، عرضت على الغرفة الإدارية قضية تتعلق بعرقلة حرية التجارة من طرف الإدارة بسبب فهم خاطئ لهذه الأخيرة لنظرية ومفهوم الإخلال بالنظام العام، والأخلاق الحميدة، ومما جاء في قرارها الصادر بتاريخ

<sup>1</sup> قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، عدد 2/164 المؤرخ في 26 فبراير 2015، ملف إداري رقم 2134 بتاريخ 2014/2/4 بين المجمع الشريف للفوسفاط وورثة سبيعي صالح، عدد خاص، ص 15، أورده: يونس الشامي، "حدود حماية القاضي الإداري المغربي لحق العيش في بيئة سليمة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 138 – 139، يناير – أبريل 2018، ص 129.

<sup>2</sup> قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، عدد 578 المؤرخ في 11 غشت 2011، ملف عدد 2010/1/1395 بين شركة ملح المغرب ضد المجلس البلدي لتيس، منشورات محكمة النقض، عدد خاص، ص 38، أورده: يونس الشامي، م س، ص 130.

<sup>3</sup> قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، عدد 13 المؤرخ في 7 فبراير 2013، ملف إداري عدد 2011/4/516، منشورات محكمة النقض، عدد خاص، ص 11. قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 63 المؤرخ في فبراير 2009، ملف إداري رقم 2000/4/100، منشورات محكمة النقض، عدد خاص، ص 43، أورده: يونس الشامي، م س، ص 130.

<sup>4</sup> قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، عدد 46 المؤرخ في 13 يناير 2010، ملف إداري رقم 2009/4/374، منشورات محكمة النقض، عدد خاص، ص 44. قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 251 المؤرخ في 25 فبراير 2009، ملف إداري رقم 2005/4/3143، منشورات محكمة النقض، عدد خاص، ص 69، أورده: يونس الشامي، م س، ص 130.

<sup>5</sup> الحسن سيمو، القاضي الإداري والحريات العامة، مجلة الإشعاع، هيئة المحامين بالقنيطرة، العدد التاسع عشر، السنة الحادية عشرة، يونيو 1999، ص 103.

<sup>6</sup> زكرياء أفتوش، المسألة الحقوقية بالمغرب من خلال دستور 2011، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 27 – 28، السنة 2014، ص 24.

<sup>7</sup> القرار عدد 199 الصادر بتاريخ 17/09/1992 في الملف الإداري 91/10/74، أورده: الحسن سيمو، م س، ص 59.

17/10/1985 تحت عدد 178 ما يلي: "لا يجوز منع بيع كتاب أو منشور أو ممارسة حق الرقابة عليه، إلا إذا كان يخل فعلا بالنظام العام أو بالأخلاق الحميدة، ولا يمكن أن تعتبر كذلك كتب الإنجيل التي تدرس بكليات الآداب والشرعة، وأن عامل الإقليم الذي يأمر بالاستناد على هذا السبب الضمني بإغلاق مكتبة تعرض هذه الكتب للبيع يرتكب شططا في استعمال السلطة<sup>1</sup>.

ومن تم يمكن أن نستنتج أن هناك تداخلا بين العناصر المادية والمعنوية للنظام العام، فالتأثير السلبي على الصحة العامة بظهور وباء مثلا تكون له تداعيات على مستوى القرارات المتخذة من الناحية الأمنية وهكذا... غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن النصوص القانونية قد تبقى عاجزة عن تحقيق التغطية القانونية لجميع عناصر النظام العام باعتبار حركيتها ومرونتها وتطورها عبر الزمان والمكان<sup>2</sup>.

وعليه، فالقاضي يقوم بعمل المشرع وذلك من خلال إحداث طابع التوافق بين الواقع المتحرك للنظام العام والنص القانوني، وهذا لا يعني إطلاق سلطة القاضي، بل يبقى مقيدا بتحقيق إرادة المشرع، وبذلك لا يمكن للقاضي التذرع بعدم وضوح النص أو عدم وجوده<sup>3</sup>.

وهذا فقد ساهم القضاء الإداري المغربي، من خلال دوره الاجتهادي في إثراء وتطوير مضمون النظام العام، حيث اعترف بأن مفهوم النظام العام في مجال الشرطة الإدارية لا يقتصر على النظام المادي الخارجي فقط، بل يتسع ليشمل النظام الأدبي والجمالي والسياسي والاقتصادي والبيئي، غير أن هذا التطور الإيجابي لم يصل بعد إلى مستوى القضاء الإداري الفرنسي، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل ترتبط بوظيفة هذا الصنف من القضاء، سواء على مستواه الموضوعي أو على مستوى تعلقه بالأفراد والإدارة.

## المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري كضمانة لحماية الحريات العامة

إذا كانت الحماية القانونية للحقوق والحريات العامة، بإقرارها دستوريا وتنظيمها قانونيا، يعد ضمانة أساسية لاحترامها، فإن الحماية الفعلية والواقعية لا تتحقق إلا بتمكين الأفراد من الضمانات الأساسية التي تضمن ممارستها لكافة حقوقهم وحرياتهم في وجه كل انتهاك غير مشروع

<sup>1</sup> الحسن سيمو، م. س، ص 102.

<sup>2</sup> القرار المنشور بالمجلة المغربية للقانون، العدد الأول، السنة 1986، ص 42.

<sup>3</sup> رشدي السبايطي. رقابة القضاء الإداري على مشروعية قرارات الشرطة الإدارية، الجزء الأول، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، عدد 126، الطبعة الأولى، 2019، ص 175.

قد يطالها. ولقد برهن القضاء الإداري من خلال دعوى الإلغاء ودعوى التعويض عن دور مهم في حماية مجموعة من الحقوق والحريات.

وعليه سنتطرق في فقرة أولى إلى المكانة التشريعية للحريات العامة، وفي فقرة ثانية إلى دور القضاء الإداري في حماية الحريات العامة.

### الفقرة الأولى: المكانة التشريعية للحريات العامة

يعتبر موضوع الحريات العامة أحد أهم الموضوعات ذات الأولوية على الصعيدين الوطني والدولي، فالأكيد أن احترام الحريات العامة وكفالتها في الدولة يؤديان إلى الأمان والاستقرار والتقدم، وهو ما يساعد الفرد على أداء دوره الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، إذ أن احترام الحريات يوفر البيئة المناسبة للتقدم العلمي والتقني والصناعي نتيجة تنمية المواهب والقدرات وتشجيع الإبداعات وتقوية الاستثمارات.

كما أنه يؤدي إلى توسيع الصلات الاجتماعية بين مختلف أفراد المجتمع، ويرسخ الانتماء إلى الوطن والتضحية من أجله.

### أولاً: الحريات العامة قبل دستور 2011

إن مسألة الحريات في المغرب طرحت قبل فترة الحماية، حيث نجدها ضمن المطالب التي كانت تقدم باستمرار للسلطة، والتي كانت تعكس الطلائع الأولى للمتغيرات التي سيعرفها المغرب. ولعل أفضل ما يجسد ذلك هو مشروع دستور 1908، والتي تنص المادة 13 منه على أنه: "يحق لكل مغربي، أن يتمتع بحريته الشخصية بشرط أن لا يضر غيره، ولا يمس حرية غيره"، في حين تضيف المادة 14، "على أن الحرية الشخصية تقوم بأن يعمل كل واحد ما يشاء، ويتكلم بما يشاء ويكتب ما يشاء مع مراعاة الآداب العامة"<sup>1</sup>.

إن مسألة الحريات العامة لم تكن تطرح ولكن ما يهمنا هو كون الحرية كانت دائماً حاضرة من بين المطالب التي كانت تقدم للسلطة، وقد نصت وثيقة الاستقلال لسنة 1944 على هذا المطلب من المطالب التي نادى بها الحركة الوطنية.

<sup>1</sup> عبد الرحيم بنسلامة، المغرب قبل الاستقلال، عرض أهم الأحداث السياسية والدستورية قبل الحماية وأثارها، دار الثقافة الجديدة، الدار البيضاء، ط 2، السنة 1980، ص 86.



وقد صدرت بعد الاستقلال مجموعة من النصوص القانونية التي كان الهدف منها هو تنظيم مجال الحريات العامة في المغرب، فكان هناك النص الصادر سنة 1957 المنظم للحريات النقابية، ثم العهد الملكي لسنة 1958، الذي اعتبر بمثابة قانون أساسي سبق دخول المغرب إلى التجربة الدستورية<sup>1</sup>.

وبعد ذلك، تم إخراج ظهير الحريات العامة في نفس السنة إلى حيز الوجود، وهو يتكون من ثلاثة أبواب، تتناول الجمعيات، وقانون الصحافة، ثم قانون التجمعات العمومية.

وهذه الحريات سيكرسها الفصل التاسع من دستور 1962، والذي سيبقى بدون تغيير في كل الدساتير المغربية باستثناء دستور فاتح يوليوز 2011<sup>2</sup>.

هذا الأمر جعل بعض الفقه الدستوري المغربي، يعتبر أن التجربة المغربية شهدت دستورين اثنين؛ الدستور التأسيسي لسنة 1962، والوثيقة المستفى عليها في فاتح يوليوز 2011، أما بقية الدساتير، فكانت مجرد تعديلات ومراجعات دستورية، إما بشكل تراجمي عن دستور 1962، كما حصل لسنة 1970، وإما ظلت ضمن سقف الدستور التأسيسي ولم تتجاوزه، كما هو الحال بالنسبة للدساتير 1972، 1992، 1996<sup>3</sup>.

### ثانيا: تفصيل وتوسع مجال الحريات العامة في دستور 2011

يعد دستور 2011، الأول من نوعه في التاريخ الدستوري المغربي الذي خصص بابا للحقوق والحريات الأساسية، وهو الباب الثاني، حيث كانت الدساتير السابقة تورد بعض الحقوق في الباب الأول المخصص للمبادئ العامة والأساسية، وسعى إلى التفصيل في الحقوق والحريات الفردية والجماعية وحاول دعمها، عبر محاولة التأسيس لدستور ينبني على فكرة التمكين الحقوقي والسياسي للمواطنين وتمتعهم بها، فمن جهة، حاول دستور 2011 التفصيل في الحقوق والحريات الأساسية، عبر الإقرار بها في صلب الوثيقة الدستورية، ومن جهة أخرى، حاول دعمها بمحاولة خلق شروط الاستفادة منها.

<sup>1</sup> إدريس برهون، إشكالية دولة الحق والقانون في المغرب، دار الفرقان للنشر الحديث، الدار البيضاء، أبريل 2002، ص 138.

<sup>2</sup> عبد الحق بلقفي، في تقييم الدستورية الجديدة، تحول في ظل الاستمرارية، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 45 - 46، السنة 2017، ص 19.

<sup>3</sup> أحمد مالكي، قراءة في الهندسة العامة للدستور المغربي الجديد، مجلة تبين للدراسات الفكرية والثقافية، المجلد الأول، العدد 4، السنة 2014، ص 76.

وهكذا فقد تضمن دستور 2011 العديد من الحقوق والمبادئ المرتبطة بالحريات العامة، والتي من شأنها ضمان ممارستها، حيث وزعت على مختلف أبواب الدستور، بدءاً من التصدير وبابه الأول المخصص للأحكام العامة، إلى باقي فصوله المتفرقة التي لها أبعاد أساسية، وبصفة غير مباشرة في مجال حمايته للحريات العامة للمواطنين من قبيل الفصل 133، في حين أفرد لها الدستور الجديد بابه الثاني وعنوانه بـ"الحريات والحقوق الأساسية" ففي بابه الأول نص على أن الأحزاب السياسية تؤسس وتمارس أنشطتها بحرية، في نطاق احترام القانون والدستور، ولا يجوز تأسيسها على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جهوي، وبصفة عامة، على أي أساس من التمييز أو المخالفة لحقوق الإنسان، كما لا يجوز أن يكون الهدف من تأسيسها المساس بالدين الإسلامي، أو بالنظام الملكي، أو المبادئ الدستورية، أو الأسس الديمقراطية، أو الوحدة الوطنية أو الترابية للمملكة، وتحدد القواعد التي تحكم نظام الأحزاب السياسية بقانون تنظيمي (الفصل 7).

ويتم تأسيس المنظمات النقابية وممارستها لأنشطتها في نطاق احترام الدستور والقانون، كما يجب أن تكون هياكلها وتسييرها مطابقة للمبادئ الديمقراطية، ويحدد القانون بصفة خاصة القواعد المتعلقة بتأسيس المنظمات النقابية وأنشطتها... (الفصل 8).

أما تأسيس الجمعيات فقد تناوله الفصل 12 إلى جانب المنظمات غير الحكومية، ونص على تأسيسها وممارستها لأنشطتها، في نطاق احترام الدستور والقانون، وأكد أن تنظيمها وتسييرها يجب أن يكون مطابقاً للمبادئ الديمقراطية.

غير أن أهم مقتضى جاء به دستور 2011 يكمن في عدم إمكانية حل الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية (الفصل 9)، أو توقيفها من لدن السلطات العمومية، إلا بمقتضى مقرر قضائي.

إضافة إلى ذلك، أقر الدستور الجديد مجموعة من الحقوق المهمة التي تم التنصيص عليها لأول مرة، حيث أعطى للمواطنين والمواطنات إمكانية الحق في تقديم اقتراحات في مجال التشريع (الفصل 14) والحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية (الفصل 15).

أما الباب الثاني، فقد خصص لسرد مختلف الحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية وحمل عنوان "الحريات والحقوق الأساسية".

وهكذا فقد أكد على حرية الفكر والرأي والتعبير، والتي سبق وأن كفلتها الدساتير السابقة، وأضاف ضمان حرية الإبداع والنشر والعرض في مجالات الإبداع الأدبي والفني والبحث

العلمي والتقني (الفصل 25)، كما أقر للمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارات العمومية، والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام، ولا يمكن تقييد هذا الحق إلا بمقتضى القانون، بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني، وحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي، والحياة الخاصة للأفراد، وكذا الوقاية من المس بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور، وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحددها القانون بدقة (الفصل 27).

كما ضمن الدستور الجديد حرية الصحافة التي لا يمكن تقييدها بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية، وللجميع الحق في التعبير، ونشر الأفكار والآراء بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة، وتشجع السلطات العمومية على تنظيم قطاع الصحافة، بكيفية مستقلة، وعلى أسس ديمقراطية، وعلى وضع القواعد القانونية والأخلاقية المتعلقة به (الفصل 28). كما أن حريات الاجتماع والتجمع والتظاهر السلمي، وتأسيس الجمعيات، والانتماء النقابي والسياسي مضمونة، وتحدد شروطها وكيفيات ممارستها بقانون (الفصل 29).

ومن أهم مقتضيات دستور 2011 هو تمكينه من تمتع الأجانب من الحريات الأساسية المعترف بها للمواطنين والمواطنات المغاربة، وفق القانون (الفصل 30)، ويعتبر ذلك طفرة نوعية هامة، بعد أن تمت لأول مرة في تاريخ المغرب دسترة هذه الحقوق، وهو ما ساهم في بلورة إطار جديد، سيمكن الأجنبي من التمتع بالحريات الأساسية، مثله في ذلك مثل المواطنين المغاربة ووفق ما يسمح به القانون<sup>1</sup>.

على أن السلطات العمومية ستعمل على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية (الفقرة 2 من الفصل 6).

### الفقرة الثانية: دور القضاء الإداري في حماية الحريات العامة

إن رقابة القضاء الإداري على مدى احترام الحقوق والحريات العامة تعد أنجع وسيلة لفرض رقابة فعالة على تصرفات الإدارة، على اعتبار أن القضاء الإداري هو الحارس الطبيعي للحريات العامة.

<sup>1</sup> عبد الرحيم الفلوس، دسترة حقوق وحريات الأجانب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 101، السنة 2011، ص 53.

إن الوقوف على دور القضاء الإداري في رسم حدود التزامات سلطات الشرطة الإدارية، من خلال تمكين الأفراد من الحقوق والحريات العامة، يقتضي التمييز بين التزاماتها بخصوص الحريات المدنية والسياسية، والتزاماتها بخصوص حرية الرأي والتعبير.

أولاً: دور القضاء الإداري في مراقبة التزام سلطات الشرطة الإدارية بالتمكين من الحريات المدنية والسياسية

إن المتنبع للعمل القضائي الإداري فيما يخص التزام سلطات الشرطة الإدارية بتمكين الأفراد من حرياتهم المدنية والسياسية قد يقف على معطى أساسي يكمن في استلزام القضاء الإداري لجميع المرجعيات واستحضارها حسب أنواع الحريات العامة.

### 1- بالنسبة لحرية تأسيس الجمعيات<sup>1</sup>

تعتبر حرية تأسيس الجمعيات، وبامتياز، الحرية التي تصدى فيها القاضي الإداري بشجاعة للإدارة بهدف إرغامها على احترام حرية تأسيس الجمعيات. ومن بين هذه الأحكام يمكن ذكر ما يلي: الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 29 ماي 1996، (عمارة عبد القادر ضد عامل بركان) والحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 18 يونيو 1995، (جمعية زاوية آيت الرخاء ضد عامل زنيت)<sup>2</sup>.

وقائع هاتين القضيتين بسيطة ومتشابهة إلى حد ما، إذ يتعلق الأمر بامتناع الإدارة عن منح وصل التسليم للجمعيتين بذريعة أنهما تتمتع بحق النظر في أنشطتهما وكذا في مشروعية انتخاب مكتبتهما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الظهير الشريف رقم 376.58.1 المتعلق بتنظيم حق تأسيس الجمعيات، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1378هـ (15 نونبر 1958)، الجريدة الرسمية عدد 2404 مكرر، بتاريخ 27 نونبر 1958، ص 2849.

<sup>2</sup> حسن الليلي، القضاء الإداري وحماية الحريات العامة، مجلة دراسات وقائع دستورية وسياسية، العدد العاشر، السنة 2010، ص 123.

<sup>3</sup> تنص الفقرة الخامسة من الفصل الخامس من ظهير 15 نونبر 1958 المتعلق بتنظيم حق تأسيس الجمعيات على أنه: "وكل تغيير يطرأ على التسيير أو الإدارة أو كل تعديل يدخل على القوانين الأساسية وكذا إحداث مؤسسات فرعية أو تابعة أو منفصلة، يجب أن تصرح به خلال الشهر الموالي، وضمن نفس الشروط. ولا يمكن أن يحتج على الغير بهذه التغييرات والتعديلات إلا ابتداء من اليوم الذي يقع فيه التصريح بها".

في القضية الأولى عللت السلطة الإدارية المحلية رفضها تسليم وصل إيداع ملف تجديد مكتب جمعية تجار سوق مبروك ببركان بكون أن الجمع العام لتجديد المكتب انعقد بشكل غير قانوني وبالتالي يعتبر المكتب غير قانوني.

وفي القضية الثانية بررت السلطة المحلية قرار رفضها تسليم قرار إيداع ملف تجديد المكتب كما هو منصوص عليه في الفصل 5 من ظهير 1958 بكون نشاط الجمعية مشوبا بعدة خروقات قانونية.

كما اعتبرت محكمة أكادير أن الإدارة لا تتمتع بحرية تقديرية فيما يتعلق بقانون عملية تجديد مكتب الجمعية، بل عكس ذلك ليست لها سوى سلطة مقيدة، وهذا ما جاء في الحيثية التالية: "وحيث إنه بقراءة المادتين المذكورتين (2 و 5) في مقتضياتها مع باقي مواد ظهير 15 نونبر 1958، يتضح أن المشرع المغربي أعطى للأشخاص حق تأسيس الجمعيات بكل حرية، ودونما حاجة للحصول على إذن مسبق لذلك من السلطة الإدارية التي يبقى دورها عند تأسيس هذه الجمعيات أو عند إدخال أي تغيير على وضعيتها القانونية أو الواقعية منحصر في تلقي التصريحات أو الإيداعات المتعلقة بذلك مقابل وصل.

وإذا كان موقف محكمة أكادير واضحا وحاسما حين اعتبرت أن دور السلطة ينحصر في تلقي التصريح مقابل تسليم وصل على ذلك، فإن موقف محكمة وجدة كان أقل وضوحا<sup>1</sup>.

في نفس الإطار نورد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 856 بتاريخ 2000/10/19 ملف رقم 273 – 99 غير منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 17 ص 263 والذي أشار إلى أن: رفض السلطة الإدارية تسليم وصل بإيداع تغييرات متعلقة بجمعية مؤسسة في إطار ظهير 1958/11/15 بعلقة وجود نزاع بين أعضائها حول تأسيس المكتب الجديد، يعتبر قرارا مخالفا لمقتضيات الفصل 5 من الظهير المذكور ويتعين إلغاؤه لعدم مشروعيته<sup>2</sup>.

وفي قرار حديث يؤكد القضاء على أن حرية تأسيس الجمعيات تقوم على النظام التصريحي، ويكتفي في أعماله بمجرد تصريح يقدم إلى السلطة الإدارية المحلية وفقا لشروط يحددها الظهير الشريف المتعلق بحق تأسيس الجمعيات<sup>3</sup>، ومن ثم فإن سلطة الإدارة هي سلطة

<sup>1</sup> حسن الليلي، م س، ص 124.

<sup>2</sup> رشيدة شهاب، حماية الحريات العامة وحقوق الإنسان بقضاء الإلغاء، مجلة الرقيب الخاصة بالمنازعات الإدارية والجمركية، الجديدة، عدد 2، السنة 2012، ص 92.

<sup>3</sup> حميد ولد لبلاد، م س، ص 74.

مقيدة، ومن ذلك ما ورد في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط جاء فيه: "وحيث إن القضاء المغربي، باعتباره ضماناً لحماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم، طبقاً لما نص عليه مقتضيات الفصل 117 من الدستور، متواتر على أن تأسيس الجمعيات وكذا النقابات المهنية لا يتوقف على الإذن المسبق من الإدارة، ويمارس بكل حرية مع مراعاة المقتضيات المنظمة لاختصاصات السلطة الإدارية المحلية في تلقي الملف التأسيسي وتسليم وصل مؤقت عن ذلك بشكل فوري، مما حاصله أن سلطتها بشأن الوصل المؤقت هي سلطة مقيدة لا تملك بشأنها إجراء أي تقدير لمضمون الملف ولا لإجراءات التأسيس، وأنه مقابل ذلك الاختصاص المقيد، فهي تملك تقدير السلامة الشكلية للملف التأسيسي وتعلق تسليم الوصل النهائي على تحققها من سلامته ما لم تتجاوز الآجال المحددة لذلك"<sup>1</sup>.

وبناء عليه يمكن استنتاج أن حرية تأسيس الجمعيات باعتبارها حقاً دستورياً ومرتبطة بممارسة حريات أخرى كالتعبير والرأي، تشهد نوعاً من التضييق في التعامل مع هذا الحق بخلفية الهاجس الأمني واستمرار وصاية وزارة الداخلية على مجال الحريات العامة، وتتجسد تلك التصرفات إما في رفض تسليم وصل عن التصريح أو رفض استلام الملف بشكل كلي، أو الإعلان عن حل الجمعية بداعي حماية النظام العام<sup>2</sup>...

## 2- حماية حرية تأسيس الأحزاب السياسية<sup>3</sup>

لقد كرس القضاء نفس النهج بالنسبة لحرية تأسيس الأحزاب السياسية، إذ تم التأكيد على أن الأحزاب تؤسس بكل حرية وبدون استصدار ترخيص مسبق من الإدارة؛ وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في إحدى قراراتها الذي ورد فيه: "...إن القانون التنظيمي رقم 11. 29 المتعلق بالأحزاب السياسية لا يعطي للإدارة حق اتخاذ تدابير إدارية في شكل قرارات انفرادية قد تحد من ممارسة تلك الحرية، بقدر ما حدد بدقة طبيعة الدور الذي تضطلع به السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية في مختلف مراحل إجراءات تأسيس حزب سياسي في اتجاه حصر ذلك الدور في مراقبة احترام شروط وإجراءات التأسيس، وعرض الإخلالات التي تلاحظها على أنظار السلطة القضائية (المحكمة الإدارية بالرباط) التي تختص وحدها برفض التصريح

<sup>1</sup> قرار صادر بتاريخ 26 يوليوز 2016 في الملف عدد 299 / 7205 / 2016، غير منشور، أورده حميد ولد البلاد، م س، ص 72.

<sup>2</sup> رشدي السبايطي، رقابة القضاء الإداري على مشروعيات قرارات الشرطة الإدارية، الجزء الثاني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، عدد 126 مكرر، الطبعة الأولى، 2019، ص 344.

<sup>3</sup> القانون التنظيمي رقم 11. 29 المتعلق بالأحزاب السياسية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 166. 11 بتاريخ 24 ذي القعدة 1432 هـ (22 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 بتاريخ 26 ذو القعدة 1432 هـ (24 أكتوبر 2011)، ص 5172.

بالتأسيس بالشكل الذي يجعل هذه المسطرة محترمة لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 7 من الدستور بحسب ما انتهى إليه المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حالياً) بموجب قراره رقم 2011 – 818 الصادر في 22 ذي القعدة 1432هـ (20 أكتوبر 2011) عندما أعلن أن مقتضيات المادتين 7 و8 من القانون المذكور ليس فيهما ما يخالف الدستور<sup>1</sup>.

وعلى النقيض من هذا قد يلجأ القاضي الإداري إلى تقييد تأسيس الأحزاب السياسية إذا ما ظهر له أن الحزب قد أخل بالشروط الشكلية والموضوعية لتأسيسه<sup>2</sup>، حيث يشار في هذا الصدد للحكم رقم 637 بتاريخ 2008/4/17 بين السيد وزير الداخلية ضد الحزب الديمقراطي الأمازيغي المغربي<sup>3</sup>، الذي خلص فيه القضاء الإداري، واعتماداً على الأسباب المقدمة سلفاً، وبعد التأكد من صحتها إلى أن الحزب المدعى عليه إنما تأسس ويهدف من خلال برنامجه السياسي إلى تمثيل فئة محددة من المواطنين المغاربة على أساس المرجعية الأمازيغية دون سواها<sup>4</sup>. وقد اعتبرت المحكمة الإدارية أن تركيز الحزب المدعى عليه على فئة من المواطنين دون سواها، استناداً على أساس لغوي أو عرقي ينطوي على دعوة صريحة إلى تجزئة المجتمع والنيل من اندماجه وتلاحمه، والحال أن الأحزاب السياسية مدعوة إلى تعبئة جهود وطاقت جميع مكونات المجتمع وقواه الحية لرفع التحديات الداخلية والخارجية للبلاد عن طريق تفعيل المواطنة الإيجابية بهدف تحصين المسار الديمقراطي في مجتمع يشيع فيه الحرية والمساواة...

وفي الأخير فقد شكل هذا الحكم قيمة مضافة وقفزة نوعية في سياق الاجتهادات المتجددة التي تصدرها المحاكم الإدارية، وذلك عبر توضيحه للعديد من المفاهيم، وسد الثغرات على كل من يحاول استغلال نسبة النص القانوني وتأويله لصالح خدمة الأفكار المتطرفة الساعية إلى تفريق كيان المجتمع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 471 صادر بتاريخ 11 فبراير 2013 في الملف عدد 449 / 12 / 5، غير منشور، أورده: رشدي السبايطي، م س، ص 371.  
<sup>2</sup> القانون رقم 36.04 المتعلق بالأحزاب السياسية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.18 بتاريخ 15 محرم 1427هـ (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 21 محرم 1427هـ (20 فبراير 2006)، الصفحة 466.  
<sup>3</sup> حكم منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 80، ماي-يونيو 2008، ص 23.  
<sup>4</sup> المادة 4 من القانون رقم 36.04 المتعلق بالأحزاب السياسية في فقرتها الثانية تنص على أنه: "يعتبر أيضاً باطلاً وعديم المفعول كل تأسيس لحزب سياسي يركز على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جهوي أو يقوم بكيفية عامة على كل أساس تمييزي أو مخالف لحقوق الإنسان".  
<sup>5</sup> ميمون خراط، القاضي الإداري وتقييد الحرية السياسية: قيود تأسيس الأحزاب السياسية نموذجاً، مجلة الحقوق المغربية، فقه المنازعات الإدارية، العدد الثاني، السنة 2012، صص 136 - 145.

## ثانيا: القضاء الإداري وحماية حرية الرأي والتعبير

نص الدستور المغربي لسنة 2011 على كفالة حرية الرأي والتعبير ونشر الأخبار والأفكار والآراء بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة<sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق فإن حرية الرأي والتعبير أصبحت جزءا من النسيج الديمقراطي للمملكة المغربية، لا يمكن لأي أحد أن يحد منها. وعليه فلا بد من الإشارة إلى أنه حتى لا تتعارض المصالح والآراء المعبر عنهما في ظل حرية الرأي والتعبير وحقوق الغير يجوز ممارسة هذه الحريات وما تشمله من مسؤوليات طبقا للشروط وتكريسا للاحترام التام لمقتضيات القانون، والهدف من هذا التقييد هو ضمان السلامة العامة والأخلاق وحماية النظام العام.

وتتجلى الحماية القضائية لحرية الرأي والتعبير في مواد متعددة، لكن سيتم الاقتصار في هذا الشأن على حرية الحق في التجمع وحرية التظاهر وأخيرا على الحق في ممارسة حرية الصحافة.

### 1- حماية الحق في التجمع<sup>2</sup>

تعتبر حرية التجمع العمومي من الحريات الأساسية العامة والتي من خلالها يستطيع الفرد الانضمام والتكتل للتعبير بشكل سلمي عن مختلف القيم والمبادئ والأفكار.

إلا أنه إذا كان المشرع المغربي قد عبر بوضوح على أن التجمعات العمومية يمكن عقدها بدون ترخيص، فإن السلطة الإدارية غالبا ما تقرر عكس ذلك<sup>3</sup>.

وإذا كانت المحكمة الإدارية بوجدة، قد قضت بعدم اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الطلب الهادف إلى استصدار أمر بالسماح بتنظيم تجمع عمومي، فإنها، وحماية للأحزاب التي تنشط في إطار حرية التجمع، اعتبرت بأن هذه الحرية "تتفرع من حرية الأفراد في الرأي والتنقل... ذلك أن حق الاجتماع ليس منحة من الإدارة، تمنحها أو تمنعها كما تشاء، بل هو حق أصيل

<sup>1</sup> تنص الفقرة الثانية من الفصل 28 من دستور 2011 على ما يلي: "للجميع الحق في التعبير ونشر الأخبار والأفكار والآراء، بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة".

<sup>2</sup> الظهير الشريف رقم 1.58.377 بشأن التجمعات العمومية بتاريخ 3 جمادى الأولى 1378 هـ (15 نونبر 1958)، الجريدة الرسمية عدد 2404 مكرر بتاريخ 27 نونبر 1958، ص 2853.

<sup>3</sup> حسن الليلي، م س، ص 125



للمواطنين، إذ لا يقتضي طلبا من المعنيين به، ولا يلزم لنشوئه صدور قرار للإدارة بالترخيص به، وإنما هو مستمد من القانون".<sup>1</sup>

كذلك هناك حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد: 01 / 202 صادر في 2001/09/26 والذي خلص إلى القاعدة التالية: "إن حرية التجمع حق أصيل للأفراد محفوظ بقوة القانون، ولا يستوجب الحصول على ترخيص من الإدارة أو إذن مسبق".

كذلك هناك الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة المشار إليه<sup>2</sup> حين اعتبر أن "... توجيه تصريح للسلطة المحلية وتعذر الحصول على الوصل دون صدور قرار صريح بمنع عقد الاجتماع، لا يعتبر قرارا إداريا مؤثرا في المركز القانوني للطاعنين، ما دام بإمكانهما استدراك ذلك طبقا لمقتضيات الفصل 3 من ظهير 15 / 11 / 1958 المتعلق بقانون التجمعات<sup>3</sup> بتوجيه تصريح بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل إلى السلطة المحلية، وعقد الاجتماع بعد ذلك طبقا للقانون"<sup>4</sup>.

## 2- حماية الحق في التظاهر

تعتبر المظاهرة وجها من وجوه حرية التعبير، وهي كل موكب أو استعراض أو تجمع منظم سلمي أو صاحب متحرك في الطريق العام من أجل التعبير عن موقف باللفظ أو الإشارة أو الكتابة أو الدفاع عن إرادة جماعية، دعا إليه أشخاص معينون معروفون تبعا لتصريح لدى السلطة الإدارية المحلية المختصة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الشريف تشيت، الحق في الاحتجاج السلمي بين سنده القانوني وواقع ممارسته بالمغرب، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 51 – 52، السنة 2018، ص 31.

<sup>2</sup> رشيدة شهاب، م س، ص 93.

<sup>3</sup> ينص الفصل 3 من ظهير 15/11/1958 المتعلق بقانون التجمعات العمومية على ما يلي: "...وإذا لم يتمكن المصرحون من الحصول على الوصل المذكور يرسل التصريح إلى السلطة المذكورة بالرسالة المضمونة مع الإشعار بالتوصل. ويجب أن لا ينعقد الاجتماع إلا بعد مرور أجل لا يقل عن 24 ساعة من تاريخ تسلم الوصل، أو بعد 48 ساعة من تاريخ توجيه الرسالة المضمونة.

وتعفى من سابق التصريح المنصوص عليه في المقطع الأول من هذا الفصل الاجتماعات التي تعقدها الجمعيات والهيئات المؤسسة بصفة قانونية التي تهدف بصفة خاصة إلى غاية ثقافية أو فنية أو رياضية وكذا الاجتماعات التي تعقدها الجمعيات أو المؤسسات الإسعافية أو الخي

<sup>4</sup> تم تغييره وتتميمه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 76.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 200. 02 الصادر في 12 من جمادى الأولى 1423 هـ (23 يونيو 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5046 بتاريخ 03 شعبان 1423 هـ (10 أكتوبر 2002)، ص 2890.

<sup>5</sup> الشريف تشيت، م س، ص 17.

لقد دأب القاضي الإداري الفرنسي على التأكيد على أن القرارات المتخذة من طرف السلطة لمنع مظاهرات ما، يجب أن تؤسس على عناصر موضوعية فعلية وواقعية، وأن تتعلق بحماية المتظاهرين من المخاطر المحتمل حدوثها ضدهم، كما أوجب على السلطة، من خلال منح ترخيص لموكب، أن تؤمنه من المظاهرة المضادة، فهناك إذن التزام إيجابي تجاه الدولة من أجل ضمان حرية التظاهر، وبشكل أقل من المظاهرة المضادة<sup>1</sup>.

وقد سائر القضاء الإداري المغربي هذا الطرح من خلال مجموعة من الأحكام نورد منها ما يلي:

قرار رقم 6997 الصادر بتاريخ 2001/11/21 عن محكمة الاستئناف بالرباط، الغرفة الجنحية، بما مضمونه أنه بمجرد تجمع الأشخاص في مكان محدد في إطار وقفة دون تحريكهم لا يشكل مظاهرة.

كما أن تحقق الركن المادي لجريمة تنظيم مظاهرة غير مصرح بها يقتضي تحرك المتجهمين ومروهم بشكل جماعي بالطرق العمومية<sup>2</sup>.

وقد مائل اتجاه آخر من الاجتهاد القضائي الوقفة بالمظاهرة التي تتطلب التصريح المسبق، فالمحكمة الإدارية بفاس اعتبرت في قرارها رقم 325 / 2006 بتاريخ 10 ماي 2005 أن الوقفة من حيث كونها احتلال للفضاء العمومي من طرف الأفراد والجماعات، تعتبر من باب المظاهرات العمومية، وإن كانت غير متحركة، لشغلها مكانا عموميا، هو الطريق العام قصد التعبير عن إرادة جماعية في إبراز رأي أو موقف دون أن تمر بالضرورة عبر الشوارع والطرق... وبالتالي فإن الوقفة الاحتجاجية تخضع لتقديم تصريح مسبق للسلطة داخل أجل ثلاثة أيام كاملة على الأقل وخمسة عشرة يوما على الأكثر قبل تاريخ المظاهرة<sup>3</sup>.

وفي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير، ويتعلق بمنع مرفق الأمن المواطنين من تنظيم وقفة احتجاجية بذريعة المساس بالنظام العام، وتدخل القضاء الإداري من أجل قرار المنع، وإقرار حق المواطن في الاحتجاج والتظاهر، انسجاما مع التصور الدستوري للمصلحة العامة، معتبرا أن الوقفة الاحتجاجية المزمع القيام بها منظمة من طرف حزب سياسي وقدم

<sup>1</sup> الشريف تشيت، م س، ص 31.

<sup>2</sup> حمد الأثر، الحريات العامة في القضاء المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة 2012، ص 64.

<sup>3</sup> الشريف تشيت، م س، ص 32.

بشأنها طلب التصريح بتنظيمها، مما يجعلها مؤسسة قانونا، وحيث إن ما تتمسك به الإدارة من أنه من شأن الوقفة الاحتجاجية الإخلال بالنظام العام، لا يعتبر تعليلا مفصحا للأسباب القانونية والواقعية الداعية لاتخاذ طبقا للقانون 03.01، مما يجعل القرار الطعين متسما بالتجاوز في استعمال السلطة<sup>1</sup>، ويتعين التصريح بإلغائه<sup>2</sup>.

### 3 - حماية حرية الصحافة

تطرح المادة الصحفية إشكالية التوفيق بين حرية التعبير من جهة وبين حدود هذه الحرية فيما يتعلق بحماية النظام العام والحريات الأساسية للأفراد من جهة أخرى.

ذلك أن المشرع إذا قرر حماية حرية التعبير، باعتبارها أم الحريات، فإنه أعطى للنص القانوني المتعلق بالصحافة وضعاً امتيازياً يحتم على القاضي الإداري الانصياع لمضمونه، أما إذا قرر المشرع إيلاء أهمية قصوى لحماية النظام العام، فإنه سيحيل إلى تطبيق قواعد القانون الجنائي في الميدان الصحفي.

وهكذا فقد أبان القاضي الإداري عن جرأة محموددة في الدفاع عن الحق في ممارسة حرية الصحافة، وذلك من خلال المواقف التالية:

برز الموقف الأول في قضية حجز أحد أعداد مجلة "وجهة نظر"، وهو موقف يقضي بجواز الجمع بين طلب الإلغاء ومطالب التعويض في دعوى واحدة، بهدف توسيع نطاق حق ولوج ساحة القضاء لتوفير أكبر قدر ممكن من الحماية، سواء على مستوى الشروط المسطرية للدعوى أم على مستوى جوهر الحق المعتمد عليه.

وفي إطار هذه القضية، حرص القاضي الإداري أيضا على التأكيد بأن امتناع الإدارة عن الإفصاح عن سبب قرارها الماس بحرية الصحافة، يعتبر دليلا على صحة القواعد المتمسك بها من طرف الطاعن<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم 03.01 بشأن الزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليق قراراتها الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.202 بتاريخ 12 جمادى الأولى 1423هـ (23 يونيو 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5029 بتاريخ 3 جمادى الأخيرة 1423هـ (12 غشت 2002)، ص 2282.

<sup>2</sup> رشيد كديرة، مفهوم المصلحة العامة وتطور المرافق العامة في ضوء اجتهادات القضاء الإداري بأكادير، مرفق الأمن نموذجاً، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 122 - 123، السنة 2015، صص 165 - 167.

<sup>3</sup> حسن الليلي، م س، ص 129.

الموقف الثاني صدر فيه قرار<sup>1</sup> جاء فيه "إن الإدارة اعتمدت في اتخاذ قرار منع صدور جريدة "المواطن" على ما نشر فيها في العدد الأول بتاريخ 19/06/1991 من مقالات حول وضعية بعض المعتقلين والرسائل المرفوعة من عائلاتهم إلى بعض الجهات المسؤولة وكذا الموجهة إلى أحزاب المعارضة وإلى بعض النقابات، وغير ذلك من المقالات والتحليلات المنشورة في العدد المذكور الموضوع بصفة قانونية بالملف، مما اعتبرت معه الإدارة بما لها من سلطة تقديرية أن ما نشر يمس بالأمن العام وبأسس الأوضاع الدينية والسياسية بالمملكة، وتبعاً لذلك وعلى عكس ما نعتته الوسيلة، فإن المقرر المطعون فيه يركز على وثائق ثابتة ويجد سنده فيما أثبتته الإدارة من إخلال الطاعن بالتزاماته الصحفية<sup>2</sup>.

وفي قرار آخر أن ادعاء الإدارة أن قرار حجز مجلة كان بدافع الحيلولة دون المساس بالأوضاع السياسية والدينية للمملكة يكون مشوباً بتجاوز السلطة لعب انعدام السبب، ويتعين إلغاؤه، وهو الاتجاه الذي سبق أن سلكه مجلس الدولة الفرنسي في قضية Grane عندما علل قراره القاضي بالإلغاء بأن امتناع الإدارة عن الإفصاح عن سبب قرارها الماس بإحدى الحريات العامة، رغم مطالبة القضاء لها بذلك، يعتبر دليلاً على صحة ادعاء الطاعن بأن القرار لا يستند إلى وقائع موجودة مادياً. وبالتالي يستحق الطاعن بصفته مديراً للمجلة، تعويضاً عن الضرر المعنوي المتمثل في النيل من سمعته المهنية، ومن تمسكه المفترض بوطنيته نتيجة ادعاء أن مجلته تمس بالأوضاع السياسية والمدنية للمملكة<sup>3</sup>.

وفي نفس التوجه، صدر عن المحكمة الإدارية بالرباط في ملف استعجالي عدد 971 بتاريخ 18/01/1997 بشأن قرار الوزير الأول القاضي بمنع جريدة الأسبوع الصحفي والسياسي، إذ اشترط القاضي الإداري لصحة هذا القرار أن يصدر في صيغة معينة أو شكل معين. ذلك أنه يمكن الطعن في القرار الشفوي في حالة التزام الإدارة الصمت وحجة ذلك وثيقة تشهد بإيداع التظلم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 199 الصادر بتاريخ 17/09/1992 في الملف الإداري عدد 74 / 10 / 91، أورده: الحسن سيمو، م س، ص 59.

<sup>2</sup> الحسن سيمو، القاضي الإداري والحريات العامة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، عدد 18، السنة 1992، ص 59.

<sup>3</sup> رشيدة شهاب، م س، ص 92.

<sup>4</sup> محمد الأزهر، م س، ص 272.

وهكذا فقد برهن القضاء الإداري، من خلال دعوى الإلغاء ودعوى التعويض عن دور مهم في حماية مجموعة من الحريات المدنية والسياسية وبشكل أقل حريات الرأي والتعبير<sup>1</sup>. غير أن هذا التطور الإيجابي لم يصل بعد إلى مستوى القضاء الإداري الفرنسي، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل، ترتبط بوظيفة هذا الصنف من القضاء، سواء في مستواه الموضوعي (صعوبة إثبات تعسف السلطة، تحفظ وعدم جرأة القاضي الإداري، الصرامة في احترام الشكليات)، أو في تعلقه بالأفراد والإدارة (قصور المعرفة القانونية للمتقاضين، محدودية الطعون، عدم تنفيذ الأحكام القضائية...)<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني: تقييم دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين متطلبات ممارسة الحريات العامة ومقتضيات الحفاظ على النظام العام

من المبادئ الأساسية في القانون الإداري خضوع الأنشطة الإدارية للدولة للقانون والرقابة القضائية، وهكذا فنشاط الدولة المرتبط بالشرطة الإدارية يخضع للقانون وللرقابة القضائية، لكون أعمال الشرطة الإدارية أكثر احتكاكا بالحريات العامة، وأكثر تهديدا لها.

ولذلك أخضعها القضاء لرقابة فعالة تشمل كل من المشروعية والملاءمة. فالقاضي الإداري يراقب مشروعية إجراءات الشرطة الإدارية ولا يتوقف دوره عند هذا الحد، وإنما يمد رقابته إلى نطاق الملاءمة من خلال البحث في مدى ملاءمة الإجراء الشرطي في مواجهة التهديد المحدق بالنظام العام.

وتبعاً لذلك، فللقاضي الإداري دور فعال ومهم في حماية الحريات العامة، ويعمل على تحقيق نوع من التوازن والتوفيق بين امتيازات السلطة ومتطلبات الأفراد، وهناك عوامل كثيرة تساعده للقيام بذلك الدور الحيوي على أكمل وجه، وفي أفضل الظروف والأحوال، لكن فقط للتأكيد على وجود مكان ضعف تعتبر أكثر تأثيراً على مستوى ضمان ممارسة الحريات العامة، وهي تتمثل في مجموعة من نقاط ضعف تترجم الوهن الذي تسرب إلى أهم ضمانات للحريات العامة،

<sup>1</sup> الشريف تشيت، "حماية الحقوق والحريات في مواجهة سلطات الشرطة الإدارية"، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2015 - 2016.

<sup>2</sup> الشريف تشيت، الحقوق والحريات الأساسية في ظل دستور 2011، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 39 - 40، السنة 2016، ص 58.

واعتباراً إلى أن الإشكالية القائمة اليوم ليس الاعتراف بالحريات العامة، ولكن تتجلى أساساً في تقوية المؤسسة القضائية المفروض فيها حماية الحريات العامة.

بناءً على ما تقدم، فإن تقييم دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين متطلبات ممارسة الحريات العامة ومقتضيات الحفاظ على النظام العام يقتضي التطرق إلى أنواع الرقابة القضائية على أعمال الشرطة الإدارية (المطلب الأول)، مع تحديد مكان قصور دور القاضي الإداري في تعزيز الحريات العامة وسبل معالجتها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أنواع الرقابة القضائية على أعمال الشرطة الإدارية

القاعدة العامة أن قرارات الشرطة الإدارية تخضع لرقابة القضاء مثلها مثل باقي القرارات الإدارية، وذلك من أجل تحقيق التوازن بين أهمية الإجراءات المتخذة للمحافظة على النظام العام، وخطورتها على الحريات العامة للأفراد.

وهكذا فنشاط الشرطة الإدارية يخضع للرقابة القضائية والتي تتجسد أساساً في إطار دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة، وعليه فإن أي قرار اتخذ في هذا المجال بدعوى الحفاظ على النظام العام وكان متسماً بأي عيب من عيوب المشروعية يحق للمتضرر منه الطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة.

كما تمتد رقابة القاضي الإداري إلى البحث في الوقائع أي الأسباب التي دفعت هذه السلطات إلى التدخل ومدى جدية تلك الأسباب وتهديدها للنظام العام، وحيث أن الأصل هو الحرية وتدخل سلطات الشرطة الإدارية هو الاستثناء، فإن الإجراءات المتخذة لا يكون مشروعاً إلا إذا كان ضرورياً لحفظ النظام العام مما يستدعي الدقة في فحص الظروف الواقعية.

وفي هذا الإطار فإن القضاء الإداري يمارس رقابة المشروعية والملاءمة على أعمال الشرطة الإدارية، وعليه سنتطرق لتقييم رقابة المشروعية على أعمال الشرطة الإدارية (الفقرة الأولى) ثم تقييم رقابة الملاءمة على أعمال الشرطة الإدارية (الفقرة الثانية).

## الفقرة الأولى: تقييم رقابة المشروعية على أعمال الشرطة الإدارية

يضع مبدأ المشروعية بقواعده على عاتق الشرطة الإدارية التزاما دستوريا، يتمثل في العمل على تنظيم الحريات العامة من خلال التطبيق الصحيح للقانون وقواعده<sup>1</sup>، وعليه فأجهزة الشرطة الإدارية تكون مسؤولة عما تقوم به من أعمال وما تتخذه من قرارات في مجال الحفاظ على النظام العام، ومعنى هذا أن هذه القرارات قد تكون مشوبة بأحد عيوب المشروعية، كأن تتخذ سلطات الشرطة الإدارية قراراتها في مجالات غير التي هي مخصصة لها قانونا<sup>2</sup>، إذ يمكن للقاضي الإداري إثارته تلقائيا وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى دون انتظار الدفع به من قبل المدعي، وفي هذا الصدد فإن عون السلطة غير مختص ليعلن عن بطلان جمعية ويمتنع عن تسليم الوصل المنصوص عليه قانونا<sup>3</sup>.

(Ta Marrakech, 19 Mai 1999, président et membres de la Commission préparatoire de l'association marocaine des retraités de la région de Tansift, Remald, n°30. note M.A. Ben Abdellah)

كما يراقب القاضي الإداري الاختصاص الزمني لتدابير الشرطة الإدارية، وقد سبق للغرفة الإدارية بتاريخ 10 نونبر 1960 أن ألغت قرارا إداريا في مجال الشرطة الإدارية بسبب عدم الاختصاص الزمني: "لأن العامل أصدر قرارا بتوقيع غرامة على أحد مخالفين أحكام التسعيرة استنادا إلى مرسوم يفوضه هذه السلطة، ولأن التفويض كان مؤقتا لمدة لا تتجاوز 6 أشهر يتعين تجديدها، ولكونه أصدر قراره في فترة تالية لانتفاء التفويض دون مرسوم جديد بتجديده، وبذلك يكون القرار قد صدر عن سلطة غير مختصة"<sup>4</sup>.

كما قد تتخذ سلطات الشرطة الإدارية قرارا في مجالات غير التي هي مخصصة لها قانونا، أو لا تحترم الشكليات المطلوبة في اتخاذها، أو لا تستند على وقائع مادية صحيحة، أو أن تقوم بخرق مقتضيات القانون، أو أن تستعمل السلطة في أغراض غير التي هي مخصصة لها، هنا يتدخل القاضي الإداري ليقتضي بإلغاء القرار الصادر عن سلطات الشرطة الإدارية في إطار دعوى الإلغاء.

<sup>1</sup> محمد البعدوي، الشرطة الإدارية وإشكالية الموازنة بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، عدد 94، الطبعة الأولى، السنة 2013، ص 194.

<sup>2</sup> عبد الكريم حيزرة، القانون الإداري المغربي: النشاط الإداري، م س، ص 102.

<sup>3</sup> بوجمعة بوعزاوي، النشاط الإداري، مطبعة شمس برانت، الرباط، السنة 2017، ص 32.

<sup>4</sup> بوجمعة بوعزاوي، م س، ص 32.

وبالفعل كرس القضاء الإداري بالمغرب تصديه لأعمال وقرارات الشرطة الإدارية، كلما ثبت خرقها لنصوص الدستور من جهة ولمبادئه المؤطرة للمرافق العمومية وتديريها وتفعيل مطلب الحكامة الجيدة باعتبارها رهانات فرضها الدستور المغربي<sup>1</sup>.

ومن بين نماذج تكريس القضاء الإداري لمضامين دستور 2011 نذكر الأحكام التالية:

صرحت المحكمة الإدارية بالرباط بأن قرار باشا مدينة سيدي قاسم القاضي برفض تسليم ملف الجمعية وتسليم الوصل المؤقت، رغم توفر الملف على سائر الوثائق المطلوبة قانونا، يشكل مخالفة دستورية لحرية تأسيس الجمعيات، وللنظام التصريحي - وليس الترخيصي - الذي تقوم عليه، ولا يمنح للإدارة أي صلاحية تقديرية بشأن التصريح، مما يجعل القرار المطعون فيه يشكل اعتداء على صلاحية السلطة القضائية باعتبارها الجهة الوحيدة المخول لها دستوريا توقيف الجمعية وحلها<sup>2</sup>.

من جانب آخر أكد القاضي الإداري المغربي أنه لا يجوز المساس بالحق في حرية الاجتماع والتجمع والتظاهر السلمي، باعتبار أن خرق هذا الحق يترتب عليه تعويض مادي ومعنوي. وهكذا حكمت المحكمة الإدارية بوجوده على الإدارة بأدائها للمدعية مبلغ خمسة آلاف درهم كتعويض رمزي عن الأضرار اللاحقة بها. ومن ضمن ما عللت به قرارها أن "الحق في المظاهرة مخول قانونا للأحزاب السياسية والمنظمات النقابية والهيئات المهنية والجمعيات المصرح بها بصفة قانونية وبدون أي تمييز فيما بين هذه الهيئات على مستوى الهدف من الإحداث وما دامت الجمعية... مصرح بها قانونا، فإنها تدخل ضمن الهيئات المخول لها إمكانية القيام بالمظاهرة<sup>3</sup>.

وجاء في حكم صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش والمتعلق بإغلاق دار القرآن التابعة لجمعية الدعوة إلى القرآن والسنة، "إذ أن ثبوت تهديد الأمن العام يشكل واقعة وسببا جديا يبرر تدخل سلطات الشرطة الإدارية للحيلولة دون حصوله أو لإعادته إذا حصل، وبالتالي فليس هناك أية قاعدة قانونية تحول دون تدخل الإدارة في هذا الصدد، ولو تعلق الأمر بمجال الحريات العامة والجمعيات.

<sup>1</sup> الشريف تشيت، الدستور والدستورانية الجديدة بالمغرب قراءة في السياق وفي المعنى، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 45 / 46، السنة 2017، ص 58.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط في ملف رقم 130/5/2012 بتاريخ 24 أكتوبر 2012، جمعية "أطاك المغرب" ضد والي جهة الرباط - زمور - زعير، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 111، السنة 2013، صص 221 - 223.

<sup>3</sup> محمد الأعرج، مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، "سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية"، عدد 99، السنة 2013، صص 127 - 130.



وحيث أن الانحراف في استعمال السلطة لا يفترض، بل يجب إقامة الدليل عليه، إذ لم يترتب من الناحية القانونية والواقعية على إغلاق دار القرآن حل الجمعية، لأن الحل يعني زوال وجودها، وهو شيء غير حاصل في النازلة.

وحيث إذا كان قد ترتب عن تنفيذ القرار المطعون فيه تجميد نشاط الجمعية، فإن مرد ذلك عدم التزامها بالضوابط وهو ما قد حصل لها قبل ذلك بمناسبة إغلاق دور أخرى تابعة لها حسب ذكرها، وعليه فإن أسباب اتخاذ القرار المطعون فيه تكمن في جديته المتمثلة في تهديده للأمن العام، مما يبقى معه القرار المطعون فيه مرتكزا على أساس، والوسيلة مستبعدة ويتعين تبعا لذلك رفض الطعن.<sup>1</sup>

### الفقرة الثانية: تقييم رقابة الملائمة على أعمال الشرطة الإدارية

يستعمل مفهوم الملائمة كمرادف للسلطة التقديرية، وقد دأب الفقه الإداري على تبرير الملائمة لفهم الحرية المقرونة للإدارة، حتى أن ذلك أدى إلى التمييز بين المشروعية والملائمة، وبالتالي خلق صعوبة كبيرة في فهم السلطة التقديرية بغير فكرة الملائمة.<sup>2</sup>

والواقع أن الرقابة القضائية على قرارات الشرطة الإدارية، أضحت تتعدى نطاق المشروعية إلى رقابة مدى ملائمة الوسائل التي اتخذتها الإدارة لمواجهة الوقائع ومدى تناسبها مع الظروف التي دفعت سلطة الشرطة الإدارية إلى ممارستها، حتى لا يكون المساس بالحريات العامة إلا بالقدر الضروري. فالرقابة على قرارات الشرطة الإدارية من حيث ملائمتها، ترجع إلى رغبة القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، وما دام الأخير يمد رقابته على الملائمة، فهو قاضي مشروعية وملائمة في آن واحد.<sup>3</sup>

وهكذا تكون الحريات العامة في مجال الشرطة الإدارية أكثر حماية، إذ تكون حرية الشرطة الإدارية مقيدة من حيث تقدير حجم التهديد المخل بالنظام العام<sup>4</sup>، إذ لا تكون تقديرية بحال من الأحوال، رغم أن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض المغربية حاليا) صرحت في إحدى قراراتها تحت عدد 540 بتاريخ 2008/06/25 بأن: "السلطات الأمنية تتوفر على قدر من السلطة

<sup>1</sup> قرار رقم 1362، بتاريخ 2009/11/25، منشور بـ محمد الأزهر، م. س، ص 24 – 39

<sup>2</sup> الشريف الغيوي، النشاط الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2017، ص 34.

<sup>3</sup> El Yaagoubi (M): la réception des droits de l'homme en droit administratif au Maroc, Tanjis, RDE, n°4, 2004, P 59.

<sup>4</sup> وديع البقالي، النظام العام والحريات، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، الرباط، العدد 31، السنة 2016، ص 281.

التقديرية يخولها اتخاذ الحيطة والحذر كلما قامت أسباب أو قرائن أو دواعي ذات صلة بالمصلحة العليا للبلاد"<sup>1</sup>.

كما ذهبت المحكمة الإدارية بفاس في نفس الاتجاه<sup>2</sup>، وقد جاء في حكمها: "وحيث إن تأخر قوات الأمن الثابت من خلال المحضر... في التدخل في الوقت المناسب لمنع التجمعات والحيولة دونها بالوسائل المتوفرة لمنع التجمهر وتفرقة المتظاهرين قبل أن يتمكنوا من تكثيف جموعهم والقيام بأعمال الشغب والنهب والسرقه وإضرار النار... كان السبب الرئيسي وراء الأحداث التي وقعت بالمنطقة. وحيث أن زمان وقوع الاضطرابات كان معلوما لدى قوات الأمن، فإنه كان يقتضي في هذا الظرف غير العادي اتخاذ الاحتياطات الضرورية من أجل الحيولة دون التجمع والتظاهر، وبالتالي منع أعمال الشغب والتخريب والنهب وإضرار النار. كما أنه ومع تواجد قوات الأمن بمكان وقوع الأحداث، إلا أنها لم تتدخل إلا بعد فوات الأوان وحصول أعمال الشغب. وحيث إنه لا يجادل أحد في أهمية وخطورة الأعباء الملقاة على مرفق الأمن والمتمثل بالأساس في حفظ النظام العام عبر ضمان الأمن والسكينة وحماية أرواح المواطنين وأموالهم، إلا أن تدخل قوات الأمن بالمكان الذي وقعت فيه الأحداث والذي جاء متأخرا... يعتبر خطأ في تحمل هذه الأعباء..."

وقد انتهت المحكمة إلى الإقرار بمسؤولية سلطة الضبط لوجود خطأ جسيم من جانبها، وقد عبرت عن ذلك بقولها: "وحيث يتجلى مما تم بسطه أعلاه وبمراعاة ظروف الزمان والمكان وبمراعاة الأعباء الملقاة على عاتق مرفق الأمن والإمكانيات والوسائل المتوفرة لديه بالنظر لحجم التجمعات والمظاهرات بمكان وقوع الأحداث، أن هذا المرفق قد ارتكب خطأ على درجة كبيرة من الجسامة حيث تباطأ في أداء الخدمة الملقاة على كاهله"<sup>3</sup>.

وبناء على ما تقدم فههدف القاضي الإداري من تشديد الرقابة على سلطة الشرطة الإدارية في إطار رقابة الملاءمة، هو التوفيق ما أمكن بين متطلبات النظام العام ومباشرة الحريات العامة بغية الوصول إلى حل عادل ومتوازن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد البعدوي، م س، ص 176.

<sup>2</sup> كريمة خلدون، أساس المسؤولية عن أعمال الضبط الإداري بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 136، شتنبر - أكتوبر 2017، ص 211.

<sup>3</sup> حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 96/148، صادر بتاريخ 19 يونيو 1996، بين شركة أومافيل ضد الوزير الأول، منشور بمجلة المحاكم الإدارية، العدد الأول، السنة 2001، ص 265.

<sup>4</sup> وديع البقالي، م س، ص 281.

إن مهمة القاضي الإداري لا تخلو من تعقيد، نظرا للدور المزدوج الذي يلعبه، فهو من جهة يسهر على ضمان التطبيق السليم للقانون وبالتالي يقترب من عمل السلطة التنفيذية. ومن جهة أخرى، فهو يحاول ضمان الحريات العامة وبالتالي الانتصاب كقوة مضادة لعمل هذه السلطة. مما يجعل الأسس المنهجية التي يعتمد عليها تتأرجح بين هاجسين متناقضين: الحفاظ على النظام العام، وفي نفس الوقت، ضمان ممارسة الحريات العامة.

وهكذا فقد يقوم القضاء الإداري من خلال مراقبة مشروعية وملاءمة إجراءات الشرطة الإدارية بدور مهم في حماية الحريات العامة، غير أن هذا التطور الإيجابي لم يصل بعد إلى مستوى القضاء الإداري الفرنسي، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل ترتبط بوظيفة هذا الصنف من القضاء، سواء على تعلق بالموضوع أو بالأفراد أو طبيعة عمل الشرطة الإدارية، مما يستدعي العمل على تجاوز التحديات التي يواجهها في تطبيق مقتضياته وأهدافه<sup>1</sup>.

وفي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بفاس، اعتبرت في قرارها رقم 115/2006 غ الصادر بتاريخ 10 ماي 2006 في قضية جمعية مبادرات لحماية حقوق النساء ضد رئيس المنطقة الحضرية لأكدال - فاس أن: "الوقفة من حيث كونها احتلالا للفضاء العمومي من طرف الأفراد والجماعات تعتبر من باب المظاهرات العمومية وإن كانت غير متحركة لشغلها مكانا عموميا هو الطريق العام قصد التعبير عن إرادة جماعية في إبراز رأي أو موقف دون أن تمر بالضرورة في الشوارع والطرق"<sup>2</sup>.

وبالتالي فإن التكييف القانوني للوقفة الاحتجاجية كما ورد في حيثيات المحكمة الإدارية بفاس كان صائبا، ذلك أن فلسفة القضاء الإداري تفرض تجاوز نطاق المبادئ المعروفة في القانون الخاص كمبدأ التزام القاضي الحياد وهي مبادئ لا يمكن التمسك بها في المنازعات الإدارية.

بيد أن حكم المحكمة الإدارية بفاس يعبر عن المهام الموكولة للقاضي الإداري، ألا وهي ملء الثغرات القانونية وخلق ضوابط كفيلة بتأمين ممارسة بعض الحقوق الأساسية المنصوص عليها دستوريا.

<sup>1</sup> الشريف تشيت، الحقوق والحريات الأساسية في ظل دستور 2011، م س، ص 58.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 115/2006 غ الصادر بتاريخ 10 ماي 2006 في قضية جمعية مبادرات لحماية حقوق النساء ضد رئيس المنطقة الحضرية لأكدال - فاس، منشور بـ محمد الأعرج، تعاليق على أحكام، الطبيعة القانونية للوقفة الاحتجاجية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مواضيع الساعة"، عدد خاص 72، الطبعة الأولى، السنة 2011، صص 233 - 235.

وبذلك يمكن القول أنه في ميدان الحريات العامة لا يقبل الاتكاء على العواطف أو الأهواء لتضييق الحرية أو توسعها توسيعاً يجعلها تضر بحرية الآخرين وتهدد الأمن العام. وبناء عليه، فلا يجوز نعت التجمع بموكب أو استعراض أو نعت الوقفة الاحتجاجية بالتجمهر غير المسلح أو نعت المظاهرة بالوقفة الاحتجاجية أو أن الوقفة الاحتجاجية لا تحتاج إلا للإشعار، إذ لا بد من توفر عناصر قانونية لوصف أي حرية من الحريات بالوصف القانوني السليم<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: مكانن قصور دور القاضي الإداري في تعزيز الحريات العامة وسبل معالجتها

عرف المغرب انتقالاً نوعياً ويكاد يكون ملموساً في مجال حماية الحريات العامة للأفراد، وذلك نظراً للدور الذي لعبه القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ المشروعية، ولكن هذا لا يعني أن القضاء الإداري لا يعاني من نقائص نعتبرها أكثر تأثيراً على مستوى ضمان الحريات العامة تتمثل في مجموعة من الحدود تترجم الوهن الذي يتسرب إلى أهم ضمانات حماية الحريات العامة، اعتباراً أن الإشكالية القائمة اليوم، ليس هي الاعتراف بالحريات العامة، ولكن الأساس في تقوية المؤسسة القضائية المفروض فيها حماية الحريات العامة.

وعليه سيتم تناول في فقرة أولى، وفي فقرة ثانية تطوير دور القضاء الإداري في تعزيز الحريات العامة.

### الفقرة الأولى: مكانن ضعف دور القضاء الإداري في تعزيز الحريات العامة

على الرغم من المزايا العديدة التي تتمتع بها الرقابة القضائية على أعمال الشرطة الإدارية، إلا أن الواقع الملموس أظهر مجموعة من العيوب التي لازالت تنخر جسم المحاكم الإدارية وهي كالتالي:

أولاً: عدم ممارسة الرقابة القضائية من تلقاء نفسها، بل إنه ينبغي على صاحب المصلحة رفع دعوى وفق إجراءات طويلة ومعقدة وخلال مواعيد محددة، وإلا سقط حقه في اللجوء إلى القضاء، هذا فضلاً عن اقتصرها على بحث مشروعية قرارات الشرطة الإدارية المطعون فيها بالإلغاء، وعدم تطرقها إلى تقدير ملاءمة العمل الشرطي إلا في حالات قليلة.

<sup>1</sup> محمد الأعرج، الطبيعة القانونية للوقفة الاحتجاجية، م س، صص 233 – 239.

ثانياً: ارتفاع المصاريف القضائية والتي لا تتناسب مع دخل العديد من المواطنين، كما أن نظام المساعدة القضائية المعمول به هو نظام متداخل ومعقد، ولا يساعد على استفادة المتقاضين المعوزين.

ثالثاً: تعقد المساطر القانونية وعدم تبسيطها للمتقاضين وغياب بنية مؤسساتية للاستقبال والتوجيه بالمحاكم الإدارية، مما يؤدي إلى عدم الشعور بالأمان داخل هذه المحاكم والسقوط أحياناً في يد السماسرة ومحترفي النصب والاحتيال وأحياناً التخوف والعدول عن اللجوء إلى المحاكم من أجل حماية الحقوق والحريات العامة.

رابعاً: بعد المتقاضين عن المحاكم الإدارية، ذلك أن تركز المحاكم الإدارية السبع في مناطق محددة لا يسهل على الأفراد اللجوء إلى المحاكم الإدارية لحماية حرياتهم العامة خصوصاً إذا تم الأخذ بعين الاعتبار ارتفاع مستوى المعيشة والفقر بالمغرب بالإضافة إلى الالتزام بقواعد الاختصاص المحلي خصوصاً بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالقضاء الشامل<sup>1</sup>.

خامساً: عدم وجود قضاة متخصصين في النظر والفصل في المنازعات الإدارية، حيث لا يمكن للقاضي العادي معرفة وكشف خصوصيات العمل الإداري، والظروف المحيطة به، وطبيعة السلطة التقديرية للشرطة الإدارية، وكذلك مدى قدرته على الاجتهاد في تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات العامة والمحافظة على النظام العام.

سادساً: مدة الفصل في الدعاوى تكون طويلة، مما يؤدي إلى التأثير سلباً على استقرار الأعمال الإدارية من جهة، وزيادة آثار أعمال الشرطة الإدارية غير المشروعة على حقوق وحريات الأشخاص من جهة أخرى.

سابعاً: إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة والتي تعزى بالأساس إلى غياب مسطرة فعالة وناجعة لإجبار الإدارة على التنفيذ، فقانون المحاكم الإدارية وكذلك قانون المسطرة المدنية لا يتضمنان الوسائل اللازمة لجبر سلطات الشرطة الإدارية على تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به.

إن مكان الضعف التي طرحناها تنسجم مع الرغبة في استئصالها انطلاقاً من أن المحاكم الإدارية ضماناً حقيقية للحريات العامة، وبذلك فالغاية من الإشارة لتلك المظاهر، ليس هو

<sup>1</sup> عبد القادر مساعد، وقفات عند مكان ضعف دور المحاكم الإدارية في تعزيز مبادئ حقوق الإنسان، مجلة طنجيس، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، العدد الرابع، السنة 2004، ص 135.

التشكيك في الفلسفة التي كانت وراء إنشاء المحاكم الإدارية والمتمثلة في استكمال بناء دولة الحق والقانون وتعزيز مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، ولكن فقط بغية لفت الأنظار إلى الأمراض التي تنخر كاهل المحاكم الإدارية التي نتطلع لأن تواكب التطور الجديد الذي تعرفه الحريات العامة في صورتها الجديدة.

### الفقرة الثانية: تطوير دور القاضي الإداري في تعزيز الحريات العامة

لقد برهن القضاء الإداري بالمغرب منذ إنشاء المحاكم الإدارية إلى الآن عن جدارته وجديته في أداء الدور المنوط به بكل ثبات إلى تضافر مجموعة من الجهود، والتي انعكست إيجاباً على القاضي الإداري وعلى أحكامه التي تطبعها الجرأة والشجاعة<sup>1</sup>.

إلا أنه بالرغم من ذلك فإن القضاء الإداري ببلادنا لا زال بحاجة لتوافر مجموعة من العوامل الكفيلة بجعله قضاء قويا ومستقلا وفعالا، هذه العوامل التي تؤثر بشكل مباشر في إدارة القضاء الإداري<sup>2</sup>، ويمكن إجمالها فيما هو قانوني وبشري:

- أولاً: تقريب القضاء الإداري من المتقاضين: وذلك من خلال إضافة محاكم إدارية جديدة استناداً إلى مقارنة تنبني على ربط الخريطة القضائية بالتقسيم الجهوي الجديد.

فمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تغطي نسبة 73,5 % من السكان، بينما تغطي محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش نسبة 26,5 % من السكان فقط، كما أن محكمتين إداريتين من أصل سبعة محاكم إدارية تغطيان نسبة 48,6 % من السكان، فيما تغطي المحاكم الإدارية الخمسة المتبقية نسبة 51,4 % من السكان.

كما أن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحتكر 82,80 % من القضايا الراجعة بينما يروج أمام محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش فقط ما نسبته 17,20 %.

إذن وباستقراء هذه المعطيات الرقمية يتبين أن الخريطة القضائية للمملكة تعاني فيما يتعلق بتوزيع المحاكم الإدارية من اختلال عددي ونوعي من شأنه أن يؤثر سلباً على أداء هذه المحاكم.

<sup>1</sup> وديع البقالي، تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، دجنبر 2016، ص 492.

<sup>2</sup> وديع البقالي، "السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحريات الفردية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، الموسم الجامعي 2011 – 2012، ص 282.

إن هذا الواقع يدعو إلى التفكير في مراجعة الخريطة القضائية وذلك بالزيادة في عدد المحاكم وإعادة النظر في توزيعها الجغرافي في إطار توجهات الجهوية واللامركزية التي أصبحت تفرض إعادة ضبط التنظيم الترابي للمحاكم وكذا اختصاصها المحلي، وذلك مراعاة للحقائق الجغرافية والاقتصادية، ومتطلبات فعالية الإدارة القضائية وتسهيل الولوج إلى القانون والعدالة وتحقيق النجاعة القضائية من أجل التوفيق في ضمان هيكلية محكمة لقضاء إداري قوي وفعال فوق مجموع التراب الوطني، وضمان قضاء قريب ليس فقط من المتقاضين بل ومن الواقع الاجتماعي والاقتصادي والثقافي أيضاً<sup>1</sup>.

### ثانياً: الاستقلالية في اتخاذ القرار

إن الحديث عن استقلالية القضاء الإداري لا يقتصر فقط على الاستقلال على مستوى الاختصاصات والمهام والمؤسسات، وإنما يشمل أيضاً الاستقلالية على مستوى اتخاذ القرار والتي تحتل أهمية قصوى لارتباطها بحجم وطبيعة الحماية التي يمكن أن يوفرها القاضي الإداري للحريات العامة<sup>2</sup>.

فعندما نطالب باستقلالية القاضي الإداري، فإن ذلك لا يجب أن يقتصر على مستوى العلاقة مع الإدارة، فمهما بدا هذا الأخير متحرراً من كل ضغط أو تبعية للسلطة التنفيذية، إلا أن ذلك لا يعني بشكل تلقائي أن قراراته ومواقفه نابعة عن إرادته المستقلة، بحيث قد يكون متأثراً في ذلك بمواقف واجتهادات القضاء الإداري المقارن، الشيء الذي يتطلب اتخاذ مواقف جريئة وسباقة لابتكار نظريات جديدة تؤسس للتوجهات المتطورة في الرقابة على أعمال الشرطة الإدارية مستقبلاً ليكون نموذجاً يقتدى به على الصعيد الوطني والإقليمي والدولي<sup>3</sup>.

- ثالثاً: إيمان المسييرين العموميين بكرامة القضاء ورسالته ودوره الفعال في حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة وعدم اعتباره عقبة أمام الإدارة أو قيداً على سلطاتها المختلفة.

<sup>1</sup> عبد الحق ذهبي، "مدى ملاءمة التنظيم القضائي المغربي مع متطلبات قضاء إداري متطور"، الحوار المتمدن، دراسات وأبحاث قانونية، العدد 3937 بتاريخ 2012/12/10، منشور على الموقع الإلكتروني [esacedroitpublic.com](http://esacedroitpublic.com) تاريخ الإطلاع 2018/08/25.

<sup>2</sup> وديع البقالي، "تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات"، م س، ص 494.

<sup>3</sup> وديع البقالي، "تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات"، م س، ص 495.

#### - رابعا: التكوين المناسب للقضاة الإداريين

يفترض في القاضي الإداري الإلمام بمشاكل الإدارة، فلا بد أن تكون له ثقافة نظرية في علم القانون الإداري، ويتوفر على خبرة ودراية بالمنازعات التي تعرض عليه. فالمهمة المنوطة بالقضاة الإداريين والمتمثلة في حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد ضد تعسفات الشرطة الإدارية والحرص من جهة أخرى على الحفاظ على النظام العام، تتطلب منهم أن يكونوا في مستوى المهمة للقيام بها على أكمل وجه، الشيء الذي يفرض ضرورة اعتماد تكوين يناسب طبيعة المهام الموكولة إليهم، وكذا إعادة النظر في طريقة تعيينهم<sup>1</sup>.

- خامسا: استشارة القضاة الإداريين وذلك بجعلهم شريكا حقيقيا في صياغة اللوائح ومشاريع القوانين وأيضا تنقيتها من الشوائب، فضلا عن إبداء الرأي وتقديم المشورة القانونية للإدارة، مما يساعد على التقليل من القرارات غير المشروعة. بل والمساهمة في إصلاح الإدارة وذلك بلفت نظرها إلى مواطن الخلل فيها، حتى يتسنى لها مراجعة تدابيرها<sup>2</sup>.

- سادسا: الاجتهاد في ابتكار وتفسير القواعد القانونية: إن القاضي الإداري يلعب دورا إبداعيا وخلاقا بإنشائه للقواعد القانونية وذلك بالاستناد إلى المصادر التي يحددها المشرع لاستنباط الأحكام القانونية في الأحوال التي لا يوجد فيها نص تشريعي بحكم حالة معينة أو لأجل سد القصور في التشريع، وهذا فإن الأمر لا يعني أن القاضي الإداري يقوم مقام المشرع بل إنه يلعب فقط دورا تكميليا له، باعتبار وجود فارق شاسع بين التشريع كمصدر رسمي للقانون وبين القضاء كمصدر أصلي للقانون الإداري<sup>3</sup>.

- سابعا: ضرورة إحداث قضاء إداري متخصص بإحداث محكمة إدارية عليا وذلك من أجل ملاءمة التنظيم القضائي مع الدستور الجديد الذي أشار إليها في الفصل<sup>4</sup> 114، الشيء الذي يستوجب استكمال صرح القضاء الإداري وتكريس ازدواجية كاملة للنظامين القضائي والقانوني وتدعيم المشروعية الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة وضمان الأمن القانوني

<sup>1</sup> وديع البقالي، تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات، م. س، ص 495.

<sup>2</sup> ثورية لعيوني، موقع القضاء الإداري المغربي عن نظيره الفرنسي والمصري، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 65، نونبر - دجنبر، السنة 2005، ص 35.

<sup>3</sup> محمد الداودي، إشكالية إنشاء وتطبيق القاعدة القانونية من قبل القاضي الإداري، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، مطبعة دار القلم، الرباط، العدد التاسع، ينابر - ماي، السنة 2017، ص 140.

<sup>4</sup> ينص الفصل 114 من دستور 2011 على ما يلي: "تكون المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة، أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة".



والقضائي من خلال توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في خلق وابتكار جل قواعد القانون العام، ومواجهة تراكم القضايا الإدارية وتطور عددها المضطرد كما وكيفا، وتمديد اختصاص المحكمة الإدارية العليا إلى مجال إصدار الفتاوى القانونية للإدارات العمومية، وتنظيم مسطرة الطعن بالنقض الإداري بتحويل المحكمة الإدارية العليا صلاحية التصدي الوجوبي، وإحداث مؤسسة المفوض الملكي على صعيد المحكمة الإدارية العليا، هذا إلى جانب إحداث محكمة التنازع للبت في تنازع الاختصاص بجميع صوره بين جهتي القضاء العادي والإداري.

- ثامنا: من الضروري الإسراع بإصدار قانون الإجراءات الإدارية مستقلا عن قانون المسطرة المدنية، وتخصيص باب مستقل بتنفيذ الأحكام الإدارية، وكذلك تجميع النصوص القانونية المطبقة على المنازعات الإدارية وخصوصا الإجرائية منها في مدونة مستقلة، يتم فيها تدارك كل ما عرض أمام القضاء الإداري في هذه الفترة لتفادي تضارب الاتجاهات في القضية الواحدة<sup>1</sup>.

## خاتمة

إن تحقيق التوازن بين حماية الحريات العامة والحفاظ على النظام العام، يتطلب ضرورة التوفر على قضاء إداري قوي قادر على الموازنة بين طرفين متعارضين في مصالحهما، ذلك أن الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في ميدان الشرطة الإدارية سواء في جانبي المشروعية والملاءمة، تساهم في إحداث نوع من التوازن بين السلطة والحرية داخل المجتمع، وذلك بالتوفيق بين متطلبات حماية النظام العام وضرورات حماية الحريات العامة وضمن ممارستها.

وعليه فالقاضي الإداري يدبر وضعا معقدا وبالتالي يوجد تجاه سلطات الشرطة الإدارية في وضعية غير مريحة، والسبب في هذا أن القاضي مرتبط عضويا ووظيفيا بالسلطة، الشيء الذي يستدعي توفير الظروف الملائمة لذلك من خلال تمكين القاضي الإداري من حرية أوسع في اتخاذ القرار المناسب مع ارتباط ذلك بتكوين يتناسب مع طبيعة المهام الموكولة إليه وتقوية دوره الاستشاري والإنشائي للقواعد القانونية وتفسيرها الملائم وذلك من أجل تحقيق التوازن المنشود بين مصلحة الشرطة الإدارية في المحافظة على النظام العام من جانب، وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة من جانب آخر.

فالقاضي الإداري حاول قدر المستطاع حماية الحريات العامة التي تعتبر حقا لكل فرد ولا يمكنه تجاهلها ولكنه في المقابل لم يخل بالنظام العام. إذ من غير الممكن أن يغلب جانب الحريات

<sup>1</sup> رشدي السبايطي، م س، ص 654.

العامة على متطلبات النظام العام، وهو ما قام به في بعض القرارات، حيث غلب جانب النظام العام على حساب الحريات العامة، ذلك أن القاضي الإداري غير مستقر على رأي واحد، فهو قاض متذبذب بين جانب المحافظة على النظام العام وبين جانب احترام الحريات العامة.

## لائحة المراجع

### 1. المراجع باللغة العربية

#### الكتب

- حميد ولد البلاد، "مرتكزات حقوق الإنسان في تطبيقات القانون الإداري"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 133، مارس - أبريل 2017.
- وديع البقالي، "النظام العام والحريات"، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، الرباط، العدد 31، السنة: 2016.
- عبد الكريم حيضرة، "القانون الإداري المغربي: النشاط الإداري"، مطبعة المعرفة، مراكش، السنة: 2017.
- بن عامر عوينات نجيب، "النظام العام بين سلطة المشرع وتكييف القاضي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص بالملتقى الدولي حول "تحول فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و08 ماي 2014، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، السنة: 2015.
- لحسن الحميدي، "الأسس المنهجية في تأويل القضاء المغربي لجدلية النظام العام والحريات العامة"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017.
- عبد العزيز لعروسي، "المداخل العشرة لتدبير منظومة عالمية حقوق الإنسان بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 138-139، يناير - أبريل، السنة 2018.
- الحسن سيمو، "القاضي الإداري والحريات العامة" مجلة الإشعاع، هيئة المحامين بالقنيطرة، العدد التاسع عشر، السنة الحادية عشرة، يونيو 1999.
- رشدي السبايطي، "رقابة القضاء الإداري على مشروعية قرارات الشرطة الإدارية، الجزء الأول"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، عدد 126، الطبعة الأولى، 2019.

- رشدي السبايطي، "رقابة القضاء الإداري على مشروعية قرارات الشرطة الإدارية، الجزء الثاني"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، عدد 126 مكرر، الطبعة الأولى، 2019.
- عبد الرحيم بنسلامة، "المغرب قبل الاستقلال، عرض أهم الأحداث السياسية والدستورية قبل الحماية وآثارها"، دار الثقافة الجديدة، الدار البيضاء، ط 2، السنة 1980.
- إدريس برهون، "إشكالية دولة الحق والقانون في المغرب"، دار الفرقان للنشر الحديث، الدار البيضاء، أبريل 2002.
- عبد الحق بلفقيه، "في تقييم الدستورية الجديدة، تحول في ظل الاستمرارية"، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 45 - 46، السنة 2017.
- - محمد مالكي، "قراءة في الهندسة العامة للدستور المغربي الجديد"، مجلة تبين للدراسات الفكرية والثقافية، المجلد الأول، العدد 4، السنة 2014.
- عبد الرحيم الفلوس، "دسترة حقوق وحريات الأجانب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 101، السنة 2011.
- - حسن الليلي، "القضاء الإداري وحماية الحريات العامة"، مجلة دراسات ووقائع دستورية وسياسية، العدد العاشر، السنة 2010.
- - رشيدة شهاب، "حماية الحريات العامة وحقوق الإنسان بقضاء الإلغاء"، مجلة الرقيب الخاصة بالمنازعات الإدارية والجمركية، الجديدة، عدد 2، السنة 2012.
- ميمون خراط، "القاضي الإداري وتقييد الحرية السياسية: قيود تأسيس الأحزاب السياسية نموذجا"، مجلة الحقوق المغربية، فقه المنازعات الإدارية، العدد الثاني، السنة 2012.
- الشريف تشيت، "الحق في الاحتجاج السلمي بين سنده القانوني وواقع ممارسته بالمغرب"، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 51 - 52، السنة 2018.
- أحمد الأزهر، "الحريات العامة في القضاء المغربي" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة 2012.

- رشيد كديرة، "مفهوم المصلحة العامة وتطور المرافق العامة في ضوء اجتهادات القضاء الإداري بأكادير، مرفق الأمن نموذجاً" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 122 - 123، السنة 2015.

- الحسن سيمو، "القاضي الإداري والحريات العامة" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، "سلسلة مواضيع الساعة"، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، عدد 18، السنة 1992.

- الشريف تشيت، "الحقوق والحريات الأساسية في ظل دستور 2011"، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 39 - 40، السنة 2016.

- محمد البعدوي، "الشرطة الإدارية وإشكالية الموازنة بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، عدد 94، الطبعة الأولى، السنة 2013.

- الشريف تشيت، "الدستور والدستورانية الجديدة بالمغرب قراءة في السياق وفي المعنى" مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد مزدوج 45 / 46، السنة 2017.

- محمد الأعرج، "مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، "سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية"، عدد 99، السنة 2013.

- الشريف الغيوي، "النشاط الإداري"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2017.

- وديع البقالي، "النظام العام والحريات" مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، الرباط، العدد 31، السنة 2016.

- كريمة خلدون، "أساس المسؤولية عن أعمال الضبط الإداري بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 136، شتنبر - أكتوبر 2017.

- عبد القادر مساعد، "وقفات عند مكامن ضعف دور المحاكم الإدارية في تعزيز مبادئ حقوق الإنسان"، مجلة طنجيس، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، العدد الرابع، السنة 2004.

- وديع البقالي، "تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات"، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، دجنبر 2016.

- ثورية لعيوني، "موقع القضاء الإداري المغربي عن نظيره الفرنسي والمصري"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 65، نونبر - دجنبر، السنة 2005.

- محمد الداودي، "إشكالية إنشاء وتطبيق القاعدة القانونية من قبل القاضي الإداري"، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، مطبعة دار القلم، الرباط، العدد التاسع، يناير - ماي، السنة 2017.

أطروحات:

- وديع البقالي، "السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحريات الفردية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، الموسم الجامعي 2011 - 2012.

- الشريف تshit، "حماية الحقوق والحريات في مواجهة سلطات الشرطة الإدارية"، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2015 - 2016.

- محمد ربيع منيب، "ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، السنة: 1981.

II. المراجع باللغة الفرنسية

### Les ouvrages:

- R. Chapus, Droit administratif général, collection Domat, droit public, tome 1, Montchrestien, Paris, 14<sup>ème</sup> édition, 2000.

- El Yaagoubi (M): la réception des droits de l'homme en droit administratif au Maroc, Tanjis, RDE, n°4, 2004.

- C.E 18 Déc, 1959 « sté les films Lutetia » et syndicat Français des producteurs et exportateurs de films, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, 5<sup>ème</sup> édition, 1969.

- C.E 27 Oct 1995, commune de Morsang sur Orge et AIX-en- Provence, les grands arrêts de la Jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, 17<sup>ème</sup> édition, 2009.

## الفصل العاشر

# إشكالية التوفيق بين السلطة والحرية في الظروف الاستثنائية وموقف الاجتهاد القضائي

The problem of reconciling power and freedom in exceptional circumstances.

The position of jurisprudence

## د. وديع البقالي

أستاذ القانون العام بكلية العلوم القانونية  
والاقتصادية والاجتماعية بفاس.

## ملخص

إن مسألة التوفيق بين السلطة والفرد أو بين النظام العام والحريات في الظروف الاستثنائية تحمل في طياتها صعوبات وإكراهات عدة تشترك في مجملها في نوعية العلاقة السائدة بين السلطة-الإدارة-الدولة أي الجهات التي تدافع عن المصلحة العامة والنظام العام، وبين الأفراد الذين يستهدفون تحقيق مصالح خاصة ومنها حقهم في ممارسة الحريات الأساسية المضمونة قانونياً، هذه العلاقة التي يميزها الصراع الدائم، فنظرة الفرد اتجاه السلطة يطبعها الشك والخوف وانعدام الثقة، مهما حاولت الأخيرة تبرير مواقفها بحماية المصلحة العامة، وكذلك الشأن بالنسبة للسلطة حيث تنظر إلى مطالب الأفراد وحقوقهم بمثابة تهديد للأمن والنظام العام مهما كانت تلك المطالب مشروعة ودستورية.

وقد اتضح هذا الصراع والتناقض بشكل جلي خلال حالة الطوارئ الصحية المعلنة لمواجهة جائحة كورونا، وما واكبها من تدابير وتشريعات استثنائية منحت امتيازات وصلاحيات واسعة للسلطات التنفيذية مقابل تقييد حريات الأفراد وتحركاتهم إلى أقصى حد. وهذا ما يفرض تدخلاً حاسماً وجريئاً للقاضي الإداري لحماية الأفراد من تعسف السلطة في تطبيق تدابير وإجراءات الطوارئ، من خلال فرض رقابة قضائية على مدى مشروعيتها وكذا ملاءمتها بإجراء موازنة بين متطلبات حماية النظام العام وضمان ممارسة الحريات، وكذا تدخلاً فعالاً للمشرع لإقرار ضمانات فعلية تمكن من تحصين تلك الحريات خلال الحالات الغير العادية.

## Abstract

The question of reconciling authority with the individual or public order and liberties in exceptional circumstances entails several challenges and coercions that, in their entirety, share the quality of the relationship between authority-administration and the State, i.e., those who defend the public interest and



public order, and individuals who aim at the realization of special interests, including their right to exercise legally guaranteed fundamental liberties. This relationship is characterized by permanent conflict as the individual's perception of the direction of authority is characterized by suspicion, fear and mistrust no matter how much authority attempts to justify its positions to protect the public interest. Same goes for authority that views the demands and rights of individuals as a threat to security and public order, however legitimate and constitutional those demands may be.

This conflict and contradiction were evident during the declared health emergency to confront the coronavirus pandemic, and the accompanying special measures and legislation that granted broad privileges and powers to executive authorities in exchange for maximizing individuals' liberties and movements. This imposes a decisive and bold intervention by the administrative judge to protect individuals from abuse by the authority in the application of emergency measures and procedures, through judicial control over their legitimacy and how they are suited to balancing the requirements of protecting public order and guaranteeing the exercise of liberties, as well as an effective intervention by the legislator to establish effective safeguards enabling the immunization of such liberties during unusual situations.

## مقدمة

إن التوفيق بين النظام العام والحريات يثير العديد من الصعوبات والإشكاليات، نظرا للاختلاف في الغايات والأهداف بين السلطة والفرد، فإذا كانت الأولى تستهدف تحقيق المصلحة العامة بحماية النظام العام، فإن الأفراد يهدفون لتحقيق مصالحهم الشخصية والخاصة، وضمان ممارسة حقوقهم وحرياتهم في أفضل الظروف بدون قيود أو عراقيل. ومعلوم أن مختلف التصرفات والأعمال الصادرة من الإدارة في إطار قيامها بمهامها لا تكون متمتعة بإزاءها بسلطة مطلقة في اتخاذ ما تشاء من قرارات حتى ولو كانت متمتعة بسلطة تقديرية في التصرف بشأن مسألة معينة، بحيث تكون خاضعة لمبدأ المشروعية الذي يحدد إطار وحدود تحركات السلطات الإدارية في مختلف المجالات ومنها المجال الضبطي. فمبدأ المشروعية يضع بقواعده على عاتق الإدارة التزاما مؤداه ضرورة توخي المصلحة العامة في كل تصرف، وتوخي الحرص في تنظيم الحريات من خلال التطبيق الصحيح لأحكام القانون وقواعده، فهو بذلك يحقق نوع من التأصيل والتنسيق بين المتطلبات المتعارضة، حرية الأفراد من جهة، وفعالية الإدارة في تحقيق غاياتها والقيام بمهامها على أحسن وجه من جهة أخرى. وإذا كان الأمر هكذا في الظروف العادية، فكيف يبدو في الظروف الاستثنائية حيث تتسع سلطات الإدارة مقابل تقييد حريات الأفراد؟

إن مبدأ المشروعية صيغ ليحكم النشاط الإداري في الظروف العادية، أما عند حدوث ظروف استثنائية، فإن الإدارة تتمتع بسلطات تقديرية واسعة تفوق تلك التي تحظى بها خلال الظروف العادية، وهنا يأخذ مبدأ المشروعية مدلولاً آخر يخول الإدارة حق اتخاذ كافة القرارات التي تراها ضرورية لاستتباب الأمن وإعادة الأمور إلى الحالة العادية<sup>1</sup>.

ولهذا السبب ذهب فقهاء القانون الإداري إلى القول بأن هناك نوعين من المشروعية الإدارية: الأولى تعرف بالمشروعية العادية، وهي التي تسري في مناخ قانوني واجتماعي ثابت، منظم بمقتضى ضوابط قانونية، تلائم الظروف العادية السائدة في الدولة، أما الثانية فتعرف بالمشروعية الاستثنائية، التي تصبح فيها تلك الضوابط القانونية المطبقة في الظروف العادية غير ملائمة، بحكم الظروف الاستثنائية السائدة في الدولة (إما حرب أو كوارث طبيعية أو انتشار الأوبئة كجائحة كورونا التي نعيشها حالياً)، وبالتالي تعفى الإدارة من تطبيق تلك الضوابط، ومع ذلك يبقى تصرفها مشروعاً في إطار من المشروعية الاستثنائية<sup>2</sup>. من تدابير وهكذا كانت الكثير من إجراءات السلطة الإدارية تقيد من حقوق وحرّيات الأفراد في الظروف العادية بدعوى حماية النظام العام والمصلحة العامة، فإن الإشكالية المطروحة تتمثل في كيفية تحقيق التوازن خلال الحالات غير الاعتيادية بين تدابير ممارسة السلطة اللازمة للحفاظ على كيان الدولة ومؤسساتها ومصالحها من جهة وبين حماية الحقوق والحرّيات الأساسية من جهة ثانية. وفي سبيل تحقيق هذا التوازن، عمل المشرع الدستوري في مجموعة من الأنظمة الدستورية على وضع مجموعة من الضوابط الشكلية والشروط الموضوعية لإعلان الحالات الاستثنائية وما يفرضه ذلك من ضمان الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية للدولة المعنية<sup>3</sup>. وهذا ما سنتطرق له من خلال المبحث الأول الذي يتمحور حول التأطير الدستوري لحالات للظروف الاستثنائية وضوابطها، فيما يخص المبحث الثاني سبل وآليات تحقيق الموازنة بين النظام العام الصحي والحرّيات خلال حالة الطوارئ الصحية.

<sup>1</sup> شهبوب مسعود: الحماية القضائية للحرّيات الأساسية في الظروف الاستثنائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، رقم 1، 1998، ص 24.

<sup>2</sup> مصطفى التراب: إلزام الإدارة بتعليل قراراتها تخليق للمرفق العام وترسيخ لقيم المواطنة، م.م.إ.م.ت، سلسلة مواضيع الساعة، القضاء الإداري ودولة القانون بالمغرب العربي، عدد 59-2008 ص 90.

<sup>3</sup> أحمد مفيد: دور السلطة التشريعية خلال الحالات غير العادية، مؤلف جماعي بعنوان حالة الطوارئ الصحية: التدابير القانونية والاقتصادية والاجتماعية وأبعادها، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، صيف 2020 ص 70.

## المبحث الأول: التأطير الدستوري للظروف الاستثنائية وضوابطها

أولاً: صور الظروف الاستثنائية وموقف المشرع الدستوري

أ- الظروف الاستثنائية: المفهوم والمبررات

تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية من ابتداع القضاء الإداري الفرنسي، وذلك لمواجهة حالة استثنائية متمثلة في الحرب العالمية الأولى، وعرفت آنذاك باسم سلطات الحرب، حيث عرفت فرنسا ظروف عصبية هددت كيان الدولة، مما اضطرت معها الإدارة الخروج عن الحدود التشريعية لمواجهة هذه الظروف، وقد كانت تلك السلطات مقتصرة على معالجة الحالات الناجمة عن الحرب فقط. ثم أطلق عليها فيما بعد نظرية الظروف الاستثنائية<sup>1</sup>، وذلك في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ولم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق أحكام هذه النظرية خلال أوقات الحرب فقط، بل طبقها في الظروف العصبية التي أعقبت الحرب وذلك على الوقائع التي تشكل تهديدا خطيرا للأمن وللنظام العام في الدولة، وتؤدي إلى عرقلة سير المرافق العامة. والمقصود بالنظرية أن بعض التصرفات الإدارية والتي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية، تعتبر في الظروف الاستثنائية مشروعة، إذا ما ثبت لزومها لمواجهة هذه الظروف، والمحافظة على النظام العام في الدولة.

وهكذا، فإذا كان الأصل هو أن تلتزم الإدارة بالقانون في كل وقت وظرف وذلك وفقا لمفهوم مبدأ المشروعية الذي تطرقنا إليه، إلا أن هذا الأخير وإن كان صالحا في الظروف العادية، فإنه يبدو صعب التطبيق في الأوقات الصعبة والعصبية، كحالة الحرب والاضطرابات، إذ قد يترتب على الإصرار على تطبيقه استفحال الأزمة بما يؤدي إلى تهديد كيان الدولة وتعريضها للانهيار<sup>2</sup>. وتجنبنا لذلك فإن النظرية أبحاث للإدارة الخروج على قواعد المشروعية العادية لتلبية متطلبات السلطة التي تزداد وتحتاج إلى تشريعات إضافية لتقويتها وتغليبها على متطلبات الحقوق والحريات الفردية. فالضرورات الحيوية للبلاد ومصالح الدفاع القومي والنظام العام في هذه الحالة، تكون أولى بالرعاية من احترام حقوق وحريات الأفراد.

<sup>1</sup> كما وجدت نظرية الظروف الاستثنائية في العصر الإسلامي على أساس قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" وطبقت في مجال بعض العقود المدنية.

- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد: "سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق القاهرة، 1979، ص: 272.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين: القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 115.

وقد حاول فقهاء القانون الإداري إيجاد سند قانوني لنظرية الظروف الاستثنائية، ورغم تعدد الأسانيد التي قيلت في هذا الصدد، إلا أنها تتمحور حول نقطتين أساسيتين:

- 1- تقوم نظرية الظروف الاستثنائية على أساس أن القواعد القانونية وضعت للظروف العادية، بمعنى عدم صلاحية التشريعات والقوانين التي تطبق في الظروف العادية لمواجهة ما يترتب على الظروف الاستثنائية من أخطار واضطرابات مهددة للأمن والنظام العام في المجتمع. وبالتالي يسمح للإدارة باتخاذ ما تراه ضروريا من إجراءات وتدابير خارج إطار المشروعية العادية وذلك بهدف حماية النظام العام وضمان استمرار المرافق العامة بانتظام واضطراد<sup>1</sup>.
- 2- ضرورة بقاء الدولة واستمرارها: يبرر كذلك الخروج على قواعد المشروعية العادية لمواجهة الظروف الاستثنائية، على اعتبار أنه لا فائدة من احترام القانون والخضوع لمقتضياته إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى انهيار الدولة وتهديد لوجودها. ولذلك فالشرط الأول كما يقول الأستاذ فالين، لتنفيذ القوانين واحترامها، هو وجود دولة قادرة على ذلك. فإن انتفى هذا الشرط فإنه لن تكون هناك فائدة من التمسك بمبدأ المشروعية الذي سيختفي بدوره تبعا لذلك. فليس من العقل أو المنطق التضحية بكيان الدولة ووجودها لمجرد احترام القانون، ذلك أن بقاء الأخير مرتبط بوجود الدولة<sup>2</sup>.

وبالرغم من ذلك، فإنه كيفما كانت مبررات تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، فإن ذلك لا يجب أن يستغل من طرف الإدارة لتوسيع سلطاتها التقديرية بهدف المساس بالحقوق والحريات حتى وإن اقتضت حاجة تحقيق المصلحة العامة ذلك. وبالتالي فلا بد من وجود ضوابط وحدود لتحركات السلطات الإدارية في ظل الظروف الاستثنائية تفاديا لتوظيف تلك السلطات في أمور لا علاقة لها بالدوافع التي قيلت لتبرير تطبيق تلك النظرية، كأن تستغلها الإدارة بغرض الانتقام وتصفية حسابات مع أطراف سياسية معارضة أو لتحقيق أجندات خاصة بالنظام الحاكم...إلخ.

وما يزيد من خطورة هذه الظروف على حريات الأفراد، أنه قد تكون أحيانا الحلول التشريعية غير كافية لمواجهة الظروف الاستثنائية، إذ قد يتوقع المشرع ظرفا استثنائيا معينا فيضمن الدستور نصا أو يصدر قانونا معالجا له ثم يطرأ ظرف استثنائي جديد لم يكن في الحسبان ولم يسبق توقعه، وبالتالي لم يسبق إعداد نص دستوري أو قانوني لمواجهة.

<sup>1</sup> DE LAUBADERE: "Traité élémentaire de droit administratif", éd. 1970, p:239.

<sup>2</sup> WALINE (M): "Traité élémentaire de droit administratif", éd. 1951, p: 299.

ولهذه الاعتبارات اضطر القضاء إلى التدخل لسد ما يشوب الحلول التشريعية للظروف الاستثنائية من قصور، فهو يكمل النصوص ويسد ثغراتها، فيخول الإدارة بالرغم من قصور النصوص السلطات الواسعة التي تمكنها من مواجهة ودفع الأخطار لتعود الأمور إلى حالتها الطبيعية. ومن الأساليب التي اتبعها القضاء في كل من فرنسا ومصر في مواجهة هذه الظروف، نجد الأسلوبين الآتيين:

- التفسير الواسع لنصوص الدساتير والقوانين: وذلك لجعلها أكثر ملاءمة مع الضرورات الملحة والمتطلبات العاجلة التي تفرضها الظروف الاستثنائية.

- الترخيص للإدارة في مخالفة القوانين وتقرير اختصاصات جديدة لها: ذلك أنه إذا ارتأت الإدارة أن أعمال أحكام القوانين السارية لا تمكنها من المحافظة على الأمن والنظام، رخص لها القضاء بمباشرة اختصاصات جديدة لا سند لها في تلك القوانين<sup>1</sup>.

#### ب- تعامل المشرع الدستوري مع مختلف صور الظروف الاستثنائية

إن التعامل مع الظروف الاستثنائية كما هو معلوم لا تتم بنفس الكيفية المتبعة في الظروف العادية، حيث تكون هناك حاجة لاتخاذ تدابير وإجراءات استعجالية وغير اعتيادية، ولهذا نجد مختلف دول العالم ومنها المغرب، تنص في دساتيرها على عدد من الأنظمة الاستثنائية التي تسمح للسلطات العمومية بالتحرر من بعض الالتزامات الدستورية والقانونية لمواجهة التهديدات التي فرضتها تلك الظروف وضمان عودة الحياة إلى حالتها الطبيعية.

والظروف الاستثنائية التي تسمح بمثل هذه التدابير ليست من نوع واحد، وإنما تختلف باختلاف الإجراءات والتدابير المتخذة في ظلها. حيث تتضمن مختلف الدساتير المقارنة صور مختلفة لهذه الظروف، فهي قد تتخذ شكل حالة حرب، أو حالة الحصار والطوارئ كما في الدستور البرتغالي لسنة 1978، أو حالة الاستنفار والاستثناء في الدستور الإسباني لسنة 1978، وحالة الطوارئ في الدستور المصري لسنة 2013، في حين يتحدث الدستور الإيطالي لسنة 1947 على الحالات الاستثنائية دون تحديد شكل معين<sup>2</sup>. أما الدستور المغربي لسنة 2011 فهو يتحدث

<sup>1</sup> عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1995 ص 387.

<sup>2</sup> أحمد بوز، الدستور وتدابير الأزمات قراءة في القواعد المنظمة لحالة الطوارئ الصحية، مؤلف جماعي حول حالة الطوارئ الصحية،

م.س، ص 21.

عن حالة الاستثناء وحالة الحرب وحالة الحصار وكلها تندرج ضمن الظروف الاستثنائية أو الحالات الغير العادية.

فبخصوص النموذج الأول للظروف الاستثنائية التي نظمها الدستور والمتمثلة في حالة الاستثناء، فقد نص<sup>1</sup> على أنه إذا كانت حوزة التراب الوطني مهددة، أو وقع من الأحداث ما يعرقل السير العادي للمؤسسات الدستورية، أمكن للملك أن يعلن حالة الاستثناء بظهير، بعد استشارة كل من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، ورئيس المحكمة الدستورية، وتوجيه خطاب إلى الأمة. ويخول الملك بذلك اتخاذ الإجراءات التي يفرضها الدفاع عن الوحدة الترابية، ويقتضها الرجوع في أقرب الآجال إلى السير العادي للمؤسسات الدستورية. ولا يتم حل البرلمان أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية، كما تبقى الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور مضمونة. وترفع حالة الاستثناء بمجرد انتفاء الأسباب التي دعت إليها، وباتخاذ الإجراءات الشكلية المقررة لإعلانها.

أما فيما يتعلق بحالة الحصار فقد نص الدستور<sup>2</sup> على أنه يمكن الإعلان عنها لمدة ثلاثين يوما بمقتضى ظهير يوقعه بالعطف رئيس الحكومة، ولا يمكن تمديد هذا الأجل إلا بالقانون.

وبخصوص قرار إشهار الحرب، فقد أشار الدستور<sup>3</sup> أن اتخاذ القرار يتم داخل المجلس الوزاري، طبقا للفصل 49 من الدستور، وبعد إحاطة البرلمان علما بذلك من لدن الملك.

والملاحظ من خلال تنظيم المشرع الدستوري للحالات الاستثنائية الثلاث، نجد أنه قد تعامل مع حالة الاستثناء بشيء من التفصيل من خلال التطرق للحالات التي تستدعي إعلانها وكذا مسطرة الإعلان والضمانات المكفولة أثناء فترة سريانها وحتى الإجراءات المتبعة لرفعها. بالمقابل لم يتم التفصيل بخصوص حالة الحصار وإشهار الحرب حيث لم يتم التطرق إلى الأسباب التي تستدعي إعلانها والضمانات الكفيلة بحماية الحقوق والحريات الدستورية أثناءهما.

ثانيا: ضوابط سلطات الضبط في الظروف الاستثنائية

يجمع الفقه والقضاء على ضرورة خضوع الإدارة لضوابط معينة خلال فترة الظروف الاستثنائية وتتمثل هذه الضوابط والحدود فيما يلي:

<sup>1</sup> الفصل 59 من دستور المملكة 2011.

<sup>2</sup> الفصل 74 من دستور المملكة 2011.

<sup>3</sup> الفصل 99 من دستور المملكة 2011.

- 1- أن يكون الإجراء الضبطي قد اتخذ خلال الظروف الاستثنائية.
  - 2- أن يكون الإجراء الضبطي متناسبا مع درجة الإخلال المهدد للنظام العام: بمعنى أن يكون الإجراء الضبطي هو الوسيلة الوحيدة لمنع الضرر المحتمل، ويفترض ذلك أن تكون الوسيلة المستخدمة في الإجراء ملائمة مع درجة جسامته الحالة الاستثنائية. وبالتالي فإن الإجراءات التي تقيد أو تحد من ممارسة الأفراد لحقوقهم وحياتهم يجب أن تكون بالقدر وفي الحدود الضرورية التي تتيح للإدارة القدرة على مواجهة الأخطار الناتجة عن الظروف الاستثنائية بالفعل. وهو ما يستوجب عدم تجاوز الإدارة مقتضيات الظروف التي تواجهها وفقا لقاعدة "أن الضرورة تقدر بقدرها".<sup>1</sup>
  - 3- وجود خطر جسيم وحال يهدد سلامة وأمن الدولة وذلك بغض النظر عن مصدر الخطر سواء كان كوارث طبيعية، حالة حرب... إلخ. ويجب أن يكون الخطر جسيما وغير معتاد وأن يكون وقع بالفعل أو وشيك الوقوع.
  - 4- أن يكون هدف الإجراء الضبطي هو ابتغاء المصلحة العامة: وأن تكون هذه المصلحة حقيقية وجدية لتفادي اختلال النظام العام وسير المرافق العامة.
  - 5- خضوع الإجراء الضبطي خلال الظروف الاستثنائية للرقابة القضائية: بحيث لا يجب أن تتمتع الإدارة بحرية مطلقة في التصرف بحجة مواجهة الظروف الاستثنائية وحماية النظام العام في المجتمع، فليس لها أن تتخذ ما تشاء من إجراءات تهدر بها حريات الأفراد وحقوقهم.<sup>2</sup> وبهذا تختلف الظروف الاستثنائية عن أعمال السيادة التي لا تخضع لأية رقابة قضائية حيث تكون تصرفات السلطة التنفيذية محصنة من كل رقابة وتشكل خروجاً صريحاً عن مبدأ المشروعية سواء العادية أو الاستثنائية. ومن شأن تلك الحصانة توسيع هذه الطائفة من الأعمال في الوقت الذي يتعين فيه السعي للتضييق من نطاقها لما تمثله من خطورة على حقوق وحيات الأفراد وبناء دولة القانون.<sup>3</sup>
- ولا شك أن التقيد بهذه الضوابط من طرف الإدارة فيما تتخذه في الظروف الاستثنائية من إجراءات ضبطية يساهم في التخفيف من الصراع بين السلطة والفرد والذي يزداد حدة في مثل هذه الظروف.

<sup>1</sup> محمد ربيع منيب: "ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس، 1981، ص 256.

<sup>2</sup> شهاب مسعود: م. س، ص: 30.

<sup>3</sup> أحمد البخاري: القانون الإداري العملي، مكتبة دار السلام الرباط، 2002، ص: 139.

وإذا كانت هناك صعوبات تواجه تحقيق توازن بين السلطة والفرد، أو بين متطلبات المصلحة العامة والحريات في ظل الظروف العادية، فإن تلك المهمة تزداد صعوبة في ظل الظروف الاستثنائية التي تعرف توسعا كبيرا في سلطات الإدارة مقابل تقييد متزايد لحريات الأفراد وتحركاتهم؟ فلا شك أن أية علاقة من هذا القبيل وبين طرفي نقيض بمطالب متباينة ومتعارضة ستزداد تباعدا وتصادما في مثل هذه الظروف والأحوال. كما أن الحديث عن التوفيق بين النظام العام والحرية يكون أبعد ما يكون عن الواقع الميداني بفعل التوسع في كل من سلطة الإدارة التقديرية من جهة، وفي القيود والموانع المفروضة على الحريات الفردية من جهة أخرى.

ومن هنا فبدل البحث عن توافق -يبدو من الوهلة الأولى صعب المنال- بين متطلبات السلطة والفرد، فإنه يجب البحث عن كيفية تضيق الهوة بين تلك المتطلبات المتناقضة، وهذا ما جعلنا نضع تساؤلات تصب في هذا الإطار، وذلك من قبيل كيفية مواجهة الظروف الاستثنائية دون إهدار حقوق وحريات الأفراد؟ بمعنى آخر هل حماية المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام خلال الظروف الاستثنائية تتطلب بالضرورة الإجهاز على الحريات والحد من نطاقها؟

لكن نتساءل في المقابل ألا يتطلب المحافظة على كيان الدولة ومصالح المجتمع التي هي في الأساس مجموع مصالح أفرادها، تضحية هؤلاء بحرياتهم وحقوقهم لفترة زمنية محددة وليست دائمة حتى تعود الظروف إلى حالتها الطبيعية والعادية؟ ثم كيف يمكن ممارسة الحريات في ظل ظروف استثنائية يسودها الاضطراب وعدم الاستقرار؟ ألا تساهم نظرية الظروف الاستثنائية في توفير الجو المناسب لممارسة الأفراد لحرياتهم علما أن المحافظة على النظام العام يعد شرطا ضروريا لضمان أفضل ممارسة للحرية؟

وعموما يمكن القول أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية يشكل تهديدا حقيقيا للحريات الفردية، رغم أن هدفها المعلن هو المحافظة على النظام العام وعلى كيان الدولة ووجودها، إلا أن ذلك يكون أحيانا ظاهريا فقط، في حين أن النوايا الحقيقية والخفية من وراء إعلان حالة الطوارئ أو الاستثناء أو ما شابههما يكون لأغراض سياسية ولأجل المحافظة على النظام العام بالفعل لكن بالمفهوم السياسي الذي يصب في مصلحة النظام السياسي الحاكم الذي لا يتوافق دائما مع مصالح المجتمع وأفراده، خاصة في الدول التي تفتقد للآليات الديمقراطية في ممارسة السلطة وتسيير شؤون الدولة، وإلا كيف نفسر استمرار إعلان حالة الظروف الاستثنائية في بعض الدول لمدة طويلة حتى مع انتفاء الأسباب المباشرة لإعلانها (كمصر مثلا حيث حالة الطوارئ استمرت لثلاثة عقود منذ 1981).



فحتى الرقابة القضائية التي تخضع لها التصرفات الإدارية خلال الظروف الاستثنائية تكون غالبا في حدها الأدنى فقط، ومن هنا يتوجب مد تلك الرقابة لتشمل جوانب السلطة التقديرية للإدارة كلها لضمان عدم تعسفها في استعمال سلطاتها الاستثنائية وانحرافها عن الهدف الحقيقي من الإعلان عن الحالة الاستثنائية. وهذا ما يفترض في القاضي الإداري جرأة كبيرة وحرصا قويا على حريات وحقوق الأفراد بنفس درجة الحرص على المصلحة العامة، وهذا لن يتحقق ما لم يكشف القاضي الإداري عن جرأته وقدرته على تحقيق التوازن بين امتيازات الإدارة وحقوق وحريات الأفراد في الظروف العادية أولا وقبل كل شيء.

## المبحث الثاني: حالة الطوارئ الصحية والموازنة بين النظام العام الصحي والحريات

### أولا: أولوية النظام العام الصحي بين النص والممارسة

يعتبر ميدان الضبط الإداري من أكثر الميادين التي تعرف صراعا دائما بين السلطة والفرد، من خلال التعارض والتصادم الواضح بين النظام العام والحرية، بحيث يصعب التوفيق بين طرفين متناقضين في غاياتهما ومتطلباتهما، فالسلطة التي تجسدها الشرطة الإدارية تتوخى من وراء تدخلاتها حماية النظام العام ومواجهة كل ما من شأنه الإخلال به، في حين يهدف الفرد من وراء تصرفاته تحقيق مصالح شخصية وذاتية، ولن يتأتى له ذلك إلا بضمان ممارسة حقوقه وحرياته دون مراعاة للنظام العام ومتطلباته. ويتسع هذا الصدام والتناظر بشكل واضح خلال الظروف الاستثنائية. حيث أن الإجراءات التي تتخذها سلطات الضبط الإداري من أجل الحفاظ على النظام العام، تشكل تقييدا واضحا للأفراد في ممارسة حقوقهم وحرياتهم. والتساؤل المطروح هنا هو كيف السبيل للمحافظة على النظام العام دون المساس بالحريات الفردية ؟ وما مدى مراعاة السلطة الإدارية لحقوق الأفراد وحرياتهم من خلال الإجراءات والتدابير التي تتخذها في الظروف الاستثنائية لحماية النظام العام ؟ هذه أسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عنها من خلال التطرق لحالة الطوارئ الصحية المعلنة والإجراءات والتدابير المواكبة لها وموقف القاضي الإداري بخصوصها.

## أ- حالة الطوارئ الصحية وتمييزها عن الحالات الاستثنائية الأخرى

يتم الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية<sup>1</sup> كلما كانت حياة الأشخاص وسلامتهم مهددة من جراء انتشار أمراض معدية أو وبائية، ويخول بموجبها للسلطات العمومية اتخاذ جميع التدابير والإجراءات اللازمة للوقاية منها والحد من انتشارها، وهي بذلك تختلف عن حالتي الاستثناء والحصار سواء من حيث مسطرة الإعلان أو الأسباب الداعية لها.

فبخصوص حالة الاستثناء<sup>2</sup>، نجد أن المشرع الدستوري قد ربط إعلانها بإجراءات شكلية كما رأينا سابقا، حيث يعود القرار للملك وذلك بعد استشارة كل من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، ورئيس المحكمة الدستورية، وتوجيه خطاب إلى الأمة، وذلك كلما كانت حوزة التراب الوطني مهددة، أو وقع من الأحداث ما يعرقل السير العادي للمؤسسات الدستورية، وترفع حالة الاستثناء بمجرد انتفاء الأسباب التي دعت إليها، وبتابع نفس الإجراءات الشكلية لإعلانها. أما إعلان حالة الحصار فتتم بظهير يوقعه بالعطف رئيس الحكومة وذلك لمدة ثلاثين يوما قابلة للتديد بقانون<sup>3</sup>.

في المقابل، فإن إعلان حالة الطوارئ الصحية واكبتها نوع من التخطيط والضبابية دون سلك مسطرة قانونية واضحة ودقيقة، ويمكن تفسير ذلك لوجود فراغ تشريعي في هذا الشأن قبل ظهور جائحة كورونا، حيث لم يسبق أن شهد المغرب منذ استقلاله إعلانا لحالة الطوارئ، باستثناء صدور مرسوم ملكي<sup>4</sup> بمثابة قانون سنة 1967 المتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض وتدابير الوقاية منها، وجاء خلال مدة سريان حالة الاستثناء. وهكذا فقد تم الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية ببلاغ لوزير الداخلية أعلن بموجبه تقييد الحركة في البلاد ابتداء من 20 مارس 2020 على الساعة السادسة مساء لأجل غير مسمى. ولإضفاء الشرعية على التدابير والإجراءات المتخذة للوقاية من الوباء والحد من انتشاره، أصدرت الحكومة مرسوم سن أحكام خاصة بحالة

<sup>1</sup> نجد بعض الدول أعلنت عن حالة الطوارئ بشكل عام دون حصرها في الجانب الصحي، في حين عمدت دول أخرى إلى إعلان حالة الطوارئ الصحية، وهذه الأخيرة نموذج للحالة الأولى التي هي أعم وأشمل حيث تستهدف حماية وحفظ النظام العام بما فيه الصحة العامة.

<sup>2</sup> كان الراحل الحسن الثاني قد أعلن عن حالة الاستثناء سنة 1965 في خطاب وجه للأمة في أعقاب الصراع المحتدم بين أحزاب المعارضة والحكومة. وأعلن عن رفعها سنة 1970.

<sup>3</sup> خلال مدة سريان حالة الحصار تحل السلطات العسكرية محل السلطات المدنية في اتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ الأمن والنظام العام

<sup>4</sup> مرسوم ملكي رقم 554-65 بتاريخ 26 يونيو 1967 الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1967/07/05.

الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها<sup>1</sup> وكذا مرسوم<sup>2</sup> إعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا.

### ب- حالة الطوارئ الصحية وأولوية النظام العام الصحي<sup>3</sup>

إن صدور مرسوم 20-20-292 جاء لتدارك الفراغ التشريعي الناجم عن غياب نصوص قانونية خاصة بتنظيم مسطرة وإجراءات حالة الطوارئ بصفة عامة، وقد استندت الحكومة في هذا الإصدار على الفصول 21، 24 و81 من الدستور<sup>4</sup> وعلى اللوائح التنظيمية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية. وقد تضمنت المادة الأولى من المرسوم الأسباب الداعية للإعلان عن حالة الطوارئ الصحية حيث جاء فيها ' يعلن عن حالة الطوارئ الصحية بأي جهة أو عمالة أو إقليم أو جماعة أو أكثر، أو بمجموع أرجاء التراب الوطني عند الاقتضاء، كلما كانت حياة الأشخاص وسلامتهم مهددة من جراء انتشار أمراض معدية أو وبائية واقتضت الضرورة اتخاذ تدابير استعجالية لحمايتهم من هذه الأمراض والحد من انتشارها، تفاديا للأخطار التي يمكن أن تنتج عنها<sup>5</sup>.

ومن جهة أخرى نجد أن المرسوم أعلاه قد منح للسلطتين الحكوميتين المكلفتين بالداخلية والصحة الحق في اقتراح الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية بموجب مرسوم يحدد النطاق الترابي لتطبيقها ومدة سريان مفعولها والإجراءات الواجب اتخاذها، كما يمكن تمديد مدة سريان مفعولها وفق نفس مسطرة إعلانها. وهنا نلاحظ أن دور السلطة التشريعية قد غيب في هذا الخصوص، حيث تم تجميع جل السلطات ذات الصلة بحالة الطوارئ الصحية في يد السلطة التنفيذية ممثلة أساسا بوزارتي الداخلية والصحة، بدءا بإجراءات الإعلان، التمديد وحتى التنفيذ.

<sup>1</sup> مرسوم بقانون رقم 20-20-292 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020، ج.ر عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020.

<sup>2</sup> مرسوم بقانون رقم 20-20-293 الصادر بتاريخ 24 مارس 2020، ج.ر عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020.

<sup>3</sup> النظام العام الصحي يخول للسلطات العمومية اتخاذ كل التدابير الممكنة لحماية الصحة العامة من خلال الوقاية من الأمراض والبيئة والحد من انتشارها.

<sup>4</sup> ينص الفصل 21 على أن لكل فرد الحق في سلامة شخصه وأقربائه، وحماية ممتلكاته. تضمن السلطات العمومية سلامة السكان، وسلامة التراب الوطني، في إطار احترام الحريات والحقوق الأساسية المكفولة للجميع.

- الفقرة الرابعة من الفصل 24 تنص على أن حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه، والخروج منه، والعودة إليه، مضمونة للجميع وفق القانون.

- الفقرة الأولى من الفصل 81 جاء فيها ' يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان خلال دورته العادية الموالية.

<sup>5</sup> المادة الأولى من مرسوم 20-20-292.

في المقابل نجد مختلف التجارب المقارنة أعطت مكانة مهمة للسلطة التشريعية في تدبير الظروف المترتبة عن جائحة كورونا. ففي فرنسا، نجد أن إعلان حالة الطوارئ الصحية قد تم بمقتضى قانون والذي نص في مقتضياته<sup>1</sup> على ضرورة إبلاغ غرفتي البرلمان بالتدابير التي تتخذها الحكومة خلال حالة الطوارئ الصحية والتي لا يمكن تمديدها لأكثر من شهر إلا بقانون. كما نصت دساتير الكثير من الدول على تنظيم الحالات الاستثنائية بموجب قوانين تنظيمية، كما هو الشأن في الدستور الإسباني الذي نص على أن حالات الاستنفار والاستثناء والحصار والصلاحيات والقيود المترتبة عنها تنظم بقانون تنظيمي<sup>2</sup>. بدوره أسند الدستور البرتغالي<sup>3</sup> مهمة تنظيم حالات الطوارئ للسلطة التشريعية بمقتضى قوانين تنظيمية.

وبخصوص توجه المشرع الدستوري في الوطن العربي، نستحضر التجربة المصرية مع أول دستور بعد ثورة الربيع العربي، حيث نص في أحد مواده<sup>4</sup> على أنه يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي رئيس الوزراء، حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون.

وقد كرس المرسوم رقم 292-20-2 المصنف الذكر الصلاحيات الواسعة للسلطة التنفيذية لاتخاذ جميع التدابير الممكنة لمواجهة انتشار جائحة كورونا وتعبئة جميع الوسائل المتاحة لحماية حياة الأشخاص وضمان سلامتهم، وذلك بواسطة مراسيم ومقررات تنظيمية وإدارية، أو حتى مناشير وبلاغات. وعلى هذا الأساس استندت الحكومة لإصدار مجموعة من المناشير<sup>5</sup> والدوريات<sup>6</sup> لتدبير حالة الطوارئ الصحية الناجمة عن انتشار جائحة كورونا. كما نص المرسوم<sup>7</sup> على عقوبات لكل شخص أخل بمقتضياته أو عرقل تنفيذ قرارات السلطات العمومية، عن طريق العنف أو

<sup>1</sup> قانون رقم 290.20 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020، ج.ر عدد 0072 بتاريخ 24 مارس 2020.

<sup>2</sup> الفصل 116 من الدستور الإسباني لسنة 1978.

<sup>3</sup> الفصل 275 من الدستور البرتغالي لسنة 1978.

<sup>4</sup> المادة 154 من الدستور المصري لسنة 2013.

<sup>5</sup> نذكر على سبيل المثال:

- منشور رئيس الحكومة رقم 03/2020 بتاريخ 25 مارس 2020 المتعلق بتأجيل الترقيات وإلغاء مباريات التوظيف

- منشور رئيس الحكومة رقم 05/2020 بتاريخ 14 أبريل 2020 المتعلق بالتدابير المتخذة للالتزامات بنفقات الدولة والمؤسسات العمومية خلال فترة حالة الطوارئ الصحية.

- منشور رئيس الحكومة رقم 06/2020 بتاريخ 14 أبريل 2020 المتعلق بالمساهمة في الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19".

<sup>6</sup> كما عمدت وزارة الداخلية لإصدار عدة دوريات لتدبير الظروف الناجمة عن جائحة كورونا:

- دورية وزير الداخلية بتاريخ 22 أبريل 2020 بشأن انعقاد الدورة العادية لمجالس الجماعات لشهر ماي.

<sup>7</sup> المادة الرابعة من المرسوم رقم 292-20-2.

التهديد أو التدليس أو الإكراه، أو قام بتحريض الغير على مخالفتها بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن أو الاجتماعات العمومية، أو بواسطة المكتوبات أو المطبوعات أو الصور والأشرطة المبيعة أو الموزعة أو المعروضة للبيع أو المعروضة في الأماكن والاجتماعات العمومية، أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم أو بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية أو الإلكترونية، وأي وسيلة أخرى تستعمل دعامة إلكترونية. كما أجاز المرسوم<sup>1</sup> للحكومة إذا اقتضت الضرورة القصوى ذلك، أن تتخذ، بصفة استثنائية، أي إجراء ذي طابع اقتصادي أو مالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسي صبغة الاستعجال، والذي من شأنه الإسهام، بكيفية مباشرة، في مواجهة الآثار السلبية المترتبة على إعلان حالة الطوارئ الصحية.

يتضح لنا من خلال مواد المرسوم أعلاه، أن السلطة التنفيذية قد منحت لنفسها سلطات شبه مطلقة وغير مسبقة لاتخاذ القرارات التي تراها مناسبة للتعامل مع الظروف المترتبة عن الجائحة، خاصة طريقة صياغة المادتين الرابعة والخامسة، حيث تضمنتا الكثير من المفردات والعبارات العامة والفضفاضة، مما يمنح للسلطات العمومية هامش واسع من السلطة التقديرية لاختيار التصرف المناسب وطريقته وتوقيته وكذا الوسائل المتبعة. بالمقابل يتم تقييد ممارسة الحقوق والحريات المقررة دستوريا، في غياب ضمانات فعلية لها. وتزداد القيود المفروضة على تحركات الافراد أكثر فأكثر لتصل حد التعسف والشطط في استعمال السلطة عند التطبيق الفعلي للتدابير والإجراءات الخاصة بحالة الطوارئ، من طرف ممثلي السلطات العمومية التابعين لوزارة الداخلية الذين ينفذون تلك التدابير أحيانا بقساوة مبالغ فيها، الشيء الذي ترتب عنه العديد من الخروقات من قبيل التلاعب بورقة التنقل الاستثنائية للأشخاص خارج محل سكناهم في حالات الضرورة القصوى، وإغلاق المحلات التجارية والمؤسسات التي تستقبل العموم<sup>2</sup>، إضافة لمنع جميع أشكال الاحتجاج من تجمهر أو تجمع أو حتى اجتماع، بذريعة تهديدها للنظام العام الصحي.

وكما سبق الذكر، فإن من أوضح النماذج التي تعرف صداما وصراعا دائما بين السلطة والحرية نجد ميدان الضبط الإداري الذي يحظى بالأولوية على حقوق وحريات الأفراد في الظروف

<sup>1</sup> المادة الخامسة من نفس المرسوم.

<sup>2</sup> سجلت العديد من حالات ابتزاز من قبل بعض المكلفين بتطبيق تدابير الشرطة الإدارية خلال حالة الطوارئ الصحية، حيث يتسم هذا التطبيق بالتمييز بين الأشخاص، وحتى بين الأحياء والمناطق داخل نفس المدينة، مما خلف استياء شريحة واسعة من المواطنين نجم عنه بعض المناوشات والصدامات التي تبقى رغم ذلك محدودة.

الاستثنائية مثل حالات الطوارئ الصحية، وقد تجلّى ذلك بوضوح من خلال المرسوم رقم 293-20 الذي منح صلاحيات واسعة للسلطات الممثلة لوزارة الداخلية على صعيد الجماعات الترابية بمستوياتها الثلاث في مجال الشرطة الإدارية أثناء مرحلة الطوارئ الصحية، في غياب تام لأي دور للمجالس المنتخبة في تدبير المرحلة. حيث جاءت المادة الثالثة من المرسوم<sup>1</sup> خالية من أية إشارة أو ذكر لأهمية التعاون والتشاور والتنسيق بين السلطات المكلفة بتنفيذ تدابير حالة الطوارئ الصحية والسلطات المحلية المنتخبة سواء على صعيد الجماعات الحضرية والقروية، وكذا العمالات والأقاليم وكذا الجهات، وهكذا نصت على أن يتخذ ولاة الجهات وعمال العمالات والأقاليم، بموجب الصلاحيات المخولة لهم طبقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية، جميع التدابير التنفيذية التي يستلزمها حفظ النظام العام الصحي في ظل حالة الطوارئ المعلنة، سواء كانت هذه التدابير ذات طابع توقيعي أو وقائي أو حمائي، أو كانت ترمي إلى فرض أمر بحجر صحي اختياري أو إجباري أو فرض قيود مؤقتة على إقامة الأشخاص بمساكنهم أو الحد من تنقلاتهم أو منع تجمعهم أو إغلاق المحلات المفتوحة للعموم، أو إقرار أي تدبير آخر من تدابير الشرطة الإدارية، كما يخول لهم وللسلطات الصحية المعنية حق اتخاذ أي قرار أو إصدار أي أمر تستلزمه حالة الطوارئ الصحية المعلنة، كل في حدود اختصاصاته.

يتضح من خلال المقترحات الواردة في المرسومين المتعلقين بتدبير وإعلان حالة الطوارئ الصحية، وما منحته من سلطة تقديرية واسعة للسلطات المكلفة بتدابير وإجراءات الشرطة الإدارية، مع ما يواكبها من تعسفات وخروقات على مستوى التنفيذ والممارسة على أرض الواقع، أن مسألة تحقيق التوازن والتوافق بين متطلبات كل من السلطة والأفراد تبقى مهمة غاية في الصعوبة والتعقيد، وهنا نتساءل عن دور القاضي الإداري في هذا الصدد، من خلال توضيح موقفه إزاء بعض الإشكالات والقضايا المثارة خلال مرحلة الطوارئ الصحية.

### ثانياً: دور الاجتهاد القضائي في التوفيق بين النظام العام الصحي والحقوق والحريات

يضطلع القاضي الإداري بدور محوري في سبيل تحقيق التوازن بين امتيازات السلطة وحقوق وحريات الأفراد، بمعنى التوفيق بين حماية المصلحة العامة والنظام والعام وضمن ممارسة الحقوق والحريات المكفولة دستورياً، من خلال الرقابة على مشروعية وملاءمة القرارات الإدارية في ميادين مختلفة في مقدمتها تدابير الشرطة الإدارية. ويزداد هذا الدور أهمية وصعوبة في

<sup>1</sup> مرسوم رقم 293-20-20 السالف الذكر.

الظروف الاستثنائية حيث تتسع سلطات الضبط الإداري مع ما يترتب عنها في أحيان كثيرة من تعسف وانحراف وغلو في استعمال تلك السلطات. كما تتجلى هذه الصعوبة أكثر في غياب بعض الضمانات القانونية المقررة في الظروف العادية في مجال والحقوق والحريات، ومن أهمها إلزامية تعليل القرارات الإدارية الفردية السلبية التي تكون في غير صالح المعني بموجب قانون 03.01<sup>1</sup> الذي نص في المادة الرابعة أن القرارات الإدارية الفردية التي تتخذها الإدارة في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية والتي يتعذر تعليلها لا تكون مشوبة بعدم الشرعية بسبب عدم تعليلها وقت اتخاذها، غير أنه يحق للمعني بالأمر تقديم طلب إلى الجهة المصدرة للقرار داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ لاطلاعه على الأسباب الداعية إلى اتخاذ القرار الإداري السلي الصادر لغير فائدته. ويجب على الإدارة حينئذ أن تجيب على طلب المعني داخل أجل 15 يوما من تاريخ توصلها بالطلب. وتندرج ضمن القرارات التي تدخل ضمن حالة الضرورة تلك المرتبطة بمجال ممارسة الحريات العامة أو التي تكتسي طابع إجراء ضبطي. والملاحظ من خلال هذا الاستثناء، أن المشرع لم يكيف مفهوم الضرورة والظروف الاستثنائية، فهي عبارات عامة وفضفاضة يمكن أن تشجع الإدارة على الاختباء وراءها للهروب من التزامها بالتعليل وبيع الوقت على الأقل. فلو استعمل المشرع عبارة الضرورة القصوى أو حالة الاستعجال القصوى لكان ذلك أفضل بالنسبة للتوفيق بين متطلبات التدخل السريع للإدارة والحماية الضرورية لحقوق المواطنين.

### أ- القاضي الإداري والموازنة بين النظام العام الصحي والحريات

إن مهمة تحقيق التوازن بين مطلب الحفاظ على النظام العام الصحي وضمان ممارسة الأفراد للحقوق والحريات الدستورية في الظروف الاستثنائية كحالة الطوارئ الصحية، تتطلب من القاضي الإداري الكثير من الجرأة والاستقلالية في اتخاذ القرار المناسب والعادل والمنصف. ومن أولى القرارات التي صدرت عن القضاء الإداري في بداية إعلان حالة الطوارئ الصحية، الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء<sup>2</sup> الذي قضى بأحقية أجنبي عالق بمطار محمد الخامس الدولي في الدخول إلى التراب الوطني، رغم قرار السلطات المغربية بإغلاق الحدود وفرض حالة طوارئ صحية لمواجهة خطر تفشي فيروس كورونا المستجد. حيث استجاب رئيس المحكمة لطلب المدعي معتبرا أنه "ولئن كان تواجد المدعي بنقطة العبور بمطار محمد الخامس

<sup>1</sup> ظهير شريف رقم 1.02.2002 صادر في 12 جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002) بتنفيذ القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية. ج.ر عدد 5029 بتاريخ 12 غشت 2002، ص 2282.

<sup>2</sup> أمر استعجالي للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 239 بتاريخ 23 مارس 2020 ملف عدد 358/7101/2020.

ومنعه من الخروج من المطار له ما يبرره نظرا للطرفية الراهنة التي تعيشها جل دول العالم نتيجة الحظر الصحي الذي قرره السلطات العليا في البلاد، لتفادي انتشار فيروس كورونا المستجد كوفيد 19 إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية دراسة طلبه بخصوص الولوج إلى التراب المغربي خلال فترة الحظر الجوي". واعتبر القرار أن طلب المدعي استند إلى مبررات تتمثل في "حالته الاجتماعية والصحية لا سيما وأنه مصاب بمرض مزمن وهو داء السكري". مضيفا أنه "ولئن كانت حالة المدعي لم ترد في قانون 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب وبالهجرة غير الشرعية، إذ لم يتطرق إلى حالة بقاء المسافرين الأجانب عبر المطارات الدولية بتراب المملكة نتيجة أي منع اضطراري للطيران، إلا أن ذلك لا يحول دون تدخل قاضي المستعجلات لرفع أي ضرر يتظلم منه الشخص العالق بالمطار في إطار القواعد العامة ومبادئ العدالة بمفهومها الواسع والتي تراعى من طرف قاضي المستعجلات لتحقيق دوره الإيجابي في حماية الحريات العامة للأفراد ومراكزهم القانونية".

يتضح من حيثيات هذا الامر الاستعجالي الجدير بالإشادة<sup>1</sup>، أن القاضي الإداري ممثلا في رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، قد وازن بين مصلحة خاصة ومصلحة عامة، من خلال تغليب الحق في الصحة بالنسبة للمواطن الليبي المصاب بمرض مزمن، على النظام العام المتمثل في حماية البلاد من انتشار وباء كورونا ومنع دخول الأجانب للتراب الوطني، بعدما تبين للمحكمة أن السماح للمواطن الليبي بالدخول للدار البيضاء والاستقرار المؤقت فيها مراعاة لظروفه الاجتماعية والصحية الصعبة، سوف لن يشكل أي تهديد للنظام العام الصحي.

وبخصوص موقف الاجتهاد القضائي المقارن، نجد أنه عمل بدوره على الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أثناء حالة الطوارئ الصحية في كثير من القضايا، نذكر على سبيل المثال، قرار القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة<sup>2</sup> الذي قضى بترجيح حماية الحياة الخاصة للأفراد، وكان ذلك بمناسبة بثه في إحدى القضايا التي تعود فصولها إلى قيام إحدى جمعيات حقوق الانسان برفع دعوى استعجالية للطعن في مشروعية قيام شرطة مدينة باريس بمراقبة تطبيق قواعد الحجر الصحي بواسطة طائرات بدون طيار "الدرون" وذلك بذريعة مساسها بالحياة الخاصة وبخصوصية المعطيات الشخصية، إلا أن المحكمة الإدارية بباريس

<sup>1</sup> لكن القاضي الإداري المغربي تراجع عن موقفه بعدما ألغت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط الامر الاستعجالي، وسنعود بالتفصيل لحيثيات الحكم وتبريراته.

<sup>2</sup> القرار منشور على الرابط التالي:



رفضت الاستجابة للطلب، فتم استئناف الحكم أمام مجلس الدولة بصفته قاضيا للمستعجلات، الذي قضى بإلغاء الحكم الابتدائي وبالتالي الحكم بعدم مشروعية إجراء الشرطة الإدارية بعدما ثبت له أنه يشكل بالفعل مساسا بخصوصية المعطيات الشخصية والحياة الخاصة للأفراد.

### ب- القاضي الإداري وتكريس أولوية النظام العام الصحي

بعدما استبشرنا خيرا بموقف القضاء الإداري المغربي ممثلا بالمحكمة الإدارية بالدار البيضاء التي أصدرت الأمر الاستعجالي<sup>1</sup> السالف الذكر الذي وازن من خلاله بين المصلحة العامة الممثلة في حماية النظام العام الصحي وبين المصلحة الخاصة للفرد، جاء حكم محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط<sup>2</sup> مخيبا للآمال، حيث قضى بإلغاء الأمر الاستعجالي للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء، وبالتالي رفض طلب السماح لمواطن ليبي بالدخول إلى التراب الوطني والإقامة فيه طيلة فترة الحظر الجوي المعلن عنه طبقا لإعلان حالة الطوارئ الصحية، استنادا على العلل التالية:

- أن تواجد المدعي في المنطقة الدولية بالمطار هو أمر يرجع إلى قرار السلطات وهو قرار سيادي لا يمكن تعطيل آثاره القانونية إلا في الحالات التي يقررها قرار الحظر نفسه، أو قرارات لاحقة متخذة من طرف نفس السلطة المختصة؛

- لا مجال للدفع بمقتضيات المادة 38 من قانون دخول وإقامة الأجانب بالمغرب، والتي تتعلق بالإجراءات المواكبة للاحتفاظ بالأجنبي في منطقة الانتظار لأسباب فردية تخص هذا الأخير ويسري تطبيقها في الحالات العادية وليس استنادا على أوضاع استثنائية؛

- الإذن للأجنبي بالدخول إلى التراب الوطني يستلزم التوفر على سندات الدخول وليس في الملف ما يفيد أن المدعي يتوفر على تأشيرة الدخول إلى المغرب.

الملاحظ من خلال حيثيات الحكم الاستئنافية أنه استند على علل في مقدمتها اعتبار قرار رفض منح الإذن بالدخول إلى التراب الوطني مما يندرج ضمن القرارات السيادية التي لا يمكن الطعن في مشروعيتها. وبذلك عمد القاضي الإداري إلى سلك أقصر الطرق ولم يكلف نفسه عناء التأكد من مدى ملائمة الاجراء الإداري وتناسبه مع درجة التهديد الذي يمكن أن يشكله قرار السماح للمواطن الليبي ولوج التراب الوطني، وإنما لجأ إلى إدراج إجراء فرض حظر الطيران الصادر عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون الإفريقي والمغاربة المقيمين بالخارج، ضمن طائفة

<sup>1</sup> أمر استعجالي للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 239.

<sup>2</sup> حكم استئنافية للمحكمة الاستئنافية الإدارية بالرباط بتاريخ 26 مارس 2020 ملف عدد 422/202/2020.

أعمال السيادة التي تخرج عن الرقابة القضائية للقضاء الإداري، مع ما تشكله من تهديد واقعي وحقيقي لحقوق وحرّيات الافراد.

وفي قضية أخرى مشابهة، وبأمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط<sup>1</sup>، تم رفض طلب مواطن مغربي وزوجته الدخول إلى التراب المغربي في إطار احترام حرية التنقل كحق دستوري<sup>2</sup>، بعدما ظل عالقيين بميناء الجزيرة الخضراء في اسبانيا، على إثر إعلان حالة الطوارئ الصحية. وقد اعتبرت المحكمة أن طلب المدعين غير مؤسس، كون قرار إغلاق الحدود الجوية والبحرية تم طبقا لقانون الطوارئ الصحية الذي نشر بالجريدة الرسمية معتبرا أنه لا يمكن خرق حالة الطوارئ الصحية عن طريق الإذن للطالبين بالدخول إلى التراب الوطني، خاصة أن ما قامت به السلطات المغربية يمثل الشرعية الآنية في ظل الوضع الحالي، وأن القاضي يحمي الشرعية في كل الأحوال. وقد جاء في تعليل الرفض بأن المدعين وإن كان يحملان الجنسية المغربية ويقيمان بالمغرب ولهما حق الخروج والدخول من وإلى التراب الوطني طبقا لأحكام الدستور، غير أن ذلك يبقى في الأحوال العادية. أما في نازلة الحال فإن استمرار وجودهما في منطقة العبور بالجزيرة الخضراء بعدما كانا قادمين إلى المغرب من اسبانيا، إنما يرجع إلى تدابير احترازية سريعة وحاسمة اتخذتها السلطات المغربية بفرض حظر جوي وبحري، استنادا إلى السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لها في هذا المجال لحماية الصحة العامة.

يستفاد من هذه النازلة أن القاضي الإداري تراجع عن تصنيف تدابير السلطات العمومية بما فيها فرض الحظر الجوي والبحري، ضمن القرارات السيادية كما فعل في الحكم الاستثنائي السابق، وإنما قام بتعليل قرار الرفض كون تلك التدابير تعتبر مشروعة في ظل حالة الطوارئ المعلنة استنادا إلى السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للسلطات لحماية المصلحة العامة والنظام العام الصحي. وهنا يمكن تفسير ذلك التراجع والتغير المفاجئ في موقف القاضي الإداري المغربي لإدراكه عدم صواب وواقعية تعليله قرار الرفض في النازلة السابقة استنادا على أعمال السيادة، وهذا ما يؤكد غياب رؤية واضحة وموقف حاسم في التعامل مع القضايا المثارة خلال الحالات الاستثنائية، حيث يتم التذرع بتبريرات مختلفة بصدد وقائع وقضايا متشابهة، استنادا على أفكار ومفاهيم عامة وغير دقيقة يصعب اثبات تحققها مثل فكرة المصلحة العامة، النظام العام، السلطة التقديرية وأعمال السيادة...

<sup>1</sup> أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالنيابة بالرباط عدد 955 بتاريخ 31 مارس 2020، ملف رقم 2020/7101/667.

<sup>2</sup> الفقرة الرابعة من الفصل 24 من الدستور المغربي لسنة 2011.

## خاتمة

إن تطبيق الحالات الاستثنائية بما فيها حالة الطوارئ الصحية يشكل تهديدا حقيقيا لحقوق الافراد وحياتهم المضمنة في الدستور والقوانين المختلفة، حيث تتسع السلطة التقديرية الممنوحة للسلطات العمومية المكلفة بالشرطة الإدارية بذريعة حماية المصلحة العامة والنظام العام، في مقابل تزايد القيود المفروضة على الممارسة الفعلية للحقوق والحريات، وهذا ما يفرض تدخلا حاسما وجريئا للقاضي الإداري لحماية الافراد من تعسف السلطة في تطبيق تدابير وإجراءات الطوارئ، من خلال فرض رقابة قضائية على مدى مشروعيتها وكذا ملاءمتها بإجراء موازنة بين متطلبات حماية النظام العام وضمان ممارسة الحريات.

كما يتوجب على السلطات العمومية عدم اللجوء للحالات الاستثنائية والمبالغة في إطالة أمدھا إلا للضرورة القصوى، وأن يكون الهدف منها فعلا هو الحفاظ على الأمن والنظام العام حقيقة لا كذريعة للتستر على نوايا وأهداف خفية قد تكون سياسية أو تصفية حسابات مع جهات معينة بالانتقام والإجهاز على الحقوق والحريات. وهنا يختلف التعامل في مثل هذه الظروف بين الدول الديمقراطية التي تحترم مواطنيها وتحرص على حقوقهم وتشركهم في المسلسل التقريرية، وبين الدول التي تفتقد للممارسة الديمقراطية والحقوقية.

## المراجع المعتمدة

### 1. المراجع باللغة العربية

#### الكتب والرسائل

- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد: "سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق القاهرة، 1979
- سامي جمال الدين: "القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة"، دار الجامعة الجديدة للنشر
- عادل أبو الخير: "الضبط الإداري وحدوده"، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1995
- محمد ربيع منيب: "ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس 1981
- أحمد البخاري: "القانون الإداري العملي"، مكتبة دار السلام الرباط، 2002

#### المقالات

- شهبوب مسعود: "الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، رقم 1، 1998
- مصطفى التراب: "إلزام الإدارة بتعليل قراراتها تخليق للمرفق العام وترسيخ لقيم المواطنة"، م.م.إ.م.ت، سلسلة مواضيع الساعة، القضاء الإداري ودولة القانون بالمغرب العربي، عدد 59-2008
- أحمد مفيد: دور السلطة التشريعية خلال الحالات غير العادية، مؤلف جماعي بعنوان حالة الطوارئ الصحية: التدابير القانونية والاقتصادية والاجتماعية وأبعادها، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، صيف 2020
- أحمد بوز: الدستور وتديرير الازمات قراءة في القواعد المنظمة لحالة الطوارئ الصحية: مؤلف جماعي حول حالة الطوارئ الصحية، التدابير القانونية والاقتصادية والاجتماعية وأبعادها، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، صيف 2020

#### النصوص والوثائق القانونية

- مرسوم ملكي رقم 554-65 بتاريخ 26 يونيو 1967 الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1967/07/05.

- ظهيرشريف رقم 1.02.2002 صادر في 12 جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002) بتنفيذ القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليق قراراتها الإدارية، ج.ر عدد 5029 بتاريخ 12 غشت 2002.

- مرسوم بقانون رقم 2-20-292 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020، ج.ر عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020.

- مرسوم بقانون رقم 2-20-293 الصادر بتاريخ 24 مارس 2020، ج.ر عدد 6867 مكرر بتاريخ 24 مارس 2020.

- القانون الفرنسي رقم 2020.290 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020، ج.ر عدد 0072 بتاريخ 24 مارس 2020.

- منشور رئيس الحكومة رقم 03/2020 بتاريخ 25 مارس 2020 المتعلق بتأجيل الترقيات وإلغاء مباريات التوظيف.

- منشور رئيس الحكومة رقم 05/2020 بتاريخ 14 أبريل 2020 المتعلق بالتدبير الأمثل للالتزامات بنفقات الدولة والمؤسسات العمومية خلال فترة حالة الطوارئ الصحية.

- منشور رئيس الحكومة رقم 06/2020 بتاريخ 14 أبريل 2020 المتعلق بالمساهمة في الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19".

ا. المراجع باللغة الفرنسية

- WALINE (M): "Traité élémentaire de droit administratif", éd. 1951

- DE LAUBADERE: "Traité élémentaire de droit administratif", éd. 1970

- <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/Conseil-d-etat-18-mai-2020-surveillance-par-drones>



## الفصل الحادي عشر

# مسألة "حوار القضاة" في ضوء نظام تصفية طلبات الدفع بعدم دستورية القوانين: أية خيارات لتفعيل الولوج للعدالة الدستورية؟

The issue of "the dialogue of judges" concerning the system of solving the applications of the objection on grounds of unconstitutionality of laws:

What options to activate the access to constitutional justice?

د. يوسف العزوزي  
دكتور باحث في القانون العام

## ملخص

جرى العمل في العديد من الأنظمة المقارنة على ضبط وعقلنة ممارسة حق الأفراد في إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين أمام المحاكم الدستورية للبت في دستورتها، لكن بعد التحقق من شروط صحتها وفحص مدى جدّيتها، لتلافي إرهاق الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية بعناء النظر والفصل في جميع طلبات الدفوع، ولتجنّب الطلبات الكيدية التي تهدر غاية وجدوى الدفع بعدم الدستورية، بحيث يسمح نظام التصفية بقبول الدفوع الجدّية فقط الجديرة بإثارة الدفع بعدم الدستورية، بالنظر لما تشكّله هذه المسألة من أهمية بالنسبة لضمان ولوج الأفراد للعدالة الدستورية وتحقيق النجاعة القضائية، وتوفير متطلبات الأمن القانوني.

وبناء عليه يطرح نظام التصفية باعتباره نموذجاً لحوار القضاة بعض التساؤلات حول إمكانيات وحدود قيام "حوار قضائي" بين قاضي الموضوع والقاضي الدستوري ومن خلالها مؤسسات القضاء العادي ومحكمة النقض والمحكمة الدستورية، وما يطرحه من هواجس تتعلق بمراعاة التوازن المؤسّساتي بين الهيئات القضائية، ومدى اعتبار نظام التصفية عائقاً أمام تفعيل ولوج الأفراد للعدالة الدستورية وتحقيق النجاعة القضائية.

## Summary

Work has been done in many comparative systems to control and rationalize the exercise of the right of individuals to raise the defense of the unconstitutionality of laws before the constitutional courts to decide on their constitutionality, but after verifying the conditions for their validity and examining the extent of their seriousness, in order to avoid overburdening the body in charge of constitutional oversight with the trouble of considering and adjudicating all requests for



defenses. In order to avoid malicious requests that waste the purpose and feasibility of defending unconstitutionality, the liquidation system allows accepting only serious defenses worthy of raising the defense of unconstitutionality, given the importance of this issue in terms of ensuring individuals' access to constitutional justice, achieving judicial efficacy, and providing legal security requirements.

Accordingly, the liquidation system, as a model for the dialogue of judges, raises some questions about the possibilities and limits of establishing a "judicial dialogue" between the subject judge and the constitutional judge, through which the institutions of the ordinary judiciary, the Court of Cassation and the Constitutional Court, and the concerns it raises related to observing the institutional balance between judicial bodies, and the extent to which the liquidation system is considered An obstacle to activating individuals' access to constitutional justice and achieving judicial efficacy.

## مقدمة

أصبحت العدالة الدستورية تحتل صلب الرهانات المتعلقة بالإقرار الفعلي لدولة الحق والقانون، ولدور القضاء في حماية مصالح المواطنين من خلال تصفية المنظومة القانونية من كل المقتضيات التشريعية غير الدستورية.

وباعتبار مسألة الدفع بعدم الدستورية<sup>1</sup> آلية تمكن مبدئياً، جميع الأفراد من تحريك الرقابة الدستورية عند انتهاك القانون لحقوقهم وأساسياتهم الأساسية بمناسبة نزاع قائم أمام القضاء، فقد جرى العمل في العديد من الأنظمة المقارنة على إشراك هذا الأخير في إحالة طلبات الدفوع بعدم الدستورية المثارة أمام هيئاته على المجلس أو المحكمة الدستورية للبت في دستوريتها، لكن بعد التحقق من شروط صحتها وفحص مدى جدّيتها، لتلافي إرهاق الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية بعناء النظر والفصل في جميع طلبات الدفوع، ولتجنب الطلبات الكيدية التي تهدر

<sup>1</sup> يرى الأستاذ "عبد الكبير بطيح" أن الدفع بانعدام الدستورية في طبيعته الحقيقية لا يقف عند التعريف المتداول عادة عندنا، وإنما يعتبر الدفع أو البت في الدفع بانعدام دستورية بعض القوانين هو إعادة فحص مدى اشتغال آلية التمثيلية غير المباشرة في علاقة المواطن مع ممثليه في السلطة التشريعية التي أسند لها الدستور تشريع القانون الذي سيخضع له المواطن. فدور المحكمة الدستورية هو التحقق هل القانون الذي صوت عليه ممثل المواطن في السلطة التشريعية، كان يعبر عن إرادة هذا المواطن باعتبار هذا الأخير مكون أساس من مكونات الأمة. أنظر: مداخلة "عبد الكبير بطيح" ضمن أشغال الندوة الدولية حول "الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعيدة على دستورية القوانين" المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بمشاركة مع أكاديمية المملكة المغربية، بمراكش أيام 27-28 شتنبر 2018. تقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية ص: 80.

غاية وجدوى الدفع بعدم الدستورية، بحيث يسمح نظام التصفية<sup>1</sup> بقبول الدفع الجدي فقط الجديرة بإثارة الدفع بعدم الدستورية، المتعلقة أساسا باحتمال عدم دستورية قانون أو حكم تشريعي معين، والمستوفية لكامل الشروط الشكلية والاجرائية المطلوبة في القانون المحدد لشروط الدفع بعدم الدستورية.

ونظرا لما تكتسبه هذه الآلية من أهمية بالغة باعتبارها إحدى الضمانات الدستورية لولوج الأفراد للعدالة الدستورية وصيانة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ارتأينا تناول مسألة "حوار القضاة"<sup>2</sup> في ضوء نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية، عبر مقارنة مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية وإن لم يصدر بعد، فإن نسخته الأولى وقرار المحكمة الدستورية ل 6 مارس 2018 بشأن عدم مطابقتها للدستور قد سطر الخطوط العريضة لما سيكون عليه نظام التصفية المنتظر، والذي سنحلله انطلاقا من فرضية أن المشرع سيأخذ بعين الاعتبار قرار المحكمة الدستورية التي تتمتع قراراتها بالحجية في مواجهة كل السلطات العامة والجهات القضائية والإدارية، مع الاستئناس في ذلك بالتجربة الفرنسية التي اهتمت إلى أعمال هذه الآلية منذ الفاتح من مارس 2010.

<sup>1</sup> إن الوساطة بين المتقاضين واتصاله بالقضاء الدستوري عليها عملية التصفية "Le filtrage"، وهي تلك العملية التي يقوم بها القضاء العادي قبل إحالة المسألة إلى المجلس الدستوري بحكم أنها تسهل عمل هذا الأخير، ومقارنة بما ورد في التشريع الفرنسي فإن المسألة المطروحة أمام القضاء العادي تخضع في المرحلة الأولى إلى عملية التصفية قبل إحالتها على المجلس الدستوري، وهذه العملية قد تكون مزدوجة "Un Double Filtrage" تقوم بها الهيئة القضائية بمراقبة أولية على مستواها، ثم بعدها مراقبة ثانية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض، وهذا بعد تحويلها إليهما حسب الحالة، كما قد تكون هناك تصفية وحيدة إذا تم طرح المسألة لأول مرة بمناسبة الطعن أمام جهات النقض. أنظر: محمد بن أعراب، منال بن شناف، "آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة" مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16-مارس 2018، ص: 13.

<sup>2</sup> لأبد من الإشارة هنا إلى كون تعبير "حوار القضاة" يحيلنا كمفهوم مرجعي إلى الممارسة التي أنتجت القواعد الجديدة التي حملتها المسألة الدستورية ذات الأولوية في التجربة الفرنسية (سميت بذات الأولوية لأنه عندما يثار الدفع أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الاستئناف يجب أن يتم فحصه بدون تأخير) ابتداء من فاتح مارس 2010 كأحد أهم محاور الإصلاح التي جاء بها التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008، حيث تسمح هذه الآلية للمتقاضين من حق إثارة عدم دستورية الحكم التشريعي المطبق على النزاع أمام الجهة القضائية المختصة، من خلال تدخل المجلس الدستوري الفرنسي بشكل يعدي في مواجهة قانون ساري النفاذ، وعبر نظام للتصفية يفرض حوارا بين المجالس العليا والمجلس الدستوري وتعاون متبادلا ضمانا للاشتغال الجيد لآلياته، فالمسألة الدستورية ذات الأولوية ستجعل المجلس الدستوري الموجود خارج الجهاز القضائي وبدون أي رابط تراتبي معه، وبغياب أي عقوبة على عدم احترام القضاة لحجية الشيء المقضي به لقرارات المجلس الدستوري مجبرا على الدخول في حوار مع القضاة للوصول إلى توازنات جديدة لم تستشرفها الوثيقة الدستورية بصيغتها المعدلة في 23 يوليوز 2008. أنظر: محمد أتركين، "دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية" سلسلة الدراسات الدستورية 2، الطبعة الأولى 2013، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص: 121.

وعلى هذا الأساس سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية مقارنة الإشكالية التالية:

ما الحدود والإمكانيات التي تتيحها الخيارات المسطرية لنظام تصفية طلبات الدفع بعدم دستورية القوانين لقيام "حوار قضائي" بين قاضي الموضوع والقاضي الدستوري ومن خلالها مؤسسات القضاء العادي ومحكمة النقض والمحكمة الدستورية، كمدخل لتفعيل ولوج الأفراد للعدالة الدستورية وتحقيق متطلبات النجاعة القضائية والأمن القانوني؟ علماً أن البناء المنهجي لموضوع الدراسة سيحتم علينا توزيع هذه الإشكالية عبر أسئلة فرعية لإيجاد إجابات عنها ضمن مسار تحليل هذا الموضوع ومنها:

- كيف يمكن لنظام تصفية طلبات الدفع بعدم دستورية القوانين تصميم مسارات مسطرية سهلة الولوج بالنسبة للمتقاضين، ضامنة لتمفصل فعال بين المحاكم العادية والدستورية؟

- هل يمكن اعتبار الشروط والضوابط المؤطرة لآلية تصفية الدفع بعدم الدستورية بمثابة تقييد سلبي للمتقاضين في الولوج إلى العدالة الدستورية، أم أنها قيد إيجابي يندرج في إطار عقلنة هذا الحق، أخذاً بعين الاعتبار ضرورة التوفيق بين حماية الحقوق والحريات ومراعاة النجاعة القضائية؟

وتتولد من صلب هذه التساؤلات فرضية أساسية مؤداها أن إمكانية قيام "حوار قضائي" كممارسة قضائية بين قضاة المحاكم العادية والمحكمة الدستورية للوصول إلى تحقيق توازنات تستهدف تحقيق الأمن القانوني، وتوفير النجاعة القضائية، وتسهيل ولوج الأفراد للعدالة الدستورية، مرتبطة وجوداً وعدماً بالممارسة القضائية التي يفرزها نموذج التصفية المعتمد، سواء على درجة أو درجتين، أو تركيزه لدى هيئة واحدة.

وبناء على الإشكالية المطروحة، وعلى ضوء الفرضية المؤطرة للموضوع، سنحاول من خلال هذه الورقة تسليط الضوء على نقطتين جوهريتين:

- مقارنة الأساس الدستوري لآلية الرقابة البعدية على دستورية القوانين، من خلال إبراز رهانات التحول نحو العمل بنموذج المحكمة الدستورية، حيث سيشكل ذلك مدخلاً لتناول النقاشات التي عرفها مخاض تنزيل هذه الآلية عبر مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15، المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، والتي ستتيح التعرف على نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية الذي سيتم اعتماده ببلادنا (المبحث الأول).

- مقارنة الإشكالات التي تثيرها مسألة "حوار القضاة"، في ضوء الخيارات المسطرية المتعلقة بنظام التصفية-باعتبار هذا الأخير نموذجا مهما لحوار القضاة، وما طرحه من أسئلة حول طبيعة العلاقة بين القاضي الدستوري وقضاة محاكم الموضوع، من جهة، وسلطة القاضي الدستوري في علاقته بالمشروع والقاضي العادي والإدارة، من جهة أخرى، ارتباطا بأثار القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية، وذلك استئناسا بالتجربة الفرنسية، في ظل غياب سوابق في النموذج المغربي يمكن البناء عليها في التحليل (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: الرقابة البعدية على دستورية القوانين بين التأطير الدستوري وسؤال التنزيل

عرفت منظومة القضاء الدستوري المغربي تحولا نوعيا في سياق اختيار نموذج المحكمة الدستورية، يتمثل في إحداث آلية جديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين تبعا لمقتضيات الفصل 131 من دستور 2011، بل يمكن القول إن التقدم الحاصل في إقرار القضاء الدستوري وتوسيع اختصاصاته يعكس بشكل أو بآخر التقدم الحاصل في تجسيد دولة الحق والقانون بجعل الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية تدرج كضمانة لحماية المواطنين من كل تعسف محتمل من السلطتين التنفيذية والتشريعية (المطلب الأول)، ومن جانب آخر أثار تنزيل مشروع القانون التنظيمي المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين، خاصة المقتضيات المتعلقة بنظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية، الكثير من النقاشات بين الخيار الذي سلكه المشروع والتوجه الذي تبناه قرار المحكمة الدستورية، مما يستدعي التوقف عندها للملازمة الأسس والمبررات التي اعتمدها كل طرف (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: التأطير الدستوري للدفع بعدم دستورية القوانين: الأسس والمتغيرات

لم تنص دساتير 1962 و 1970 و 1972 على وجود مؤسسة دستورية مستقلة تضطلع بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، بحيث كان المغرب في هذه المراحل من حياته الدستورية قد أسند هذه المهمة إلى الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى (القضاء العادي). وبعد ثلاثة عقود من تجربة القضاء الدستوري كان لا بد أن يفرض سنة 1992 إلى مراجعة دستورية جاءت بتحول عميق لمؤسسة المراقبة في إطار "المجلس الدستوري" الذي حل محل الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى، ولكن في إطار من الاستقلال التام عن المجلس الأعلى والمؤسسات الأخرى، كما شمل التحول العميق تركيبة المجلس وتنظيمه واختصاصاته. وبموجب دستور 2011 تم التنصيص

صراحة في الفصل 129 على إحداث محكمة دستورية<sup>1</sup> تمارس الاختصاص المسند إليها بفصول الدستور وبأحكام القوانين التنظيمية<sup>2</sup>.

واعتماد المجلس الدستوري في النموذج المغربي، ومنذ ولادته الأولى، الدخول في حوار مع المؤسسات السياسية؛ فتدخله وفق آلية المراقبة القبلية خلال المسطرة التشريعية، مباشرة بعد التصويت وقبل إصدار الأمر بتنفيذ القانون قد جعل من صورة الرقابة الفعلية للقوانين تتوارى عن عمله لفائدة صورة "الضابط لنشاطات السلطات العامة" في الفضاء السياسي المغربي. هذا المعطى سيتعرض للتغيير بعد دستور سنة 2011 بفعل القراءة الجديدة التي حملتها آلية الدفع بعدم الدستورية<sup>3</sup> عبر مطالبة المحكمة الدستورية بالتدخل بشكل بعدي في مواجهة قانون ساري النفاذ<sup>3</sup>. ويستتبع أن مسألة "الدفع بعدم الدستورية" تتمكن المحكمة الدستورية من مصدر متزايد للسلطة المؤسسية والاجتهادية، عبر إفراز دستورية فروع أخرى من القانون، كانت بسبب عدم الإحالة غير موظفة من قبله. كما ستسمح "رقابة الامتناع" من توسيع مجال الاجتهاد ليشمل ليس فقط المقتضيات التشريعية، بل أيضا التأويلات الممنوحة لها من قبل الاجتهاد القضائي العادي أثناء النظر في نزاع، وهذا ما سيؤدي إلى بروز أسئلة تطرح "تنامي السلطة التأويلية للمحكمة الدستورية، وتداعياتها على فرضية التحول إلى مجلس أعل"<sup>4</sup>.

إن تأسيس محكمة دستورية بموجب الدستور الراهن للمملكة لم يكن مجرد تغيير شكلي ينصب على استبدال تسمية بتسمية أخرى، فإلى جانب إعادة النظر في شروط وكيفيات اختيار أعضاء المحكمة الذي غدا أكثر ديمقراطية (نصف أعضاء المحكمة صاروا ينتخبون بطريقة مباشرة من طرف مجلسي البرلمان)، فإن هذا التغيير تضمن توسيع اختصاصات المحكمة التي

<sup>1</sup> تم إحداثها بموجب الظهير الشريف رقم 1.14.139 الصادر في 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية (الجريدة الرسمية عدد 6288 بتاريخ 8 ذو القعدة 1435 موافق ل4 سبتمبر 2014) ص: 6661.

<sup>2</sup> سعيد الطواف، مستجدات الرقابة على دستورية القوانين على ضوء دستور 2011، منشورات مجلة العلوم القانونية - سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد 2، دار المنظومة للنشر، 2014، ص: 97.

<sup>3</sup> بدر الذهبي، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، العدد 38/37 مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-ص: 87.

<sup>4</sup> عبد الحق بلفقيه، "المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد: من حوار المؤسسات إلى حوار القضاة" مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني لمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، تاريخ الزيارة: 2022/02/15.

خول لها لأول مرة اختصاصان جديداً؛ الأول ويشمل إمكانية البث في مطابقة الاتفاقيات الدولية للدستور قبل المصادقة عليها، أما الثاني فهم إحداث أسلوب الدفع بعدم دستورية القوانين بموجب الفصل 133 من الدستور، حيث تعود أهمية هذا الفصل إلى الآفاق الواسعة التي حملها، إذ أنه سينقل القضاء الدستوري المغربي من قضاء رسمي نخبوي إلى قضاء "شعبي" حيث سيفسح المجال للأفراد للمساهمة بأنفسهم في حماية الدستور والسهر على سموه وجعل إعلانات الحقوق والحريات التي تضمنها الدستور تكتسي طابعاً فعلياً.<sup>1</sup>

إن منح الأفراد حق الدفع بعدم الدستورية يستتبع بروز إشكالية محورية تركز على كيفية التوفيق بين معطى "فردنة الدولة" Individualisation Du Droit و"دولنة القانون" Etatisation Du Droit، بمعنى كيف يمكن عقلنة ممارسة هذا الحق من طرف الأفراد دون أن يؤثر ذلك على استقرار النظام القانوني للدولة وعدم وجود فوضى في طريقة ممارسة هذا الحق، من خلال ارتفاع طلبات الدفع بعدم الدستورية مما يشكل في حد ذاته عرقلة لتطبيق العدالة.<sup>2</sup>

ويعتبر الاتصال المباشر للمواطن بالعدالة الدستورية ضماناً لعملية مهمة لحماية الحقوق من كل تهديد، فالأفراد أدرى من غيرهم بحالات تعرض حقوقهم للانتهاك، مما يساهم في الرفع من منسوب الثقة في القضاء وفي تجسيد الأمن القضائي. وهذا التوسيع في وصول المواطنين إلى القضاء الدستوري عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية، يهدف بالأساس إلى جعل المحكمة الدستورية فاعلاً مباشراً في حماية حقوق الإنسان وتكريس سمو الدستور وتنقية التشريعات من عناصر دخيلة لا دستورية من خلال دينامية محركها الأفراد.<sup>3</sup>

هذا التغيير في طبيعة المراقبة الدستورية سيجعل من المحكمة الدستورية مراقباً فعلياً لقرارات محاكم الموضوع، مما سيؤدي إلى تحويل هذه الآلية من طريق لفحص مدى مطابقة

<sup>1</sup> أنظر مداخلة الأستاذ "محمد أشركي" ضمن أشغال الندوة الدولية حول "الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين" المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية، بمراكش أيام 27-28 شتنبر 2018. ص: 40. تقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

تاريخ الزيارة: 2022/02/20 <https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar>

<sup>2</sup> محمد خريبو، "حق المواطن في الولوج للعدالة الدستورية"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2017/2018، ص 132.

<sup>3</sup> عبد الرفيق زعنون، "ولوج الأفراد للعدالة الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات بالمغرب" مجلة جيل حقوق الإنسان-العام السادس-العدد 36، مارس 2019، ص 18.

القانون للدستور إلى صيغة للطعن القضائي في قرارات الاجتهاد القضائي لمحاكم القضاء العادي. فهناك ثلاث ملامح كبرى تعكس تأثير مسألة الدفع بعدم الدستورية على هوية المجلس الدستوري:

- الأولى، تتجلى في كون هذا التحول من جهة غير من مفهوم الدستور نفسه حيث لم يعد فضاء لتأطير إشكالات الدولة والسلطة فقط، بل أيضا وثيقة أساسية لتحديد علاقات الدولة والمجتمع القائمة على ضمان وحماية الحريات، وبالتالي هيأ الطريق للانتقال من الدستور السياسي إلى الدستور الاجتماعي بالتأسيس لمجال عمومي للمواطنة خارج وصاية الدولة.

- الثانية، في انتقاله من الرقابة السياسية القبلية إلى الرقابة القضائية البعدية، بمعنى انتقاله من حوار المؤسسات إلى حوار القضاة، وهو ملمح يعيد النظر بشكل كبير في موقع المجلس الدستوري ومكانته داخل الهندسة الدستورية العامة.

- الثالثة، إن التحول إلى المحكمة الدستورية يفرض مسطرة قضائية جديدة، فاستعارة الدعوى الدستورية لإجراءات الدعوى العادية؛ احترام قواعد الأجل المعقول ومسطرة التواجهية وحقوق الدفاع وعلنية الجلسات، كلها ضوابط تفرض وجود مؤسسة قضائية مستقلة في شكل المحكمة الدستورية<sup>1</sup>.

إن مثل هذه المتغيرات التي أحدثتها المراجعة الدستورية الأخيرة على مستويات طبيعة المنازعة، جعلت الحدود غير قائمة بين العمل القضائي العادي والعمل القضائي الدستوري، حيث يمكن الحديث، وانطلاقا من ذلك عن منازعة دستورية بوجود نزاع مرتبط بالنزاع في الموضوع، ومسطرة قضائية تضمن مصالح الأفراد، وقرارات المحكمة الدستورية التي تضع حدا للنزاع من خلال سلطة حجية الشيء المقضي به<sup>2</sup>.

ويهدف ضبط وعقلنة ممارسة حق الدفع بعدم دستورية القوانين، وضعت التشريعات المقارنة قيودا على تفعيل ممارسة هذا الحق، حيث ينقسم الدفع بعدم الدستورية إلى نظامين أساسيين؛ الأول يتعلق بإحالة هذا الدفع من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري مروراً بعملية التصفية الإجبارية، والثاني يبني على أساس إثارة هذا الدفع أمام المحاكم واتصال القضاء الدستوري به.

<sup>1</sup> عبد الحق بلفقيه، مرجع سابق.

<sup>2</sup> بدر الذهبي، مرجع سابق، ص 98.

## المطلب الثاني: ملامح نظام التصفية بين توجه المشرع وقرار المحكمة الدستورية

يسمح نظام تصفية الدفوع بترشيد الرقابة الدستورية وضمان فعاليتها بإحالة الطعون المؤسسة والجديدة فقط على المحكمة الدستورية، بعد تحقق الجهات القضائية من استيفاء الدفع للشروط الشكلية والتأكد من جدية وجْدته ومدى ارتباط النص التشريعي المطعون فيه بجوهر النزاع، علماً بأن الجهات القضائية تمارس عملية التصفية على درجة واحدة أو على درجتين.

وحرصاً على الاستقرار القانوني والثقة في الأحكام القضائية ورغبة في توفير أمن قانوني وقضائي للمواطن عامة والمتقاضين خاصة، والعمل على تحصين مكاسب الأفراد للدفع بعدم دستورية قانون يمس الحريات والحقوق، وفق إجراءات مسطرية أكثر نجاعة يكون هدفها تطهير المنظومة القانونية المغربية من النصوص القانونية المشوبة بعيب عدم الدستورية، عمل المشرع المغربي على إعداد مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون تنزيلاً لمقتضيات الفصل 133 من الدستور، وتطبيقاً للمادة 28 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية.

فبعد تمام المصادقة على مشروع القانون المذكور<sup>1</sup> من لدن مجلس النواب بالأغلبية بالجلسة العامة في إطار قراءة ثانية في 6 فبراير 2018، تمت إحالته إلى المحكمة الدستورية لمراقبة مطابقته للدستور طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 132 من الدستور، والمادة 21 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

ويعد مشروع القانون التنظيمي أول قانون يعرض على المحكمة الدستورية في شكلها الدستوري الجديد طبقاً للقانون التنظيمي المتعلق بها، وبذلك فهو يعتبر أول اختبار لهذه المحكمة في مجال ممارسة اختصاصاتها المتصلة بالمراقبة القبلية لدستورية القوانين، حيث سيشكل اللبنة الأولى في بناء وتأسيس اجتهاد القضاء الدستوري لهذه المحكمة في حلها الجديدة. كما يعتبر أول

<sup>1</sup> يتضمن مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية القانون، 27 مادة موزعة على خمسة أبواب، تضمن الباب الأول أحكاماً عامة تحتوي بصفة خاصة عدداً من التعاريف؛ وعرض الباب الثاني شروط وإجراءات إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أمام محاكم أول درجة ومحاكم ثاني درجة متضمناً شروط ومسطرة معالجة الدفع أمامها. أما الباب الثالث فعرض لاختصاص محكمة النقض بالنظر في الدفع بعدم دستورية قانون، في حين عرض الباب الرابع شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون أمام المحكمة الدستورية ومسطرة البث فيه. وتضمن الباب الخامس مقتضيات ختامية تنص بصفة خاصة على إمكانية تبادل المذكرات والوثائق بطريقة إلكترونية وعلى دخول القانون التنظيمي حيز التنفيذ بعد انصرام أجل سنة يتدئ من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.



قانون تتم المصادقة عليه في إطار الولاية التشريعية (2015-2021)، وأحد القوانين التنظيمية التي لم تعرف طريقها إلى التنزيل تطبيقاً لمقتضيات دستور 2011، وذلك بعد إقرار المحكمة الدستورية برفض ما يقارب نصف مواده، الشيء الذي ترتب عنه عدم إصدار الأمر بتنفيذه<sup>1</sup>.

وكان وزير العدل المغربي قد أشار في معرض تقديمه لمشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، أن المشرع اعتمد خيار التصفية كمرحلة أولية وذلك لمواجهة التضخم المحتمل لملفات الدفع بعدم دستورية قانون التي قد تواجهه المحكمة الدستورية، في انتظار إقرار هذا التوجه وتقييمه مستقبلاً، وفي السياق ذاته، أبرز أن محكمة النقض لا تباشر الرقابة القبلية على دستورية القوانين انطلاقاً من المادة 78 من قانون المسطرة المدنية التي تمنع على المحاكم القضائية البت في مدى دستورية القوانين، وقد أوكل لها مشروع القانون التنظيمي مراقبة الشروط الشكلية للدفع والنظر في جدية الطلب من عدمه، ضبطاً وعقلنة للدفع، وتيسيراً لعمل المحكمة الدستورية، وتحسيناً لجودة الولوج إليها، وذلك في إطار السعي إلى التعاطي الإيجابي مع كل ما من شأنه التأثير على آجال البت في الدعاوى.

وأفاد السيد الوزير أن المشروع عمل على إحداث توازن بين الاختصاصات الجديدة المسندة للمحكمة الدستورية، والمتمثلة في النظر في الدفع بعدم دستورية قانون، وبين العدد المحدود لأعضائها، من خلال التخصيص على إحداث هيئة بمحكمة النقض كجهة للتصفية تتحقق من استيفاء شروط الدفع ومن جديته، قبل إحالته إلى المحكمة الدستورية، حيث أضاف أن كل الوسائل والإمكانيات ستعبأ لدى محكمة النقض للنظر في كل الطلبات في الآجال القانونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> صرحت المحكمة الدستورية بموجب قرارها رقم 70.18 الذي تم نشره بالجريدة الرسمية رقم 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (6 مارس 2018)، ص 1491 بما يلي:

– إن المواد 2 (البندين "أ" و"ج") و3 (الفقرات الأولى والثانية والثالثة) و4 و7 (الفقرتين الأولى والأخيرة) و9 و15 و16 و17 و18 و19 و20 و22 و24 و25، مطابقة للدستور؛

– إن المواد 1 و3 (الفقرة الأخيرة) و5 (فيما يتعلق بتوقيع مذكرة الدفع) و10 (الفقرة الأخيرة فيما نصت عليه في آخرها من أنه "لا يمكنها إثارتها تلقائياً") و23 و26 و27، ليس فيها ما يخالف الدستور، مع مراعاة التفسيرات المتعلقة بها؛

– إن المواد 2 (البند "ب") و5 (فيما نصت عليه من شرطي المفتضى التشريعي والحقوق والحريات) و6 و7 (الفقرة الثانية)، و8 و13 (فيما يتعلق بعدم إقرار مسطرة ترتيب أثر قرار المحكمة الدستورية) و10 (باستثناء ما يتعلق بما ورد في آخرها من أنه "لا يمكن إثارتها تلقائياً") و11 و12 و14 و21، غير مطابقة للدستور؛

<sup>2</sup> المملكة المغربية، البرلمان، مجلس المستشارين "تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون تنظيمي رقم 86.15 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون"، الولاية التشريعية 2015-2021، السنة التشريعية 2017/2018، دورة أكتوبر 2017، ص 10.

وبمعروض فحصها لأحكام المواد المنظمة لنظام تصفية الدفع بعدم الدستورية على مستوى القضاء بنوعيه العادي والإداري، اعتبرت المحكمة الدستورية المغربية أن تلك الأخيرة غير مطابقة للدستور، لمخالفتها لقاعدة جوهرية تتعلق بالاختصاص، بمعنى أن المؤسس الدستوري المغربي ومن خلال الفصلين 132 و 133 قد جعل فحص الدفع بعدم الدستورية اختصاص عام موكول للمحكمة الدستورية يشمل النظر في الجانبين مع الشكلي والموضوعي، على اعتبار مركزه الرقابة الدستورية، فهو اختصاص غير قابل للتجزئة والمشاركة مع أي جهة أخرى لم يحددها الدستور. وهكذا نجد أن المحكمة الدستورية اعتبرت نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية تدخلا صارخا في اختصاص القاضي الدستوري، من القاضي المثار أمامه الدفع أو من قضاة محكمة النقض كمحطة ثانية للتصفية، بحيث وجدت أن دور القاضي في فحص الشروط المطلوبة لإثارة الدفع ضيق لحد لا يصل إلى فحص أو تقدير أولى للدستورية، وناشدت المشرع بإحداث آلية للتصفية على مستوى المحكمة الدستورية كما هو معمول به في النظام التونسي<sup>1</sup>.

وتأسيسا على ما سبق فقد رفضت المحكمة الدستورية اقتحام محاكم الموضوع أو محكمة النقض لاختصاصها الدستوري، لأنها تخولهم الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني وتحديد قائمة الحقوق والحريات المحمية دستوريا، وتجعل من الهيئة المختصة داخل محكمة النقض-التي ينص عليها المشروع-بمنحها تقدير جدية الدفع من عدمها، تمارس رقابة سلبية على الدستورية<sup>2</sup>.

وهو نفس التوجه الذي تبناه المجلس الوطني لحقوق الإنسان في معرض تقديمه لمذكرة بخصوص المقترحات المتعلقة بمسطرة الدفع بعدم الدستورية، حيث يحظى السيناريو المتمثل في اقتراح مسطرة للدفع بعدم الدستورية مع فحص مسبق للقبول على مستوى المحكمة الدستورية بتفضيل المجلس الوطني لحقوق الإنسان، لكونه يتميز بإيجابية تسهيل ولوج المتقاضين إلى القضاء الدستوري. كما أن سهولة هذه المسطرة ستتمكن المتقاضين ومهني العدالة من التملك السهل للمسار المسطري للدفع بعدم الدستورية. كما يمثل هذا السيناريو أحد أنماط الولوج غير المباشر الأقرب إلى منطق الولوج المباشر للمواطنين والمواطنات إلى القضاء الدستوري، كما

<sup>1</sup> أحمد بن زيان، عبد العالي حاحة، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر والأنظمة المقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية-المجلد 04-العدد 02، السنة 2019، ص 1173.

<sup>2</sup> عبد العزيز النويضي، المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-طبعة سنة 2019، ص 115.

يضمن لهم في إطار نزاع قضائي، حقهم في استماع القاضي الدستوري إليهم في موضوع الدفع المشار إليه في الفصل 133 من الدستور.

غير أن هذا السيناريو يحمل بالمقابل مخاطر ترتبط بالشطط في إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل محامي الأطراف في النزاع، ويمكن لعنصر المخاطر هذا أن يؤدي إلى الرفع من عدد الدفوعات بعدم الدستورية المثارة أمام مختلف المحاكم، وبالتالي خلق اكتظاظ على مستوى لجنة فحص القبول بالمحكمة الدستورية<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار ستعمل المحكمة الدستورية عبر اجتهاداتها المنتظرة بخصوص آلية الدفع بعدم الدستورية على توضيح المقتضيات المنظمة للمسألة، والإجابة ضمناً على مجموعة من التساؤلات الفقهية التي واكبت التعليقات على القانون التنظيمي. كما أنه من المفترض أن تسعى هذه الاجتهادات إلى رسم الحدود بين المحكمة الدستورية "كمؤسسة قضائية مستقلة" مع كل من "قاضي الموضوع" و"عمل السلطة التشريعية"، والتوجه بالتالي نحو اعتماد منهجية قضائية ترمي بالأساس إلى المحافظة على الأمن القانوني، من خلال اختيار نموذج "رقابة الامتناع" مقابل "رقابة الإلغاء"<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني: إمكانيات وحدود "حوار القضاة" في ضوء الخيارات المسطرية لنظام التصفية

يسمح نظام التصفية بقبول الدفوع الجدّية فقط الجديدة بإثارة الدفع بعدم الدستورية المتعلقة أساساً باحتمال عدم دستورية قانون أو حكم تشريعي معين، والمستوفية لكامل الشروط الشكلية والإجرائية المطلوبة، غير أن القوانين المقارنة، وكذا التوجه الذي تبناه المشرع المغربي بخصوص نظام التصفية، ورأي المحكمة الدستورية بشأنه، أبان عن وجود مجموعة من الخيارات المسطرية لنظام التصفية والتي تختلف في مداها من حيث إتاحة الأفراد حق اللجوء للعدالة الدستورية أو تقييد هذا الحق (المطلب الأول). كما أن الآثار المترتبة عن قرارات المحكمة الدستورية من حيث حجيتها القانونية ومدى تأثيرها على الأمن القانوني، تثير بعض التساؤلات حول علاقة

<sup>1</sup> المملكة المغربية، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، "القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية"، مذكرة، مارس 2013، ص: 5. تقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني لحقوق الإنسان عبر الرابط التالي:

https://www.cndh.ma/ar/mdhkrt/lqwnn-ltnzymy-ldf-bdm-ldstwry.2022/02/10 تاريخ الزيارة:

<sup>2</sup> بدر الذهبي، مرجع سابق، ص 98.

القاضي الدستوري بالمشروع والقاضي العادي وكذا الإدارة، باعتبارهم مخاطبين بهذه القرارات (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: تضارب الممارسة القضائية لنظام التصفية وانعكاساته على "الحوار القضائي"

تسلك أنظمة تصفية الدفوع بعدم الدستورية سبلا مختلفة في القوانين المقارنة، فمنها التي تقام على مستوى جهة واحدة كما هو الحال في القانون التونسي بناء على نظام التصفية الذاتية، أو القانون المصري الذي يتم فيه تصفية الدفع من قبل القضاء لكن من دون إحالة على المحكمة الدستورية. ومنها التي تمارس على درجتين مع اختلاف الشروط والكيفيات التي تضطلع بها كل درجة للتصفية قبل تقرير الإحالة على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، مثلما هو معمول به في كل من فرنسا والمغرب<sup>1</sup>.

وأوضحت "Jacqueline de Guillelchmidt" وهي أحد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي، أن نظام التصفية يعتبر نموذجا مهما لحوار القضاة ومن شأنه تطوير انسجام التأويل بخصوص الحقوق والحريات المضمونة دستوريا على أساس أن يبلغ المجلس الدستوري بالملفات غير المحالة إليه من أجل مراقبته لمبررات عدم الإحالة<sup>2</sup>.

إن الفصل 133 من الدستور المغربي ينص صراحة على أن المحكمة الدستورية هي المختصة بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ولم ينص هذا الفصل على وجوب إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى محكمة النقض كجهة مختصة لتصفية الدفوع الجدية وإحالتها إلى المحكمة الدستورية كما هو منصوص عليه في الدستور الفرنسي، ناهيك أن هذه التجربة تأخذ بهما دولتان في العالم هما فرنسا والأردن وهجرتهما كل من النمسا وألمانيا، وهي تجربة متقدمة من قبل الفقه الفرنسي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد أمين أوكيل، نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وأفق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، العدد الثامن، السنة 2017، ص 8.

<sup>2</sup> محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، سلسلة الدراسات الدستورية 2، الطبعة الأولى 2013، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 55.

<sup>3</sup> انتقادات عديدة وجهت لاختيارات المشرع الدستوري كما العضوي بخصوص نظام التصفية المؤسس على ثلاث مراحل: مرحلة قاضي الموضوع، مرحلة المحاكم العليا (مجلس الدولة ومحكمة النقض) ومرحلة المجلس الدستوري، فإذا كان المدافعون عن هذا الاختيار يوظفون مقولة التوازن المؤسساتي لتبريره وأن من شأن تبني هذا النظام التحكم في تدفق الطعون إلى المجلس الدستوري وتجنب وضعية الإغراق التي تعرفها العديد من المحاكم الدستورية جراء مسطرة الدفع بعدم الدستورية، فإن منتقدي هذا الاختيار يصفون نظام

فالأخذ بنظام التصفية عن طريق محكمة النقض كأعلى هيئة قضائية بالمغرب سيفرض حواراً بينها وبين المحكمة الدستورية، وتعاوناً متبادلاً لضمان الاشتغال الجيد لهذه الأخيرة ولتحقيق التوازنات، غير أن ما يخشى منه هو حدوث تعارض في المواقف بينهما في بعض الأحيان وهو ما حصل بالفعل في بعض التجارب المقارنة كالتجربة الفرنسية والإيطالية.<sup>1</sup>

إن آلية الدفع بعدم الدستورية المعتمدة في التجربة الفرنسية على تقنية التصفية تساهم في تنقية النظام القانوني من المقتضيات غير الدستورية وهذا عن طريق إشراك المواطنين بطريقة غير مباشرة في عملية التشريع، كما يساهم هذا النظام في ضبط وعقلنة الدفوعات وتفادي الكيدية منها من قبل المواطنين، ما يمكن المجلس الدستوري من الانصراف إلى جوهر عمله المتمثل في مراقبة دستورية القوانين، وعليه تتحسن نوعية الولوج إلى القضاء الدستوري، من جهة أخرى فإن هذا النظام من شأنه إغراق جهات النقض بقضايا الدفع بعدم الدستورية، الأمر الذي قد يؤدي إلى إبعادها عن عملها الأساسي المتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي. وباعتبارها جهات للتصفية فإن هذه الوظيفة الجديدة قد تؤدي إلى تضارب الاجتهاد القضائي بخصوص حالة أو عدم حالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري.<sup>2</sup>

فالتقسيم الثلاثي الذي يشكل أساس النظام القضائي، بين قاض دستوري وقاض إداري وقاض قضائي، يخضع لمنطق الكفاءة. لكن هذا التنظيم يتطلب في المقابل من السلطات الثلاث العليا واجب التماسك في فقها والتعاون فيما بينها، بحيث يتمتع كل منها بالسيادة في ممارسة سلطاته، بما في ذلك دعم أسبقية الالتزامات الدولية على القانون الوطني؛ لكن هذه السيادة لها حدود، معنوية وأخلاقية، من أجل أداء المسؤولية الملقاة على عاتق كل من هذه السلطات.<sup>3</sup>

التصفية بكونه يعقد المسطرة القضائية ويطلب أمدها بحكم أنه لا يتيح إمكانية للقاضي الذي أثبت أمامه المسألة بالجوء مباشرة إلى المجلس الدستوري، كما أنه يجعل مآل الإصلاح الدستوري متحكماً فيه من قبل مجلس الدولة ومحكمة النقض ويحول القضاة العاديين، وهذه هي المفارقة إلى "قضاة دستوريين سلبيين" أو "قضاة دستوريين ابتدائيين" في حال رفضهم إحالة المسألة المثارة أمامهم وإلى ممارسين لنوع من الرقابة الدستورية القبلية في تقديرهم لجدية الطعن. أنظر: محمد أتركين، مرجع سابق، ص 54.

<sup>1</sup> يوسف ادريدو، "نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي" مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني لمجلة المناظرة للدراسات القانونية والإدارية. <https://revuealmanara.com/> تاريخ الزيارة: 2022/02/20.

<sup>2</sup> محمد بن عراب، منال بن شناف، مرجع سابق، ص 17.

<sup>3</sup> عبد الرحمان رفرافي، الدفع بعدم دستورية القانون: الاختصاص الأصيل للقاضي الدستوري والاختصاص الحديث للقاضي الإداري على ضوء التجربة الفرنسية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 02، سبتمبر 2020، ص: 740.

ويعتقد الأستاذ "عبد العزيز النويضي" أن المحكمة الدستورية المغربية وقد رفضت-من خلال قرارها بعدم مطابقة مشروع القانون التنظيمي المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون للدستور-الفحص المزدوج للقبول من طرف المحاكم ثم من طرف محكمة النقض، فإن هذه الأخيرة أصبحت مثل المحاكم العادية بخصوص كيفية معالجة الدفوع أي الفحص الظاهري الذي يتحرى بدون تعمق توفر شروط الدفع ليتخذ القرار بالإحالة أو برفضها<sup>1</sup>. وعليه تكون المحكمة الدستورية المغربية قد خالفت ما هو معمول به في فرنسا برفضها تطبيق نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في المغرب على مستوى القضاء العادي والإداري.

إن العمل بنظام إحالة الدفوعات من محاكم الموضوع إلى المحكمة الدستورية مباشرة ينسجم وقراءة الفصل 133 من الدستور، على اعتبار أن المحكمة الدستورية هي صاحبة الاختصاص الأصيل للبت في الدفع بعدم دستورية القوانين، وهو الأمر الذي سيساهم في تسريع الإجراءات وعدم بطلن المسطرة أمام محاكم الموضوع، كما يسمح هذا الخيار بإمكانية الطعن بالاستئناف في حالة رفض الدفع بعدم الدستورية إلى جانب الدعوى الأصلية، وذلك تكريسا لمبدأ المحاكمة العادلة والتفاضي على درجتين. غير أن هذا الخيار قد يؤدي إلى كثرة تدفق الملفات المحالة من المحاكم إلى المحكمة الدستورية خاصة في حالة تعسف بعض المتقاضين في استعمال حق الدفع بعدم الدستورية، مما قد يترتب عنه "اختناق" المحكمة الدستورية، علما أن هذه الأخيرة تتسم بمحدودية أعضائها وتشكيلها من هيئة واحدة<sup>2</sup>.

ومن الضمانات التي تم إقرارها في هذا الإطار للتخفيف من ظاهرة تضخم الطعون المحتملة بالنسبة للمحكمة الدستورية بالمغرب، أن الدستور حصر إمكانية الدفع بعدم الدستورية في القوانين وحدها دون المقررات الإدارية التي تظل من اختصاص المحاكم الإدارية، ولا المقررات القضائية التي ينتهي الطعن فيها لدى محكمة النقض<sup>3</sup>.

ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأن الجهات القضائية تشكل مصفاة للتشريع من الأحكام التي تمس بالحقوق والحريات الدستورية، أو بعبارة أخرى تعتبر الجهات القضائية سلطة ضبط للحيلولة دون تدفق الدفوع على المحكمة الدستورية لاسيما تلك التي يكون الغرض منها المماطلة

<sup>1</sup> عبد العزيز النويضي، مرجع سابق، ص 176.

<sup>2</sup> يوسف ادريدو، مرجع سابق.

<sup>3</sup> مداخلة الأستاذ "محمد أشركي" ضمن أشغال الندوة الدولية حول "الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين"، مرجع سابق، ص 48.

وإطالة أمد النزاع، ما ينعكس سلباً على حسن سير العدالة، وبالتالي يجب ألا يتحول هذا الدفع إلى استراتيجية دفاع في الدعوى لتعطيل العدالة وإطالة أمد التقاضي عن طريق التعسف في إثارة هذا الدفع<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: سلطة القاضي الدستوري في علاقته بالمشرع والقضاء والإدارة

يكون أثر القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية شاملاً، فهو يحول دون نشر المادة القانونية المصرح بعدم دستورتها حينما يتعلق الأمر بالمراقبة القبلية، ويترتب عنه كذلك نسخ المقتضى التشريعي المصرح بعدم دستوريته حينما يتعلق الأمر بالمراقبة البعدية. ويتضح من ذلك مدى أهمية القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري أو عن قضاء المحاكم المختصة بالبت في عدم دستورية القوانين، أضف إلى ذلك أن حجية الأحكام الصادرة عن هذا القضاء تكون عامة وشاملة ولها حجية في مواجهة الجميع متجاوزة بذلك حجية أحكام القضاء العادي التي في الغالب لا تتجاوز أطراف الدعوى<sup>2</sup>.

ويمنح الدستور لقرارات المحكمة الدستورية سلطات واسعة ولكنها محددة في علاقتها بباقي السلطات، فسلطة القاضي الدستوري في علاقته بالقاضي العادي أو بالمشرع أو الإدارة تتوقف على نوع القرار الذي يتخذه القاضي الدستوري والتوجهات الملزمة التي يطلب مراعاتها. فالمخاطب بقرارات المحكمة الدستورية في حالة الإلغاء بأثر مؤجل هو المشرع، فهو ملزم بمراعاة قرارات المحكمة الدستورية سواء بتصحيح المقتضيات غير المطابقة للدستور حسب توجيه القاضي الدستوري، كما هو ملزم بالتفسير الذي يعطيه القاضي الدستوري للمقتضيات التي قضى بمطابقتها<sup>3</sup>.

وبناء عليه قد تؤدي الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية على القوانين بصفة عامة سواء القبلية أو البعدية إلى الحلول محل المشرع، وذلك من خلال اعتماده

<sup>1</sup> خيرة لعبيدي، وافي حاجة، الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد السابع-العدد 13، جوان-يونيو 2019، ص 86.

<sup>2</sup> أنظر مداخلة الأستاذ "محمد عبد النباوي" ضمن أشغال الندوة الدولية حول "الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين" المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية، بمراكش أيام 27-28 شتنبر 2018. تقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar>

<sup>3</sup> عبد العزيز النويضي، مرجع سابق، ص 202.

على تقنية التحفظات التفسيرية والتي يقصد بها التصريح بمطابقة حكم من أحكام التصرف القانوني محل الرقابة للدستور مع التحفظ، مما يجعله مشرعا تعقيبا لأعمال المشرع<sup>1</sup>.

ففي التجربة الفرنسية، ومنذ القرار الأول للمجلس الدستوري بتاريخ 28 ماي 2010 حول المعاشات العسكرية الخاصة بالأجانب<sup>2</sup> الذي قضى فيه بعدم مطابقة التشريع للدستور، أرجأ التعديل التشريعي إلى تاريخ محدد، فألزم المشرع بوضع تشريع جديد وتحكم في أجنده الزمنية وفي محتوى التشريع الذي يجب ألا يقتصر على تصحيح بعض المقتضيات ولكن أيضا معالجة الوضع الذي تسببت فيه المقتضيات التشريعية القديمة وسن مقتضيات جديدة تطبق بأثر رجعي لفائدة المتضررين اعترافا بحقوقهم وجبرا لضررهم<sup>3</sup>.

إن الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري بعدم دستورية القانون تؤثر في توازن النظام القانوني، لاسيما إذا أخذ المشرع بقاعدة الأثر الرجعي للحكم القضائي، التي تؤثر سلبا على مبدأ الأمن القانوني لصالح مبدأ المشروعية، ولهذا السبب اتجهت معظم النظم لتقرير قاعدة الأثر الفوري أو المباشر للحكم القضائي الصادر بعدم الدستورية التي يمكن النظر إليها من زاويتين مختلفتين: الأولى أنها تحقق قدرا من التوازن بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، والثانية أنها تؤثر سلبا على تطبيق مبدأ المشروعية طالما أنها تجعل القانون المخالف للدستور باطلا منذ لحظة صدور الحكم وصحيا قبل صدور الحكم، مما يشكل خرقا لمبدأ المساواة أمام القانون<sup>4</sup>.

أما بالنسبة لسلطة القاضي الدستوري في علاقته بالقاضي العادي فيمكن أن يوجه له "أمرا" ليس كسلطة رئاسية وإنما كسلطة دستورية أعطاهها المشرع الدستوري والتنظيمي والعادي سلطة محددة ومؤطرة في مجال دقيق هو إمكانية توجيه القاضي وإلزامه بتوقيف البت دون أن يشكل ذلك أي سلطة قاهرة أو تدخل غير مشروع وخارج القانون.

<sup>1</sup> أنظر: جلول هزيل، القاضي الدستوري مشرع من الدرجة الثانية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 01-العدد 03- سنة 2018، ص ص: 244-258.

<sup>2</sup> للإطلاع أكثر حول مضمون قرار المجلس الدستوري الفرنسي

« Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 consorts L. (cristallisation des pensions) non-conformité totale. »

يرجى زيارة الرابط التالي للموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي: تاريخ الزيارة 2022/02/28

: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/20101qpc/ccc\\_1qpc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20101qpc/ccc_1qpc.pdf)

<sup>3</sup> عبد العزيز النوضي، مرجع سابق، ص 203.

<sup>4</sup> عصام سعيد عبد العبيدي، سريان أحكام القضاء الدستوري من حيث الزمان: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة-العدد 1-العدد التسلسلي 29، مارس 2020، ص: 247.



فعندما قال المجلس الدستوري الفرنسي في قراره حول المعاشات العسكرية الخاصة بالأجانب "...وحتى يتم الحفاظ على الطابع المفيد لهذا القرار بالنسبة للقضايا الراجعة حاليا يتعين من جهة المحاكم أن توقف البت حتى فاتح يناير 2011 في القضايا التي يتوقف مآلها على تطبيق المقتضيات التي تم التصريح بعدم دستوريته..." فإنه خاطب القضاة وألزمهم بعدم البت إلى أن يحين أجل فاتح يناير 2011 كما ألزمهم ضمينا بتطبيق المقتضيات الجديدة التي سوف يتبناها المشرع.<sup>1</sup>

أما بالنسبة لسلطة القاضي الدستوري في علاقته بالسلطة التنفيذية وبالإدارة فيمكن القول إن قرارات القاضي الدستوري تفرض نفسها على الإدارة عندما تمارس السلطة التنظيمية. فالأعمال الإدارية التي تتعلق بتطبيق القانون مهما كان مصدرها لا يجب أن تكون فقط مطابقة للقانون بل يجب كذلك أن تكون مطابقة للتفسير الذي يعطيه القاضي الدستوري للقانون. وتناط بالقاضي الإداري مهمة مراقبة احترام العمل الإداري للقانون طبقا للتفسير الذي أعطاه القاضي الدستوري. وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مخالفة الأعمال الإدارية لتفسير القاضي الدستوري يجب أن تكون من الأمور التي يتعين إثارتها تلقائيا من طرف القاضي الإداري (أصبحت من النظام العام) ويتعين معه إلغاء العمل الإداري كجزء على عدم احترام التفسير الذي أعطاه القاضي الدستوري.<sup>2</sup>

وتعتبر السلطة التقديرية التي يحوزها القاضي الإداري بالنظر في الدفع بعدم الدستورية مجالا حساسا يلقي عليه مسؤولية تقدير جدية هذه الدفع من عدمها الأمر الذي يجعله يحاذي اختصاص القاضي الدستوري.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد العزيز النويضي، مرجع سابق، ص 204.

<sup>2</sup> عبد العزيز النويضي، مرجع سابق، ص 205.

<sup>3</sup> يؤثر هذا الموضوع إشكالية العلاقة الجدلية بين القاضي الإداري والقاضي الدستوري في اختصاص كل منهما بالنظر في عدم دستورية القانون، ففي وقت ليس بالبعيد كان هذا اختصاص القاضي الدستوري بامتياز، ذلك أن القاضي الإداري كان يتهرب من اقام نفسه في هذا المجال متحججا بمبدأ الفصل بين السلطات، لكن الظروف ستتغير ليجد القاضي نفسه طرفا أساسيا في معادلة كان حلها في الاجتهاد القضائي الفرنسي، وخاصة في ظل مسألة الأولوية الدستورية التي تمخضت عن مراجعة وتعديل الدستور الفرنسي لعام 2008، الذي منح القاضي الإداري بشكل عام ومجلس الدولة بشكل خاص دور المصفاة. للاطلاع أكثر: أنظر: عبد الرحمان رفرافي، مرجع سابق، ص 740 وما بعده.

## خاتمة

تبين لنا أن نظام التصفية كعملية لفحص شروط إحالة الدفع بعدم الدستورية على القضاء الدستوري يختلف مفهومها من نموذج إلى آخر، فهي إما وحيدة أو مزدوجة، مرنة أو شديدة، حسب الجهة القضائية التي تتم على مستواها، وقد لا يشترط فيها أصلاً مراقبة جهات النقض.

فإذا كانت عملية التصفية بمثابة حاجز أمام ولوج المواطن إلى القضاء الدستوري لاسيما في إطار النموذج الفرنسي الذي يتميز بإعمال التصفية المشددة، فإنه بالمقابل يوفر نظام إحالة الدفع من قبل محاكم الموضوع إلى القضاء الدستوري مباشرة فرصاً أكبر للمتقاضين للولوج إلى القضاء الدستوري.

وبناء عليه فإن إمكانيات قيام "حوار قضائي" بين قاضي الموضوع والقاضي الدستوري ومن خلالها مؤسسات القضاء العادي ومحكمة النقض والمحكمة الدستورية، ترتبط بشكل كبير بنوعية نظام التصفية، ومدى وجود حدود فاصلة بين عملية التصفية وممارسة الرقابة الدستورية، ذلك أن الفرق في فحص الدفع بعدم الدستورية من قبل القضاة في مختلف الدرجات القضائية يفرض بالضرورة اختلافاً في نوعية التصفية، بحيث تكون هذه الأخيرة أكثر تشدداً على مستوى جهات النقض.

إن فعالية دور القضاء الدستوري من خلال الممارسة القضائية المنتظرة للمحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، بشكل يفسح المجال للمواطنين للولوج للعدالة الدستورية عبر ضمانات عملية، يتوقف على تهيئة الظروف المناسبة لتفعيلها وفي مقدمتها تدريب القضاة والمحامين على مساطر العدالة الدستورية، وتحسيس المواطنين بأهمية هذه الآلية وضرورة استعمالها بشكل صحيح، تفادياً لإغراق المحكمة الدستورية بطعون غير جدية قد تشكل عبئاً إضافياً عليها، لأن المحكمة الدستورية لا تستطيع معالجة كل الطلبات بالنظر لطابعها المركزي والمتخصص، مما يستوجب الأخذ بعين الاعتبار مستقبلاً من خلال مشروع القانون التنظيمي ضرورة إحداث آلية عملية لتصفية طلبات الدفع لدى المحكمة الدستورية يشرف عليها قضاة ذوو خبرة وتجربة من أجل غلبة الدفوعات وفحص جديتها.

## المراجع المعتمدة

### ١. المراجع باللغة العربية

- بدر الذهبي، "حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني" مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، العدد 38/37 مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء.
- يوسف ادريدو، "نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي" مقال منشور عبر الموقع الالكتروني لمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية. <https://revuealmanara.com/> تاريخ الزيارة: 2022/02/20.
- خيرة لعبيدي، وافي حاجة، "الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد السابع-العدد 13، جوان-يونيو 2019.
- سعيد الطواف، "مستجدات الرقابة على دستورية القوانين على ضوء دستور 2011" منشورات مجلة العلوم القانونية -سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد 2، دار المنظومة للنشر، 2014.
- عبد الرحمان رفرافي، "الدفع بعدم دستورية القانون: الاختصاص الأصيل للقاضي الدستوري والاختصاص الحديث للقاضي الإداري على ضوء التجربة الفرنسية" مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 02، سبتمبر 2020.
- جلول هزيل، "القاضي الدستوري مشرع من الدرجة الثانية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 01-العدد 03-سنة 2018.
- عصام سعيد عبد العبيدي، "سريان أحكام القضاء الدستوري من حيث الزمان: دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة-العدد 1-العدد التسلسلي 29، مارس 2020.
- عبد الرفيع زعنون، "ولوح الأفراد للعدالة الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات بالمغرب" مجلة جيل حقوق الإنسان-العام السادس-العدد 36، مارس 2019.
- عبد العزيز النويضي، "المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين" مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-طبعة سنة 2019.

- عبد الكبير بطيح "مداخلة منشورة ضمن تقرير أشغال الندوة الدولية حول "الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين" المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية، بمراكش أيام 27-28 شتنبر 2018. تقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar>

- عبد الحق بلفقيه، "المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد: من حوار المؤسسات إلى حوار القضاة" مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني لمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية. <https://revuealmanara.com> تاريخ الزيارة: 2022/02/15.

- محمد بن أعراب، منال بن شناف، "آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة" مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16-مارس 2018.

- محمد أتركين، "دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية" سلسلة الدراسات الدستورية 2، الطبعة الأولى 2013، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

- محمد أمين أوكيل، "نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وأفق تطبيقه في الجزائر" مجلة صوت القانون، العدد الثامن، السنة 2017.

- محمد خرببو، "حق المواطن في الولوج للعدالة الدستورية" رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2017/2018.

- محمد أشركي، مداخلة منشورة ضمن تقرير أشغال الندوة الدولية حول "الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين" المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية، بمراكش أيام 27-28 شتنبر 2018. تقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar> تاريخ الزيارة: 2022/02/20.

- المملكة المغربية، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، "القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية"، مذكرة، مارس 2013. تقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني لحقوق الإنسان عبر الرابط التالي:

تاريخ الزيارة: 2022/02/10 <https://www.cndh.ma/ar/mdhkrt/lqnwn-ltnzmy>

lldf-bdm-ldstwry



## الفصل الثاني عشر

# موقعة القضاة الدستوري والإداري بين النزعة الشكلائية وحس العدالة

The Positioning of the Constitutional and Administrative Judiciaries: between Formalism and Sense of Justice

د. عثمان سيلوم

دكتور في القانون العام والعلوم السياسية.

## ملخص

يتبع القاضي بشكل عام، والقاضي الدستوري والقاضي الإداري بشكل خاص مجموعة من المقاربات في تكييف النوازل المعروضة عليهم، وصياغة أحكامهم وقراراتهم الخاصة بها بناء على مجموعة من الخيارات القانونية والتفسيرية التي تختلف وفقا للخلفيات الفلسفية والفقهية للمدرسة القضائية التي ينتهي إليها العمل القضائي.

تحاول هذه الورقة البحثية استكشاف أساليب عمل الهيئات القضائية الدستورية والإدارية في المغرب من خلال وضع كل منها في ميزان يتكون من كفتي "النزعة الشكلائية" و"حس العدالة"، حيث تعكس النزعة الشكلائية الالتزام بحرفية النص والوقوف عند حدود مبادئه، بينما يعكس حس العدالة البحث وراء المبادئ عن المعاني والمقاصد بهدف التماهي مع الحس السليم للعدالة ومعناها الظاهر.

وتخلص الدراسة إلى أن عمل القضاء الدستوري والإداري يتأرجح بين النزعة الشكلائية وحس العدالة، مع غلبة النزعة الشكلائية، مما يدفعنا إلى فتح الدراسة على آفاق بحثية أخرى تتعلق بأصالة المدرسة القضائية المغربية وموقعها بين وجود وحدة في الاجتهاد القضائي على مستوى الخلفيات النظرية والخيارات المنهجية، وبين تباين في الاجتهاد القضائي راجع إلى التوجهات الخاصة لكل قاض على حدة.

## Abstract

The judge in general, the constitutional judge and the administrative judge in particular follow a set of approaches in adapting the Issues before them and drafting their own provisions and decisions based on a set of legal and interpretive choices that vary according to the philosophical and doctrinal backgrounds of the judicial school to which the judicial work belongs.



This research paper attempts to explore the methods of work of the constitutional and administrative judiciaries in Morocco by putting each of them in a balance consisting of the "formalism" and "sense of justice", where the formalism reflects the commitment to the professionalism of the text and standing at the borders of its buildings, while the sense of justice for the search behind buildings reflects the underlying meanings, purposes and objectives that require identification with the common sense of justice and its apparent meaning.

The study concludes that the work of the constitutional and administrative judiciaries oscillates between formalism and a sense of justice with the predominance of formalism, which brings us to open the study to other research horizons related to the authenticity of the Moroccan judicial school and its position between the existence of a unified jurisprudence of theoretical backgrounds and methodological choices and different jurisprudence due to the special tendencies of each judge individually.

## مقدمة

لا تُطرح مسألة دور القضاء في بناء دولة القانون في أي نقاش مُعتبر، لأنها مسألة محل إجماع من قبل الجميع فاعلين ومتدخلين ودارسين، ويبقى النقاش دائرا حول المداخل الأنسب لتفعيل دور القضاء في بناء دولة القانون وجعله في صلب العملية الإصلاحية والبنائية والتنموية لأي دولة تستلهم نموذجها من الدولة الحديثة المبنية على مبادئ الحق والقانون والعدالة والحرية والكرامة.

وتتعدد الوجوه والزوايا التي يمكن أن يُنظر منها إلى الموضوع مع تكافئها في الأهمية والراهنية، إلا أن ما يهمننا منها في هذا الباب هو دراسة دور كل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري في بناء دولة القانون، وحتى هذه الدراسة لا يتسع لها المجال لتكون شاملة، لذلك سنركز المجهود البحثي على مقارنة الموضوع من خلال وضع القضاة المذكورين في ميزان يتكون من كفتين هما "النزعة الشكلانية" و"حس العدالة"، لنرى رجحان كفة من أخرى في عمل القضاء الدستوري والقضاء الإداري في المغرب.

وقبل الشروع في وضع العمل القضائي الدستوري/ الإداري في الكفتين المذكورتين، لا بد من تعريفهما حتى تتضح الرؤية ويتبين المسار البحثي.

تحليل النزعة الشكلائية على التيار الوضعاني في فلسفة القانون الذي لا يعتد إلا بالقانون ساري المفعول الذي يجري به العمل بالفعل في دولة ما، والعلم الوضعي للقانون لا يهتم إلا بهذا، ومن هنا لا يلتفت إلى كون القانون يتماشى مع العدل، ومع الحرية، ومع حقوق الإنسان<sup>1</sup>. أما بخصوص التيار المقابل الذي ينشد العدالة جوهرًا ومقصداً وغاية، فإن العدالة التي ينشدها تتعدد تعريفاتها بتعدد المرجعيات الدينية والفلسفية والثقافية، لذلك نستعير منها الأقرب إلى مرادنا في هذا الباب فتكون العدالة هي: "شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه"<sup>2</sup>، ويتجسد المدخل الذي نروم منه قياس استحضر العمل القضائي الدستوري/الإداري المغربي لمسألة العدالة في حس العدالة/Sentiment of Justice بمعنى الشعور والبحث عن الجزاء Punishment من يلحق الضرر بنا وأولئك الذين نتعاطف معهم وجدانياً<sup>3</sup>.

ويستجدي وضع القضاة بين الدستوري والإداري في ميزان متكون من كفة النزعة الشكلائية وكفة حس العدالة طرح السؤال الإشكالي التالي: "هل يقف دور القاضي الدستوري والقاضي الإداري عند الفحص التقني/القانوني للنوازل المعروضة عليهما والالتزام الكامل بحرفية النصوص التشريعية ومبانيها، أم لهما من الاجتهاد ما يحسب لهما في باب تجاوز ضيق المباني المغلقة إلى سعة المعاني المفتوحة، ومن أسر النص وحرفيته إلى الانعتاق التأويلي في فضاء العدالة الرحب الذي لا يختزل في النصوص القانونية؟"

للإجابة عن هذا السؤال الإشكالي، نرى الانطلاق من ثلاث فرضيات لتكون الموجة لتحرير متن هذه الورقة البحثية وهي:

**الأولى:** يُخلص القاضي الدستوري والقاضي الإداري لحرفية النص والنزعة الشكلائية للعمل القضائي

**الثانية:** استطاع القاضي الدستوري والقاضي الإداري تجاوز النزعة الشكلائية للعمل القضائي

<sup>1</sup> عبد الرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1996، ص 17.

<sup>2</sup> حسن هجيج وفخري أحمد علي، فلسفة العدالة القانونية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 1، 2019، ص 225.

<sup>3</sup> ياسر قنصوه، العدل والقانون في الفكر السياسي المعاصر، مجلة التفاهم، ع 47، 2015، ص 3.

**الثالثة: يتأرجح العمل القضائي الدستوري والإداري بين النزعة الشكلانية وحس العدالة حسب السياق والمرحلة والعقل الناظم.**

نعمل على اختبار هذه الفرضيات الثلاث من خلال الهيكل التالية:

- المحور الأول: التأسيس النظري للنقاش.
- المحور الثاني: مرجعية التأسيس ونطاق التدخل.
- المحور الثالث: حسابات الموقّعة وهامش الاجتهاد.

### المحور الأول: التأسيس النظري للنقاش

يُخاضُ النقاش دائماً داخل فلسفة القانون كلما أثّرت مسائل من قبيل: "ماهية القانون والغاية منه والطرق الأنسب لوضعه وإنفاذه" بين تيارين أساسيين تُسنُّ وتُنقّذ على أساسهما جل القوانين وإن كان لمرجعية أحدهما حضور أقوى من الآخر في الدولة الحديثة، هذان التوجهان هما القانون الوضعي والقانون الطبيعي.

#### أولاً: حس العدالة (القانون الطبيعي)

حتى نفهم دلالة القانون الطبيعي، لا يجب أن نسقط في فخ استقبال المفهوم بالمعنى المعاصر الذي نفقه من كلمة طبيعة، والتي تنفصل في أذهاننا عن الوجود الإنساني، ذلك الفخ يُعرف "لسانيا" بفهم المصطلح القديم بالمعنى الحديث، لذلك يجب أن نقف على معنى الطبيعة قديماً، حيث لم تكن المجتمعات القديمة ولا الأشكال المدنية الأولى تعرف أي تمييز واضح بين العالَم الطبيعي، وعالَم الإنسان، والشؤون الإنسانية<sup>1</sup>.

ومع تراكم التجربة الإنسانية على صعيد صبر أغوار الطبيعة الذي وصل إلى إحدى أهم محطاته في الفلسفة اليونانية التي خلّصت إلى أنه طالما أن النظرة للكون هي نظرة عقلانية، وأن الإنسان ساهم في هذه العقلنة، فإنه من الممكن تقرير المبادئ العقلانية التي تحكم سلوك الإنسان فرداً ومع أبناء جنسه، هذا الاتجاه اليوناني للبحث عن كيان العالم بمقياس الطبيعة وحدها، أضفى هالة خاصة على نظام الأشياء في المجالين الطبيعي والبشري، إذ أصبح كل ما هو طبيعي صورة لما هو صادق ومستقيم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة سليم الصويص، سلسلة عام المعرفة، الكويت، نوفمبر 1981، ص 66.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 68.

بقيت فكرة القانون الطبيعي هي المسيطرة، وتعزّزت بأراء المذهب الرواقي الذي شدّد على عالمية الطبيعة البشرية وأخوة الإنسان<sup>1</sup>، ثم جاءت المسيحية لتستمر في الانتصار لفكرة القانون الطبيعي، وإن بمسحة دينية، حيث صار القانون الطبيعي حسب الأدبيات المسيحية مفروضاً من الله، ومفسراً من البابا رئيس الكنيسة الكاثوليكية الذي هو نائب الله والذي يمتلك بحكم ذلك سلطة تفسير قانون الله الذي هو ملزماً للجميع حكماً ومحكومين على السواء<sup>2</sup>.

وجاءت النهضة الأوروبية لتمسك بالقانون الطبيعي، رغم سيطرة العلمانية في عصرها التي فصلت بين اللاهوت والعلم فصلاً كاملاً، ونجد تجسيدا واضحا للعلمانية الغربية المتمسكة بالقانون الطبيعي في قول الفقيه "جروسيوس"، أحد دعاة القانون الطبيعي، ومؤسس القانون الدولي على أساسه، فقد كان يرى وجوب تطبيق القانون الطبيعي حتى ولو لم يكن الله موجوداً، وذلك لأن الصفة الوحيدة للإنسان تكمن في العقل، وهذا العنصر العقلاني مشترك للجنس البشري كله<sup>3</sup>.

باختصار، يعبر مفهوم القانون الطبيعي عن النظام الكامن في الوجود سواء ذلك الطبيعي أم البشري، وذلك النظام هو الوسيلة الأفضل لتنظيم سلوك البشر الفردي والجمعي، ولتحقيق العدالة في الأرض، لأن مبادئه تُدرّك بالعقل البشري دون كبير عناء، وهي محل إجماع لدى الجنس البشري مهما اختلفت انتماءاته وآراءه وتوجهاته، وهي القاعدة الأمثل لحل النزاعات، وتحقيق العيش المشترك في سلام ووثاق.

### ثانياً: النزعة الشكلائية (القانون الوضعي)

تأثراً بوتيرة التقدم المتسارعة التي عرفتها البشرية في القرون الأخيرة، ومع تراكم المعارف العلمية في مجالات شتى طبيعية وإنسانية، بدأت فكرة القانون الطبيعي تفقد بريقها، حيث لم يعد القانون الطبيعي يبدو نظاماً أعلى للقانون أو للعدل، حقيقته ثابتة تدل على نفسها بنفسها أو يمكن أن يدركها العقل، وإنما مجرد اسم رنان للقواعد الأخلاقية<sup>4</sup>، ليرتبط القانون في العصر الحديث ارتباطاً وثيقاً بفكرة وجود قوة ذات سيادة في كل دولة، بحيث تكون لهذه القوة سلطة سن

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 72.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 74.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 76.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 91.

القوانين وإلغائها على وفق إرادتها<sup>1</sup>، من هنا أتت تسمية القانون الوضعي حيث إنه يوضَع على أساس إرادة جهة معينة تكون في الغالب هي الدولة، وليس مُعطى طبيعياً كامناً في طبيعة الوجود سواء الطبيعي أم البشري.

ويعدّ القانون من وجهة نظر أنصار هذه المدرسة ظاهرة اجتماعية وواقعية وملموسة موجودة في زمان ومكان معينين، ويمكن دراستها من خلال الوصف والملاحظة والاستقراء بعيداً عن كل الاعتبارات، والقانون وفقاً لهذه المدرسة هو تعبير عن إرادة الدولة، فهذه المدرسة تربط بين القانون والدولة، ففي كل مجتمع منظم لا بد من وجود هيئة حاكمة وفئة محكومة، الأولى تضع القوانين وتجبر الثانية على تنفيذها والخضوع لها، [...] فالقانون ليس نصيحة، بل هو أمر، وليس أمراً من فرد لأي فرد، بل هو أمر صادر ممن يُدان له بالطاعة وموجّه إلى من تجب عليه الطاعة<sup>2</sup>. وقد استطاع القانون الوضعي أن يحظى بنطاق مستقل، ليس لأي قانون الطعن بصلاحيته، سواء كان قانوناً طبيعياً أم غير ذلك<sup>3</sup>، ويركز مفهوم القانون الوضعي في عبارة مقتضبة للأستاذ "هانس كلسن": "إن أي محتوى يُرغَّب به يمكن أن يكون قانوناً".

ويستلزم المفهوم الوضعي للقانون عنصرين أساسيين هما، عنصر الشرعية الشكلية [الذي يقتضي صدور القانون عن السلطة التشريعية المختصة، واتباعها أصولاً معينة تتمثل في "مراحل سن التشريع"]، وعنصر التأثير الاجتماعي أو الفاعلية [بمعنى أن القاعدة القانونية تكون مؤثرة عندما تُتَّبَع في الواقع مهما كانت أسباب اتباعها، أو يعاقب على عدم اتباعها<sup>4</sup>].

## المحور الثاني: مرجعية التأسيس ونطاق التدخل

إن كانت هناك سمتان يمكن أن نسّم بهما كل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري في المغرب فهما على التوالي سمتا الصلاية التشريعية والهشاشة التشريعية، إذ كل من هذين السمتين تُعطي هوية قانونية وقضائية خاصة لكل من القضاءين، وهذا ما سنتعرف عليه من خلال هذا المحور.

<sup>1</sup> مصطفى الخفاجي، "فلسفة القانون عند أرسطو"، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، المجلد 4، ع 2، جامعة بابل، العراق، 2014، ص 347.

<sup>2</sup> فهد الكساسبة، القيم في فلسفة القانون، مجلة الدراسات الأمنية، ع 1، مركز الدراسات الاستراتيجية الأمنية، كانون الثاني 2009، ص 129.

<sup>3</sup> دينيس لويد، فكرة القانون، مرجع سابق، ص 43.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 22.

## أولاً: القضاء الدستوري: الصلاية التشريعية

يمكن الاستدلال من وجوه عديدة على الصلاية التشريعية للقضاء الدستوري في المغرب، نذكر منها التالي:

### أ- صيغة الأحداث

يكشف النظر في هندسة النظام الدستوري المغربي الأهمية التي يحظى بها القضاء الدستوري في المغرب، حيث تشكل المحكمة الدستورية داخل ذلك النظام نقطة وصل بين مجموعة من آليات اشتغال الدولة، فنجد حضوراً في تأليفها لسيادة الأمة بواسطة ممثلها<sup>1</sup> الذين يختارون نصف أعضاء المحكمة الدستورية، إضافة إلى حضور إرادة الدولة متمثلة في إرادة الملك كونه رئيس الدولة وممثلها الأعلى<sup>2</sup>، وقد نص المشرع الدستوري على صيغة تأليفها بالقول: "تتألف المحكمة الدستورية من اثني عشر عضواً، يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ستة أعضاء يعينهم الملك، من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلي الأعلى، وستة أعضاء يُنتخب نصفهم من قبل مجلس النواب، وينتخب النصف الآخر من قبل مجلس المستشارين من بين المترشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس"<sup>3</sup>.

والمعلوم أن التوجه الدستوري المغربي لا يكلّ تنظيم وتسيير أشغال المؤسسات الدستورية الكبرى إلى القوانين العادية، بل يحيل المشرع الدستوري بذلك الخصوص على قوانين تنظيمية تسمو في التراتبية التشريعية على القوانين العادية، وتخضع للرقابة قبل صدور الأمر بتنفيذها، ليأتي بذلك القانون التنظيمي مفصلاً لما أجملته الوثيقة الدستورية. ولم تخرج المحكمة الدستورية عن هذا التوجه، فقد نص المشرع الدستوري على أنه: "يحدد قانون تنظيمي قواعد تنظيم المحكمة الدستورية وسيرها والإجراءات المتبعة أمامها، ووضع أعضاءها"<sup>4</sup>.

وقد أفرد المشرع الدستوري قانوناً تنظيمياً آخر لأحد أهم الاختصاصات التي جاء بها دستور 2011 هو الدفع بعدم دستورية القوانين: "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع

<sup>1</sup> دستور 2011، الفصل 2.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، الفصل 42.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، الفصل 130.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، الفصل 131.

متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل<sup>1</sup>.

لم يرَ ذلك القانون التنظيمي النور بعد رغم إحالته على المحكمة الدستورية، إذ إنها رأت عدم دستورية بعض مقتضياته مما منع صدور أمر بتنفيذه، وإعادته إلى البرلمان<sup>2</sup>، كما أن المحاولة التي أعقبت قرار المحكمة الدستورية سالف الذكر بإثارة دفع بعدم الدستورية مقتضى قانوني، قضت فيها المحكمة بتعذر البت في الطلب بحجة أن القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية لم يصدر بعد<sup>3</sup>.

## ب- مجالات التدخل

لم يُترك باب اختصاصات المحكمة الدستورية مفتوحاً أمام الوقائع والنوازل التي يمكن أن تتمخض عن عمل مؤسسات الدولة، وتدافع الحقوق، وتباين التأويلات القانونية، بل حرص المشرع الدستوري على تحديد تلك الاختصاصات وربطها حصراً بالدستور والقوانين التنظيمية، وذلك من خلال: "تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية، وتبت بالإضافة إلى ذلك في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء. تحال إلى المحكمة الدستورية القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها لتبت في مطابقتها للدستور. يمكن للملك، وكذا لكل من رئيس الحكومة، أو رئيس مجلس النواب، أو رئيس مجلس المستشارين، أو خمس أعضاء مجلس النواب، أو أربعين عضواً من أعضاء مجلس المستشارين، أن يحيلوا القوانين، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، إلى المحكمة الدستورية، لتبت في مطابقتها للدستور. تبت المحكمة الدستورية في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان"<sup>4</sup>. تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا

<sup>1</sup> دستور 2011، الفصل 133.

<sup>2</sup> قرار رقم 70/18 الصادر عن المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بتاريخ الثلاثاء 6 مارس 2018.

<sup>3</sup> قرار رقم 80/18 الصادر عن المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بتاريخ الثلاثاء 12 يونيو 2018.

<sup>4</sup> دستور 2011، الفصل 132.

دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور<sup>1</sup>.

وقد صدر القانون التنظيمي الخاص بالمحكمة الدستورية<sup>2</sup> لتفصيل ما أجمله الدستور من اختصاصات وصلاحيات ومجالات تدخل، وميمنة تأليفها، ووضعيتها أعضائها، والتعويضات الممنوحة لهم، وقواعد سير المحكمة.

### ج- طبيعة العمل وآليات الاشتغال

قد يسقط مُتناول القضاء الدستوري في المغرب في صيغته الحديثة بالبحث أو الدرس في وهم عدّ المحكمة الدستورية التي نص عليها دستور 2011 من الهيئات القضائية التي تنقذ صورها ومعانيها ومضامينها في الذهن المُستقبل لفظ "قضاء"، وقد يزيد من ذلك الوهم التطور التاريخي للقضاء الدستوري في المغرب، إذ إنه منذ إقرار أول دستور للمملكة سنة 1962، أُحدثت غرفة دستورية بالمجلس الأعلى مارست صلاحياتها على مدى يفوق الثلاثين سنة (1963 - 1994)<sup>3</sup> أي أنه قضاء أمضى أكثر من نصف عمره مكونا من مكونات الجسم القضائي المغربي.

إلا أن النّظر في المقتضيات القانونية الخاصة بالمحكمة الدستورية يفضي إلى الاحتراز من وسمها بخصائص وسمات الهيئات القضائية المتعارف عليها، ولعل أول إشارة يمكن التقاطها على ذلك تُتَحَصَّلُ من تبويب الدستور، إن خصص المشرع الدستوري الباب السابع من أبواب الدستور الأربعة عشر للسلطة القضائية بمختلف مقتضياتها، بينما أفرد بابا خاصا بالمحكمة الدستورية هو الباب الثامن، الأمر الذي يعني افتراقا على مستوى مرجعية التأسيس وطبيعة العمل وآليات الاشتغال.

ومن المتعارف عليه في التنظيم القضائي أنه محكوم بمجموعة من المبادئ من قبيل تعدد درجات التقاضي وإتاحة طرق لطعن الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية لضمان أعلى قدر من دقة تلك الأحكام نظرا لتعلق حقوق الناس بها رذّا أو سلبا، إلا أن تلك المبادئ لا تجد لها حضورا في

<sup>1</sup> دستور 2011، الفصل 133.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 1.14.139 صادر في 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

<sup>3</sup> الجامع لمبادئ وقواعد القضاء الدستوري من خلال قرارات الغرفة الدستورية (...) والمجلس الدستوري (...). المجلس الدستوري - المملكة المغربية، مطبعة الأمنية - الرباط، 2015، ص 7.



عمل المحكمة الدستورية، فقد نص المشرع الدستوري على: "لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية"<sup>1</sup>.

### ثانيا: القضاء الإداري: المرونة التشريعية

للقضاء الإداري بالموازاة مع القضاء الدستوري في المغرب خصائص وسمات تُفيد بنعته بالقضاء المبني على نوع من المرونة على مستوى مرجعية التأسيس وآليات الاشتغال وقواعد التدبير، وتتجسد تلك الخصائص في التالي:

#### أ- صيغة الإحداث

منح المشرع الدستوري صلاحية إحداث المحاكم العادية والمختصة للقانون حيث ورد في الدستور: "تُحدث المحاكم العادية والمختصة بمقتضى القانون"<sup>2</sup>، وتدخل المحاكم الإدارية في هذا الإطار كونها إحدى المحاكم المختصة في النظر في القرارات المتخذة في المجال الإداري، حيث نص الدستور على: "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يُمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة"<sup>3</sup>.

وبإلقاء نظرة سريعة على تطور القضاء الإداري في المغرب، فقد اعتُمد منذ الاستقلال على نمط القضاء الموحد حذوا بالنموذج القضائي الأنغلوساكسوني الذي تنظر فيه المحاكم العادية في كل القضاء سواء كان الأطراف ينتمون إلى القانون الخاص، أم أحد الأطراف مؤسسة من مؤسسات الدولة، إلى سنة 1993 التي صدر فيها القانون المُحدث للمحاكم الإدارية ليعرف المغرب منذ ذلك الحين نمط القضاء المُزدوج الذي تتعدد فيه الجهات القضائية تبعا لطبيعة القضايا الرائجة وأطرافها، وقد نص القانون المذكور على إحداث المحاكم الإدارية وتركيبها، والإجراءات المتبعة أمامها، وطبيعة صلاحياتها ومجالات تدخلها وأنواع النزاعات التي تُرفع إليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> دستور 2011، الفصل 134.

<sup>2</sup> دستور 2011، الفصل 127.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، الفصل 118.

<sup>4</sup> 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 1993/11/03 ص 2168.

بعد إحداث المحاكم الإدارية بما يناهز ثلاث عشرة سنة، أحدث القانون محاكم استئناف إدارية، وقد نص القانون على تركيبة تلك المحاكم والأحكام العامة المتعلقة بها، وعلى اختصاصاتها والإجراءات المتبعة أمامها<sup>1</sup>.

ومن دلائل المرونة التشريعية التي وسمنا بها القضاء الإداري في المغرب على مستوى صيغة الإحداث، هو إعطاء صلاحية تحديد مقار المحاكم الإدارية ودوائر اختصاصها لمراسيم صادرة عن السلطة التنفيذية، وقد حدد المرسوم الخاص بالمحاكم الإدارية عددها في سبع محاكم<sup>2</sup>، أما محاكم الاستئناف الإدارية فقد حددها المرسوم الخاص بها في محكمتي استئناف واحدة في الرباط، والأخرى في مراكش<sup>3</sup>، وهذا ما يدل على المرجعية التي تحكم العمل القضائي الإداري في المغرب الذي يعتمد على المرونة في النصوص التشريعية والتنظيمية له، وتعدد المتدخلين على مستوى الهيكلة والتدبير.

### ب- مجالات التدخل

تتعدد مجالات تدخل القضاء الإداري تبعا للنزاعات الناشئة بين أطراف تكون الإدارة لزوما طرفا فيها، وقد حدد المشرع الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في ما يلي: "تختص المحاكم الإدارية [...] بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ما عدا الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام. وتختص المحاكم الإدارية كذلك بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات ومنح الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة وموظفي إدارة مجلس النواب وعن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالانتخابات والضرائب ونزع الملكية لأجل المنفعة العامة، وبالبت في الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة والنزاعات المتعلقة

<sup>1</sup> ظهير شريف رقم 1.06.07 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 80.03 المحدث بموجبه محاكم استئناف إدارية. الجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 24 محرم 1427 (23 فبراير 2006)، ص 490.

<sup>2</sup> مرسوم رقم 2.92.59 صادر في 18 من جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993) تطبيقا لأحكام القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية.

<sup>3</sup> مرسوم رقم 2.06.187 صادر في 29 من جمادى الآخرة 1427 (25 يوليو 2006) بتحديد عدد محاكم الاستئناف الإدارية ومقارها ودوائر اختصاصها.

بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، وذلك كله وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون<sup>1</sup>.

### ج- طبيعة العمل وآليات الاشتغال

لا تكاد تختلف المحاكم الإدارية الاختلاف الكبير عن المحاكم العادية سوى في الاختصاص وبعد القواعد المسطرية والإجرائية البسيطة، إلا أن الغالب على المستوى المسطري هو اعتماد قواعد المسطرة المدنية المعتمدة أمام المحاكم العادية، حيث نص القانون المحدث للمحاكم الإدارية على: "تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك"<sup>2</sup>.

أما بخصوص الاختلاف في الاختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية بوصفها محاكم مختصة، والمحاكم الابتدائية بوصفها محاكم عادية، فإن الاختلاف لا يكاد يجاوز كون الدولة طرف في القضية الرائجة أمام المحكمة الإدارية، إلا أن طبيعة البت، ومضمون الحكم فهو يلتقي مع ما تبت وتحكم المحاكم العادية، وهو النظر في المظالم، ورد الحقوق إلى أصحابها، وتعويضهم عن الضرر الحاصل لهم من سلب تلك الحقوق.

## المحور الثالث: حسابات الموقعة وهامش الاجتهاد

### أولاً: بخصوص القضاء الدستوري

إن أردنا الانطلاق من حكم مسبق على ميل القضاء الدستوري المغربي إلى النزعة الشكلاية أو حس العدالة بناءً على المعطيات الأولية عن مرجعية التأسيس ومجالات التدخل وآليات الاشتغال سالف الذكر، فإن الحكم سيكون هو رجحان كفة النزعة الشكلاية نظراً لما يحاط به القضاء الدستوري من "أسيجة قانونية" تحول مبدئياً دون إعطاء القاضي الدستوري هامشاً كبيراً لإعمال الفكر القانوني والاستئناس بمدارسه المتعددة بما يخدم العدالة الدستورية.

لكن هذا الحكم المسبق يفقد وثوقيته عند الاحتكاك بقرارات القضاء الدستوري كونها المنفذ الوحيد المتاح إلى العقل القضائي/الدستوري المغربي، ويصير الحكم القاضي بوضع القضاء المذكور في كفة النزعة الشكلاية حكماً متأرجحاً حسب الظرف والسياق وطبيعة الأقضية التي

<sup>1</sup> ظهير شريف رقم 1.91.225،...، مرجع سابق.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، المادة 7.

تفصل فيها المحكمة الدستورية، فتجدها أميل ما يكون إلى النزعة الشكلائية تارة، وتجدها تتحرى جوهر العدالة تارة أخرى.

وتتعدد وجوه النزعة الشكلائية في عمل القاضي الدستوري المغربي إلى درجة لا يمكن حصرها في هذا المقام، والحق أن حضور تلك النزعة في عمل القاضي الدستوري لا يمكن أن يكون مأخذاً عليه، نظراً إلى الدور المنوط به وهو الحفاظ على الهندسة القانونية للدولة وتراتبية مكوناتها وعلى رأسها الوثيقة الدستورية، لكن بعد الاطلاع على بعض قرارات القضاء الدستوري وقراءتها باستحضار المهام الموكولة إليها التي يتوقف عليها سير مؤسسات الدولة، يمكن أن نسلم بعض تلك القرارات بوسم "المغالاة المسطرية"، وحتى يتضح معنى هذا الوسم نورد قراراً للمجلس الدستوري في هذا الباب ثم نقدم حججنا على وسمه بالمغالاة المسطرية.

في قرار صادر عن المجلس الدستوري خاص بالنظر في منازعة انتخابية تهم مجلس المستشارين، قضى المجلس بعدم قبول عريضة طعن قدمها شخصان ضد انتخاب شخص في مجلس المستشارين عن المجلس الجهوي لجهة الشرق، بحجة أن العريضة لا تتضمن عنوان أحدهما كما لا تتضمن صفة الشخص الآخر بناء على الفقرة الأولى من المادة 31 من القانون التنظيمي للمجلس الدستوري التي توجب أن تتضمن العرائض صفة الطاعن وعنوانه<sup>1</sup>.

تتجسد المغالاة المسطرية في هذا القرار، في عدم قبول عريضة الطعن شكلاً، وعدم الالتفات إلى الموضوع الذي قد يتضمن مستندات وحجج ذات أهمية بالغة قد تمنع ولوج من لا يستحق، وتتيح ولوج الأحق والأكفأ إلى مؤسسة دستورية كبرى مثل مجلس المستشارين، ما جعل المجلس الدستوري يحيد عن مهامه الكبرى، ويستأن بسنة القضاء العادي الذي له حجه الخاصة في التشدد في الإجراءات الشكلية للدعوى التي تروج أمامه كالضغط الذي يعرفه مرفق القضاء والمشاكل التي تقع فيها المحكمة بعد تقييد الدعوى إن كانت بياناتها ناقصة بخصوص التبليغ وما إلى ذلك من المهام التي تقع على عاتق المحكمة، كما أن الدعوى أمام المحاكم العادية غالباً ما تكون مقيدة على يد محام على دراية بالإجراءات والمساطر مما لا يشفع له التقصير في استيفاء البيانات والشروط الشكلية للدعوى.

أما بخصوص القضاء الدستوري، فله من الخصوصية وجسامة المهام الملقاة على عاتقه ما تحمله على تحري ما أمكن النظر في موضوعات العرائض المودعة لديه من أجل الحرص على

<sup>1</sup> قرار رقم 987/2016 بتاريخ 9 فبراير 2016، المجلس الدستوري، مجلة المحكمة الدستورية، ع 1، 2017، ص 108.

السير الأمثل لمؤسسات الدولة وضمان التمثيل الأفضل لإرادة الأمة في المؤسسات التشريعية، والعمل على الحد من الوقوع في العيوب الشكلية البسيطة.

يمكن أن نضرب مثالا على الحد من الوقوع في تلك الأخطاء الشكلية من خلال القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الذي تنص مادته 35 على: "العرائض تتضمن الاسم الشخصي والعائلي للطاعن وعنوانه واسمه الشخصي والاسم العائلي للمنتخب أو المنتخبين المنازع في انتخابهم وكذا صفاتهم<sup>1</sup>". كما نص القانون نفسه في مادته 34 على: "يحال النزاع إلى المحكمة الدستورية بعريضة مكتوبة تودع لدى أمانتها العامة أو لدى والي الجهة أو عامل العمالة أو الإقليم الذي جرت فيه العمليات الانتخابية أو لدى رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يجري الانتخاب بدائرتها"<sup>2</sup>.

وحيث إن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية عدّ الجهات التي تودع لديها عريضة النزاع في انتخابات أعضاء مجلس النواب ومجلس المستشارين بصيغة لا توجد في القضاء العادي تبعا للأهمية التي يحظى بها موضوع النزاع، فإنه من باب أولى تذليل جميع الصعوبات والعراقيل التي يمكن أن تقف في وجه ذلك النظر لحسم ذلك النزاع بما فيها الأخطاء الشكلية التي يمكن أن يقع فيها صاحب العريضة، خصوصا أنه يقوم بها غالبا بصفة شخصية وبدون الاستعانة بمحامي، وإن كان القانون يتيح له تلك الاستعانة، وإن كان الأجدر بممارس السياسة والمترشح لتمثيل الأمة أن يكون على دراية واسعة بالمقتضيات القانونية التي تنظم الحياة السياسية عامة والانتخابات خاصة بما فيها المنازعات الانتخابية، إلا أنه من باب أولى إيراد مقتضى في النصوص المنظمة للمنازعات الانتخابية يمكن أن يقدم نوعا من الإرشاد القضائي لذلك المنازع مثل: "تراجع الجهة التي أدليت لديها العريضة مع الطاعن توفر الشكليات التي يشترطها القانون في العريضة وصحتها، ولا يمكن أن يواجه الطاعن بعدم القبول بعد تسليمه وصل الإيداع". كما يمكن إعطاء المحكمة الدستورية صلاحية تعميم دوريات على الجهات التي تُدلى لديها العرائض تفيد بضرورة مراجعة العرائض مع أصحابها، الأمر الذي سيجعل المحكمة الدستورية تتفادى النظر في الشكليات البسيطة، والخوض في الموضوع الذي يفضي النظر فيه إلى الحسم في تركيبة مؤسسة تشريعية مهمة لعدة سنوات.

<sup>1</sup> ظهير شريف رقم 1.14.139، .... مرجع سابق.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

من جانب آخر، لا يمكن أن نغفل مجموعة من الإشارات في عديد القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري المغربي تدل على اجتهاد متجاوز للنزعة الشكلائية وضيق حرفية النص إلى رحابة المعاني والتأويلات المفتوحة على السياق السياسي الذي يعيشه عمل مؤسسات الدولة التي يرجع إلى القضاء الدستوري النظر في دستورية مجموعة من عملياتها.

نضرب مثالا على ذلك التجاوز للنزعة الشكلائية من خلال قرار صادر عن المجلس الدستوري سنة 2011 حيث قضى برفض التصريح بشغور 17 مقعدا في مجلس المستشارين<sup>1</sup>، وقد علّل المجلس الدستوري قراره بمجموعة من الحجج نورد بعضها حيث جاء في القرار: "وحيث إنه، لأن كان من حق عضو بمجلس المستشارين تقديم استقالته الفردية لأسباب خاصة وفقا لأحكام المادة 53 من القانون التنظيمي المتعلق بهذا المجلس، فإن الاستقالات المعروضة على المجلس الدستوري، المشار إليها أعلاه، بالنظر لتوقيتها وسياقها وهدفها، يجب اعتبارها سلوكا يهم سير المؤسسات الدستورية؛ وحيث إن تقديم سبعة عشر عضوا بمجلس المستشارين استقالاتهم قبل انتهاء مدة الانتداب القانوني الذي انتخبوا من أجله وعشية إجراء انتخابات مجلس النواب، يعد، فضلا عن الإخلال بالتميز الدستوري بين مجلسي البرلمان على مستوى مدة انتداب كل منهما وتواريخ انتهاء العضوية بهما وفقا للفصلين 62 و63 من الدستور، سلوكا يتنافى مع ما سبق بيانه من القيم والمبادئ الدستورية الرامية إلى تعزيز المؤسسات الدستورية، من خلال تكريس مبادئ النزاهة والمسؤولية والتلازم بين الحقوق والواجبات، وهو سلوك من شأنه النيل من مصداقية هذه المؤسسات ومن ثقة المواطنين فيها وتوهين صورتها لدى الرأي العام الوطني"<sup>2</sup>.

نجد القاضي الدستوري في هذا القرار لا يتوقف عند الفحص التقني/القانوني للاستقالات المقدمة من قبل أولئك الأعضاء في مجلس المستشارين، بل نجده رجل دولة، ورجل سياسة، ورجل وطن، يستحضر المرحلة الحساسة التي كان يمر بها المغرب في تلك الفترة المتمثلة في احتجاجات شعبية تجاوبت معها الدولة بإقرار دستور جديد وإجراء انتخابات نيابية مبكرة، ليحاول بذلك ممارسة السياسة من داخل المؤسسات الرسمية ومن خارجها إيجاد موطئ قدم في المرحلة الجديدة، وقد استعمل القاضي الدستوري عبارات من قبيل: "التوقيت، السياق، الأهداف"، كما خلص القاضي إلى أن تلك الاستقالة الجماعية هي سلوك يتنافى مع القيم والمبادئ الدستورية،

<sup>1</sup> قرار رقم: 819 /11. صدر بمقر المجلس الدستوري بالرباط في يوم الأربعاء 16 نونبر 2011، شوهد في:

بتاريخ 2022/02/12 <https://www.cour-constitutionnelle.ma>

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

ومن شأنه النيل من مصداقية المؤسسات وثقة المواطنين فيها، هذه العبارات وغيرها التي يتضمنها القرار المذكور هي عبارات سياسية بالأساس وإن كانت تستحضر في متنها فصولا دستورية إلا أنه استحضار مقاصد ومعاني لا استحضار كلمات ومباني.

لا يمكن عدّ القرار المذكور إلا محاولة من قبل القضاء الدستوري مستحضرا حس العدالة من أجل تحقيق جوهر العدل الذي يتجسد في هذا المقام في الحفاظ على سير عمل مؤسسات الدولة سيرا عاديا يحيي الدولة ويخدم المواطن بعيدا عن الحسابات والمصالح الشخصية الضيقة، لذلك فأى عمل من قبل القضاء الدستوري في هذا الباب هو لا شك عمل مبني على حس العدالة وجوهرها الذي يتجاوز في كثير من الأحيان مباني النصوص القانونية وحرفيتها.

### ثانيا: بخصوص القضاء الإداري

تفيد الشروط التاريخية التي تمخض عنها القضاء الإداري بأنه قضاء نشأ من أجل تكريس مبادئ العدالة وترسيخ مضامينها في العلاقات الناشئة بين المواطن والإدارة نظرا لتفاوت القدرات والإمكانيات المتوفرة لكل طرف، فالحكومة – وهي طرف في كل منازعة إدارية- تقف معتمدة على جهاز ضخم من الموظفين، معترزة بما تملكه من سلطة في تقدير الصالح العام، وأمامها خصم يغلب أن يكون شخصا بسيطا لا حول له ولا قوة<sup>1</sup>. ويعتمد القضاء الإداري في جهوده تلك على مجموعة من المبادئ والمقاصد التي تقوم عليها الدولة الحديثة من قبيل خضوع الدولة للقانون كالأفراد سواء بسواء<sup>2</sup>، فالقاضي الإداري عندما ينظر في النزاع المعروض عليه، فإنه يحاول أن يعيد التوازن إلى طرفي العملية التعاقدية [الدولة والشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينتهي إلى القانون الخاص] المتميزة أصلا بعدم التكافؤ بين طرف يتوفر على امتيازات وبنود لصالحه غير مألوفة في القانون الخاص، وطرف أقل امتيازاً في هذه العلاقة، من خلال التعامل مع الطرفين من منظور واحد<sup>3</sup>.

وقد أدى عمل القضاء الإداري على إنصاف الطرف الأضعف في النزاع الناشئ ضد الإدارة إلى بلورة ضوابط ومعايير لإثارة مسؤولية الإدارة تختلف عن المسؤولية المدنية المبنية على ثلاثة

<sup>1</sup> برهان زوق، مبادئ وقواعد إجراءات القضاء الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، 2011، ص 17.

<sup>2</sup> محمد عبد الباسط، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 6.

<sup>3</sup> أنوار شقروني، العملية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية، مجلة المعيار، ع 40، كانون الأول 2008، ص 102.

أركان هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، حيث نجد أن المسؤولية الإدارية تطورت من خلال الانتقال من أساس الخطأ واجب الإثبات إلى إقرارها دون خطأ<sup>1</sup>.

ويتمتع القضاء الإداري نظرياً بمساحة واسعة للاجتهاد في أحكامه وقراراته نظراً للمرونة التشريعية التي تحكمه بخلاف الصلابة التشريعية التي يتسم بها القضاء الدستوري، مما يستلزم عملاً أكبر من القاضي الإداري في باب تكريس مبادئ العدالة ومضامينها وإعماله أكثر ما يكون حسن العدالة لديه من أجل إنصاف الطرف الذي يدخل مع الإدارة في نزاع، لكن ذلك لا يعني مثلاً في ما يخص المتعاقدين مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية أن دور القاضي بالأساس حماية الطرف الأقل امتيازاً في العقد، ولكن على النقيض من ذلك، فهو يحاول أن يوازن بين حق الإدارة في الحصول على أشغال عمومية ذات جودة عالية [...] وبين حق المفاوضة في تحقيق هدفها الأساسي من الدخول فكي العملية التعاقدية والذي هو الحصول على ربح ومنفعة مادية منها<sup>2</sup>، ونجد ترجمة هذا الاتجاه في العديد من أحكام وقرارات القضاء الإداري المغربي، حيث إذا تقدم أحد دائني الإدارة بطلب لاستيفاء الدين الذي في ذمتها، يفحص القاضي قيام ذلك الطرف بما يتعلق بمسؤوليته من إنجاز جميع الأشغال موضوع التعاقد وذلك ما نجده في متن الحكم التالي: "وحيث إنه من الثابت من وثائق الملف أن الشركة المدعية قد قامت بإنجاز جميع الأشغال موضوع التعاقد على اعتبار أنها قامت بتسليم هذه الأشغال تسليماً نهائياً"<sup>3</sup>. وبعد فحص القاضي الإداري قيام الشركة بما يلزمها تجاه الإدارة على الوجه المطلوب، نظر في الطلب الخاص باستيفاء ما في ذمة الإدارة من مستحقات مؤخّرة، ف قضى الحكم على الإدارة بأداء الإدارة المبلغ المطلوب لفائدة الشركة مع الفوائد القانونية<sup>4</sup>.

وبشكل عام، فإن القضاء الإداري بالمغرب يتوفر على مجموعة من الصلاحيات القانونية التي تتيح له هامشاً كبيراً من الاجتهاد يمكن أن يُستثمر في تكريس مبادئ ومضامين العدالة وإن لم تكن النصوص القانونية متضمنة لها بشكل صريح أو تفصيلي، لذلك نجد القاضي الإداري في كثير من الأحكام والقرارات القضائية أميل ما يكون لتحكيم كثير من القواعد العامة والمبادئ والمقاصد التي تنتمى مع حس العدالة السليم الذي يحوي الطرف الأضعف في النزاع الناشئ مع الإدارة، لكن

<sup>1</sup> سعاد بوزيان، خصوصية ركن الضرر في المسؤولية الإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، ع 01، مارس 2021، ص 1044.

<sup>2</sup> شقروني، العملية القضائية...، مرجع سابق، ص 102-103.

<sup>3</sup> حكم رقم 1288، قسم الإلغاء، المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2007/06/11.

<sup>4</sup> المرجع نفسه.



بنوع من التوازن الذي يستحضر المصلحة العامة ومقتضيات السيادة التي يستلزمها عمل مؤسسات الدولة، إلا أنه يمكن إثارة الملاحظة نفسها التي أثارناها في باب القضاء الدستوري المتعلقة بالحرص الكبير على النظر في الأمور الشكلية المتصلة بالدعوى وإثارها كلما كان بها خلل ولو بسيط يتعلق بمعلومات أو بيانات يوجب القانون توفرها في الدعوى، إلا أن الحرص لدى القضاء الإداري له مبررات أكثر من تلك التي لدى القضاء الدستوري، فالإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية تستلزم بأنه: "ترفع القضايا إلى المحاكم الإدارية بمقال مكتوب يوقعه محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب"<sup>1</sup>، لذلك فإن اقتضاء المشرع توقيع المحامي كونه أحد مساعدي القضاء الذين يفترض توفرهم على الكفاءة القانونية الكافية لضمان المحاكمة العادلة بما فيها سلامة الإجراءات والشكليات المطلوبة في الدعوى من أجل تلافي المشاكل التي يمكن أن تعترض عمل المحكمة في باب التبليغ مثلا، الأمر الذي قد يفضي إلى هدر الزمن القضائي الذي تتعلق به حقوق ومصالح، إلا أن التعويل التام على كفاءة المحامي قد يتسم بنوع من الإجحاف نظرا لكثرة الدعاوى التي تحكم فيها المحاكم الإدارية بعدم القبول لعيب في الشكل، وقد تتوقف على تلك الدعاوى مصالح وحقوق مواطنين كثير يحتاجون إلى حكم قضائي ينصفهم في رد حقوقهم لدى الإدارة أو المرتبطة بذمة شركة دائنة للإدارة، الأمر الذي قد يهدد الاستقرار المادي والأسري والاجتماعي لأولئك المواطنين بسبب عيب في الشكل غفل عنه المحامي الموكّل أثناء رفعه الدعوى إلى المحكمة الإدارية، الأمر الذي يستلزم إعادة النظر في مسألة الحكم بعدم القبول لعيب في الشكل من خلال إضافة مقتضيات قانونية في النصوص المنظمة لعمل القضاء الإداري تتضمن نوعا من "الإرشاد القضائي" لرافعي الدعاوى ضد الإدارة من أجل ضمان انكباب القاضي الإداري على جوهر القضية الذي تتوقف عليه كما سبق الذكر حقوق ومصالح مواطنين إن لم يمكنهم منها القاضي الإداري فقد يحيد عن تجسيد مضامين العدالة المطلوبة بسبب الوقوف عند نزعة شكلائية تخدم شكل القانون وتحمي حروفه بعيدا عن المقاصد والمرامي التي لا يمكن أن تخرج عن حس العدالة السليم.

<sup>1</sup> ظهير شريف رقم 1.91.225....، مرجع سابق.

## خاتمة

ختاماً، يمكن القول إن التآرجح الذي وقفنا عليه في متن هذه الورقة البحثية بين النزعة الشكلانية وحس العدالة لدى كل من القضاء الدستوري والإداري في المغرب، وإن كان يعبر عن حركة فكرية من داخل العقل القضائي الدستوري/الإداري المغربي، وعن محاولات اجتهادية لا تقف عند إنفاذ المقتضيات القانونية، إلا أن ذلك التآرجح يمكن أن يثير أسئلة مهمة تُعنى بمسألتين هما: "الانسجام" و"اتضح دلالة النصوص القانونية على النوازل" المعروضة على القضاء.

يستثير التآرجح الحاصل في عمل القضاء الدستوري والقضاء الإداري وإن بنسب متفاوتة بين الفحص التقني/القانوني للنوازل المعروضة، وبين الاجتهاد الذي يصبو إلى تجاوز ضيق النص إلى سعة جوهر العدالة ومضمونها سؤال الانسجام الذي يطرح نفسه بإلحاح على أحكام وقرارات كل من القضاة الدستوري والإداري، لأن الانسجام المضطرب والمتواصل هو السبيل لإنتاج عقل قضائي قادر على توحيد الاجتهاد القضائي للقضاء المغربي بمختلف أنواعه وتخصصاته، مما يمكن أن يُفرز مدرسة قانونية متسقة الأسس والمرجعيات والمناهج المعرفية.

أما بخصوص مسألة اتضح دلالة النصوص على النوازل المعروضة على القضاة الدستوري والإداري، فتتعلق بعدم تقديم القاضي الدستوري مثلاً لوجه الاستدلال التي اعتمدها كي يحتج بنص دستوري معين على نازلة معينة، بل يكتفي بإيراد النص وإيقاعه على النازلة دون كبير عناء في الربط والاستدلال والحجاج، وذلك ما يجعل من الصعوبة بمكان النفاذ إلى العقل الناظم لعمل القضاء الدستوري أو القضاء الإداري بالمغرب، وي طرح السؤال التالي: هل توجد مدرسة قضائية مغربية راسخة القواعد واضحة المعالم، أم هي مجرد هيئات تتوالى، فتحكم كل هيئة بما بدا لها تبعاً لميولات أعضائها ورؤاهم المعرفية واختياراتهم القانونية؟

## لائحة المراجع

### 1. المراجع باللغة العربية

#### كتب

- دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، نوفمبر 1981.
- عبد الرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1996.
- برهان زريق، مبادئ وقواعد إجراءات القضاء الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، 2011.
- محمد عبد الباسط، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

#### وثائق

- قرار رقم 70/18 الصادر عن المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بتاريخ الثلاثاء 6 مارس 2018.
- قرار رقم 80/18 الصادر عن المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بتاريخ الثلاثاء 12 يونيو 2018.
- ظهير شريف رقم 1.14.139 صادر في 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية.
- مرسوم رقم 2.06.187 صادر في 29 من جمادى الآخرة 1427 (25 يوليو 2006) بتحديد عدد محاكم الاستئناف الإدارية ومقارها ودوائر اختصاصها.
- قرار رقم 987/2016 بتاريخ 9 فبراير 2016، المجلس الدستوري، مجلة المحكمة الدستورية، ع 1، 2017.
- قرار رقم: 11 / 819، صدر بمقر المجلس الدستوري بالرباط في يوم الأربعاء 16 نونبر 2011.
- الجامع لمبادئ وقواعد القضاء الدستوري من خلال قرارات الغرفة الدستورية والمجلس الدستوري المجلس الدستوري - المملكة المغربية، مطبعة الأمنية - الرباط، 2015.

## مقالات

- مصطفى الخفاجي، "فلسفة القانون عند أرسطو"، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، المجلد 4، ع 2، جامعة بابل، العراق، 2014.
- فهد الكساسبة، "القيم في فلسفة القانون"، مجلة الدراسات الأمنية، ع 1، مركز الدراسات الاستراتيجية الأمنية، كانون الثاني 2009.
- أنوار شقروني، "الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية، مجلة المعيار، ع 40، كانون الأول 2008.
- سعاد بوزيان، "خصوصية ركن الضرر في المسؤولية الإدارية"، مجلة الاجتهاد القضائي، ع 01، مارس 2021.
- حسن هجيج وفخري أحمد علي، "فلسفة العدالة القانونية"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 1، 2019.
- ياسر قنصوه، "العدل والقانون في الفكر السياسي المعاصر"، مجلة التفاهم، ع 47، 2015.

## الفصل الثالث عشر

# مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية في تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب

The principle of Equality of Public Costs in Morocco's administrative Judicial  
Applications

## د.العدنان العزاوي

دكتور في القانون العام والعلوم السياسية، باحث  
في القانون الإداري والمنازعات الإدارية

## ملخص

يعتبر مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية، أحد أهم المبادئ الأساسية التي تقرها إعلانات الحقوق العالمية والمواثيق الدولية وتؤكد عليها أغلب الدساتير بالدول الحديثة. ولم يحد الدستور المغربي لسنة 2011 عن هذا التوجه العالي، حيث جاء في الفصل 39 منه، أن: "على الجميع أن يتحمل، كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية، التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها، وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور".

ومما يبرز أهمية مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية على المستويين القانوني والقضائي، استناد جانب كبير من الفقه والقضاء، لا سيما في مجال المسؤولية الإدارية، على هذا المبدأ بقصد تبرير الواجب الذي يقع على عاتق أشخاص القانون العام بتعويض الأضرار التي قد يسببها نشاطها في سبيل تحقيق المنفعة العامة التي يستفيد منها الجميع.

ويمثل مجال التعويض عن الأضرار التي تستهدف المساس بحق الملكية من أجل المنفعة العامة وكذا مجال التعويض عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية المشروعة أو المبررة بمبدأ الحفاظ على النظام العام أبرز المجالات التي يعتمد فيها القضاء لتطبيق مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية للحكم على أشخاص القانون العام بجبر الأضرار التي تتسبب فيها أعمالها ونشاطاتها.

الكلمات المفتاح: مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية – المسؤولية الإدارية – حق الملكية – تطبيق القرارات الإدارية – التعويض عن الأضرار.

## Abstract

The principle of equality against public costs is one of the most fundamental principles recognized in the declarations of universal rights and international instruments and affirmed by most constitutions in modern States. The Moroccan Constitution of 2011 does not limit this global trend. Article 39 of the Constitution states: "Everyone shall bear, to the best of his ability, the public costs, created and distributed by law alone, in accordance with the procedures laid down in this Constitution."

The importance of the principle of equality before public costs at the legal and judicial levels is underscored by the fact that much of the jurisprudence and the judiciary, particularly in the area of administrative liability, is based on this principle in order to justify the duty of subjects of public law to compensate for damages that may be caused by their activity for the public benefit of all.

The area of compensation for damages aimed at infringing the right to property for the public good, as well as for damages resulting from the application of legitimate administrative decisions or justified by the principle of the maintenance of public order, are the most prominent areas in which the judiciary has applied the principle of equality to the public costs of sentencing subjects of public law for damages caused by their actions and activities.

Keywords: principle of equality against public costs - administrative liability - right to own property - application of administrative decisions - compensation for damages.

## مقدمة

يعتبر إخضاع الدولة لرقابة القضاء أحد أبرز مظاهر دولة القانون وأحد المبادئ الأساسية لقيام الدولة الحديثة، التي تأسست في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، كما تعتبر هذه الرقابة القضائية وسيلة أساسية لحماية "دولة القانون" وضمان تحققها<sup>1</sup>.

وتتجلى أهم وسيلة لرقابة القضاء على الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام، إلى جانب مراقبة المشروعية عن طريق الإلغاء في قضاء المسؤولية الإدارية الذي يختص بمكانة متميزة بالقانون المغربي، باعتباره آلية تخضع بموجبها الإدارة للمقتضيات التشريعية والتنظيمية وتلزمها عند الضرورة بجبر الأضرار التي قد تنجم عن أنشطتها وأعمالها المتنوعة<sup>2</sup>.

ولعل الباحث، أو الدارس أو المهتم، في مجال القضاء الإداري سيلاحظ، لا محالة، استناد القاضي في أحكامه وقراراته، وهو بصدد معالجة القضايا المعروضة عليه، لا سيما في مجال المسؤولية الإدارية، على أعمال العديد من المبادئ الدستورية والقانونية.

ولعل أهم هذه المبادئ مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية، الذي يعتبر أحد المبادئ الأساسية التي تقرها إعلانات الحقوق العالمية والمواثيق الدولية وتؤكد عليها أغلب الدساتير بالدول الحديثة. ولم يحد الدستور المغربي، من جهته، عن هذا التوجه العالمي، إذ جاء في الفصل 39 منه، أن: "على الجميع أن يتحمل، كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية، التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها، وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور".

ويقوم هذا المبدأ في مجال المسؤولية الإدارية على فكرة مفادها أن لا يتحمل جانب من المواطنين أضراراً غير عادية في سبيل تحقيق منفعة عامة يستفيد منها الجميع. ذلك أن على السلطات العمومية أن تعامل المواطنين على قدم المساواة، وتقديم تعويضات مادية، عند الاقتضاء، للمتضررين من التدابير والقرارات التي تتخذها من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وإذا كان هاجس القضاء الإداري يتمثل، أساساً، في السهر على تطبيق القانون بكيفية تضمن الحفاظ مبدأ التوازن بين حقوق المرتفقين وحقوق الإدارة، وإنصاف المتقاضين وجبر الأضرار، التي قد تلحق بهم من جراء أعمال ونشاطات الإدارات العمومية، عند الاقتضاء، فإن

<sup>1</sup> أحمد مالكي، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2001، مراكش، ص 185.  
<sup>2</sup> العدناني العزاوي، المسؤولية الإدارية بدون خطأ في القانون المغربي، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2022، مراكش، ص 9.



البين من توجهات القضاء الإداري المغربي أن الاستناد إلى مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية يكاد يكون مقتصرًا على مجال المسؤولية الإدارية بدون خطأ دون غيره من مجالات المسؤولية الإدارية.

ويبدو هذا الواقع، بارزًا بجلاء، من خلال تبني الاجتهاد القضائي بالمغرب لهذا التوجه في مجال التعويض عن الأضرار الناتجة عن المساس بحق الملكية سواء عن طريق مسطرة نزاع الملكية لأجل المنفعة العامة، أو بسبب تنفيذ الهيئات العمومية لمختلف الأشغال الموكول لها القيام بها (المبحث الأول).

كما أن مجال إعمال القضاء الإداري لمبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية، عرف اتساعًا مهمًا، حيث توسع ليشمل نطاق المسؤولية الإدارية عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية المشروعة أو المبررة بمبدأ الحفاظ على النظام العام (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: مبدأ المساواة كأساس للتعويض عن الأضرار الناتجة عن المساس بحق الملكية

يعتبر الحفاظ على حق الملكية أحد الحقوق الأساسية التي خصها الدستور المغربي، كما هو الحال بالنسبة للعديد من التشريعات الوطنية والدولية، بمكانة خاصة ومتميزة. ذلك أن المقتضيات الواردة بالدستور تؤكد على أن الملكية حق يضمنه القانون ولا يمكن المساس به، ولو عن طريق نزاع الملكية لأجل المنفعة العامة، إلا وفق الإجراءات التي تنص عليها المقتضيات القانونية (المطلب الأول). كما أن مسؤولية التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن تنفيذ الأشغال العمومية تقع على عاتق الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية التي قامت بها، وإن كان ذلك بغاية تحقيق مصلحة عامة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مبدأ المساواة كأساس للتعويض عن الأضرار الناتجة عن نزاع الملكية لأجل المنفعة العامة

إذا كانت المقتضيات الدستورية والقانونية المعمول بها تكفل صراحة الحماية اللازمة لحق الملكية، فإنها، بالمقابل، تمنح للإدارات العمومية امتياز المساس بهذا الحق وفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، المتعلق بنزع ملكية العقارات المملوكة للخواص لأجل تنفيذ مشاريع أو استغلالها في تنفيذ أشغال وإنجاز مشاريع تعود بالنفع على المجتمع.

ولاشك أن القرارات الإدارية الصادرة في إطار مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، تشكل تجسيدا واقعيا وتفعيلا حقيقيا لتدخل الدولة والجماعات الترابية وغيرها من الأشخاص المعنوية للقانون العام في سيرورة تنشيط الاقتصاد وتقديم الخدمات ذات البعد الاجتماعي<sup>1</sup>. والحقيقة أن كل قرار تباشر بموجبه إدارة عمومية مسطرة نزع ملكية أحد الخواص، من أجل تنفيذ أشغال عمومية، يعتبر مساسا بحق الملكية الخاصة يستحق المتضرر، بناء عليه (أي القرار)، الحصول على تعويض عادل ومنصف من جراء ذلك. ويدخل هذا التعويض الذي يحكم به القاضي للمتضرر في هذا الباب في حكم الإقرار بمسؤولية الإدارة بدون خطأ استنادا على مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية<sup>2</sup>.

وإذا كان للدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية، حق اللجوء، عند الاقتضاء وكلما كانت في حاجة إلى ذلك، إلى نزع ملكية العقارات من أجل تحقيق المنفعة العامة، فإنها تبقى ملزمة باحترام المقتضيات القانونية التنظيمية المتعلقة بهذا الإجراء<sup>3</sup>، وبسلوك الإجراءات والمساطر المنصوص عليها بمقتضى القانون المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت<sup>4</sup>.

ولا خلاف أن مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة تخضع لشروط أساسية تكون الغاية منها خلق نوع من التوازن والتوفيق بين نوعين من الحقوق، يبدوان، ظاهريا، على أنهما متنافيان، حيث يتعين، من جهة أولى، احترام القرارات الإدارية الصادرة بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة، ومن جهة أخرى، البحث عن وسيلة يتمكن بواسطتها المزروعة ملكيته من الحصول على تعويض منصف وعادل، يجبر الأضرار التي تحلق به من جراء المساس بحقه في الملكية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عصام بنجلون، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2005-2006، ص. 377.

<sup>2</sup> SERHANE (El H.), Le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public marocain, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université de Bordeaux I, 1989, p. 238.

<sup>3</sup> « Dans un Etat organisé, quelle que soit la base sur laquelle se fonde la puissance publique...il faut admettre...que ces pouvoirs de puissance publique, doivent être réglementés... », JAGER (G.), L'expropriation en droit public chérifien, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de l'université de Montpellier, édition Félix Moncho, Rabat, 1935, pp. 82-83.

<sup>4</sup> - حكم المحكمة الإدارية بمراكش، ع. 134، صادر بتاريخ 19 يونيو 2002، بنواكريم الحسين ضد وزير التربية الوطنية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 50 ماي - يونيو 2003، ص. 190.

<sup>5</sup> D'après M. JAGER (G.), « Deux grandes règles dominent l'expropriation par cause d'utilité publique, respect du droit de propriété privée et soumission de ce droit à l'intérêt public. Et pour concilier harmonieusement deux droits, qui s'avèrent

ولقد دأب العمل القضائي بالمغرب على اعتبار تصرف الإدارة خارج الإطار القانوني السالف الذكر من قبيل الاعتداء المادي<sup>1</sup>، والذي يعرفه القضاء الإداري بأنه "كل عمل مادي غير شرعي تأتية الإدارة في مواجهة الأفراد، بحيث يتميز بعدم شرعيته الجسمية الشيء الذي يفقده كل علاقة بالسلطة الإدارية المخولة للإدارة"<sup>2</sup>، وأنه "عمل مادي غير مرتبط بأي نص تشريعي أو تنظيمي"<sup>3</sup>.

ومما ينبغي التأكيد عليه في هذا الصدد، أن امتياز نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، لم يعد مقتصرا على الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية، فحسب، بل إن المشرع قد منح هذا الامتياز كذلك للأشخاص المعنوية الجارية عليها أحكام القانون الخاص الذين تفوض إليهم السلطة العمومية، في إطار عقود الامتياز، من أجل إنجاز أشغال ذات منفعة عامة<sup>4</sup>، شريطة أن يكون ذلك في إطار القواعد والإجراءات المحددة بمقتضى القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت.

ولقد أصبحت للقاضي الإداري صلاحية البت في توافر عنصر أو شرط المنفعة العامة، في المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية، من أجل نزع ملكية العقارات التي يتطلبها إنجاز مشاريع ذات النفع العام، من خلال إعمال نظرية الموازنة بين منافع ومضار نزع ملكية هذه العقارات.

وتعتبر مراقبة جهاز القضاء لتوفر عنصر المنفعة العامة، باعتبارها تمظهرا حقيقيا للدفاع عن مبدأ المساواة، خطوة جريئة ومهمة في اتجاه تدعيم حقوق وحريات المواطنين<sup>5</sup>، ذلك

« incompatibles, il faut trouver le troisième principe de l'expropriation: paiement d'une juste et préalable indemnité », L'expropriation en droit public chérifien, op.cit, p. 1.

<sup>1</sup> SERHANE (El H.), Les développements récents du « droit de la propriété » dans le contentieux administratif marocain, R.E.M.A.L.D., Numéro double 20-21, Juillet – Décembre 1997, p. 87 et suivantes.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، ع. 3912، بتاريخ 25 أكتوبر 2012، محمد الشودري ضد الجماعة الحضرية مرتيل، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 107، نونبر - دجنبر 2012، ص. 262.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى ع. 74، صادر بتاريخ 12 مارس 1993، تمت الإشارة إلى حيثيات هذا القرار بحكم المحكمة الإدارية بمراكش، ع. 134، المذكور أعلاه.

<sup>4</sup> المصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية الملكية العقارية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2013، ص. 29.

<sup>5</sup> عصام بنجلون، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، م. س.، ص. 376.

أن رقابة القضاء الإداري، سواء بالمغرب أو بغيره من الدول المقارنة، كانت تتوقف بهذا الخصوص عند فحص عيب انحراف السلطة<sup>1</sup>.

ولقد ظهرت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لأول مرة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي في 28 مايو 1971، وهو يبت في قضية وزارة التجهيز والإسكان ضد جمعية الدفاع عن الأشخاص المعنيين بمشروع "المدينة الشرقية الجديدة" بمدينة ليل، حيث اعتبر مجلس الدولة في هذا القرار أن الإقرار بتوافر عنصر المنفعة العامة مشروط بكون الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة أو التكلفة المالية والآثار الاجتماعية أو الأضرار التي يلحقها بمنفعة أخرى ليست مفرطة بالنظر للمنفعة التي يحققها<sup>2</sup>.

وتهدف نظرية الموازنة، في تصور بعض الفقه<sup>3</sup>، إلى حمل رجل الإدارة على مراعاة مبدأ التوازن بين ما ستجنيه المصلحة العامة في مشروع ما من فوائد ومنافع وبين ما سيصيب المصلحة الخاصة للأفراد والجماعات من أضرار فادحة محققة عند إصدار القرار. ذلك أن المصلحة العامة نفسها، يمكن أن يلحقها ضرر عندما تفوق تكاليف إنجاز مشروع مزاياه أو حينما تنتج عنه أضرار صحية أو بيئية أو جمالية فضلا عن الأضرار المالية.

ولعل أبرز نموذج للقرارات القضائية التي أعمل فيها القضاء الإداري المغربي نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، وهو يبت في توافر شرط المنفعة العامة، قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قضية الشركة العقارية ميموزا، الذي ألغى بمقتضاه المرسوم الصادر بإعلان المنفعة العامة، حيث جاء فيه:

<sup>1</sup>- أحمد أجعون، اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، 1999 - 2000، ص. 364.  
- محمد المنتصر الداودي، القضاء الإداري مسيرة متطورة: دور الغرفة الإدارية في الحفاظ على مكاسمها، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، ط. 1، الرباط، 2014، ص. 214.

<sup>2</sup> « Considérant qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs en égard à l'intérêt qu'elle présente », C.E, 28 Mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement C/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet dénommé « ville nouvelle Est », Rec. 409, Conclusions BRAIBANT (G.)- DELVOLLE (P.) - GENEVOIS (B.) - LONG (M.)- WEIL (P.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 18<sup>ème</sup> édition, Paris, 2011, pp. 581-593.

<sup>3</sup> الحسن سيمو، تطور القضاء الإداري الفرنسي وتأثيره على كل من القضاء الإداري المصري والمغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية، ع. 17، أكتوبر- دجنبر 1996، ص. 12.

"إذا كانت الإدارة تتوفر على السلطة التقديرية في نصوص المصلحة العامة التي تسعى إلى تحقيقها من وراء نزع الملكية، فإن ذلك لا يمنع القضاء الإداري من مراقبة مضمون وأغراض المصلحة العامة المذكورة، وما إذا كان المنزوع ملكيته - كما هو الحال في النازلة - يسعى إلى تحقيق نفس الأغراض والأهداف بموافقة الإدارة المسبقة لإنجاز هذا المشروع..."<sup>1</sup>.

"إن المنفعة العامة، التي تتذرع بها الإدارة لإصدار المرسوم المطعون فيه، قد تحققت، بالفعل، عبر المشروع الذي أنجزت الطاعنة طرفاً مهماً منه باعتراف الإدارة نفسها وبموافقتها الواضحة والصريحة على ذلك، مما تكون معه الإدارة وقد تمسكت بوجود نزع الملكية المذكورة للمنفعة العامة متذرة بسلطتها التقديرية قد انحرفت في استعمال هذه السلطة..."<sup>2</sup>.

ويرى الأستاذ المصطفى التراب "أن القضاء الإداري قد بين من خلال هذا القرار عزمه على ممارسة حمايته لحق الملكية العقارية عن طريق تسليط رقابته لشرط المنفعة العامة في نزع الملكية، وذلك لما استشعر تذرع الإدارة بالمصلحة العامة في كل مرسوم لنزع الملكية، من أجل التستر على المضاربة التي أضحت تضيء على بعض من تصرفاتها"<sup>3</sup>.

ولقد تبني المجلس الأعلى نفس الموقف في القرار الذي أصدره في قضية بوبكر بنعيسى الأبيض بتاريخ 7 ماي 1997، حيث أكد من خلاله على أنه: "وحيث إن الاتجاه الحديث في القضاء الإداري لا يكتفي بالنظر إلى المنفعة العامة نظرة مجردة، وإنما يتجاوز ذلك إلى النظر فيما يعود إليه القرار من فائدة تحقق أكبر قدر من المنفعة العامة وذلك عن طريق الموازنة بين الفوائد التي يحققها المشروع المزمع إنشاؤه والمصالح الخاصة التي سيمس بها. وبالتالي تقرير قرار نزع الملكية على ضوء مزاياه وسلبياته والمقارنة بين المصالح المتعارضة للإدارة والخواص المنزوع ملكيتهم، كل ذلك في إطار نطاق المشروعية المخولة لقاضي الإلغاء"<sup>4</sup>.

وإذا كان القانون المتعلق بنزع الملكية، لأجل المنفعة العامة يخول للدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية حق اتخاذ قرار نزع الملكية متى تحققت الشروط والمقتضيات واحترمت الإدارة كل الإجراءات، لا سيما تقديم طلب نقل الملكية داخل الآجال القانونية، فإن

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى، ع. 378 بتاريخ 10 فبراير 1992 في الملف رقم 10023، الشركة العقارية ميموزا ضد الوزير الأول ومن معه، مشار إليه في محمد المنتصر الداودي، القضاء الإداري مسيرة متطورة: دور الغرفة الإدارية في الحفاظ على مكاسها، م. س.، ص. 218.

<sup>2</sup> المصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية الملكية العقارية، م. س.، ص. 33 - 34.

<sup>3</sup> قرار رقم 500، صادر في 7 ماي 1997، ملف إداري 95/63، مشار إليه لدى حسن صهيبي، القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، ع. 3، ط. 2، المطبعة والوراقة الوطنية، 2019، ص. 58.

المشرع قد حرص على ضمان حصول الموزع ملكيته على تعويض عادل يغطي الأضرار الناتجة عن نزع الملكية<sup>1</sup>، وهو تعويض تحدده المحكمة ويستحقه الموزعة ملكيته تلقائياً<sup>2</sup>.

ومما تنبغي الإشارة إليه، أن القواعد والشروط التي يستلزمها تقدير التعويض المستحق العادل والمنصف والتي تنبغي مراعاتها من قبل المحكمة وهي تعمل على تحديد مبلغ التعويض عن الأضرار الناتجة مباشرة عن المساس بحق الملكية لأجل المنفعة العامة، الذي يندرج ضمن حالات المسؤولية الإدارية بدون خطأ، عن تلك الواردة على سبيل الحصر في الفصل 20 من القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت.

وعلى الرغم مما تعرض له موقف المشرع المغربي، من انتقاد من طرف جانب من الفقه<sup>3</sup>؛ حيث يلاحظ أن التعويض في مجال نزع الملكية يقتصر على الضرر الحال دون الضرر المستقبل ولو كان ضرراً محقق الوقوع، مما يشكل بحسب هذا الرأي، مساساً "بقاعدتي عدالة التعويض ومساواة الأفراد أمام التكاليف العامة"؛ فإن موقف القضاء لا يختلف عن موقف المشرع، حيث يؤكد هو الآخر على أن التعويض لا يغطي إلا "الضرر المباشر الناتج عن نزع الملكية ولا يشمل الاستفادة من التحسينات التي قد تطرأ على العقار بعد إعلان المنفعة العامة"<sup>4</sup>.

وإذا كان المشرع المغربي قد منح الإدارات العمومية امتياز القيام بإجراءات نزع ملكية عقارات تعود للخواص لأجل تنفيذ مشاريع ذات النفع العام، في مقابل تعويض يحكم به القاضي للمتضرر من المساس بحق ملكيته، فإنه قد جعل على عاتقها واجب الالتزام بتنفيذ الأشغال وإنجاز المشاريع التي ترى بأنها ستعود بالنفع العام على المجتمع، مع تحمل مسؤولية التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن تنفيذ الأشغال والمشاريع العمومية تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية.

<sup>1</sup> محمد المنتصر الداودي، القضاء الإداري مسيرة متطورة: دور الغرفة الإدارية في الحفاظ على مكاسيها، م. س. ص. 253.

<sup>2</sup> محمد قدوري، مسطرة المطالبة بالتعويض عن نقل الملكية والاعتداء المادي في إطار القانون 81.7، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة فقه المنازعات الإدارية، ع. 1، ط. 1، 2011، ص. 91.

<sup>3</sup> أحمد أجعون، اختصاصات المحاكم الإدارية في محل نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، م. س. ص. 227.

<sup>4</sup> قرار المجلس الأعلى، ع. 31، صادر بتاريخ 13 يناير 2010، ملف إداري ع. 2009/2/4/693، المصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية الملكية العقارية، الملحق الأول، قرارات المجلس الأعلى الصادر في قضايا نزع الملكية، م. س. ص. 153-155.

## المطلب الثاني: مبدأ المساواة كأساس للتعويض عن الأضرار الناتجة عن تنفيذ الأشغال العمومية

يشكل مجال التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأشغال العمومية المجال الأمثل لتطبيق نظرية المسؤولية الإدارية. ذلك أن الأضرار الناتجة عن تنفيذ أحد الأشغال أو إنجاز إحدى المنشآت العمومية، يمكن أن تكون سببا لإثارة مسؤولية الإدارة وإلزامها بالتعويض، وليس من الضرورة أن يكون ذلك بناء على خطأ من جانبها، وإنما على أساس على مبدأ دستوري يتمثل في مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية<sup>1</sup>.

ويقصد بالأشغال العمومية، بحسب الأستاذ باينة تلك "الأشغال الجارية على عقارات، والمنجزة في إطار تحقيق منفعة عامة وبواسطة شخص عمومي أو لحسابه في نطاق المرفق العمومي"<sup>2</sup>.

ويعتبر القضاء الإداري أن مسؤولية الدولة والجماعات الترابية، وغيرها من الإدارات العمومية، عن الأضرار التي تسببها المنشآت العمومية أو الأشغال التي تنفذها، لا تقوم على شرط الخطأ وإنما بدون خطأ بناء على مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية.

ولا شك أن هذا النظام، باعتقاد بعض الفقه، "يعد ايجابيا بالنسبة للضحية"<sup>3</sup>، ذلك أنه يتيح التعويض التلقائي من قبل الشخص العمومي المسؤول عنه عند إثبات العلاقة السببية بين الضرر المحقق والأشغال المنفذة<sup>4</sup>.

ولقد أقر المشرع المغربي التعويض عن هذه الأضرار، لأول مرة، بمقتضى المادة الثامنة من الظهير المتعلق بالتنظيم القضائي لسنة 1913 التي يخول بمقتضاها للمحاكم الفرنسية المحدثه في ذلك الوقت اختصاص البت في طلبات التعويض عن كل عمل إداري ينشأ عنه ضرر للغير. وتكون هذه الأضرار عموما ناتجة عن وجود أشغال أو منشآت عمومية بصفة مستمرة ودائمة، مثل تشييد الطرق أو مد الأسلاك كهربائية أو تحويل مجاري الأنهار أو بناء السدود وغيرها من الأشغال العمومية التي يكون من شأنها المساس بحق استغلال العقارات المجاورة، أو التقليل من قيمتها أو التأثير في درجة إنتاجها أو مستوى مردودها.

<sup>1</sup> DE LAUBADERE (A.) - VENEZIA (J.C.) - GAUDMET (Y.), Droit administratif, L.G.D.J., 16<sup>ème</sup> édition, Paris, 2000, p. 147.

<sup>2</sup> عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 1988، ص. 233.

<sup>3</sup> محمد باهي، نظام المسؤولية عن الأضرار التي تسبب فيها المنشآت العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 92، 2010، ص. 23.

<sup>4</sup> حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، م. س.، ص. 88.

ولقد كان القضاء في السابق يشترط، بقصد تقرير مسؤولية السلطات العمومية عن الأضرار الدائمة التي تسببها الأشغال العمومية، أن تكون "تصرفات الإدارة اختيارية وغير شرعية"<sup>1</sup>، أو أن يتم إثبات تعسف الإدارة في استعمال حق من حقوقها<sup>2</sup>، غير أنه (أي القضاء) استدرك وعمل فيما بعد على التراجع عن هذا الموقف وأقر بأن مسؤولية الإدارة عن هذه الأضرار مسؤولية تقوم بدون حاجة إلى إثبات الخطأ من جانبها.

وفي هذا الصدد لم تتردد محكمة الاستئناف بالرباط في قضية ورثة السيد Marc، بتاريخ 28 أكتوبر 1941، في الإقرار بمسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن الفيضانات المتكررة بسبب إزالة إحدى الهضبات لأجل تنفيذ أشغال عمومية. حيث جاء في قرارها أن إدارة الأشغال العمومية ملزمة بتعويض المالكين الذين تسبب لهم تنفيذ الأشغال في ضرر مباشر، "لأن السؤال الحقيقي الذي طرحته المنازعة يتمثل فيما إذا كان الضرر ناتجا عن التغيير الذي قامت به إدارة الأشغال العمومية بخصوص الحالة الطبيعية للمكان حيث أحدث مخاطرة جديدة لا ينبغي على المالكين تحملها لوحدهم، ذلك أن الإدارة قد حققت منفعة بإزالتها لهذه الهضبة واستعمال الرمال المستخرجة منها"<sup>3</sup>.

وهو نفس المبدأ الذي أعادت هذه المحكمة التأكيد عليه حيث أقرت بمسؤولية الإدارة في التعويض عن الضرر الناتج عن الأشغال التي قامت بها، إذ اعتبرت في قرارها الصادر في فاتح يوليوز 1953 أن "كل ضرر دائم ناتج عن أشغال عمومية لأحد الخواص يجب أن تتحمله الجماعة ما دام هذا الضرر على قدر كبير من الجسامه وأن له علاقة مباشرة بالأشغال التي تم إنجازها"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> C.A.R., 7 Juillet 1936, G.T.M., 1936, p. 322.

<sup>2</sup> PRAT (J.), La responsabilité de la puissance publique au Maroc: étude théorique et pratique, Imprimerie la tour, Rabat, 1963, p. 139.

<sup>3</sup> « En agissant légalement, l'administration des travaux publics a l'obligation supérieure d'indemniser les propriétaires auxquels l'exécution des travaux par elle concédés cause un préjudice direct », car-ajoute l'arrêt, « la vraie question que pose le litige est de savoir si le dommage ... n'est pas la conséquence de la transformation par l'administration des travaux publics d'un état naturel des lieux, transformation qui aurait créé un risque nouveau qu'il serait injuste de faire supporter exclusivement au propriétaire éprouvé, alors que de cette transformation de l'état naturel, l'administration aurait tiré profit en utilisant le sable en provenance de la dune », C.A.R., 28 Octobre 1941, héritiers Marc, R.A.C.A.R., 1942, p. 305, N° 2306.

<sup>4</sup> C.A.R., 1 juillet 1953, cité par, SERHANE (El H.), Thèse précitée, p. 250.



ويرى السيد (J.) Prat أن محكمة الاستئناف بالرباط في هذه القضية قد أعملت مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية لتقرير مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي لحقت بهذا المدعي حينما قررت حذف طريق كانت تؤدي إلى مؤسسته التجارية<sup>1</sup>.

ولقد سارت المحاكم الإدارية بعد إحداثها في نفس الاتجاه، حيث أقرت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء على سبيل المثال، بمسؤولية الشركة الوطنية للطرق السيارة بسبب تراجع مستوى الرواج التجاري لإحدى محطات البنزين، نتيجة إنشاء قنطرة الطريق السيار على مشارفها، وقضت بتعويض المالكين عن الأضرار الدائمة عن التقليل من قيمة العقار وقيمة الرأسمال المستثمر فيه.

ولقد جاء في هذا الحكم<sup>2</sup>: "وحيث لما كان الثابت من وثائق الملف أن المدعين بعد استصدار ترخيص من وزارة الطاقة والمعادن لإنشاء محطة بيع البترول وبعد إتمام كافة الإجراءات الإدارية وشروع المحطة في العمل فوجئوا بإحداث القنطرة على الطريق السيار، مما أدى حسب الخبرة المنجزة إلى حجب الرؤية عن الزبناء ومستعملي الطريق الوطنية رقم 9 خاصة الآتين من مدينة برشيد المتوجهين إلى مدينة الدار البيضاء الذين أصبح توقفهم أمراً خطيراً، مما تكون معه مسؤولية الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب التي قامت بإنجاز القنطرة، ثابتة وعليها يقع تحمل تبعاتها.

وحيث إن مصالح المدعين تضررت، وأن لكل ضرر تعويض لجبره وأن ضرر المدعين محقق ومباشر بنشاط المدعى عليها والمتمثل في إنشاء القنطرة، مما يكون معه مبرراً قانوناً".

والحقيقة أن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء وهي تصرح بمسؤولية الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب، حتى ولو لم يتصف فعلها بالخطأ، لأن إثبات الخطأ من عدمه لا أثر له على إدانة الإدارة وإلزامها بجبر ما وقع من أضرار، بحسب رأيها، تكون (أي المحكمة) قد استجابت، عن صواب، لما يقتضيه مبدأ دستوري وأساسي في مجال القانون العام وهو مبدأ المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء والتكاليف العمومية.

وإذا كان من واجب الإدارة تعويض الأضرار الدائمة الناتجة عن الأشغال العمومية الموجودة بصفة مستمرة استناداً إلى مبدأ المساواة أو اعتماداً على فكرة المخاطر<sup>3</sup>، فإن من واجها

<sup>1</sup> PRAT (J.), La responsabilité de la puissance publique au Maroc, op.cit., p. 140.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ع. 1501، بتاريخ 15 يونيو 2005 في الملف ع. 2003/558 ت. قضية خليل عبد الإله وشركاؤه (تامسنا بتروم) ضد الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب، حكم غير منشور.

<sup>3</sup> عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، م. س، ص. 235.

أيضا تعويض الأضرار الدائمة والمستمرة الناتجة عن عدم تنفيذ هذه الأشغال اعتبارا لمبدأ المساواة في الاستفادة من المرافق العمومية.

ومما يؤكد هذا الاتجاه، ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بأكادير، في حكمها بتاريخ 29 يونيو 2000، لما قضت بتحميل المكتب الوطني للكهرباء الأضرار الناتجة عن حرمان أحد المدعين من ربط مسكنه بالتيار الكهربائي في إطار مشروع الكهرباء القروية التي استفادت منه القرية التي يسكن بها.

ومما جاء في هذا الحكم: "وحيث إنه تطبيقا للمبدأ الدستوري: المساواة في الاستفادة من المرافق العمومية، فإن المدعي من حقه ربط مسكنه بالتيار الكهربائي في إطار كهربة قرية العوينة. وحيث إن المكتب المدعى عليه يتحمل مسؤولية حرمان المدعي من الاستفادة من مشروع كهربة قرية العوينة التي يقع داخلها مسكن المدعي.

وحيث يكون بذلك الضرر ثابتا ويحق للمدعي الحصول على التعويض المادي والمعنوي الجابر للضرر"<sup>1</sup>.

كما اعتبرت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكم لها<sup>2</sup>، بتاريخ 16 أكتوبر 2002، أنه: "وبالرجوع لتقرير الخبرة المنجزة في الموضوع، فقد ورد فيه أنه نتيجة بناء قنطرة فوق الطريق السيار وتراكم التراب من أجل ذلك، أصبحت عبارة عن هضبة عالية يمكن بسهولة تساقط المياه إلى الأسفل أي للعقارات المتضررة، مما ينتج عنه انجراف التربة وتغمر هذه العقارات بالمياه إضافة لذلك وجود قنوات لا زالت مغلقة أدى مع غزارة الأمطار إلى إتلاف مزروعات الطالب.

وحيث إن عدم قيام الإدارة بفتح قنوات تسريب المياه واتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة وذلك بإزاحة أكوام الرمال المحاذية للطريق السيار كان هو السبب المباشر في تسرب مياه الأمطار لعقارات الطالب وإتلاف كافة المزروعات المتواجدة فوقها..."

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بأكادير، ع. 413/2000، صادر بتاريخ 29 يونيو 2000 في قضية أحمد السملالي ضد المكتب الوطني للكهرباء، أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، ع. 16، 2004، ص. 435.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 503، ملف رقم 2001/40 ت، بتاريخ 16 أكتوبر 2002، قضية هلال الحاج أحمد ضد الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب، غير منشور.

"وحيث إن الخبرات المنجزة في الموضوع أكدت جميعها على تعرض عقارات الطالب والفلاحة التي كانت موجودة فيها للضرر وأضحت هذه العقارات عبارة عن بركة مائية أتلقت المزروعات وصعب حرثها أو استغلالها إلا بعد إصلاحها".

ولقد انتهت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في هذا الحكم إلى استبعاد الدفع بالقوة القاهرة، التي أثارها الإدارة والمتمثلة، بحسبها، في غزارة الأمطار، معتبرة هذا الدفع غير مبني على أساس واقعي وقانوني، وبالتالي يتعين رده.

ومن القرارات الحديثة المؤكدة لمسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تسببها الأشغال العمومية، ما جاء في قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، بتاريخ 24 أبريل 2014، حيث يؤكد بخصوص المسؤولية عن الخسائر الفادحة، التي تسبب فيها فتح ورش من طرف المجلس البلدي ببرشيد بشراكة مع المكتب الوطني للسكك الحديدية، متعلق ببناء قنطرة وترميم إحدى الطرقات، لصاحب مقهى كان يعرف، قبل إقامة هذا الورش، رواجاً مهماً نظراً لقربه من محطة سيارات الأجرة، أن: "مسؤولية الإدارة في مثل نازلة الحال تقوم بدون خطأ إلا أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً غير عادي وخاص يتجاوز الحد الذي يمكن تحمله في سبيل المصلحة العامة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقولها أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا إذا أغلقت جميع المنافذ المؤدية إلى المقهى، وأن إمكانية الوصول إليها بقطع مسافة 170 متراً لا تعد ضرراً بالمفهوم القانوني للضرر الموجب للتعويض، دون أن تحقق في الضرر وتبرز عناصره المذكورة (ضرر غير عادي وخاص)، فإنها لم تجعل لقرارها أساساً من القانون، ولم تمكن بالتالي محكمة النقض من بسط رقابتها، معرضة لقرارها للنقض".<sup>1</sup>

## المبحث الثاني: مبدأ المساواة كأساس لتعويض عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية المشروعة أو المبررة بمبدأ الحفاظ على النظام العام

يعتبر مبدأ المشروعية أحد المبادئ الأساسية التي تحكم طبيعة العمل الإداري، لذلك حرص المشرع المغربي على التأكيد على ضرورة احترام هذا المبدأ عند إصدار القرارات الإدارية حتى لا تكون الإدارة على مجبرة على سحبها من طرف السلطة الإدارية العليا أو إلغائها من طرف القضاء.

<sup>1</sup> قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، ع. 3/390، بتاريخ 24 أبريل 2014، في الملف ع. 12/3/4/275، محمد بفقير، العمل القضائي للغرفة الإدارية بمحكمة النقض خلال سنتي 2014 و2015، ع. 1، ج. 1، منشورات دراسات قضائية، سلسلة عمل قضاء المحاكم المغربية، ط. 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016، ص. 391 - 394.

وإذا كان مآل القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عن الإدارات العمومية هو الإلغاء ومحو كل الآثار التي نتجت أو ظهرت منذ صدورها إلى حين إلغائها ومحو جميع الآثار التي ترتبت عنها<sup>1</sup>، وإصلاح، عند الاقتضاء، كافة الأضرار التي تكون هذه القرارات قد أحدثتها للمرتفقين، فإن احترام مبدأ المشروعية لا يكون دائماً سبباً كافياً لإعفاء الإدارة من المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تطبيق قراراتها، إذا تسبب تطبيقها في إحداث ضرر استثنائي بأحد المرتفقين أو لمجموعة محدودة منهم. غير أن مسؤوليتها في هذا المجال، تكون مسؤولية موضوعية تقوم بدون خطأ استجابة لمبدأ دستوري سام يتعلق بالمساواة أمام التكاليف العمومية (المطلب الأول).

كما تقوم مسؤولية الإدارة بدون خطأ، بناء على نفس المبدأ، إذا امتنعت عن تسخير القوات العمومية بقصد تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي به والمذيلة بالصيغة التنفيذية، استناداً إلى مبرر معقول، يجعل سبب هذا الامتناع مشروعاً كالحفاظ على الأمن أو النظام العام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مبدأ المساواة كأساس للتعويض عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية المشروعة

إذا كان تطبيق القرارات الإدارية لا يثير، من حيث المبدأ، أي مسؤولية في مواجهة السلطات العمومية التي أصدرتها، ما عدا إذا كانت مشوبة بعيب من عيوب المشروعية، أو كانت محصنة من الطعن بفوات أجل الطعن فيها بالإلغاء، فإن نظام المسؤولية الإدارية بدون خطأ يتيح إمكانية التعويض عن الأضرار التي قد تنتج عن تطبيق بعض القرارات الإدارية رغم مشروعيتها<sup>2</sup>.

ويعد مجال التعويض عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية المشروعة أحد أهم مجالات المسؤولية التي أقر فيها القضاء الإداري بالمغرب، استناداً إلى مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية، بمسؤولية الإدارات العمومية بدون خطأ.

ولقد تأكد هذا الموقف على مستوى القضاء من خلال الحكم الذي أصدرته المحكمة الابتدائية بالرباط في 17 فبراير سنة 1943، في سياق تأويلها لمضمون الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، حيث تبين لها بأن هذا الفصل ينص على مسؤولية الدولة ولو بدون خطأ من

<sup>1</sup> - ميمون يشو، الإدارة العمومية وتنفيذ القرارات القضائية الإدارية، المجلس الأعلى بعد مضي 30 سنة حصيلة وآفاق، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، ع. 17، 1988، ص. 117.

<sup>2</sup> - SERHANE (El H.), L'illégalité fautive dans le contentieux administratif, R.E.M.A.L.D., Série « thèmes actuels », N° 16, 1996, p. 211.

جبتها. وبالتالي: "فما على المحاكم سوى البحث فيما إذا كان الضرر الحاصل للمدعي، من جراء عمل إداري مشروع، ضررا خصوصيا وغير عادي، أي أنه يتجاوز الأعباء العادية التي يتعين على المرتفقين تحملها"<sup>1</sup>.

وفي نفس الاتجاه اعتبرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها الصادر في قضية السيد Magro ضد مدينة الدار البيضاء، بسبب إصدارها قرارا بسحب رخصة استغلال سيارة أجرة من الحجم الصغير، أن "الضرر المحتج به ليس له طابع الخطورة ولا طابع الخروج عن المألوف لكي يقوم سببا لإثارة مسؤولية الجماعة، ولو في غياب الخطأ، بناء على إجراء تنظيبي عام متعلق بمنح هذه الرخص"<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) لم يقضي بمنح تعويض للمدعي، فإنه بالمقابل صرح، لأول مرة، بمبدأ المسؤولية الإدارية عن الأضرار التي قد تنجم عن تطبيق القرارات الإدارية الشرعية إذا توفرت الشروط الضرورية التي ترتب المسؤولية الكاملة لإدانة الإدارة العمومية<sup>3</sup>.

ومن الشروط الأساسية التي يؤكد عليها القضاء لترتيب مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي قد تنجم عن تطبيق القرارات الإدارية، أن تكون هذه الأخيرة مشروعة غير مشوبة بعيب من عيوب المشروعية. ويتأكد ما سلف من خلال قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بتاريخ 14 يوليوز 2016، الذي جاء فيه: "حيث إنه لئن كان بإمكان المتضرر من قرار إداري الحق في طلب التعويض

<sup>1</sup> Le tribunal de première instance de Rabat, en interprétant l'article (79 D.O.C), a souligné dans ce jugement que: « cet article prévoit la responsabilité de l'Etat alors même qu'aucune faute n'est recherchée à son encontre ... les tribunaux, n'ont qu'à rechercher si le préjudice qui résulte pour le plaignant d'un acte administratif parfaitement régulier est un préjudice spécial anormal, c'est-à-dire excédant les charges normales que doivent supporter les administrés », T. Rabat, 17 fév. 1943, cité par SERHANE (El H.), Le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public marocain, thèse précitée, p. 141.

<sup>2</sup> Bien qu'elle a indiqué dans son arrêt que: « les décisions administratives, ne peuvent en principe engager la responsabilité de la puissance publique vis-à-vis des particuliers, que si ces décisions sont entachées d'illégalité », la Haute juridiction a fini par déclarer que, si le retrait de licences d'exploitation de taxis n'a pas donné droit à réparation, c'est parce que le préjudice argué: « n'a pas le caractère de gravité, ni d'anormalité nécessaire pour que la responsabilité de la collectivité puisse être considérée comme engagée, même en l'absence de faute, à la suite d'une mesure d'ordre général relative à l'attribution des dites licences... », C.S.A., N° 158, du 21 Déc. 1961, ville de Casablanca C/ Magro, R.A.C.S.A., T. 3, p. 225.

<sup>3</sup> حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، م. س.، ص. 92.

عن الأضرار الناتجة عن هذا القرار الذي تحصن بفوات أجل الطعن فيه بالإلغاء، فإن ذلك رهين بمدى مشروعية جوهر القرار من عدمه"<sup>1</sup>.

ومن الأحكام المؤكدة لمسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية المشروعة، حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر في قضية شركة صوفرام ضد وزير الفلاحة الذي جاء فيه: "وحيث يؤخذ من وثائق الملف أن الشركة تقدمت بطلب لمديرية الماشية تلتبس بمقتضاه الترخيص لها لاستيراد مادة الخمير الحيوانية من هولاندا... وحيث إنه بعد قيام المدعية بكافة الإجراءات من الشركة المصدرة من هولاندا صادفت صدور قرار وزير الفلاحة يجعل هولاندا ضمن الدول المحظور استيراد الحيوانات الحية والمنتجات الحيوانية منها بعد ظهور مرض جنون البقر، وأن هذا القرار وإن كان يستهدف حماية المواطنين المغاربة، فإن من شأنه أن يرتب مسؤولية السلطة العامة عن الأضرار اللاحقة بالمدعية، إذ لا يمكن تحميل هذه الأخيرة عبء خاصا باسم الصالح العام. والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى انكسار مبدأ المساواة أمام الأعباء العمومية وبالتالي أمام القانون"<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من أن القضاء المغربي كان، في السابق، قد حسم موقفه من الطلبات الرامية إلى جبر الأضرار الناتجة عن الأعمال التشريعية أو القوانين، حيث قضى فيها، صراحة، بعدم قبول دعوى التعويض<sup>3</sup>، فإن مما ينبغي التأكيد عليه أن ما جاء به الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء يستحق كل الإشادة والتنويه، ذلك أنه أقر مبدأ مسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القوانين والقرارات الإدارية المشروعة اعتمادا على مبدأ دستوري سام يتمثل في مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية حينما أكد على أن: "القوانين والقرارات الإدارية المشروعة

<sup>1</sup> قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، ع. 416، صادر بتاريخ 14 يوليوز 2016، في الملف الإداري ع. 2014/2/4/2904، مجلة محكمة النقض، ع. 82، مطبعة الأمنية، الرباط، 2018، ص. 129.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ع. 928، بتاريخ 17 دجنبر 2003، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 54-55، 2003، ص. 251.

<sup>3</sup> حيث اعتبرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بمقتضى قرارها رقم 551 الصادر بتاريخ 8 أبريل 1966، وهي تبت في قضية محمد بن الحاج جسوس ضد الدولة المغربية، أنه: "لكن حيث إن الثابت من أوراق الملف أن الدولة دفعت لدى محكمة الدرجة الثانية بعدم قبول الدعوى لرفعها ضد عمل تشريعي لا تملك المحكمة، بناء على مبدأ فصل السلط، النظر في شرعيته ولو بطريق غير مباشر على سبيل دعوى التعويض وأنه يتبين من العبارة السالف ذكرها ومن باقي الحكم أن المحكمة اقتضت على القضاء بثبوت مسؤولية الدولة لتأخرها في استصدار ظهير يعفي المدعي من مهامه دون أن تجيب على الدفع المذكور مع ما له من أثر في الفصل"، أنظر محمد أشركي، الظهير الشريف في القانون العام المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، يوليوز 1981، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، أطروحات ورسائل جامعية، السلسلة العربية، ع. 1، دار الثقافة، ط. 1، 1403-1983، ص. 179.

لا تحول دون إقرار مسؤولية الدولة عن الأضرار اللاحقة بالغير تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة"<sup>1</sup>.

ولقد اعتمد القضاء المغربي هذا الأساس في أحكام حديثة من بينها الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 28 نونبر 2018 الذي جاء فيه: "وحيث إن الدولة تعد مسؤولة عن الضرر الناتجة عن الأعمال التشريعية الصادرة عن البرلمان، إما استناداً إلى ثبوت الخطأ في التشريع أو استناداً إلى نظرية المخاطر أو على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة..."

"وحيث إنه استناداً إلى ذلك، فإن تعديل المادة 60.1 من المدونة العامة للضرائب بموجب قانون المالية 2013 ترتب عنه إضرار بالمدعي عن طريق سن مقتضيات ترتب عنها تخفيض قيمة معاشه الشهري بالمقارنة مع زملائه الذين أحيلوا على التقاعد قبله سنة 2012 أو بعده سنة 2014،... وهو ما يمس بمبدأ المساواة مادام أن هذا التأثير جعله يتقاضى وإياهم معاشاً تقل قيمته عما يتقاضاه باقي زملائه المتقاعدين الذين قضوا نفس المدة في ممارسة المهام القضائية أو أقل منها، وهو ما يعد مبرراً لترتيب المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالمدعي جراء سن قانون المالية 2013..."<sup>2</sup>.

ولقد ساندت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط موقف المحكمة الإدارية بالرباط بهذا الخصوص، وهي تبث في الملف عدد 2019/7210/8 بتاريخ 29 أبريل 2019، معتبرة أنه: "لئن كان الاتجاه السائد حالياً في الفقه والقضاء الإداريين وعلى صعيد مختلف الأنظمة القانونية، هو إقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن قوانينها، إلا أنه مع ذلك لم يرجع قيام هذه المسؤولية إلى خطأ السلطة التشريعية عند سنها لمقتضيات قانونية معينة أو خرقها للقواعد الدستورية التي تؤطر عملها، وإنما تأسيساً على مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ع. 928، بتاريخ 17 دجنبر 2003، م. س.، ص 251.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، ع. 5000، بتاريخ 28 نونبر 2018، ملف عدد 7104/36/2018، مشار إليه في مصطفى بوهرو، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، عدد خاص بقضايا المسؤولية، العدد الرابع، دجنبر 2020، وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة، ص 587.

<sup>3</sup> قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، ع. 2397، بتاريخ 19 أبريل 2019، ملف عدد 7210/8/2019، مشار إليه في مصطفى بوهرو، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، م. س.، ص. 587.

## المطلب الثاني: مبدأ المساواة كأساس للتعويض عن الأضرار الناتجة عن تنفيذ القرارات المبررة بمبدأ الحفاظ على النظام العام

يرتبط تنفيذ القرارات الإدارية المبررة بمبدأ الحفاظ على النظام العام، أساسا، بالقرارات التي تتخذها الإدارة بشأن الطلبات الموجهة إليها من قبل المستفيدين من الأحكام والقرارات القضائية بقصد تسخير القوة العمومية لتنفيذها.

ولا يخفى أن هذا التنفيذ، يظل الغاية المنشودة لكل متقاض يلجأ إلى القضاء، في دولة الحق والقانون، كما يشكل، بالموازاة، احترام الدولة لأحكام قضائها معيارا تقاس به درجة تقدمها وآلية لتكريس قيم الوعي والمواطنة وتعزيز الثقة في الإدارة، من جهة، وفي جهاز القضاء كضامن للحقوق والحريات، من جهة ثانية.

غير أن السلطة التي يقع عليها واجب الامتثال لمنطوق الأحكام المذيلة بصيغة التنفيذ، يتعين عليها في ذات الوقت واجب الحفاظ على الأمن والنظام العامين. فإذا وقع تعارض بين مصلحة من بيده حكم القضاء ومصلحة الجماعة العمومية المتمثلة في استتباب الأمن والنظام، فإن للإدارة صلاحية كبيرة في اتخاذ ما تراه مناسبا بخصوص هذه الوضعية، حيث تعمل غالبا على ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

والواقع أن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي بغاية تفادي اضطرابات داخلية أو خارجية من شأنه المساس بحقوق ومصالح بعض أفراد المجتمع. فإذا أدى هذا الامتناع إلى إلحاق أضرار جسيمة بأحد أو مجموعة من المرتفقين، فإن مسؤولية الدولة أو الإدارة قائمة على الرغم من أن تصرفها كان بغاية الحفاظ على المصلحة العامة، وتنعقد مسؤوليتها في هذا الباب "بدون خطأ على أساس المخاطر، فالمستفيد من هذا التصرف هو الجماعة ... وهي التي تتحمل العبء النهائي..."<sup>1</sup>.

والحقيقة أن القضاء المغربي لم يعرف تطبيقا لنظرية المسؤولية الإدارية بدون خطأ، بسبب رفض استخدام القوة العمومية لتنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، إلا في حالة فريدة عرفت بقضية Fournet ضد رئيس الناحية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الكبير البياض، مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، ع. 30، 1998، مراكش، ص. 17.

<sup>2</sup> T. Casablanca, 18 Juin 1951, Fournet c/chef de la région, R.M.D., 1952, p. 452.



ورغم أن موقف المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء كان يقضي برفض النظر في الدعوى المقامة في مواجهة رئيس المنطقة أو الناحية بسبب إصداره قرارا برفض تسخير القوة العمومية قصد تنفيذ حكم قضائي يقضي بالإفراغ، بحجة الحفاظ على النظام العام، فإنه بالمقابل، أقر بأحقية المتضرر، مالك العقار المحتل دون سند قانوني، في الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، دون البحث، في هذه النازلة، عن وجود شرط الخطأ من عدمه<sup>1</sup>.

ومما لا شك فيه أن ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في هذه القضية، يذكر بموقف مماثل لمجلس الدولة الفرنسي في قضية كويتياس الشهيرة<sup>2</sup>.

ففي الحالتين معا، كانت ضرورة الحفاظ على النظام العام السبب الموضوعي لرفض الإدارة استخدام القوة العمومية لتنفيذ الحكم القضائي.

غير أن طبيعة الضرر الحاصل لضحايا عدم التنفيذ، هي ما جعل القضاء يقر بأحقية المستفيد من الحكم في الحصول على تعويضات عن عدم التنفيذ إعمالا لمبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية أي أن مسؤولية الإدارة قائمة في هذه الحالة بدون خطأ.

ولم يتردد القضاء الإداري، سواء في المغرب أو في فرنسا، في التأكيد على أهمية الواجب الملقى على عاتق الإدارة في الحرص على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، حيث يعتبر أن عدم منح القوة العمومية بقصد ضمان التنفيذ يعد "شططا في استعمال السلطة"<sup>3</sup>.

ولقد كان موقف المجلس الأعلى أكثر حرصا على تقدير واحترام هذا المبدأ، حيث يؤكد في أحد القرارات على أن: "تجاهل الإدارة لمقتضيات الأحكام والقرارات المتوفرة على قوة الشيء المقضي به، يشكل شططا في استعمال السلطة وخرقا للقوانين الأساسية للمسطرة والتنظيم

<sup>1</sup> « Attendu que le refus de l'emploi de la force publique est une mesure gouvernementale, touchant à l'ordre public et au fonctionnement des services administratifs; que le pouvoir judiciaire ne peut donc être admis à apprécier le comportement d'un fonctionnaire agissant dans l'exercice du mandat qui lui est confié ..., ni par conséquent l'opportunité de la décision prise ».

« Mais attendu qu'en prolongeant indûment l'occupation de l'immeuble, l'administration a privé les justiciables porteurs d'une décision de justice, de l'exécution de celle-ci; que ce faisant, elle leur a causé un dommage spécial résultant de la privation de ce droit à l'exécution des décisions judiciaires », T. de Casablanca 18 Juin 1951, Fournet, précité.

<sup>2</sup> C.E., 30 Nov. 1923, Rec. 789.

<sup>3</sup> ميمون يشو، الإدارة العمومية وتنفيذ القرارات القضائية الإدارية، المجلس الأعلى بعد مضي 30 سنة حصيلة وآفاق، م. س.، ص 121.

القضائي، التي باحترامها يحترم النظام العام، مما يفتح المجال لتقديم دعوى الإلغاء أمام المجلس الأعلى وعند الاقتضاء دعوى التعويض أمام المحكمة المختصة<sup>1</sup>.

كما أكد المجلس الأعلى في قرار آخر أن: "تجاهل الإدارة لمقتضيات الأحكام والقرارات، المتوفرة على قوة الشيء المقضي به، يشكل شططا في استعمال السلطة وخرقا للقوانين الأساسية للمسطرة ولتنظيم القضائي التي باحترامها يحترم النظام العام"<sup>2</sup>.

ولقد اعتبرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، في قرارها الصادر بتاريخ 3 يناير 1991، أن السبب الذي اعتمدت عليه الإدارة لتبرير رفض استعمال القوة العمومية لا يعد ظرفا استثنائيا يبرر هذا الرفض. وترتبطا على ذلك، قررت إلغاء قرار الإدارة المتسم بالشطط في استعمال السلطة.

وقد جاء في حيثيات هذا القرار<sup>3</sup>: "وحيث يؤخذ من أوراق الملف أن عمالة الحي الحسني عين الشق قد تذرعت لرفض تسخير القوة العمومية بأن المدعى عليه يقطن السكنى موضوع النزاع منذ سنة 1967، وبعد وفاة المالك امتنع الورثة من أخذ واجبات الكراء ونظرا للوضعية المادية والاجتماعية للمدعى عليه، فإن تنفيذ القرار القضائي سوف يكون له تأثير على سير النظام العام".

لكن حيث إن السبب الذي اعتمدت عليه الإدارة لتبرير رفض استعمال القوة العمومية لا يعد ظرفا يبرر هذا الرفض، إذ أن امتناع الورثة من أخذ واجبات الكراء بعد وفاة موروثهم المالك، عنصر من عناصر النزاع الذي يرجع الاختصاص للبت فيه لمحكمة موضوع، وحيث يستنتج من كل ما سبق أن رفض منح استعمال القوة العمومية لتنفيذ حكم حائز لقوة الشيء المقضي به ومذيل بصيغة التنفيذ يعتبر شططا في استعمال السلطة، مما يجب معه إلغاء القرار المطعون فيه".

وعلى نفس المنوال سارت المحاكم الإدارية بعد إحداثها، حيث تؤكد على ضرورة وجود ظرف استثنائي يحول بين الإدارة واستعمال القوة العمومية لتنفيذ الأحكام. ومن ذلك، ما قضت به المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 14 يناير 1998، الذي جاء فيه:

<sup>1</sup> C.S.A., N° 55, du 9 Juillet 1959, Guerra, R.A.C.S.A., T I, p. 58.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى، ع. 337، صادر بتاريخ 13 نونبر 1981، ألبير أصبان ضد محافظ الأملاك العقارية بالدار البيضاء، قضاء المجلس الأعلى، ع. 31، 1983، ص. 132-141.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى، ع. 427، صادر بتاريخ 3 يناير 1991، قضاء المجلس الأعلى، ع. 45، 1991، ص. 160 - 162.

"وحيث إنه بالرجوع إلى أوراق الملف، اتضح أن المطلوب في الإلغاء امتنع عن تسخير القوة العمومية، وأن هذا الامتناع برره بكون العمالة لا توافق على تسخير القوة العمومية لتنفيذ الحكم المذكور، نظرا للنوعية الجماعية للنزاع وما قد يشكله من مساس بالأمن والنظام العام.

وحيث إن السبب الذي اعتمدته عمالة سطات، والحالة هذه، لتبرير رفض استعمال القوة العمومية، لا يعد ظرفا استثنائيا يبرر هذا الرفض إذ أن العقار المراد إفراغه وقع تحفيظه في اسم الطاعنين وأن هناك حكيمين استعجاليين قضيا بإفراغ المدعى عليهم أو من يقوم مقامهما من الرسم العقاري.

وحيث إنه يستنتج مما سبق، أن حالة الاستثناء التي تبرر امتناع السيد عامل إقليم سطات عن مد يد مأمور التنفيذ بالقوة العمومية غير قائمة. وإنه كان من واجبه تسخير القوة العمومية لتنفيذ الحكمين الحائزين لقوة الشيء المقضي به والمذيلين بصيغة التنفيذ.<sup>1</sup>

إن الموقف الذي تبنته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في هذا الحكم، هو نفس ما سارت إليه المحكمة الإدارية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 29 شتنبر 2008، لما اعتبرت: "أن مصدر القرار لم يبين مظاهر الإخلال بالأمن العام التي قد يسببها تنفيذ الحكم بالإفراغ، كما أنه لا يمكن للسلطة الاحتماء بهذا الادعاء، الذي من شأنه إفراغ الأحكام القضائية من محتواها وتجريدها من قدسيته، إذ يبقى التنصل من تنفيذ الأحكام القضائية استنادا لأسباب غير جدية هو الذي من شأنه أن يخل بالأمن العام".<sup>2</sup>

وإذا كان هذا موقف القضاء من "ظاهرة مؤسفة" تعبر عن عدم احترام مبدأ حجية الشيء المقضي به من قبل الإدارة<sup>3</sup>، فإن ما جاء به الدستور المغربي لسنة 2011، بخصوص تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، من شأنه أن يجعل مكانة هذا المبدأ متميزة، تساهم في وضع حد لهذه "الظاهرة المؤسفة"، بوصف الأستاذ باينة، انطلاقا من مقتضيات الفصل 126 منه، التي تؤكد على أن: "الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع" و"يجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة، إذا صدر الأمر إليها بذلك، ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام".

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ع. 37، بتاريخ 14 يناير 1998، أبو القبيلة محمد ضد وزير الداخلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 26، 1999، ص. 177-178.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بمراكش، ع. 109، بتاريخ 29 شتنبر 2008، ملف 2008/3/80 غ، حكم غير منشور.

<sup>3</sup> عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، م. س.، ص. 247.

والحقيقة أن إعمال مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية لتقرير مسؤولية الهيئات العمومية عن الأضرار الناتجة عن أنشطتها المتعددة والمتطورة، وإن كان يحظى بدعم العديد من المؤلفين<sup>1</sup>، فإنه ظل، بحسب جانب من الفقه، غير قادر على تبرير مجموعة من حالات المسؤولية، الأمر الذي عرضها لانتقادات الأستاذ (P.) DELVOLVE، الذي يرى، على سبيل المثال، بأن مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية لا يمكن أن يقوم أساسا لجميع حالات المسؤولية الإدارية<sup>2</sup>. ذلك أن نطاق إعمال هذا المبدأ كأساس للمسؤولية الإدارية، بحسب رأيه، محدود في مجالات معينة كمجال الأشغال العمومية ومجال التعويض عن الأضرار الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية الشرعية.

كما أن الأستاذ محمد اليعكوبي، من جهته، يرى بأن مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية لا يمكن أن يقوم أساسا للعدالة ولا للمسؤولية الإدارية، إذ لا يمكن الحديث عن تحقيق المساواة أمام القانون، بحسب اعتقاده، والحال أن هنالك اختلافا بين الأفراد لا يمكن سبره أو الإحاطة به. فالمساواة، يضيف الأستاذ اليعكوبي، قد تكون فكرة أو مسألة "ديمقراطية" محتملة، غير أن استخدامها أو اعتمادها كأساس للعدالة الإنسانية يبقى أمرا غير واقعي وغير ممكن<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Une grande partie de la doctrine française estime que le fondement de la responsabilité administrative réside dans l'idée de l'égalité des individus devant les charges publiques. Voir à ce titre:

- DE LAUBADERE (A.), Traité de droit administratif, L.G.D.J., 8<sup>ème</sup> édition, 1980, Paris, p. 718.

- RIVERO (J.), Droit administratif, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1985, p. 279.

- MOREAU (J.), La responsabilité administrative, P.U.F., 1<sup>ère</sup> édition, Paris, 1986, p. 109 et 110.

- DUBOIS (J.P.), La responsabilité administrative, édition la découverte, Paris, 1996, p. 12 et 13.

<sup>2</sup> « Le principe d'égalité devant les charges publiques ne peut être l'explication générale à toute la responsabilité, tant publique que privée... il ne joue de rôle centrale que dans des hypothèses particulières, celles des décisions prises régulièrement...et celle de travaux publics », DELVOLVE (P.), Le principe d'égalité devant les charges publiques, L.G.D.J., 1969, p. 417 et suivantes.

<sup>3</sup> « L'égalité de tous ne peut être le fondement de la justice ni de la responsabilité administrative ... ». « On ne saurait parler de la réalisation de l'égalité devant le droit comme une possibilité humaine étant donné la diversité insondable des individus... L'égalité peut être démocratique, mais ne saurait servir de fondement à la justice humaine », EL YAAGOURI (M.), Remarques critiques sur les prétendus des fondements de la responsabilité administrative au Maroc, in Réflexions sur le contentieux administratif, Imprimerie El maarif Al Jadida, 2013, Rabat, p. 185.

## لائحة المراجع

## I. المراجع باللغة العربية

- أحمد أجعون، اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، 1999 - 2000
- محمد مالكي، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2001، مراكش.
- الحسن سيمو، تطور القضاء الإداري الفرنسي وتأثيره على كل من القضاء الإداري المصري والمغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية، ع. 17، أكتوبر- دجنبر 1996.
- حكم المحكمة الإدارية بأكادير، ع. 413/2000، صادر بتاريخ 29 يونيو 2000 في قضية أحمد السملالي ضد المكتب الوطني للكهرباء، أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، ع. 16، 2004.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 503، ملف رقم 2001/40 ت، بتاريخ 16 أكتوبر 2002، قضية هلال الحاج أحمد ضد الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب، غير منشور.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ع. 1501، بتاريخ 15 يونيو 2005 في الملف ع. 558/2003 ت، قضية خليل عبد الإله وشركاؤه (تامسنا بتروم) ضد الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب، حكم غير منشور.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ع. 37، بتاريخ 14 يناير 1998، أبو القبيلة محمد ضد وزير الداخلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 26، 1999.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ع. 928، بتاريخ 17 دجنبر 2003، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 54-55، 2003.
- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، ع. 3912، بتاريخ 25 أكتوبر 2012، محمد الشودري ضد الجماعة الحضرية مرتيل، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 107، نونبر - دجنبر 2012.

- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، ع. 5000، بتاريخ 28 نونبر 2018، ملف عدد 7104/36/2018، مشار إليه في مصطفى بوهرو، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، عدد خاص بقضايا المسؤولية، العدد الرابع، دجنبر 2020، وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة.
- حكم المحكمة الإدارية بمراكش، ع. 109، بتاريخ 29 شتنبر 2008، ملف 2008/3/80 غ، حكم غير منشور.
- حكم المحكمة الإدارية بمراكش، ع. 134، صادر بتاريخ 19 يونيو 2002، بنواكريم الحسين ضد وزير التربية الوطنية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 50 ماي - يونيو 2003.
- عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 1988.
- العدناني العزاوي، المسؤولية الإدارية بدون خطأ في القانون المغربي، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2022، مراكش.
- عصام بنجلون، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2005-2006.
- قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، ع. 3/390، بتاريخ 24 أبريل 2014، في الملف ع. 12/3/4/275، محمد بفقير، العمل القضائي للغرفة الإدارية بمحكمة النقض خلال سنتي 2014 و2015، ع. 1، ج. 1، منشورات دراسات قضائية، سلسلة عمل قضاء المحاكم المغربية، ط. 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016.
- قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، ع. 416، صادر بتاريخ 14 يوليوز 2016، في الملف الإداري ع. 2014/2/4/2904، مجلة محكمة النقض، ع. 82، مطبعة الأمنية، الرباط، 2018.
- قرار المجلس الأعلى، ع. 337، صادر بتاريخ 13 نونبر 1981، ألبير أصبان ضد محافظ الأملاك العقارية بالدار البيضاء، قضاء المجلس الأعلى، ع. 31، 1983.

- قرار المجلس الأعلى، ع. 427، صادر بتاريخ 3 يناير 1991، قضاء المجلس الأعلى، ع. 45، 1991.

- قرار رقم 500، صادر في 7 ماي 1997، ملف إداري 95/63، مشار إليه لدى حسن صهيبي، القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، ع. 3، ط. 2، المطبعة والوراقة الوطنية، 2019.

- الكبير البياض، مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، ع. 30، 1998، مراكش.

- محمد أشركي، الظهير الشريف في القانون العام المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، يوليوز 1981، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، أطروحات ورسائل جامعية، السلسلة العربية، ع. 1، دار الثقافة، ط. 1، 1403-1983.

- محمد المنتصر الداودي، القضاء الإداري مسيرة متطورة: دور الغرفة الإدارية في الحفاظ على مكاسيها، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، ط. 1، الرباط، 2014.

- محمد باهي، نظام المسؤولية عن الأضرار التي تتسبب فيها المنشآت العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 92، 2010.

- محمد قدوري، مسطرة المطالبة بالتعويض عن نقل الملكية والاعتداء المادي في إطار القانون 81.7، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة فقه المنازعات الإدارية، ع. 1، ط. 1، 2011.

- المصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية الملكية العقارية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2013.

- ميمون يشو، الإدارة العمومية وتنفيذ القرارات القضائية الإدارية، المجلس الأعلى بعد مضي 30 سنة حصيلة وآفاق، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، ع. 17، 1988.

## II. المراجع باللغة اللاتينية

- Conclusions BRAIBANT (G.)- DELVOLLE (P.) - GENEVOIS (B.) - LONG (M.)- WEIL (P.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 18<sup>ème</sup> édition, Paris, 2011
- JAGER (G.), L'expropriation en droit public chérifien, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de l'université de Montpellier, édition Félix Moncho, Rabat, 1935
- EL YAAGOUBI (M.), Remarques critiques sur les prétendus des fondements de la responsabilité administrative au Maroc, in Réflexions sur le contentieux administratif, Imprimerie El maarif Al Jadida, 2013, Rabat
- DELVOLLE (P.), Le principe d'égalité devant les charges publiques, L.G.D.J., 1969, p. 417 et suivantes.
- DE LAUBADERE (A.) - VENEZIA (J.C.) - GAUDMET (Y.), Droit administratif, L.G.D.J., 16<sup>ème</sup> édition, Paris, 2000
- DE LAUBADERE (A.), Traité de droit administratif, L.G.D.J., 8<sup>ème</sup> édition, 1980, Paris
- DUBOIS (J.P.), La responsabilité administrative, édition la découverte, Paris, 1996
- MOREAU (J.), La responsabilité administrative, P.U.F., 1<sup>ère</sup> édition, Paris, 1986
- PRAT (J.), La responsabilité de la puissance publique au Maroc: étude théorique et pratique, Imprimerie la tour, Rabat, 1963
- RIVERO (J.), Droit administratif, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1985
- SERHANE (El H.), L'illégalité fautive dans le contentieux administratif, R.E.M.A.L.D., Série « thèmes actuels », N° 16, 1996
- SERHANE (El H.), Le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public marocain, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université de Bordeaux I, 1989
- SERHANE (El H.), Les développements récents du « droit de la propriété » dans le contentieux administratif marocain, R.E.M.A.L.D., Numéro double 20-21, Juillet – Décembre 1997
- T. Casablanca, 18 Juin 1951, Fournet c/chef de la région, R.M.D., 1952



## الفصل الرابع عشر

# إسهامات القضاء الإداري في تكريس دولة القانون من خلال الدور الإنشائي وعلاقة القضاء الدستوري بهذا الدور

Contributions of the administrative judiciary to the consolidation of the rule of law Through the structural role and the relationship of the constitutional judiciary to this role

د.كوثر أمير

دكتورة في القانون العام والعلوم السياسية جامعة  
مجد الخامس الرباط.

ملخص:

إذا كانت دولة القانون تعني بالضرورة دولة المؤسسات وحكم القانون، فإن القاضي الإداري ومن خلال دوره الإنشائي يشكل صمام أمان لدولة القانون وذلك عبر ابتداعه للحلول التي تضمن الموازنة بين المصلحة العامة ومصلحة الأفراد الخاصة، من خلاله عدة مناهج سواء التي تدخل في إطار تأويل النصوص أو التي تدخل في إطار خلق المبادئ العامة للقانون، وهو بذلك يتقاسم مع القضاء الدستوري إحدى وظائفه وهي إنشاء القواعد القانونية الأمر الذي يطرح حدود العلاقة بين الدورين ومدى تكاملهما.

الكلمات المفتاحية: دولة القانون-القضاء الإداري- القضاء الدستوري-الدور

إنشائي

**Abstract:** If the state of law necessarily means the state of institutions and the rule of law, then the administrative judge, through his constructive role, constitutes a safety valve for the state of law by inventing solutions that ensure a balance between the public interest and the private interest of individuals, through it several approaches, whether within the framework of the interpretation of texts or that It falls within the framework of creating general principles of law, and thus it shares with the constitutional judiciary

one of its functions, which is the establishment of legal rules, which raises the limits of the relationship between the two roles and the extent of their complementarity.

**Keywords: the state of law - the administrative judiciary - the constitutional judiciary - the structural role**

## تقديم

إن دولة القانون تتطلب من القاضي أن يضمن تدرج القواعد القانونية وتحقيق تقييد سلطة الدولة من خلال الرقابة المتدرجة، حيث القضاء الدستوري يضمن توافق القوانين مع الدستور ثم القاضي الإداري يضمن التزام الإدارة بكل صور الشرعية، وهو الأمر الذي يفرض على القاضي الإداري أن يقوم بإنشاء القواعد القانونية وابتكار المبادئ والحلول للنزاعات المعروضة عليه حتى يضمن بذلك التجسيد الفعلي لدولة القانون شأنه في ذلك شأن القاضي الدستوري الذي يقوم هو الآخر بدور إنشائي.

فإذا كانت القاعدة العامة داخل دولة القانون تتطلب أن يكون التشريع هو المصدر الرئيسي للقانون والمنبع الذي تستسقى منه الأحكام كما هو الأمر في القانون الجنائي الذي يقوم على قاعدة جوهرية وهي "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فإن هناك استثناءات تفرض أن يكون لفرع من فروع القانون مصادر أخرى بالإضافة إلى التشريع تساهم في تطوير هذا الصرح وتمده بالمبادئ التي يستطيع السير عليها، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإداري الذي يستمد الكثير من أحكامه على يد القضاء الإداري.

حيث يعتبر القانون الإداري قانون متطور بطبيعته، فلما كانت المشاكل بين الأفراد والإدارة تحتاج إلى قضاء خاص يسعى إلى الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، فإن الأمر جعل مهمة القاضي الإداري مهمة صعبة لا

تقتصر على تطبيق القانون بل تحتاج إلى تغيير مستمر مما يجعله قانون سريع التطور تطغى على أحكامه مرونة واضحة.

فقد يحدث أن يجد القاضي الإداري نفسه أمام نص قانوني مهم وغير واضح المعنى أو يحمل في طياته أكثر من معنى، أو قد لا يجد نص تشريعي يعمل للفصل في النزاع المعروض عليه مما يدفعه إلى البحث صوب الابتكار والتحليل في إحداث قواعد للقانون الإداري من شبه عدم تتلائم وخاصيته المرنة والمتطورة وتحويرها في نسق يحدث التوازن بين المصالح المتعارضة في الإطار المتاح له من وسائل ضمن وظيفته القضائية ، سواء تعلق الأمر بالتأويل القضائي وإزالة كل لبس في حكم القاعدة القانونية حتى يتسنى له إبراز القيمة القانونية لهذا التطبيق السليم لها ، أو اللجوء إلى إقرار مجموعة من المبادئ العامة للقانون التي تعتبر بمثابة الموجه الذي يستند عليه القاضي الإداري في بناء أحكامه.

وإذا كان كل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري يشكلان مؤسسات لتطبيق القانون وحماية المبادئ ذات القيمة الدستورية وذلك عن طريق الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للقضاء الدستوري والحكم بعدم المشروعية بالنسبة للقضاء الإداري، فإن الدور الإنشائي للقضاء الإداري والقضاء الدستوري يطرح عدة إشكالات تتعلق بمدى وجود إثراء متبادل وتكامل أو نفور وتباعد بخصوص هذا الدور الإنشائي ، خاصة أن الدور الإنشائي للقضاء الإداري يعرف عدة اكراهات تتمثل بالأساس في التوجس المستمر من سلطات القاضي الإداري والخوف من تحوله إلى سلطة تشريعية.

وبالتالي تكمن أهمية الموضوع في دراسة دور القاضي الإداري في تكملة النقص التشريعي باعتباره ضماناً لدولة القانون، وذلك من خلال الدور الإنشائي وحدود العلاقة بينه وبين الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

### الإشكالية:

انطلاقاً مما سبق طرح الإشكالية التالية: ما هي تجليات وحدود الدور الإنشائي للقاضي الإداري باعتباره ضماناً لدولة القانون وما هي حدود العلاقة بينه وبين الدور الإنشائي للقضاء الدستوري؟

**الفرضية:** بالرغم من أهمية الدور الإنشائي للقاضي الإداري والذي يعتبر ضماناً أساسية لدولة القانون، إلا أنه يعتبر جد محدود بالمقارنة مع دور القضاء الدستوري. حيث أن المجال الذي تنصب عليه اجتهادات القضاء الإداري مجال يرتبط بالنص كما أن مناهجه لا تقوم على تأويل مفتوح وغير معياري على اعتبار أن القاضي الإداري قاضي مشروعية وليس سلطة تأويلية، على عكس القضاء الدستوري الذي يعمل على تأويل النصوص الدستورية بشكل كبير.

### خطة البحث

لمعالجة الإشكالية السابقة والتأكد من صحة الفرضية اعتمدنا التقسيم التالي:

**المبحث الأول: مناهج القاضي الإداري في القيام بالدور الإنشائي**

**المطلب الأول: الدور التأويلي للقاضي الإداري**

**المطلب الثاني: دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون**

**المبحث الثاني: العلاقة بين الدور الإنشائي للقضاء الدستوري والقضاء**

**الإداري و آفاق هذا الدور**

**المطلب الأول: العلاقة بين الدور الإنشائي للقضاء الدستوري والقضاء**

**الإداري**

**المطلب الثاني: حدود و آفاق الدور الإنشائي للقاضي الإداري**

## المبحث الأول: مناهج القاضي الإداري في القيام بالدور الإنشائي

إذا كانت مهمة القاضي في الأغلب تقتصر على العمل على تطبيق القانون، فإنه قد تحدث ظروف وملابسات تدفع القاضي إلى الارتجال في تطبيق القانون قصد ملائمة النصوص وتطويرها مع الحالات المستجدة، خاصة عندما يكون النص محتملا لأكثر من معنى فيتعين ترجيح أحد المعاني، كما أن هناك نصوص قانونية تتميز بالغموض وعدم الوضوح فيتعين على من يطبقها السعي إلى إزالة هذا الغموض وهو الأمر الذي يقوم به القاضي الإداري عبر عدة مناهج بعضها يتعلق بالدور التأويلي وبعضها الآخر يتعلق بمناهج إنشاء المبادئ العامة للقانون.

### المطلب الأول: الدور التأويلي للقاضي الإداري

إذا كانت المنازعة القضائية تعرض على القاضي الإداري لإيجاد حلول قضائية لها ضمن المنظومة القانونية النازمة لهذا الشأن، فإن هذه النصوص القانونية تقتضي أن تكون ضمن صياغة محكمة واضحة المعنى ولا تحتل أي تأويل، إقترانا بفكرة كمال التشريع التي تفترض أن المادة القانونية توقعت حاضرها ومستقبلها، لكن يحدث وأن يصادف القاضي الإداري حالات تستدعي التفسير القضائي.

ويقصد بالتأويل تلك العملية الفكرية الحرة التي 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<sup>1</sup>.

وبالرغم من تعدد المتدخلين في عملية تأويل القانون الإداري، إلا أن قوة الشيء المقضي به تجعل من مؤسسة القاضي الإداري المحنك الفعلي لعملية التأويل وذلك استنادا أولا، إلى طبيعة دور القاضي الإداري الذي لا يكون هاجسه إظهار معنى النص أو ما يسمى في عمل القضاء الإداري بعملية التفسير بل يسعى إلى تجاوز ذلك حيث

<sup>1</sup> P.A coté: l'interprétation de la loi une création sujette à des contraintes in livre de droit L.G.D.J 1992 p135

يسعى إلى بناء معنى معين يهيم واقعة بعينها، ودليل ذلك هو مبدأ رجعية العمل القضائي الإداري الذي كرسه هذا الأخير من خلال مجموعة من المواقف<sup>1</sup>. وثانياً استناداً إلى وظيفة وموقع القاضي الإداري داخل الدولة، حيث تقوم وظيفة القاضي الإداري في مجال التأويل القضائي على منهجين أساسيين يتمثلان في النوظمة والتكيف.

فيما يتعلق بعملية النوظمة نقصد بها إعادة بناء المنظومة القانونية وفتحها على السياق المتحول، فالنص القانوني يتميز بالجمود الذي يوازيه انغلاقه على دلالات كانت تتضمن فهماً معيناً للواقع وهذا ما يطلق عليه البعض بعقلنة النظام القانوني التي تتم بشكل مستمر من طرف القاضي<sup>2</sup>، أو ما يعتبره J.chevalier فتحاً وتنسيباً "لدوغمائية القانون"<sup>3</sup> 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 منسجماً أيضاً. ولعل هذا ما ينعت بالسياسة الاجتهادية<sup>4</sup> 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 تستهدف الحد من اندفاعات القاضي الإداري في التأويل<sup>5</sup>.

تم هناك منهجية التكيف ويستفاد من تسميتها أنها تعمل على تكيف النصوص القانونية مع الوضعيات المستجدة، حيث ينقل القاضي الإداري النص القانوني من مستواه المجرد إلى الواقع المادي الذي يفرض شخصية القاعدة القانونية. وتظهر هذه الوظيفة بشكل بارز حينما يعرف النظام القانوني طفرات تتعلق بتغير

<sup>1</sup> Y.Gaudemet: traité de droit administratif-droit administratif général 16éd L.G.D.J 2001 pp 367-373

<sup>2</sup> M.Weber: sociologie du droit PUF coll recherches politiques 1976 p11

<sup>3</sup> J.Chevalier: l'ordre juridique in le droit en procès PUF 1983 p7

<sup>4</sup> M.deguergue: politique jurisprudentielle et jurisprudence politique.A.J.D.A 1995 p211

<sup>5</sup> المكي السراجي: القضاء الاداري بين العقلنة وتدخل السلطة التنفيذية المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد129-130 يوليو-أكتوبر 2016 ص 61 وما بعدها.

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 أعمال 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.<sup>1</sup>

وخير دليل قرار محكمة النقض من خلال غرفتها الإدارية تعتبر فيه "أن إقرار دستور المملكة في الفصل 122 أحقية كل متضرر من خطأ قضائي في الحصول على تعويض تتحمله الدولة، يعتبر تراجعا عن هيمنة مبدأ عدم مسؤولية الدولة الذي كان سائدا"<sup>2</sup>

بالتالي فالدور الذي يلعبه القضاء الإداري في التأويل القضائي لا يقل أهمية عن دور القاضي الدستوري، خاصة في المجالات التي ترتبط بمؤسسات الدولة كالجماعات الترابية والأحزاب السياسية وكذا الحريات العامة المرتبطة أساسا بحق تأسيس جمعيات .

وعلى حد تعبير J.Chevalier أصبح القاضي الإداري محط طلب مستمر داخل دولة القانون، بوصفه المؤسسة الوحيدة القادرة على إخراج القانون من وثوقيته وفتحه على التحولات.<sup>3</sup> وباعتبار سلطته القادرة على تجاوز أزمة القانون التي تعني من بين ما تعنيه عدم كفاية مبدأ سيادة القانون. نظرا للتطورات المستمرة التي يعرفها

<sup>1</sup> لحسن لمحمدي: تأويل القضاء الإداري للقانون مشكلة أم ضمان في دولة القانون المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية العدد 18 ماي 2020 ص 124

<sup>2</sup> محكمة النقض الغرفة الإدارية: قرار عدد 98 بتاريخ 28 يناير 2016 الملف الإداري عدد 4152/1/4/2015 قرار غير منشور

<sup>3</sup> J.Chevalier: les interprètes du droit p256



المجتمع وعدم قدرة النصوص أحيانا على استيعاب هذه الحركية وهو ما يعتبر ضمانا لدولة القانون.

فالقاضي الإداري على حد تعبير J.Chevalier، يذكرنا بالبياضات التي يتركها القانون المدون والذي لا يمكن أن يغطي حالات مستحدثة باستمرار. مقابل ذلك يعترف بعض الفقه بالمحاصرة المستمرة لهذا الدور في نموذج دولة العناية، ذلك أن وجود القاضي الدستوري إلى جانب القاضي الإداري جعل الأول متفوقا على اعتبار أن مختلف الفاعلين السياسيين ينتظرون مستنتجات القضاء الدستوري وتأويلاته، التي تمنح ضمانات وفهما أفضل للقانون أكبر من التي يمنحه القاضي الإداري والذي عادة ما يوصف على أنه الحامي الأصيل لمبدأ المشروعية<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموع القواعد القانونية المترسخة في ضمير الأمة والتي يتم اكتشافها بواسطة القضاء ويعلنها في أحكامه فتكتسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدرا من مصادر الشرعية<sup>2</sup>. وفي نفس السياق فقد عرفها الأستاذ de laubadère بأنها عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة، ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الإتيان من طرف الإدارة ومخالفتها تمثل انتهاكا لمبدأ الشرعية<sup>3</sup>.

بالتالي فالمبادئ العامة للقانون عبارة عن مجموعة من القواعد الغير مدونة، والتي يعمل القضاء على خلقها انطلاقا من العمل القضائي حيث تعتبر نظرية قضائية تتميز في كثير من الأحيان بالعمومية التي لا توجد في القاعدة التشريعية المكتوبة.

<sup>1</sup> الحسن الحميدي: مرجع سابق ص 125

<sup>2</sup> عوايدي عمار: القانون الإداري ; ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2002 ص 101

<sup>3</sup> De laubadère(A) : traité de droit administratif LGDJ Paris 10 édition 1988 p251

هذا وقد انقسمت الآراء حول دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون إلى اتجاهين، الأول يرى أن دور القاضي الإداري جد محدود على اعتبار أن هذه المبادئ مصدرها الأساسي هو القانون المكتوب أما دور القاضي الإداري فلا يتعدى تطبيق هذه المبادئ، في حين يرى الاتجاه الثاني أن دور القاضي الإداري جد كبير فانطلاقاً من أحكام القاضي الإداري تستمد هذه المبادئ العامة قوتها الملزمة.

ففي هذا الإطار يقول الأستاذ vedel "أن المبادئ العامة للقانون ليست سوى تطبيق للسلطة الخلاقة لمجلس الدولة"<sup>1</sup>. وحتى في الحالات التي يستقي فيها مجلس الدولة المبدأ من بعض النصوص التشريعية كتطبيقات جزئية للمبدأ، فالسلطة الخلاقة ليست غائبة لأن القاضي الإداري هو الذي يعلن المبدأ العام من خلال تلك التطبيقات ليسود عليها جميعاً، وليحي حياة جديدة مستقلة يصل إشعاعها لكل مجال لا ينص فيه على تطبيق المبدأ أو يطبق فيها بشكل مبتور.<sup>2</sup>

فمهمة القاضي الإداري لا تقتصر على تطبيق القانون بل تتعداه إلى إنتاج المبادئ العامة للقانون، وهو ما يمر عبر ثلاث مراحل أساسية:

أولها مرحلة الاكتشاف المزدوج بحيث يكتشف القاضي أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقانون، لذلك وجب عليه بعد ذلك البحث عن الحل الذي يسنه لسد العجز الكامن في النظام القانوني القائم،<sup>3</sup> ثم تأتي بعد ذلك مرحلة التجريب التي تحقق العلانية لميلاد المبدأ العام وللقضاة طرق عديدة للإعلان عن هذا الحل.<sup>4</sup> كالمحاضرات والندوات العلمية والتي تعطي فرصة لمناقشة القاعدة وتجريبها وإبداء الملاحظات حولها.

<sup>1</sup> Vedel(G): droit administratif op.cit. p283

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب: المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2009 ص 77.

<sup>3</sup> عزري الزين: القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية مجلة الاجتهاد القضائي مخبر اثر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع كلية الحقوق جامعة محمد خيضر العدد الثاني سكرة ص 303

<sup>4</sup> نفس المرجع السابق ص 303

تم تأتي المرحلة الثالثة وهي مرحلة الإدماج التي يسعى فيها القاضي الإداري إلى إدماج حله القانوني ضمن قواعد القانون الصادر عن المشرع، وهي مرحلة إدراج القاعدة ضمن القانون الوضعي حيث ينبغي أن تتسم منهجية القاضي الإداري بنوع من الليونة والتدرج، لأن القاضي ليس بمشرع وبالتالي فالقاعدة الجديدة تتطلب نوعاً من التكرار لتكسب ثقة المشرع حيث يجب أن تلقى عدة تطبيقات قبل أن تستقر في القانون الوضعي كقاعدة قانونية<sup>1</sup>.

بالتالي يكون القاضي الإداري مشرعاً لقاعدة قانونية جديدة، وكل قاعدة يقرها القاضي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من كتلة النظام القانوني إذ يرجع الفضل للقاضي الإداري في البحث عن هذه القاعدة في المحيط القانوني وإيجاد الصيغة المناسبة لها، ثم تجربتها بإعلانها وإدخالها حيز العلم القانوني وفي النهاية إدماجها في القانون الوضعي القائم وأكثر من ذلك فرض الجزاء على كل من يخالفها<sup>2</sup>.

ففي فرنسا نجد أن القضاء الإداري من خلال مجلس الدولة الفرنسي قد كان له الفضل في إقرار عدة مبادئ عامة للقانون أشهرها مبدأ الحقوق المكتسبة<sup>3</sup>، ومبدأ الحق في الإقامة للأجانب، ومبدأ خضوع كل قرار إداري للطعن بالإلغاء. في حين أن القاضي الإداري في المغرب انحصر دوره على الأغلب على تكريس المبادئ العامة للقانون والتوسع فيها ولم يصل الأمر إلى حد إنشاء المبادئ العامة للقانون.

فبالنسبة لمبدأ حق الدفاع فهو مقرر بمقتضى الفصل 67 من قانون الوظيفة العمومية إلا أن القضاء الإداري قد وسع من مجال تطبيقه إلى أشخاص آخرين من غير الموظفين كالأعوان المؤقتين، وفي هذا الصدد يندرج الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش والذي جاء في إحدى حيثياته مايلي "وحيث أنه إذا كان الظهير المتعلق بأعوان السلطة لا ينص على إجراءات التأديب، فإن حق الدفاع يعتبر من المبادئ

<sup>1</sup> ريم صابر: اجتهاد القاضي الإداري في إنشاء وتطوير المبادئ العامة للقانون مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية 14 أبريل 2020

<sup>2</sup> رأفت فودة: مصادر المشروعية الإدارية ومنحيتها دار النهضة العربية القاهرة 2012 ص 170

<sup>3</sup> Stirn(B): les source constitutionnelles du droit administratif.LGDJ paris 8 édition 2014 p18

العامة التي يجب احترامها ولو في حالة عدم وجود نص تشريعي أو تنظيمي بشأنها. وحيث أنه كان من واجب الإدارة أن تحترم هذا المقتضى لتمكن المعني بالأمر من أداء ملاحظاته قبل اتخاذ المقرر المطعون فيه بإعفائه من منصبه مما يجعل المقرر مشوباً بالشطط في استعمال السلطة<sup>1</sup>.

نفس الشيء بالنسبة لمبدأ الحقوق المكتسبة فقد اعتبر القضاء الإداري أن تطبيق القرارات الإدارية بمفعول رجعي من شأنه إلحاق ضرر بوضعية الأفراد، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط إلى أن "تطبيق القرارات الإدارية بأثر رجعي لمن شأنه المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد التي تقتضي من الإدارة حفظها وصيانتها في قراراتها تحت طائلة اتسام تلك القرارات بتجاوز السلطة الموجب للتصريح بإلغائها"<sup>2</sup>.

هذا ويعتمد القاضي الإداري عند إنشائه للمبادئ العامة للقانون على عدة مصادر، أولها الدستور حيث تعتبر المبادئ والقواعد المنصوص عليها في الدستور أهم مرجع يستند عليه القاضي الإداري، حيث تأتي على رأس الهرم القانوني للدولة، ثم هناك القانون المدني حيث يستمد القاضي الإداري الكثير من مبادئه من أحكام القانون المدني والتي لا تتعارض مع طبيعة الإدارة وتناسب معها، بالإضافة إلى المبادئ العامة للقانون السابق إنشائها والتي يجب على القاضي الإداري أن يحترمها ويراعيها، وأيضاً السوابق القضائية والفقه.

هذا وإذا كان البعض من الفقه يرى أن القضاء الإداري لا يقوم بخلق المبادئ العامة وإنما فقط يستمدّها من النصوص ويكشف عنها ويقوم بالإعلان عنها، فإن البعض الآخر يرى أن دور القاضي الإداري أوسع من ذلك خاصة عندما يكون أمام نص قانوني غير واضح أو فيه من العمومية الشيء الكثير الأمر الذي لا يسمح له

<sup>1</sup> منشور بمجلة المحامي العدد 35/1999 ص 176

<sup>2</sup> حكم صادر بتاريخ 24 يونيو 1999 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 31/2000 ص 134

بتفسيره فيقوم بإدخال عنصر خارج عن النص معلنا عن إحدى المبادئ العامة، وهو ما يمثل جزءا من الدور الإنشائي للقاضي الإداري .

### **المبحث الثاني: العلاقة بين الدور الإنشائي للقضاء الإداري والقضاء الدستوري وفاق هذا الدور**

يشكل كل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري مؤسستين تعملان على ضمان استقرار دولة القانون ودوامها وذلك من خلال حسن تطبيق القانون وحماية الحريات العامة، وبذلك فهما لا يدخران جهدا في سبيل تحقيق هذه الأهداف كل حسب دوره.

ولعل من بين هذه الأدوار التي يلعبها كل من القضائين نجد الدور الإنشائي، فإلى جانب الدور الإنشائي للقضاء الإداري يلعب القضاء الدستوري دورا هاما في مجال إنشاء القواعد القانونية خاصة من خلاله دوره التأويلي، فقد تبين من خلال اجتهادات القضاء الدستوري وبشكل خاص بعد دستور 1992 أنه عمل على تأويل النصوص الدستورية بشكل كبير تصل أحيانا إلى حد إنتاج قواعد قانونية جديدة، وهو الأمر الذي يطرح عدة أسئلة حول العلاقة بين الدور الإنشائي لكل من القضائين الدستوري والإداري. هذا وتطرح أمام الدور الإنشائي للقضاء الإداري عدة اكراهات من شأنها أن تساهم في الحد من دوره في ضمان دولة القانون.

### **المطلب الأول: العلاقة بين الدور الإنشائي لكل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري**

يرى البعض أن القواعد التي يتم إنتاجها من طرف القضائين الدستوري والإداري تعتبر أحادية دون الحاجة إلى التمييز فيما إذا كانت دستورية أم إدارية فالمبدأ

هو نفسه.<sup>1</sup> فنتج عن هذا الاتجاه أن القواعد القانونية واحدة لا يمكن فصلها وأن النظام القانوني في الدولة هو نظام واحد ولا يمكن تفريقه.

في حين يذهب فيدل إلى أن المجلس الدستوري ومجلس الدولة لكل منهما نظامه الخاص ومبادئه الخاصة، فالمجلس يعطي الأساس للقانون المكتوب ويكون المحتوى الذي أقره سياديا، أما مجلس الدولة فإنه يعطي الفقه القانوني قيمة فوق ما هي عليه. ونتج عن هذا ازدواجية في القواعد القانونية التي يصدرها كل مجلس بالنسبة للآخر.<sup>2</sup>

في هذا الإطار أشار مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر سنة 2005، إلى التمييز بين المبادئ العامة للقانون التي يستخلصها القاضي الإداري عن المبادئ العامة للقانون في العمل الدستوري، حيث قرر "أن السلطات التنظيمية يجب أن تتوافق في ممارسة ولايتها القضائية القواعد والمبادئ الدستورية والمبادئ العامة للقانون والالتزامات الدولية. وأن مجلس الدولة يميز نفسه بتأكيد من جهة أن الحكومة تخضع لاحترام القواعد والمبادئ الدستورية والمبادئ العامة للقانون، التي تكون ملزمة لجميع السلطات الإدارية فضلا عن الالتزامات الدولية". حيث أن المجلس الدستوري نفسه قد فرض تمييزا رسميا بين فئتي المبدأ.<sup>3</sup>

وفي اعتقادنا أن اختلاف القواعد القانونية التي ينتجها القضاء الدستوري، عن تلك التي يصوغها القاضي الإداري أمر منطقي وله ما يبرره:

1- اختلاف المحتوى: حيث أن محتوى القواعد التي ينتجها القاضي الدستوري إنما يكون محتوى سيادي يثير مسائل تهتم المجتمع والدولة بأسرها لذلك يكون لها ثقل

<sup>1</sup> Vedel(G):droit administratif ;P.U.F 1990 p476 « réflexions sur quelque apports de la jurisprudence du conseil d'etat a la jurisprudence du conseil constitutionnel »Mélanges chapus Montchrestien p 992

<sup>2</sup> إبراهيم حسنين: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء دار النهضة العربية مصر 2000 ص 231.

<sup>3</sup> www.wikiterritorial.cnfpt.fr

وقيمة النظام الدستوري، أما القواعد التي ينتجها القاضي الإداري فهي تعد انعكاس لمحتوى إجمالي للقوانين والتشريعات.

2- اختلاف القيمة: إن قيمة المبادئ العامة في المجال الدستوري تعد أعلى وأهم من قيمة المبادئ العامة في القانون الإداري، حيث لا يجوز للأخيرة أن تخالف الأولى ومثلما أن الدستور هو عصاره ما أراده الشعب مصدر السلطة، فإن المبادئ العامة الناتجة منه إنما تكون لها نفس المعنى والانعكاس بكونها حصيلة ما يريده الشعب مصدر السلطات<sup>1</sup>.

3- اختلاف الأساس: يكون مصدر القواعد القانونية في المجال الدستوري هو الدستور وكل ما يأخذ قيمة الدستور أو أعلى منه وليس الأقل، أما القواعد القانونية المنشأة من طرف القضاء الإداري فيكون مصدرها إلى جانب الدستور القوانين واللوائح وغيرها من الأسس المطبقة في القانون الإداري والتي تعد مصدر للمشروعية.

4- بإمكان القضاء الدستوري أن يعترف بمبدأ ما أن له قيمة دستورية وبمبدأ آخر قيمة تشريعية، أما بالنسبة للقضاء الإداري فإن هذا التفريق لا طائل تحته، وبالتالي معدوم حيث أن القاضي الإداري بالفعل عليه أن يعد أن المبدأ العام الذي يعلنه مفروض على الإدارة قيمة فوق تنظيمية، إلا أن على القضاء الإداري أن يستسلم أمام التشريع إذا ما ناقض المبدأ القانوني كون المبدأ قيمة تحت التشريعية، وبالتالي فإن التفريق بين المبادئ العامة ذات القيمة التشريعية والمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية ليس لها معنى أمام القضاء الإداري<sup>2</sup>.

غير أن هذا لا يمنع من القول أن كلا من القضائين الدستوري والإداري ينظران نفس المبادئ ونفس المعايير التي تحكم مجال القانون العام، وعلى سبيل المثال الحقوق والحريات أيا كان نوعها ينظرهما كلا القضائين وفي العديد من القضايا. إلا أن

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة القاهرة دار الفكر العربي ص 47

<sup>2</sup> - ثروت بدوي مبادئ وأحكام القانون الإداري المجلد الأول أصول القانون الإداري وأسس وخصائصه الطبعة الأولى دار النهضة العربية

القواعد المستنبطة من تأويل القضاء الإداري لا يمكن عدّها بنفس درجة تلك المستنبطة من تأويلات القاضي الدستوري، نظراً لكون القاضيان ليسا على نفس المستوى بالرغم، من أن عملهما متناسق في هذا الجانب بسبب وحدة الموضوع.

وبعبارة أخرى فإن القواعد الإنشائية التي يتم الكشف عنها من قبل القاضي الإداري لا تتمتع بقيمة دستورية، حتى وإن كانت تتصف بالصحة والمشروعية ما لم يتم تأكيد استلامها من قبل المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية. وعلى سبيل المثال فإن تطبيق المبادئ العامة للقانون الإداري في العمل الدستوري تتم بإحدى الطرق الآتية:

### 1- الاستلام

استلام المبدأ المطبق في القضاء الإداري وتطبيقه في القضاء الدستوري، ويتم ذلك من خلال تأكيد حل القاضي الإداري الذي تصرف بعقلية القاضي الدستوري وأتى بقاعدة قانونية عامة لا غنى عنها في القضائين.

### 2- "استقبال-تبديل"

حيث أن الفقه الدستوري ليس متطابق مع الفقه الإداري لإختلاف مستوى كل منهما لذلك يتم استقبال ما موجود في العمل الإداري في العمل الدستوري، أو تبديل الموجود في العمل الدستوري بما موجود في العمل الإداري بكليته أو بجزئيته. من جهة أخرى فإن القضاء الإداري يمكن أن يستقبل قسم من المبادئ العامة للقانون الدستوري وليس جميعها، وكذلك قسم من المبدأ العام نفسه إذا ما وجد أن هذا القسم دون غيره هو من يفيد العمل الإداري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي: القضاء الإداري الطبعة الأولى دار الثقافة للطباعة والنشر 2005 ص 223.



### 3- الاعتراف دون الاستقبال

وأخيرا يمكن للقضاء الدستوري أن يمنح قوة للقواعد القانونية والمبادئ العامة التي ينتجها القاضي الإداري من خلال الاعتراف بمشروعية هذه المبادئ، دون استقبالها بحيث يمنحها قيمة دستورية على مستوى القانون الإداري والقضاء الدستوري. وهذا التصرف لا يعط لعمل القاضي الإداري قيمة معيارية ولكنه يعمل على إبراز القاعدة التي تكون موجودة أساسا في ثنايا الدستور أو كمبدأ معترف به داخل الدولة ولا يمكنه إنكاره.<sup>1</sup>

وهذا المعنى يمكن القول أن الفقه والقضاء الإداري يتأثر بوجود القضاء الدستوري وفقهه ولذلك التأثير أهمية كبيرة في كشف القواعد القانونية والمبادئ العامة، وقد سلط البعض الضوء على العلاقة بين المؤسستين وسرعان ما ظهر كل منهما وكأنه منافس للآخر إلا أن هذه المنافسة لم تؤد إلى الصراع بل إلى التعاون في سبيل تطوير النظام القانوني وأحكامه ومبادئه.

إن الإثراء المتبادل بين القضاء الدستوري والقضاء الإداري أدى إلى ترسيخ حركة مزدوجة لكلا القانونين اتجاه الآخر وهذا كان له دور كبير في تطوير القانون العام وتعزيز حماية الحقوق الأساسية وحوار أوثق بين القضاة على المستوى الوطني والدولي، وهذا يؤدي إلى مزيد من الوحدة بين الفرعين الإداري والدستوري.

كما أن الإثراء المترتب عن التعاون المشترك بين القضاء الدستوري والقضاء الإداري ينتج عنه زيادة في قوة القاعدة القانونية دون مراعاة التدرج الهرمي في القواعد القانونية والسلطات العامة، وتطبيق ذلك في العلاقة المشتركة بين القضائين إنما له أثر بالغ في خدمة المعايير الأكثر تطلبا والتي تحاول تطبيق القواعد الأكثر أهمية في التسلسل وكل هذا يساهم في خلق حوار أوثق بين القضائين الدستوري والإداري على المستوى الوطني.

<sup>1</sup> - نفس المرجع السابق ص 230

بالتالي يمكن القول أن كلا من القضائين يصدران نوعين مختلفين من القرارات تتموضع في مستويات مختلفة فأحد هذه القرارات لها قيمة دون الدستورية وفوق التشريعية، والقرارات الأخرى لها قيمة دون التشريعية وفوق التنظيمية. ولكن هذه الهرمية في المستويين بالنسبة إلى القرارات لا تناظرها هرمية بين القضائين حيث لا يستطيع المجلس الدستور إلا في حدود ضيقة متمثلة في حجية الشئ المقضي به أن يفرض على مجلس الدولة حلوله<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: حدود وآفاق الدور الإنشائي للقضاء الإداري

تطرح أمام الدور الإنشائي للقضاء الإداري مجموعة من الإكراهات التي تحد من فعاليته، ولعل من أبرز هذه المخاوف هو تحوله إلى سلطة تشريعية وبالتالي المساس بإحدى ركائز دولة القانون وهو الفصل بين السلطات، هذه الدولة التي تفترض وجود نظام قانوني يعكس مجموع القواعد القانونية الخاضعة لهرمية التشريع، وفق ما يقتضي ذلك من تفيد المؤسسات والأفراد بهذه القواعد بعيدا عن أي تهديد لهذا البناء الشئ الذي يحقق نموذج دولة القانون.

ففي هذا السياق يشكل تدخل القاضي الإداري من خلال سلطته التأويلية واستثمارها في الكشف عن قواعد قضائية منافسة للنص القانوني، لحظة فهم جديد لمبدأ سيادة القانون أو بصيغة أخرى يساهم القاضي الإداري في إعادة تشكيل مبدأ المشروعية من خلال التذكير بمحدوديته عبر هذه القواعد الجديدة<sup>2</sup>. وهو ما يشكل تهديدا للنظام القانوني القائم لذلك نجد دولة القانون تسعى لحصر عملية تأويل القانون في أضيق نطاق، وهو يبقى أمرا صعب التحقق على اعتبار أن لغة القانون مهما كانت واضحة تبقى في حاجة دائما إلى تطويعها خاصة عندما نتكلم عن القانون الإداري الذي يبقى قانونا حديث النشأة.

<sup>1</sup> علي حسن عبد الأمير: كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري المركز العربي للطبع والنشر الطبعة الأولى 2019 ص 98

<sup>2</sup> J. Chevalier: l'état de droit L.G.D.J 6ème édition p42

بالتالي فمساهمة القاضي الإداري في عملية بناء التشريعات تبقى واقعا لا يمكن إنكاره ويتجسد هذا 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 حالة سكوت النص القانوني أو ما يسمى الاجتهاد في حالة غياب النص. ويمكن القول أن هذه الحالة الأخيرة تبدو فيها نزعة القاضي الإداري واضحة في تقمص الدور التشريعي على عكس الحالات التي من خلالها يسعى لخلق القاعدة القضائية وذلك بالتعارض مع النص الموجود سلفا أو ما يسمى الاجتهاد القضائي الذي توطئه المراقبة بواسطة وسيلة النقض من خلال الغرفة الإدارية والتي تضطلع بمهمة ضبطية في هذا الشأن<sup>1</sup>.

فالمبادئ العامة للقانون لها دور أساسي لا يمكن التخلّص منه، ففي التجربة الفرنسية مثلا هناك قناعة مفادها أن هذه المبادئ هي التي استطاعت حماية روح الثورة الفرنسية في أشد الأزمات السياسية قسوة والتي هددت النظام القانوني القائم. حيث استطاع القاضي الإداري تمثيل ضمير الأمة الفرنسية من خلال تذكيرها عبر مجموعة من القرارات بهذه المبادئ العامة للقانون في الوقت الذي كان فيه النظام القانوني القائم غير قادر على معالجة القضايا المطروحة<sup>2</sup>.

أما في التجربة المغربية فيمكن القول أن 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. وفي هذا السياق حاول القاضي الإداري المغربي

<sup>1</sup> M.El Yaaghoubi: le role régulateur de la chambre administrative in réflexions sur le contentieux administratif imprimerie dar al maarif al jadida rabat 2013 p151 et suiv

<sup>2</sup> J.Chevalier: l'état de droit op.cit. p69 et 70

كشف بعض المبادئ العامة للقانون<sup>1</sup>. بالتالي فالقاضي الإداري يزواج بين الأمرين فهو يؤثر على بناء دول القانون بدوره الإنشائي وفي نفس الوقت يشكل ضمانات للنظام القانوني القائم الذي يشكل أساس بناء دولة القانون .

إكراه آخر يقف أمام الدور الإنشائي للقاضي الإداري وهو المتعلق بحجم التقنين المتزايد في المادة الإدارية وذلك بعدما كان القانون الإداري يمتاز بكونه قانونا غير مدونا، خاصة بعد الاستقلال حيث توالى النصوص التشريعية التي تؤطر المادة الإدارية وهو ما قلص من الدور الإنشائي للقاضي الإداري.

كما أن الدور الإنشائي للقاضي الدستوري يطرح مشكلة الخوف من هذا الدور الذي قد يصبح سلطة منافسة للتشريع . فعندما يلغي القاضي الإداري القرار المعيب فإن قوة الشيء المقضي به توجه العقل الإداري والسياسات العامة، وبالتالي يتحول إلى قاض يدير بشكل غير مباشر<sup>2</sup>. وهو الأمر الذي يجعل التوجس قائما وقد نتج عن هذا الوضع إثارة مفهوم يستغرق الوضعية التي صار يمثلها مجلس الدولة الفرنسي وهو مفهوم "دولة القضاة". فقد 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<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> - عبد العزيز العروسي: حقوق الإنسان بالمغرب ملاتمت دستورية وقانونية المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مواضيع الساعة عدد 103. 2018 ص 566 وما بعدها

<sup>2</sup> - لحسن حميدي: تأويل القاضي الإداري للقانون مشكلة أم ضمانات في دولة القانون. مرجع سابق ص 133

<sup>3</sup> E.Lambert: le gouvernement des juges et la lutte contre la sociale aux états-unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois paris Giard 1921 rééd Dalloz Paris 2005

يقول G.Jéze يعد القضاء الإداري الفرنسي أفضل ما توصل إليه رجال القانون فهو الأكثر فعالية والأكثر براغماتية، والأكثر اقتصادا لحماية الحريات في العالم بأسره<sup>1</sup>. غير أن هذا الدور الكبير للقضاء الإداري في التجربة الفرنسية سيعرف انحصارا خاصة في ظل دستور الجمهورية الخامسة حيث لم يعترف المشرع الدستوري بالقضاء كسلطة.

أما فيما يتعلق بالتجربة المغربية فيبدو ظاهريا أن سلطة القاضي الإداري لا تطرح أي تخوف، حيث أن الاتجاه العام يسير نحو حصر سلطاته في المستوى التنازعي لا أقل ولا أكثر وبالتالي استبعاد فكرة المساهمة التشريعية.

زد على ذلك فإن مشكلة التوجس من سلطات القاضي الإداري المغربي تخبو شيئا فشيئا كلما استحضرنالكوابح الإضافية التي خلقها القاضي الإداري المغربي نفسه عندما أقر التعويض عن الخطأ القضائي انطلاقا من تفعيله الفصل 122 من دستور المملكة<sup>2</sup> هذا من جهة ، من جهة أخرى وعند تتبع منهجيات عمل الغرفة الإدارية لدى محكمة النقض نجدها عادة ما تنحو اتجاه دور ضبطي بالأساس من أجل دفع القاضي الإداري للمطابقة مع النص القانوني<sup>3</sup>.

## خلاصات

لقد حاولنا من خلال هذه الورقة ، البحث في منهج القاضي الإداري من خلال دوره الإنشائي وعلاقته بالدور الإنشائي للقضاء الدستوري، حيث تبين أن القاضي الإداري ومن خلال هذا الدور يشتغل داخل دولة القانون ويشكل ضمانا أساسية لها كما أنه خاضع لكوابح مؤسسية وأخرى موضوعية.

<sup>1</sup> Cité par P.W.Toco: le juge qui cré le droit est-il un juge qui gouverne ? les cahier de droit vol 54 n1 mars 2013 p153

<sup>2</sup> - لحسن حميدي: مرجع سابق ص 138

<sup>3</sup> - المكي السراجي: القانون الإداري قانون قضائي خاصة خاطنة وغير صحيحة المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 129-130

2016 ص 46 وما بعدها

حيث أن القاضي الإداري يتمتع بسلطات أوسع في خلق القواعد القانونية كلما كانت النصوص القانونية الموجودة قاصرة في الوصول إلى حل قضائي وذلك بشكل متلائم مع النصوص، وهو بذلك يشكل صمام أمان لدولة القانون وداعم لاستقرارها ولا يسعى إلى خلخلتها. وبالتالي لا يمكن إنكار الدور الإنشائي للقضاء الإداري لأن ذلك سيؤدي إلى جمود القوانين وزيادة نسبة القصور، وهو ما من شأنه أن يؤثر سلباً على دولة القانون فالدور الإنشائي يشكل ضماناً للنظام القانوني القائم الذي يشكل أساس بناء دولة القانون.

ورغم محاولة القضاء الدستوري محاصرة الدور الإنشائي للقضاء الإداري ورغم حركة التدوين الكبيرة التي همت القانون الإداري وحاولت إغلاق أبواب هذا الدور، إلا أن القضاء الإداري لا زال يضطلع بدور مهم في إنشاء القواعد القانونية، وهو ما ساهم في خلق حوار أوثق بين القضائين الدستوري والإداري من خلال الدور الإنشائي لكل منهما، وذلك عبر الإثراء المترتب عن التعاون المشترك بين القضاء الدستوري والإداري والذي ينتج عنه زيادة في قوة القاعدة.

وهو الأمر الذي يتطلب التوفر على موارد بشرية مؤهلة تشتغل في القضاء الإداري، ما يفرض ضرورة التفكير في تكوين مكتمل يستند إلى الرؤية الجديدة للقضاء الإداري المغربي، وفتح المجال أمام مجازي القانون العام على غرار زملائهم في القانون الخاص. وكذا السماح لموظفي الإدارات المشتغلين في مجال الشؤون القانونية، الالتحاق بالقضاء الإداري نظراً لما يتوفرون عليه من مستوى تقني عالي.

فالمساهمة التشريعية للقاضي الإداري أصبحت أمراً فعلياً، فإذا كان مبدأ فصل السلطات يمنعنا من إطلاق هذه التسمية "التشريعية" على عمل القاضي الإداري، فإن واقع القانون الإداري وخصائصه وطبيعة النشاط الإداري يعترفون بذلك. وهو الواقع أيضاً الذي أصبح يفرض على القاضي الإداري صلاحيات أوسع، حيث شجعت العقيدة القانونية القاضي الإداري على ممارسة صلاحيات جديدة، كما

هو الحال في التجربة الفرنسية التي أعطت للقاضي الإداري الحق في مراجعة دستورية القوانين بعد التعديل الدستوري لسنة 2008، وهو ما يمكن أن يطرح نقاشاً حول تأثير اختصاص النظر في دستورية القانون بعلاقة القاضي الإداري في التجربة المغربية، وذلك بعد صدور القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية.

## ■ لائحة المراجع

### الكتب

- عوابدي عمار: القانون الإداري ; ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2002
- محمد رفعت عبد الوهاب: المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2009
- إبراهيم حسنين: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء دار النهضة العربية مصر 2000
- سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة القاهرة دار الفكر العربي
- ثروت بدوي مبادئ وأحكام القانون الإداري المجلد الأول أصول القانون الإداري وأسس وخصائصه الطبعة الأولى دار النهضة العربية 1966
- سليمان الطماوي: القضاء الإداري الطبعة الأولى دار الثقافة للطباعة والنشر 2005
- علي حسن عبد الأمير: كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري المركز العربي للطبع والنشر الطبعة الأولى 2019
- المقالات العلمية

المكي السراجي: القضاء الإداري بين العقلنة وتدخل السلطة التنفيذية المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 129-130 يوليو-أكتوبر 2016

لحسن لحميدي: تأويل القضاء الإداري للقانون مشكلة أم ضمان في دولة القانون المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية العدد 18 ماي 2020

عزري الزين: القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية مجلة الاجتهاد القضائي مخبر اثر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع كلية الحقوق جامعة محمد خيضر العدد الثاني سكرة

ريم صابر: اجتهاد القاضي الإداري في إنشاء وتطوير المبادئ العامة للقانون مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية 14 أبريل 2020

رأفت فودة: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنيات دار النهضة العربية القاهرة 2012

منشور بمجلة المحامي العدد 35/1999

عبد العزيز العروسي: حقوق الإنسان بالمغرب ملائمت دستور وقانونية المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مواضيع الساعة عدد 103. 2018

المكي السراجي: القانون الإداري قانون قضائي خاصة خاطئة وغير صحيحة المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 129-130 2016

### أحكام قضائية

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

حكم صادر بتاريخ 24 يونيو 1999 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 31/2000



## المراجع الأجنبية

E.Lambert:le gouvernement des juges et la lutte contre la sociale aux etats-unis:l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois paris Giard 1921 rééd Dalloz Paris 2005 Rabat 2013

P.W.Toco: le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ?les cahier de droit vol 54 n1 mars2013

P.A coté:l'interprétation de la loi une création sujette à des contraintes in live de droit L.G.D.J 1992

Y.Gaudemet: traité de droit administratif-droit administratif général 16éd L.G.D.J 2001

M.Weber: sociologie du droit PUF coll recherches politiques 1976

J.Chevalier:l'ordre juridique in le droit en procès PUF 1983

M.deguergue: politique jurisprudentielle et jurisprudence politique.A.J.D.A 1995

De laubadère(A) traité de droit administratif LGDJ Paris 10édition 1988

Stirn(B):les source constitutionnelles du droit administratif.LGDJ paris 8édition 2014

Vedel(G):droit administratif;P.U.F 1990 p476 « réflexions sur quelque apports de la jurisprudence du conseil d'etat a la jurisprudence du conseil constitutionnel »Mélanges chapus Montchrestien

J.Chevalier: l'état de droit L.G.D.J 6ème édition

M.EL Yaaghoubi: le role régulateur de la chambre administrative in réflexions sur le contentieux administratif imprimerie dar al maarif al jadida

## الفصل الخامس عشر

# القضاء الدستوري: آلية "ضد ديموقراطية" لحماية الحقوق والحريات

Constitutional Justice: "Anti-Democracy" Mechanism for the Protection  
of Rights and Freedoms

د. هند أبو الهيثم

دكتورة في القانون العام والعلوم السياسية كلية  
العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة  
القاضي عياض مراكش

## ملخص

يمكن تناول تاريخ الدستورية كمتتالية متأرجحة ما بين الثقة من جهة، والحذر والشك من جهة أخرى. في القرن 19، تم ربط الديموقراطية بالاقتراع العام وبتطوير مؤسسات انتخابية-تمثيلية. سيجسد البرلمان، حامي حقوق وحريات الجميع والمعبر عن تنوع واختلاف المصالح والآراء، القطيعة مع الاستبداد وبداية الديموقراطية. لن يمر وقت طويل حتى أصبحت هذه البرلمانات أيضا محل انتقاد واتهام بكونها فشلت في مهمتها. وكان الهدف الأساسي من هذه الانتقادات هي إصلاح البرلمانات وإعادة توازنها.

مقابل تراجع الثقة في المشرع سيتقوى دور المحاكم الدستورية أكثر فأكثر، وستنتشر هذه الممارسة في كل القارات بعد أن كانت محصورة في عدد قليل من التجارب الرائدة. حاليا، تتوفر 83 في المائة من الدول على آلية للمراقبة الدستورية، تسمح للقضاة باستبعاد تشريع محكوم عليه بكونه مخالفا للدستور. يدل هذا الرقم على أن "الحذر" من قدرة المشرع على حماية الحقوق والحريات مقابل الثقة في القضاء الدستوري هي ظاهرة عامة في أغلب الدول. سأركز في هذه المداخلة على المراقبة الدستورية باعتبارها عدم ثقة أو حذر موجه ضد قدرة المشرع على حماية الحقوق والحريات.

## Abstract

The history of constitutionalism can be understood as a sequence of swings between trust and distrust. In the 19th century, democracy was linked to universal suffrage and the development of representative electoral institutions. Parliament, protector of rights and freedoms of all citizens, and expression of the diversity and difference of interests and opinions, will incarnate the break with tyranny and the beginning of democracy. It was not long before these parliaments also became the object of criticism and accusations of having failed in its mission. The main objective of these critics was the reform and rebalancing of parliaments

To the mistrust towards the legislator, the role of the constitutional courts will be more and more enforced, and this practice will spread to all the continents after being limited to some pioneer experiences. Today, eighty-three per cent of states with constitutions have a mechanism for judges to overrule legislation deemed to be contrary to the constitution. These statistics indicate a continuing generalization of distrust of legislators and trust in constitutional justice in most countries. In this paper, I will focus on constitutional control as a distrust against the legislator's ability to protect rights and freedoms.

## مقدمة

تبدو العلاقة ما بين القضاء الدستوري وحماية الحقوق والحريات علاقة قديمة حديثة. قديمة قدم الشك في القدرة المطلقة للقانون-المعبر عن الإرادة العامة- على حماية حقوق وحريات الأفراد. حيث سيتزامن الشك في المشرع مع نوع من الثقة سيتم وضعها في القاضي الدستوري. لكن هذه العلاقة القديمة هي أيضا متجددة خصوصا في السنوات الأخيرة. في هذه المداخلة سنحلل هذه العلاقة من خلال مساءلة بعض الأفكار التي اعتدنا اعتبارها من المسلمات. ومن خلال التساؤل والتشكيك، سيكون هدف هذه الدراسة هو التفكيك وإعادة التركيب.

نقطة البداية الضرورية هنا هي تحديد وتعريف المفاهيم الأساسية التي هي بمثابة أدوات الدراسة. هذه المرحلة ضرورية بالنسبة لأي موضوع، إلا أنها تكون أكثر إلحاحية عندما تكون المفاهيم المستخدمة عصية على التحديد الدقيق وحمالة أوجه، كما هي حالة القضاء الدستوري وضد-الديموقراطية.

يمكن تعريف القضاء الدستوري باعتباره مجموع [المؤسسات والتقنيات التي تضمن سمو الدستور في كل نظام قانوني]<sup>1</sup>. يتعلق الأمر بالآليات التي تسمح بضمان [الحماية القضائية للدستور] في اقتباس للعبارة الشهيرة لهانس كلسن<sup>2</sup>.

يمكن تناول القضاء الدستوري بشكل موسع أو مقتضب، وباستحضار تمييزات Luc Heuschling يمكن الحديث عن أربعة أوجه، حسبما إذا كنا نتناول القضاء الدستوري: 1-كمراقبة دستورية القوانين؛ 2-أو كمجموع صلاحيات المحاكم الدستورية بما في ذلك المنازعات الانتخابية بالنسبة للمغرب مثلا؛ 3-أو كل المنازعات التي يقوم فيها القاضي بتأويل وتطبيق الدستور؛ 4-أو كمجموع الإجراءات القضائية في المادة الدستورية<sup>3</sup>. في هذه الحالة الأخيرة يتعلق الأمر بمفهوم مادي، مرتبط بالمضمون الثلاثي للقانون الدستوري: مؤسسات، قواعد ومعايير، وحريات. وبالتالي فكل قاض يتدخل في هذه المواضيع يصبح قاضيا دستوريا.

في هذه المداخلة سأستعمل القضاء الدستوري وفق المعنى الثاني، لكن بالتركيز خصوصا على المعنى الأول، أي مراقبة دستورية القوانين التي تمس الحقوق والحريات أساسا. هذه المراقبة

<sup>1</sup> Favoreu Louis, « Droit constitutionnel », Dalloz, 2017, p. 245.

<sup>2</sup> Kelsen Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution. la justice constitutionnelle », RDP, 1928, p. 197-257.

<sup>3</sup> Heschling Luc, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in Grewe Constance, Jouanjan Ollivier (dir.), « La notion de justice constitutionnelle », Dalloz, 2005, p. 88 et s.

هي التي تطرح مشكلا كبيرا يحاول الفقه حله من خلال صياغة مجموعة من النظريات المعقدة. هذا المشكل الذي يسائل "حكومة القضاة" باستعارة عنوان مؤلف Edouard Lambert<sup>1</sup>، أو أيضا "خاصية معاداة الأغلبية" باستعمال الاسم المخصص لهذه الإشكالية في الولايات المتحدة الأمريكية.

بالنسبة للمفهوم الثاني، ضد-الديموقراطية، يلاحظ أنه غير حاضر في الثقافة القانونية، والسبب بسيط: يتعلق الأمر بمفهوم مستحدث، نجده أساسا في مؤلف Pierre Rosonvallon الصادر في 2006<sup>2</sup>.

يمكن أن يتبادر إلى الذهن، ومن خلال كلمة "ضد-Contre" أن الأمر يتعلق بمعارضة أو معاكسة الديمقراطية، أو بحركات تهدف للنضال ضد الديمقراطية. حسب Rosonvallon، ضد-الديموقراطية هي [ديموقراطية الحذر المنظم]. من الواضح أن ضد-الديموقراطية ليست معاكسة الديمقراطية، بل [مجموع ممارسات المراقبة والمنع والحكم التي يمارس المجتمع من خلالها سلطات التصحيح والضغط]. يتعلق الأمر ب [شكل الديمقراطية التي تعاكس الأخرى (الديموقراطية الانتخابية- التمثيلية)]<sup>3</sup>. هي بشكل ما تصحيح للديموقراطية.

من الضروري التأكيد على أنه بالنسبة للمؤلف ضد-الديموقراطية تشكل نظاما واحدا مع المؤسسات الديمقراطية الشرعية. هي امتداد للديموقراطية الانتخابية و[تهدف لتمديد آثارها]. فهي إذن جزء من الديمقراطية.

انطلاقا من الربط بين هذين المفهومين، يمكننا صياغة الإشكالية المدروسة في هذا العمل. يمثل القضاء الدستوري إحدى أهم آليات "ضد-الديموقراطية"، والهادفة إلى تصحيح ورتق أخطاء المشرع التي قد تمس حقوق وحريات المواطنين. لا يتعلق الأمر بسحب الثقة في قدرة المشرع على حماية حقوق وحريات الأفراد ومنح هذا الاختصاص للقاضي الدستوري، بل بالأحرى إقامة نوع من التوازن بين عمل الجهازين، توازن دقيق يعبر عن حذر مزدوج: حذر في مواجهة المشرع، ولكن أيضا حذر في مواجهة القاضي الدستوري. انطلاقا من كل ما سبق، هل يمكن للقضاء الدستوري، خصوصا أثناء مراقبة دستورية القوانين، أن يكون آلية فعالة ومضمونة دائما لمواجهة

<sup>1</sup> Lambert Edouard, « Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », Dalloz, 2005, 276 p.

<sup>2</sup> Rosonvallon Pierre, « La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance », Seuil, 2006, 345 p.

<sup>3</sup> Ibid., p. 15.

مختلف مظاهر تجلي الشك في قدرة المشرع على إنتاج قوانين تحترم المبادئ الأساسية الضامنة للحقوق والحريات؟

انطلقنا، أثناء محاولة الإجابة على هذه الإشكالية من كتاب "ضد- الديموقراطية"، الذي لا يعتبر مؤلفا قانونيا مادام موضوعه والتحليلات الواردة فيه هي ذات طبيعة أكثر عمومية. لكنه يتلاقى مع ذلك مع مواضيع تشغل القانونيين، ويمكن إقامة روابط مع مقاربات مطورة من طرف القانونيين. مثل مقاربة "الديموقراطية- المستمرة" التي اشتغل عليها Dominique Rousseau؛ أو "الديموقراطية الثنائية" التي دافع عنها Bruce Ackerman. يتعلق الأمر إذن بقراءة تعتمد مرجعية دستورية ومقارنة لدور العدالة الدستورية في حماية الحقوق والحريات.

بالنسبة للبعد المقارن، وخصوصا التركيز على التجربة الأمريكية، فقد تم استخدامهم لسببين: الأول مرتبط بغنى التجربة الأمريكية في مجال مراقبة دستورية القوانين؛ الثاني يهتم العمق التاريخي لهذه التجربة والذي يجعل منها ميدان تحليل استثنائي يسمح بالبرهنة على العلاقة الإشكالية بين القضاء الدستوري وحماية الحقوق والحريات. يقال مثلا أن مراقبة دستورية القوانين في بعدها المعادي للأغلبية تهدف إلى ضمان حماية حقوق الأقليات وضمان سمو الدستور في وقت الأزمات. تقود دراسة التجربة الأمريكية إلى الإقرار بنسبية هذه الفكرة.

أول عنصر ستنم مناقشته في هذه المداخلة للإجابة على الإشكالية الرئيسية هي أن القضاء الدستوري يمكن اعتباره كإحدى آليات مؤسسة الحذر ضد المشرع. وهي الفكرة الأساسية التي يمكن فهمها من خلال مقتضيات الفصل 133 من دستور 2011، والتي عبر عنها Pirre Rosanvallon في كتابه "ضد- الديموقراطية" عند تحديد الهدف من اعتماد القضاء الدستوري كآلية لحماية الحقوق والحريات [الأمل في تكريس وتمديد آثار السلطة الدورية للانتخابات بواسطة مراقبة دائمة]. فالدور الأساسي للقضاء الدستوري هو ضمان استمرارية التزام المنتخبين باحترام المبادئ والحقوق والحريات كما ينص عليها القانون الأسى: الدستور.

هذه المقاربة التقليدية التي تفسر لماذا المرور من مرحلة الدولة الشرعية حيث الأولوية للمنتخب إلى مرحلة دولة القانون حيث الأفضلية للقاضي تقدم القضاء الدستوري كجواب عن إشكالية ماذا لو لم يلتزم المشرع بحماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور؟ لكن تواجه هذه المقاربة بعض المشاكل عندما نواجهها، من جهة، بواقع ممارسة العدالة الدستورية؛ ومن جهة أخرى، حينما نتبنى منهجية أكثر نقدية.



سننطلق من مفهوم الحذر باعتباره المفهوم الرئيسي في نظرية "ضد-الديموقراطية". لكن لن نكتفي بتطبيقه على المشرع فقط، بل سنواجه به أيضا القاضي الدستوري نفسه. يتعلق الأمر هنا بحركة مزدوجة: فبعد أن نرى كيف يمكن للقضاء الدستوري أن يكون أداة للحذر من قدرة المشرع على حماية الحقوق والحريات (أولا)؛ سنسائل ونشكك في هذا القضاء نفسه لنرى كيف يمكنه أن يصبح بدوره موضوعا للحذر، بمعنى أنه بدل اعتباره أداة لحماية الحقوق والحريات قد يكون وسيلة للمساس بها (ثانيا). بالتأكيد ليس الهدف هنا المرافعة ضد القضاء الدستوري، لكن بالأساس محاولة التفكير في مقاربة واقعية أكثر، ستقود في مفارقة واضحة إلى تقوية مشروعية قدرة القضاء الدستوري على حماية الحقوق والحريات وأيضا إلى إضعافها.

### أولا: القضاء الدستوري: حذر معقلن لحماية الحقوق والحريات

أستهل مناقشتي لهذه النقطة باستحضار استعارة Ulysse والحوريات التي يتم اللجوء إليها لفهم الدستورية، خصوصا في أعمال Jon Elester<sup>1</sup>. في طريق عودته لبيته، كانت سفينة Ulysse مضطرة للمرور من منطقة مأهولة بحوريات يمتلكن صوتا شجيا يقال أنه يسحر البحارة ويذهب بعقولهم مما يتسبب بغرق السفينة. كان Ulysse يرغب في سماع هذا الغناء لكنه ينوي أيضا بلوغ وجهته. وجد طريقة لتحقيق رغبته: أمر بحارته أن يوثقوه إلى صاري السفينة، وأن يغلقوا آذانهم بالشمع.

تماما مثل Ulysse يربط الشعب نفسه، بشكل وقائي، بواسطة حبال معيارية ممثلة في المقتضيات الدستورية. يتعلق الأمر بشكل من أشكال التقييد الذاتي حيث يستطيع الشعب وضع حدود لإرادته بتنصيبه في الدستور على مجموعة من المبادئ والحقوق والحريات الواجب احترامها كيفما كانت الظروف. يبدو هذا التقييد الذاتي ضروريا عند استحضار إمكانية "طغيان الأغلبية"، بنفس الشكل الذي كان يعلم به Ulysse بأنه قد يسحر بغناء الحوريات.

أكد تحمل هذه الاستعارة مجموعة من الثغرات، مع ذلك تبدو ملائمة لفهم الفلسفة التي تؤطر مؤسسة القضاء الدستوري. يرمز البحارة في هذا المثال للقضاة الدستوريين المكلفون بالسهر على احترام المبادئ والحقوق والحريات الدستورية المعبرة عن إرادة الشعب، أي إرادة Ulysse. من الواجب عليهم ضمان احترام الإرادة الدستورية لـ Ulysse بغض النظر عما يمكن أن

<sup>1</sup> Voir entre autres: Elester Jon, « Le Laboureur et ses enfants. Deux essais sur les limites de la rationalité », Collection Propositions, 1987, 208 pp.

يقول لاحقاً. في قلب هذا التقييد يكمن الحذر والشك. حذر Ulyse من نفسه، وحذر الشعب من نفسه ومن ممثليه.

سأناقش في مرحلة أولى العلاقات ما بين مختلف أبعاد الحذر من المساس بالمقتضيات الدستورية خصوصاً تلك المتعلقة بالحقوق والحريات كما تناولها Pierre Rosanvallon (1)؛ لأمر في مرحلة ثانية لإلقاء الضوء على النظرية الفقهية والقضائية التي تتناول القضاء الدستوري كحذر معقلن، لكن هذه المرة ليس ضد الديموقراطية، بل في خدمتها (2).

## 1- القضاء الدستوري آلية حمائية؟

في كتابه "الديموقراطية المعاكسة"، يرى Rosanvallon Pierre بأن تنظيم ومأسسة عدم الثقة في قدرة المؤسسات الديموقراطية على حماية حقوق وحريات الأفراد سيرتكز على ثلاثة محاور: المراقبة، المنع والحكم. سيربز المؤلف الأسباب التي تدفع الأفراد إلى اللجوء لمؤسسات "الديموقراطية المعاكسة"<sup>1</sup> للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم في مواجهة المشرع. في هذا المستوى يفرض الحديث عن "الشعب-المراقب"، "الشعب-الممانع" و "الشعب-الرافض" نفسه بالإضافة لـ "الشعب-المنتخب" بطبيعة الحال.

تبدو الأبعاد الثلاثة (المراقبة، المنع، الحكم) المؤسسات الديموقراطية المعاكسة حاضرة في القضاء الدستوري. تبدو المراقبة من خلال مراقبة القاضي الدستوري لدستورية النصوص الصادرة عن المشرع؛ يتعلق المنع بقدرة القاضي الدستوري على إبطال قرار متخذ من طرف آخر<sup>2</sup> كما في حالة الدفع بعدم دستورية قانون<sup>3</sup>؛ أما الحكم فيبدو أنه البعد الذي يفسر لماذا يستبدل المواطنون العمليات الانتخابية بالعمليات القضائية<sup>4</sup>. وضع المؤلف مجموعة من الصفات والعناصر الخاصة بالحكم، والتي تبرر فعالية القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات مقارنة مع عمل المجال الانتخابي- التمثيلي.

<sup>1</sup> يتعلق الأمر بالإضافة للمحاكم الدستورية بالسلطات المستقلة للضبط والمراقبة.

<sup>2</sup> Rosanvallon Pierre, « La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité », Seuil, 2008, pp. 217

<sup>3</sup> Rosanvallon Pierre, « La contre- démocratie. La politique à l'âge de la défiance », op. cit., p. 15

<sup>4</sup> - يمكن الإشارة هنا إلى أطروحة كلسن حول المشرع السلي. أنظر على سبيل المثال حول هذا الموضوع:

Olivier Jouanjan, Behrendt Christian, « Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif », In Revue internationale de droit comparé. Vol. 59 N°2, 2007. pp. 433-

437. www.persee.fr/doc/ridc\_00353337\_2007\_num\_59\_2\_19528\_t9\_0433\_0000\_2 (consulté le 14 fév 2022)

<sup>4</sup> Rosanvallon Pierre, « La contre- démocratie », op. cit., p. 231.

أولى هذه العناصر هي التزام إصدار قرار<sup>1</sup>. يمكن تعريف السياسة في هذا المستوى بكونها فن تأجيل القرارات والخيارات، وهو الأمر الغير ممكن، من الناحية المبدئية، بالنسبة للقضاة. لكن على المستوى الواقعي، يمتلك القاضي الدستوري مجموعة من الأدوات الإجرائية التي يستطيع من خلالها تقرير عدم اتخاذ قرار. يتعلق الأمر بمقاربة فقهية تدعو القاضي الدستوري إلى تجنب إصدار قرار في المنازعات الدستورية الحساسة<sup>2</sup>. فالقاضي الدستوري ليس مجبراً دائماً على إصدار قرار، وهو ما قامت به المحكمة العليا الأمريكية في سنوات الخمسينيات من القرن الماضي حينما أجلت تدخلها في مسألة البث في دستورية أو عدم دستورية الزواج ما بين الأعراق. يبدو إذن أن الامتناع عن إصدار قرار قد يكون أحسن وسيلة لحماية حقوق وحريات الأقليات في الوقت الذي لا تبدو فيه الأغلبية مستعدة لتقبل هذا القرار. وبالتالي فالقرار السلبي (عدم اتخاذ قرار) ينطوي على جانب إيجابي من وجهة نظر استراتيجية، خصوصاً فيما يتعلق بقبول القرار.

يرى Dominique Rousseau أن [القاضي هو أحد عناصر السلسلة المكونة من مختلف الفاعلين في النقاش العمومي، والذي يتدخل في لحظة معينة ليحدد، من خلال قراره القضائي، معنى مقتضى دستوري، دون أن تكون له سلطة إيقاف هذه السلسلة]<sup>3</sup>. يتعلق الأمر بصورة تعكس الحوار بين مختلف الفاعلين بمن فهم القاضي الدستوري، وحيث لا يعني اتخاذ القرار من طرف هذا الأخير وضع حد لهذا النقاش.

يبدو من الصعب، من الناحية التطبيقية، تحديد نقطة التوازن المبحوث عنها ما بين فسح المجال للنقاش العمومي من جهة، واحترام سلطة قرارات تأويل الدستور الممنوحة للقاضي الدستوري. أليس من الأفضل ترك النزاع مفتوحاً في الفضاء العام بدل تجميده من خلال قرار المحكمة الدستورية؟

يدين مجموعة من المفكرين ظاهرة "السمو القضائي الدستوري" المعرفة بكونها [الصلاحية الممنوحة للقضاة للتقرير محل مجموع المواطنين في معنى النص الدستوري]، مقابل ما يمكن تسميته بـ "الدستورانية الشعبية" حيث يحتفظ الشعب بسيطرته على قدره الدستوري كما في

<sup>1</sup> Ibid., p. 236.

<sup>2</sup> Deyssine Anne, « Alexander M. Bickel. The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics », In Revue Française d'Etudes Américaines, N°32, avril 1987, pp. 336-337.

[www.persee.fr/doc/rfea\\_0397-7870\\_1987\\_num\\_32\\_1\\_1843\\_r1\\_0336\\_0000\\_2](http://www.persee.fr/doc/rfea_0397-7870_1987_num_32_1_1843_r1_0336_0000_2) (consulté le 29 janv 2022)

<sup>3</sup> Rousseau Dominique, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », Le Débat, n° 96, 1997, p. 86.

التجربة الأمريكية. يعبر Robert Cover عن هذه الفكرة عندما يؤكد على أن القاضي [يقتل القانون] عندما يصدر الحكم أكثر مما يخلقه. هذا هو البعد القاتل والمهدد للحقوق والحريات للسمو القضائي الدستوري<sup>1</sup>.

العنصر الثاني الذي يفسر تفضيل المواطنين لآلية القضاء الدستوري لحماية الحقوق والحريات في مواجهة المشرع حسب Rosanvallon هي خاصية إلزامية تبرير الحكم القضائي. يتحدث المؤلف عن مزايا المداوالت القضائية الممنهجة والشفافة أكثر من المداوالت السياسية. فعلى عكس المجال القضائي، [يلعب إيهام الالتزامات دورا أساسيا]<sup>2</sup> في المجال السياسي. يمكن أيضا التساؤل حول هذه النقطة.

لاعتبارات استراتيجية، قد يقع أن تكون مبررات القرار الدستوري متسمة بالإيهام. كما يمكن أن تبالغ في التقيد بالشكليات كما في التجربة الفرنسية<sup>3</sup> وكذلك في التجربة المغربية<sup>4</sup>. وهو ما يمس بعنصر شفافية المداوالت القضائية الدستورية. بالمقابل، هنالك من المفكرين، وعلى خلاف Rosanvallon، من يسلط الضوء على سمو المداوالت السياسية مقارنة بالمداوالت القضائية فيما يخص حماية الحقوق والحريات<sup>5</sup>.

يمكن أيضا أن نتساءل حول الكيفية التي يمكن للشعب بواسطتها أن يكون فاعلا في المطالبة بحماية الحقوق والحريات من خلال القضاء الدستوري، مادام Rosanvallon يتحدث عن ظاهرة الشعب-القاضي. تحيل هذه النقطة على شروط ولوج الأفراد للقضاء الدستوري خصوصا، وبشكل أعم حول الظاهرة المتنامية والمعوّلة للتقاضي. لا يمكن إنكار واقع اتساع مجالات تدخل القاضي الدستوري لتشمل أهم مجالات الحياة الاجتماعية، وهو ما تؤكد

<sup>1</sup> Fassassi Idris, « La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire », Dalloz, 2017, p. 295-326

<sup>2</sup> Rosanvallon Pierre, La contre-démocratie », op.cit., p. 235

<sup>3</sup> Baranger Denis, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », JusPoliticum, n° 7, 2012, p. 5

<sup>4</sup> في الحقيقة هذه ملاحظة شخصية بعد اطلاعي على مجموعة كبيرة من قرارات القضاء الدستوري سواء قبل اعتماد المحكمة الدستوري أو في ظل تجريبي الغرفة الدستورية والمجلس الدستوري (مجموع القرارات موجودة في موقع المحكمة الدستورية <https://www.cour-constitutionnelle.ma/>)

<sup>5</sup> - أنظر مثلا بالنسبة لحق الإجهاض المقارنة التي قام بها Jeremy Waldron ما بين نقاش المحكمة العليا الأمريكية والنقاشات البرلمانية حول قانون الإجهاض في 1966. وارد في:

Beaudoin Simon, « La critique waldronienne de la révision judiciaire », pub université LAVAL, 2017, p. 9 et suiv.

المراجعة الدستورية الأخيرة التي منحت للمواطنين إمكانية الدفع بعدم دستورية قانون مطبق على قضية معروضة أمام القضاء. لكن هل يشكل تنامي مجالات التدخل هذا تقدما بالنسبة للمواطن، هل يوفر فعلا حماية أكبر لحقوقه وحرياته؟

رغم أنه [لا شيء يمكن أن يفلت من سطوة المراقبة الدستورية. امتلأ العالم بالقانون، وأصبح كل شيء قابلا لأن يكون موضوعا له]<sup>1</sup>، إلا أن هنالك من يرى أن الأمر هو مجرد استراتيجية تداولية متبناة من طرف نخبة سياسية، تزعم أن الهدف هو الديموقراطية وحماية حقوق وحريات الأفراد والمجموعات، بينما تسعى في الحقيقة إلى تضيق مجال ممارستها، بنقل مواضيع الحقل السياسي نحو الحقل القضائي حيث يجد المواطن نفسه مقصيا أكثر.

## 2- القضاء الدستوري آلية تصحيحية:

يمكن فعلا تناول القضاء الدستوري كحذر موجه ضد عدم احترام النظام السياسي القائم لحقوق وحريات الأفراد، لكنه في واقع الأمر حذر معقل ومؤطر. تهدف العقلنة والتأطير إلى ضمان وتبرير نشاط المراقبة والمنع من خلال مصطلحات ديموقراطية. يتعلق الأمر بتفسير لماذا، حتى عندما لا تقرر المحاكم قوانين مصوت عليها من طرف المنتخبين، فإنها تقرر باسم الديموقراطية ويهدف حماية الحقوق والحريات. تهدف المراقبة الدستورية وفق هذا المنظور ليس إلى معارضة الديموقراطية، بل إلى تقويتها.

تم تطوير هذه المقاربة من طرف هانس كلسن<sup>2</sup>، لكن بدون شك الدستوري الأمريكي Jhon Hart Ely هو الذي عرضها بكل دقة في كتابه "« Démocratie Et Méfiance. Une Théorie Du Contrôle De Constitutionnalité »<sup>3</sup>، بالاعتماد بشكل خاص على مفهوم "الحذر. يبرر المفكر ويعقلن المراقبة الدستورية بإصباغ صفة الحياد على دور القاضي الدستوري، حيث يبدو أن هذا الأخير لا يتدخل إلا لرتق وتصحيح أخطاء السوق السياسي، في الحالة تحديدا حيث يصبح هذا السوق غير أهل للثقة ويستدعي الحذر والشك.

<sup>1</sup> Barak Aharon , « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », in Revue française de droit constitutionnel 2006, n° 66, p. 299.

<sup>2</sup> Zanon Nicolo, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », In Annuaire international de justice constitutionnelle, Principe d'égalité et droit de suffrage. pp. 177-189.

www.persee.fr/doc/aijc\_0995\_3817\_1991\_num\_5\_1989\_1083 (consulté le 27 jan 2022)

<sup>3</sup> Hart Ely Jhon, « Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Harvard University », Press Cambridge, 1980, 268 p.

تحدد هذه المقاربة المعتمدة من طرف الكاتب مشكلين أساسيين يهددان الديمقراطية التمثيلية، مشكلتين تستوجبان تدخل القاضي الدستوري باعتباره آلية تصحيحية ضرورية لاستعادة شروط تنافسية صحية للأفكار في السوق السياسي. ثغرات النظام هذه تمثل في نفس الوقت مرتكزات وحدود أو تقييدات سلطة القاضي الدستوري، مادام لا يمكنه أن يتدخل خارج إطار هذه الفرضيات.

تنتج أولى هذه الثغرات عن إقفال النظام من طرف هؤلاء الذين في السلطة، مما قد يحول دون عملية التناوب. يتعلق الأمر، بشكل ما بتعسف المسيطر، حيث الأغلبية في السلطة تمنع الأقلية الحالية من أن تصبح أغلبية لاحقا.

تحيل الثغرة الثانية على وضعيات يتم فيها الإخلال بقواعد لعبة الديمقراطية التعددية، وذلك من خلال وجود أحكام ضد بعض الأقليات. يقضي قانون الديمقراطية بأن تخسر الأقلية، لكن ليس لأي سبب وبأي شكل. التحيز المشجوب هو الذي يمنع الأقليات من تشكيل تحالفات تمكنها من أن تصبح ممثلة في السوق السياسي. على أرض الواقع يبدو أنه من المستحيل أن تكون تحكيمات المشرع دائما في صالح هذه الأقليات، وهذا بالضبط هو ما يبرر تدخل القاضي الدستوري<sup>1</sup>. لا يجيز القاضي قانونا ما ليس لأنه يعترض على خيارات القيمة التي يترجم، أو بتعبير آخر ليس لأنه يرفض الخيارات التي يتيح هذا القانون، بل ببساطة لأنه ناتج عن سيورة أو عملية معيبة وفاسدة بسبب تحيزها. يجب على القاضي إذن أن يتخلص من فاكهة الشجرة المسمومة.

ينكر Hart Ely على القاضي الدستوري مشروعية التدخل على مستوى الأساسيات، على مستوى خيارات القيمة. هو شرط لإمكانية بلوغ حماية حقيقية لحقوق وحريات جميع أطراف اللعبة السياسية في إطار الديمقراطية التمثيلية، دون أن يكون المحدد أو الخالق للخيارات المؤطرة لهذه الحقوق والحريات. بتعبير آخر: القاضي الدستوري هو "حكم" يعاقب اختلالات العملية السياسية، وليس المنتج للحلول الأساسية لهذه الاختلالات

تفترض هذه المقاربة عكسا حقيقيا للإشكالية الكلاسيكية "قضاء دستوري- حماية الحقوق والحريات". في هذا الاتجاه يصبح القضاء الدستوري حليفا للديموقراطية التمثيلية، وبالتالي

<sup>1</sup> نلمس تطبيقات هذه النظرية خصوصا، وليس حصرا، في دور القاضي الدستوري في ميدان المنازعات الانتخابية. كنت أنساءل سابقا عن جدوى إخضاع المنازعات الانتخابية للرقابة الدستورية. يبدو أن للجواب علاقة بدور القاضي الدستوري في حماية حقوق المنتخبين الممثلين للشعب خصوصا عندما يكون هذا المنتخب من الأقلية، من جهة، ومن جهة أخرى حماية حقوق المنتخبين (بكسر الخاء) بإصلاح أخطاء وثغرات العملية الانتخابية.

فالهدف الرئيسي من تدخلاته هي دعم وتصحيح وتبرير أخطاء التشريعي بوجه خاص والنظام السياسي القائم عامة. هذه هي الفكرة التي عبرت عنها المحكمة العليا الكندية بتأكيدهما على أن [المحكمة هي حليف للديموقراطية الكندية وستظل كذلك. ستقوي كل ضعف للديموقراطية من خلال السماح للمهمشين بمشاركة ديموقراطية متساوية وفعالية...و بإسماع صوتهم..]<sup>1</sup>. يحول Hart Ely العنصر المشكوك فيه في المعادلة "حماية الحقوق والحريات- مراقبة دستورية" إلى عنصر داعم للديموقراطية التمثيلية. لكن خلف الخطاب الإجرائي تختبئ في الحقيقة خيارات قيمة مهمة.

يمكن أن ننتبه للعنصر الوهي للمقاربات المرتكزة على حيادية القاضي الدستوري، الذي يبدو وكأنه يصدر القرارات بناء على اعتبارات عامة وغير محددة، والذي يمتلك في نفس الوقت سلطة تقديرية واسعة. تقيد مسألة القيم والسلطة التقديرية للقضاة محاولات عقلنة وتأطير ممارسة المراقبة الدستورية ودورها في حماية حقوق وحريات الأفراد. لا يتعلق الأمر بالتشكيك في المقاربة المقترحة من طرف Hart Ely، بل يسري الأمر على كل النظريات التي تحاول تبرير المراقبة الدستورية، والتي تقدم القاضي كـ "حكم"، كـ "سلطة منعدمة Puissante nulle"، أو كـ "قم دستوري" بسيط. هذه البساطة التي تتجاهل واقع تعقيد مفهوم المراقبة الدستورية وأدوارها المتباينة إلى حد التناقض في العديد من الأحيان.

### ثانيا: القضاء الدستوري أداة "ضد-أغلبية" قد تمس بالحقوق والحريات

بالإضافة إلى ما أسلفنا حول كون إمكانية اعتبار القضاء الدستوري كأداة لحماية الحقوق والحريات، وهو ما يمكن تصوره في إطار نظام ديموقراطي حقيقي؛ يمكن اعتبار هذا القضاء أيضا أداة تهدد الحقوق والحريات، ليس فقط في الأنظمة غير الديموقراطية، بل حتى في إطار الديموقراطيات العريقة المتبينة لمفهوم دولة القانون. يمكن القول بأن هذه الفكرة ليست بالجديدة وسيبدو الأمر وكأننا نكرر ما تمت إثارته سابقا فيما يتعلق بهذا التوتر القائم ما بين هذا القضاء والديموقراطية التمثيلية. أود هنا معالجة هذه النقطة من خلال زاوية مختلفة، بهدف التفكيك والمساءلة. نلاحظ، من خلال مقارنة أمبيريقية، أنه لا يمكن اختزال القضاء الدستوري باعتباره فقط قوة معادية- للأغلبية. قوة تحمي حقوق وحريات كل مجموعة بما فيها المجموعات

<sup>1</sup> Guénette Dave , «La Cour suprême du Canada et la pluralité démocratique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle», Revue générale de droit, 46(1), 215–252. <https://doi.org/10.7202/1036578ar> (consulté le 27 jan 2022).

المهمشة والأقليات من تجاوزات الجهاز الدولي. لكن في الواقع المراقبة الدستورية هي ممارسة أغلبية نسبية، بما أنها تنحو نحو عكس انتظارات الأغليات المهيمنة للمجتمع. تقود هذه الملاحظة إلى إعادة التفكير في المنظور الذي يتم غالبا من خلاله تحليل هذا القضاء، واقتراح بديل سيكون ملائما أكثر لفهم علاقته بحماية حقوق وحريات الأفراد في نظام مثل النظام المغربي. سأحاول إذن في مرحلة أولى عرض وتفكيك هذه الخاصية المعادية للأغلبية، قبل مساءلة هذا البراديغم في مرحلة ثانية.

### 1- في معنى خاصية ضد-الأغلبية Contre-majoritaire

ظهر هذا المفهوم في 1962 على يد الدستوري الأمريكي Alexander Bickel الذي يرى بأن [المراقبة الدستورية هي قوة ضد-أغلبية في نظامنا، فعندما ترفض المحكمة قانونا ما فإنها تمارس مراقبتها ليس باسم الأغلبية الحالية بل ضدها]<sup>1</sup>. يحمل مفهوم ضد-الأغلبية في ثناياه بعض الثغرات، وربما كان من الأفضل الحديث عن ضد-التمثيلية Contre-Representative. إلا أنه يسمح رغم ذلك، ومن خلال تفكيكه، بتحليل مثير للاهتمام للمراقبة الدستورية.

قبل تفكيك الصعوبة التي يثيرها هذا المفهوم، أود في البداية الإشارة للنقاش العام حوله في الولايات المتحدة والمتميز بالكثير من الحيوية. يجمع التيار الفقهي المسمى "الدستورانية الشعبية" مجموعة من المفكرين من الطراز الرفيع، والذين يدعون إلى إلغاء أو على الأقل تقليص سلطات القاضي الدستوري. يتعلق الأمر أساسا بمفكرين ليبراليين، والذين تبلور فكرهم كرد فعل على قرارات المحكمة العليا ذات النزعة المحافظة منذ بداية سنوات الألفية الجديدة<sup>2</sup>. وبالتالي يجب عدم إغفال البعد الإيديولوجي في هذا النقد والذي تم الاعتراف والتصريح به من طرف بعض المفكرين.

يتم التعبير عن هذا الانتقاد المضاد-لأغلبية في نسخته الخالصة كالتالي: [باسم ماذا يسمح لتسع قضاة غير منتخبين، وفي بعض الحالات معينين مدى الحياة، أن يقرروا ضد الإرادة

<sup>1</sup> Deysine Anne, « Alexander Bickel. The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics », In: Revue Française d'Etudes Américaines, N°32, avril 1987. American Potpourri. pp. 336-337.

www.persee.fr/doc/rfea\_0397-7870\_1987\_num\_32\_1\_1843\_t1\_0336\_0000\_2 (consulté le 12 fév 2022).

<sup>2</sup> Fassassi Idris, « La légitimité de la justice constitutionnelle aux Etats-Unis à l'épreuve du constitutionnalisme populaire ». In: Annuaire international de justice constitutionnelle, « Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux ». pp. 69-90. www.persee.fr/doc/aijc\_0995-3817\_2008\_num\_23\_2007\_1879 (consulté le 28 déc 2021).



المعبر عنها من طرف بضع مئات من ممثلي البرلمان، المنتخبين من طرف الشعب والمسؤولين أمامه؟<sup>1</sup>، هذا ما عبر عنه أحد القضاة الأمريكيين منتقدا قرارا للمحكمة العليا ومعترفا بحق زواج المثليين. نفس الأمر بالنسبة لقرار المحكمة العليا الكينية عندما ألغت نتائج الانتخابات الرئاسية ليجيب الرئيس Kenyatta مستنكرا [ اتخذ ملايين الكينيين قرارهم وقرر ست قضاة أن يخالفوا إرادة الشعب]<sup>2</sup>. هذا القرار متخذ في المادة الانتخابية ويمس بحق الانتخاب لكنه يظهر بوضوح الانتقاد الموجه لمراقبة دستورية القوانين بصفة عامة وفي علاقتها بحماية الحقوق والحريات على وجه الخصوص.

بعد تحديد إشكالية ضد-الأغلبية سنقوم الآن بتفكيكها. ولفعل ذلك، يجب قبل تحديد المقصود بـ"الأغلبية".

يمكن إعطاء ثلاثة معانٍ للكلمة "أغلي" Majoritaire: يحيل المعنى الأول ببساطة على شكل تقني لاتخاذ القرار. بمعنى أنه تتخذ القرارات، في مجموعة معينة، بتصويت الأغلبية. وبالتالي فمحكمة دستورية أو برلمان أو أوليغارشية أو مجموعة من اللصوص يمكنهم جميعا استخدام قاعدة الأغلبية لاتخاذ قراراتهم<sup>3</sup>.

في المعنى الثاني يحيل مصطلح "أغلي" على كون المؤسسة المعنية تعكس إرادة الشعب أو الجسم الاجتماعي. يستعمل Mauro Cappelletti مصطلح "ديموقراطي" في هذا الاتجاه، ويؤكد أن لدى المحاكم [ إمكانية أن تكون جد ديموقراطية، (بمعنى) وفيه وتستجيب لحاجيات ورغبات المجتمع]<sup>4</sup>. وفق هذا المعنى الثاني، يحيل مصطلح "أغلي" على كون المؤسسة المعنية هي المترجمة لإرادة أغلبية الجسم الاجتماعي.

يعكس التعريف الثالث للمفهوم المعنى الأكثر تداولاً، ويحيل على الانتخابات، وبالتالي فالمؤسسات "الأغلبية" هي المؤسسات الناتجة عن عملية الانتخابات والمكونة من منتخبين

<sup>1</sup> Ibid

<sup>2</sup> Mérieau Eugénie, « Le juge constitutionnel face à l'exigence de moralisation de la vie politique », In Annuaire international de justice constitutionnelle, 2017, p.656.

<sup>3</sup> Voir Pasquino Pasquale, « Le principe de majorité: natures et limites », La Vie des idées, <https://laviedesidees.fr/Le-principe-de-majorite-nature-et-limites.html> (consulté le 20 jan 2022)

<sup>4</sup> Cappelletti Marco, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », RIDC, n° 2, 1981, p. 646.

مسؤولين أمام الشعب. من وجهة النظر هذه يعتبر البرلمان مؤسسة أغلبية بينما المحكمة الدستورية ليست كذلك.

يمكن، وانطلاقاً من هذه التعريفات، أن ننقل إلى عملية إعادة تركيب المفهوم. قد تكون مؤسسة ما "أغلبية" وفق التعريف أو المعنى الثالث للمفهوم دون أن تكون "أغلبية" وفق المفهوم الثاني، كما هي حالة مجلس النواب عندما يتخذ قرارات أو يشرع قوانين لا تعكس إرادة الشعب بسبب التشوهات التي تصيب العملية التشريعية في الأنظمة الغير-ديموقراطية غالباً، بل وحتى في الأنظمة الديموقراطية كما في مثال التأثير الذي تقوم به المجموعات الضاغطة. بالمقابل، يمكن للقضاء الدستوري الغير أغلي وفق التعريف الثالث، أن يكون أغلياً وفق التعريف الثاني للمفهوم عندما يتخذ قرارات متوافقة مع الرأي العام.

نمر الآن لتفكيك خاصية "ضد-الأغلبية" من خلال محورها حول محورين اثنين: الأول يركز على النتائج المترتبة عن تدخل القاضي الدستوري ومدى توافمها مع الرأي العام. يتعلق الأمر بتحليل جوهري وكمي لخاصية ضد-الأغلبية. يعتبر القاضي في هذه الحالة معاد- للأغلبية عندما يضع قرارات تسير في اتجاه معارض للرأي العام. بالمقابل، لا يمكن اعتبار القاضي الدستوري معاد- للأغلبية عندما يقر قانوناً شعبياً أو يلغي قانوناً لا يحظى بموافقة الأغلبية. تركز هذه المقاربة لخاصية ضد-الأغلبية على نتائج استطلاعات الرأي، والتي تسمح بقياس حالة واتجاه الرأي العام حول القضايا الدستورية التي يفصل فيها القاضي الدستوري. كما تفترض هذه المقاربة قضاءً عمومياً يسمح بنقاش فعلي ومفتوح، الأمر المتعذر في الغالب الأعم في بلادنا.

المحور الثاني لخاصية ضد-الأغلبية يهتم تحليلاً إجرائياً للمفهوم، ويركز على اعتبار تدخل القاضي الدستوري في حقل أو ميدان معين تدخلاً غير مشروع لكون هذا القاضي غير مسؤول سياسياً، أي أنه غير "أغلي" وفق التعريف الثالث. فالقضاة الدستوريين غير منتخبتين وغير مسؤولين مباشرة أمام الشعب. عدم المسؤولية السياسية هذه، على المستوى الإجرائي، ترسم في الواقع، على المستوى المادي، مجالاً يعتبر تدخل القاضي الدستوري فيه غير مشروع. يتميز هذا المجال بكونه متحركاً مادام يعكس مفاهيم العصر فيما يتعلق بتحديد "الملائم" لتدخل القضاة. بتعبير آخر: يمكن لتدخل القاضي الدستوري في مجال معين وفي لحظة معينة أن يعتبر غير مشروع، لأن هذا المجال يتم التفكير فيه في تلك اللحظة كجزء من السياسي؛ مع ذلك، يمكن في لحظة قادمة اتباره مشروعاً عندما تصبح المادة المختلف حولها جزءاً من الميدان القانوني. وفق هذه النقطة بالذات، يظهر موضوع الحقوق والحريات كمجال متحرك، البعض منها قانوني ولا

يطرح إشكالات مهمة (كحق التصويت مثلا)، لكن العديد منها في بلادنا هو سياسي أساسا ( كالإرث، الإجهاض، الحرية الدينية، العلاقات المثلية...).

لا يتداخل هذين الوجهين لخاصية "ضد-الأغلبية" بالضرورة، حيث يمكن لقرار عدم الدستورية المتخذ من طرف القاضي أن يكون ضد-الأغلبية وفق المعنى الثاني دون المعنى الأول. عندما يكون قرار عدم الدستورية مساندا من طرف أغلبية الرأي العام يختلفي مشكل ضد-الأغلبية عند الأخذ بعين الاعتبار نتائج هذا القرار، فالقاضي وفق ذلك يستجيب لمتطلبات الأغلبية، لكن المشكل المرتبط بتقري عدم دستورية قانون (مصوت عليه من طرف منتخبين) من قبل قضاة غير منتخبين يظل مطروحا. بتعبير آخر: رغم أن نتيجة القرار في هذا المثال ليست ضد-أغلبية، إلا أن العملية التي من خلالها تم اتخاذ القرار تركز أساسا على عدم المسؤولية السياسية للقضاة، مما يجعلها ضد-أغلبية.

بعد عرض وجهي خاصية ضد-الأغلبية اللذان يثيرا مجموعة من المشاكل فيما يخص قدرة القاضي الدستوري على حماية حقوق وحريات الأغلبية، سأقوم الآن بالتشكيك في هذا البراديغم من خلال التدليل على حذري الشخصي فيما يخص قدرته على حماية حقوق وحريات الأقليات أيضا.

## 2- براديغم ضد-الأغلبية وحماية حقوق وحريات الأقليات

يمكن اعتبار خاصية معادة- حقوق الأغلبية كأكبر إشكالية يحاول أغلبية المختصين في القانون الدستوري في الولايات المتحدة كما في باقي البلدان دراستها والإجابة عنها. حاولوا صياغة نظرية تقدم حولا للمشكل المطروح. لكن يتعلق الأمر بمشكل غير قابل للحل، لأنه يركز على مجموعة من المتناقضات المرتبطة جذريا بالدستورانية المعاصرة، والتي يتم تسليط الضوء عليها من طرف الأطروحات الواقعية حول طبيعة التأويل الدستوري. هذا الأخير الذي يستحيل إيجاد توافق بشأنه. وبالتالي فالمسألة غير قابلة للحل. وأعتقد، إلى جانب عدد من المفكرين، بأنه ليس من المستحب أن تحل بشكل نهائي.

لكن المثير في الأمر هنا أنه في الوقت الذي يبذل فيه القانونيون مجهودات لحل هذا المشكل، يبدو أن المختصين الأمريكيين في علم السياسة يعتبرونه غير موجود صلا، لأن تحليلاتهم

تبرز أن المحكمة العليا ليست معادية للأغلبية من وجهة نظر جوهرية<sup>1</sup>. لدينا إذن مجهودات مهمة للفقهاء القانونيين لحل مشكل غير موجود في الحقيقة. وبتركيز على الغنى والعمق التاريخي للتجربة الأمريكية يمكن فعلاً التشكيك في خاصية معاداة-الأغلبية.

يقال غالباً، في إطار وجهات النظر الكلاسيكية، أن القاضي الدستوري يحمي حقوق وحريات الأقليات ويضمن سمو الدستور في وقت الأزمة. فالقضاء الدستوري هو تعبير عن فعل معاد-لأغلبية لأغراض صالحة وشريفة. يحمي القاضي حقوق الأقليات من تجاوزات الأغلبية. هذه النظرية المتبناة من طرف القضاة هي غالباً منقولة من الفقه.

يؤكد أحد قضاة المحكمة العليا الأمريكية أن هذه الأخيرة هي [ملجأ يحمي من الرياح المعارضة بالنسبة للأقليات]<sup>2</sup>. لكن في الواقع، في الولايات المتحدة كما في غيرها من البلدان، لا يحمي القاضي بشكل قاطع الأقليات إلا عندما تصبح هذه الحماية أحد مكونات برنامج الأغلبية القائمة. إذن فالقاضي لا يحمي الأقليات إلا عندما تصبح هذه الحماية مقبولة ومطلوبة من الأغلبية. بتعبير آخر: حتى عندما تبدو هذه الحماية لحقوق الأقليات معادية-لأغلبية، إلا أنها لا تشكل في الحقيقة إلا عنصراً يعزز التحالف المسيطر.

يمكن أن نأخذ هنا مثال الأقلية السوداء في أمريكا. يبدو غالباً أن المحكمة العليا تستجيب لمتطلبات المرحلة ولرياح المسيطر سواء عندما تساند وتقر التمييز العنصري كما عندما ترفضه.

يتم تقديم قرار Brown الصادر في 1954 كمثال للفضائل البطولية للمحكمة العليا<sup>3</sup>. يتعلق الأمر بالقرار الذي ألغت فيه المحكمة التمييز العنصري في المدارس العمومية. هذا مثال توضيحي للبعد الصالح أو الفاضل لخاصية معاداة الأغلبية. لكن في الوقت الذي أصدرت فيه المحكمة هذا القرار كان هنالك توافق —خصوصاً في أوساط النخبة السياسية- لصالح القضاء على التمييز العنصري. حكمت المحكمة ببطلان ممارسة مرفوضة من طرف 27 ولاية ومتبناة من طرف 21 ولاية. فإلغاء التمييز كان مطلوباً من طرف أغلبية الولايات المكونة للبلد، وأغلبية الرأي العام

<sup>1</sup> Pech Laurent, « Le remède au gouvernement des juges: le judiciaire self restraint ? », in Gouvernement des juges et démocratie, Édition. de la Sorbonne, 2001, p. 87.

<sup>2</sup> Ibid

<sup>3</sup> L'arrêt Brown v. Board of Education: entre Droit et sciences sociales, <https://www.lepetitjuriste.fr/larret-brown-v-board-of-education-entre-droit-sciences-sociales/> (consulté le 52 jan 2022)

بالنتيجة كان يساند هذا القرار<sup>1</sup>. فرضت المحكمة توافقاً أغلبياً على أقلية متمردة (دول الجنوب)، وبالتالي لا يمكن اعتبارها كقوة معادية للأغلبية.

لو أن المحكمة قضت بإلغاء التمييز في 1910 أو 1920 أو 1930 لربما كان من الممكن إثبات أطروحة معاداة الأغلبية. وهو ما يؤكد تصريح القاضي Felix Frankfurter أحد أعضاء المحكمة التي أصدرت قرار Brown، حيث أعلن عن أنه كان سيصوت لفائدة الإبقاء على التمييز العنصري لو أن القضية عرضت في 1940 لأن [الرأي العام لم يكن آنذاك قد تبلور]<sup>2</sup>. يؤكد هذا التصريح بشكل واضح فكرة ترجمة قرارات المحكمة لما يعتبره القاضي الدستوري مقبولا من طرف الجسم الاجتماعي.

المحكمة هي نتاج للزمن القائمة فيه، ولتيارات الأغلبية التي تسعى لعكسها من خلال القرارات المتخذة. يفتح عدم تحديد المعايير الدستورية مجالا واسعا يسمح بفرض المفاهيم المتبناة من طرف الأغلبية، سواء من خلال خيار واع للقاضي (ميل إيديولوجي يقوده لمشاركة توجهات الأغلبية)، أو من خلال خيار غير واع (على اعتبار أن القاضي هو عضو في المجتمع لا يمكنه الانفلات من تأثير تمثيلات الأغلبية التي تهيكل هذا المجتمع)، أو من خلال خيار استراتيجي (في إطار البحث عن مشروعية اجتماعية تستند عليها سلطة المحكمة أو من خلال الأخذ بعين الاعتبار ردات الفعل الممكنة لباقي فاعلي اللعبة الدستورية). لا يمكن إذن احتبار المحكمة ملجأ لحماية حقوق الأقليات، بل أداة لتأكيد سلطة الأغلبية ضد الأقلية.

أرغب هنا في التأكيد على بعض الملاحظات. يمكنكم الاعتراض على أن حالات الأزمة أو الأقليات المضطهدة هي حالات خاصة ولا يمكن استخلاص استنتاجات عامة منها حول القضاء الدستوري. أجيب: لأن البعد المعادي- للأغلبية تمت إثارته لمساندة المراقبة الدستورية في لحظات معينة، لذلك فالدروس المستخلصة هي معبرة. عندما تشتد الرياح نحتاج أكثر من أي وقت مضى ملجأ. فإذا لم يوفر القاضي الحماية إلا في الأوقات الجيدة، وإذا تراجع في الأوقات الصعبة، فهو إذن مسامر لمتطلبات الوقت. وبالتالي فالأطروحة التي تقدم القاضي كسلطة فاضلة معادية للأغلبية تفقد بذلك قيمتها إذا لم تطبق إلا عندما تكون البيئة والظروف صالحة، لأنه في هذه الحالة سيبدو كمظلة محمولة في جو مشرق. ما فائدة هذا القاضي إذن. هذا من جهة:

<sup>1</sup> Fassassi Idris, «La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis», op. cit., p.319.

<sup>2</sup> Ibid., p. 310.

ومن جهة أخرى، يمكن الاعتراض على أنني تبينت نظرة جزئية. فعلا تثبت الدراسات الأمبريقية أن هنالك توافقا ما بين الرأي العام وقرارات القاضي الدستوري. لكن هذا التوافق لا يفسر بالضرورة بأن للرأي العام تأثير على المحكمة، بل على العكس يتم تفسيره على أساس أن هذه الأخيرة هي من تؤثر على الرأي العام. سأجيب بأن ذلك فعلا ممكن من الناحية النظرية، لكن يجب عدم تضخيم قدرات القضاء الدستوري. يمكن فعلا لهذا القضاء أن يساهم في إقناع الرأي العام. وهذه بالضبط هي وظيفة إسباغ المشروعية التي يمارسها القاضي من خلال إنتاج الثقة، باعترافه بأن القانون الذي يحمي أحد الحقوق هو دستوري أو بأن القانون الذي ينتهك حرية ما هو غير دستوري. عندما يقر القاضي قانونا أو حلا ما فهو يشرعنه ويساهم في تقبله من طرف العموم. لكن الموافقة لا تعني بالضرورة الانخراط والقبول. يمكن للمحكمة أن تساهم في إقناع العموم بقبول قرار مرفوض، لكنها لا تستطيع بالضرورة إقناع هذا العموم للانخراط في تطبيق حل مرفوض. تفترض قدرة القاضي على التأثير على العموم أن يكون هذا الأخير على علم واطلاع بالقرارات الصادرة عن المحكمة. لكن لا يبدو من المنطقي افتراض متابعة عموم المواطنين واطلاعه بشكل مستمر على قرارات القضاء الدستوري. يتم اطلاع الأفراد على هذه القرارات غالبا بشكل غير مباشر عبر وسائل الإعلام. لكن القرارات التي يتم تسليط الضوء عليها من طرف هذا الأخير هي فقط القرارات ذات الأهمية الخاصة، وخصوصا تلك المنصبة حول المسائل المجتمعية من قبيل: الإعدام، حق الإجهاض، حقوق المثليين.. هذا بالنسبة للدول التي يتمتع إعلامها بنوع من الحرية والمصادقية (و هو ما يصعب تصويره في بلادنا مثلا). لكن وحتى بالنسبة لهذه الدول يبدو أن الرأي العام غالبا منقسم أكثر حول هذا النوع من القضايا، ويمكن لقرار القاضي الدستوري في هذه الحالة أن يؤدي إلى انقسام أكبر، بمعنى تقوية أولئك المقتنعين بالرأي المتبنى من طرف القاضي دون القدرة على إقناع المعارضين، بل قد يؤدي تدخل القاضي لجعلهم أكثر راديكالية. لإقناع الرأي العام، هل يمكن تصور تحويل مدافع عن التمييز العنصري ليصبح منددا به؟ أو أن معارضي الإجهاض كان من الممكن أن يقتنعوا وقبلوا بالقرار الداعم لهذا الحق؟ تبدو هذه الفرضية بعيدة الاحتمال.

## خاتمة

ما الذي تبقى لنا بعد كل هذه الطروحات؟ انطلقنا من كون القاضي الدستوري أداة لحماية حقوق وحريات الأفراد من تجاوزات التشريعي باعتباره العنصر الفعال في نظرية "ضد الديموقراطية" كما رأينا مع Pierre Rosanvalon. هو أداة في يد المواطنين للتعبير عن حذرهم من الدولة. رأينا بعد ذلك أن هذا القاضي نفسه يمكن أن يكون موضوعا للحذر من خلال خاصية معاداة-الأغلبية، التي تفيد بأن حقوق وحريات الأغلبية قد يتم المس بها أثناء دفاعه عن حقوق الأقلية. لنقوم بعد ذلك بتحويل هذا الحذر ضد باراديغم معاداة الأغلبية نفسه بإبراز أن القاضي الدستوري لا يحیی إلا حقوق الأقليات التي تصبح متبناة في برنامج الأغلبية.

نخلص من هذه الانتقالات ما بين فرضيتي قدرة القاضي الدستوري على حماية الحقوق والحريات ومسه بها إلى نوع من المفارقة تعيد إدخال مفهوم دولة القانون على الخط: من جهة، ومن خلال توافق القاضي مع الرأي العام، تتقوى مشروعية القاضي من خلال قدرته على حماية الحقوق والحريات، وهو ما أبرزناه عند مناقشة البعد الأغلي لقرارات القضاء الدستوري وتقليص التوتر المعادي للأغلبية؛ لكن من جهة أخرى، ومن خلال إبراز هذا الرابط مع الرأي العام، نصبح في مواجهة إضعاف المشروعية التقليدية (ليس بالمفهوم الفيبيري) تلك المؤسسة على احترام القانون. ننظر من القاضي أن يطبق القانون لا أن يوافق على رأي الأغلبية كيفما كانت الأسباب. لكن أثبتنا أيضا أن المشرع يمكن أن يخطئ، هكذا نعود للجانب الأول من المفارقة، ويمكن أن نظل إلى ما لا نهاية داخل هذه الحلقة المفرغة.

في النهاية، من المناسب التأكيد على أن تسليط الضوء على منزلقات القضاء الدستوري لا يسعى إلى التشكيك في هذا القضاء وفي أهميته كأداة لحماية الحقوق والحريات، خصوصا في ظل الأنظمة الديموقراطية التي تطور فيها هذا القضاء بشكل كبير كما هي حالة الولايات المتحدة. لا نسعى إلى التشكيك في القضاء نفسه لكن لا بأس في التشكيك في القدرة الحمائية لهذا القضاء التي يتم تضخيمها من طرف البعض، خصوصا عند الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الأنظمة السياسية الهجينة التي لا يمكن أن ينطبق عليها بشكل دقيق مفهوم دولة القانون كما هي حالة التجربة المغربية. كل ذلك يقودنا إلى اعتماد مقارنة واقعية أكثر واستبعاد النظريات التي تدعي امتلاك جواب حاسم لسؤال هل يمكن للقضاء الدستوري حماية الحقوق والحريات دائما أم لا، والهادفة إلى إغلاق النقاش. لأن حماية هذه الحقوق، ومع افتراض أن القضاء الدستوري هو أحد أهم

آلياتها، تظل مرتبطة في العمق بتوفر قضاء يسمح بالنقاش والتفاعل والاختلاف بين مختلف الفاعلين من: قضاء، أكيد، ولكن أيضا مفكرين وباحثين وسياسيين.. إلخ.



## لائحة المراجع

### Livres

- Baranger Denis (2012), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », JusPoliticum.
- Beaudoin Simon (2017), « La critique waldronienne de la révision judiciaire », pub université LAVAL .
- Cappelletti Marco (1981), « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », RIDC.
- Elester Jon (1987), « Le Laboureur et ses enfants. Deux essais sur les limites de la rationalité », Collection Propositions.
- Fassassi Idris (2017), « La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire », Dalloz.
- Favoreu Louis (2017), « Droit constitutionnel », Dalloz.
- Hart Ely Jhon (1980), « Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Harvard University », Press Cambridge.
- Lambert Edouard (2005), « Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », Dalloz.
- Rosanvallon Pierre (2006), « La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance », Seuil.
- Rosanvallon Pierre (2008), « La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité », Seuil.
- Rousseau Dominique (1997), « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », Le Débat.

### Articles

- Barak Aharon (2006) , « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », in Revue française de droit constitutionnel, n° 66.
- Deysine Anne (1987), « Alexander M. Bickel. The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics », In Revue Française d'Études Américaines, N°32, avril 1987, pp. 336-337. [www.persee.fr/doc/rfea\\_0397-7870\\_1987\\_num\\_32\\_1\\_1843\\_t1\\_0336\\_0000\\_2](http://www.persee.fr/doc/rfea_0397-7870_1987_num_32_1_1843_t1_0336_0000_2)

- Heschling Luc (2005), « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in Grewe Constance, Jouanjan Ollivier (dir.), « La notion de justice constitutionnelle, Dalloz.
- Fassassi Idris, « La légitimité de la justice constitutionnelle aux Etats-Unis à L'épreuve du constitutionnalisme populaire ». In: Annuaire international de justice constitutionnelle, « Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux », pp. 69-90. [www.persee.fr/doc/aijc\\_0995-3817\\_2008\\_num\\_23\\_2007\\_1879](http://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2008_num_23_2007_1879).
- Guénette Dave , « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », Revue générale de droit, 46(1), 215–252. <https://doi.org/10.7202/1036578ar>
- Olivier Jouanjan, Behrendt Christian, « Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif », In Revue internationale de droit comparé. Vol. 59 N°2, 2007. pp. 433- 437 [www.persee.fr/doc/ridc\\_00353337\\_2007\\_num\\_59\\_2\\_19528\\_t9\\_0433\\_0000\\_2](http://www.persee.fr/doc/ridc_00353337_2007_num_59_2_19528_t9_0433_0000_2)
- Mérieau Eugénie (2017), « Le juge constitutionnel face à l'exigence de moralisation de la vie politique », In Annuaire international de justice constitutionnelle, p.656.
- Pasquino Pasquale, « Le principe de majorité: natures et limites », La Vie
- des idées, <https://laviedesidees.fr/Le-principe-de-majorite-nature-et-limites.html>
- Pech Laurent (2001), « Le remède au gouvernement des juges: le judicial self
- restraint ? », in Gouvernement des juges et démocratie, Édition de la Sorbonne, p. 87.
- Zanon Nicolo, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice
- constitutionnelle », In Annuaire international de justice constitutionnelle, Principe d'égalité et droit de suffrage. pp. 177 189. [www.persee.fr/doc/aijc\\_0995\\_3817\\_1991\\_num\\_5\\_1989\\_1083](http://www.persee.fr/doc/aijc_0995_3817_1991_num_5_1989_1083).

## الفصل السادس عشر

# دور القاضي الإداري المغربي في مراقبة تدرج ودستورية القوانين

The role of the moroccan administrative judge in monitoring the gradation and constitutionality of laws

ذ. محمد لشكاكي

باحث في سلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس  
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،  
السويسي-الرباط.

## ملخص:

حسب مونتيسكيو، لا تعتبر مهمة القاضي شيئا آخر غير النطق بالقانون، حتى لا يتحول إلى مشرع. إلا أن مهمة القاضي الإداري ليست مهمة عادية، ما دام النزاع الإداري قائما بين طرفين غير متوازنين؛ الإدارة والفرد. وعند تغير الظروف القانونية بالمغرب سنة 2011، وسعيا لتحقيق العدالة الإدارية وإرساء الأمن القضائي، تحول قاضي المشروعية من الدفاع عن منطق الدولة، إلى حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية المضمونة دستوريا، في مواجهة أعمال السلطات التشريعية والتنفيذية، عن طريق التحرر من النصوص القانونية وإمكانية القيام بتفسيرها وتأويلها ومراقبة تدرج ودستورية القوانين.

## Summary:

According to Montesquieu, the judge's task is not considered anything other than pronouncing the law", so that he does not turn into a legislator. However, the task of the administrative judge is not an ordinary task, as long as the conflict exists between two unbalanced parties, the administration and the individual.

when the change of legal conditions in France in 2008 and in Morocco in 2011, the legality judge moved from the task of defending the logic of the state, to protecting the constitutionally guaranteed individual and collective rights and freedoms. Facing the actions of legislative and executive authorities, the judge has freed himself from legal texts and has the possibility of explaining and interpreting and monitoring the gradation and constitutionality of laws.

## مقدمة:

يرتكز مفهوم دولة القانون على جملة من المبادئ، أهمها فصل السلطات، وسيادة القانون، والتسلسل الهرمي للنظام القانوني، وخضوع السلطات العامة في الدولة لمبدأ سمو الدستور والقواعد الدستورية، ومراقبة قرارات وأفعال سلطات الدولة من لدن جهة مستقلة<sup>(1)</sup>.

وإذا كان مبدأ فصل السلطات يقضي بأن تتولى السلطة التشريعية وظيفة سن القوانين، وتمارس السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القوانين، وتختص السلطة القضائية بمهمة الفصل في المنازعات التي قد تحصل أثناء تطبيق القوانين<sup>(2)</sup>، فالمبدأ يستثنى منه، لأسباب موضوعية، ونظرا لطبيعة مهام السلطة التنفيذية، إمكانية حلولها محل البرلمان في التشريع بمقتضى إذن خاص.

وعلى هذا الأساس، لا ينبغي أن تكون وظيفة السلطة القضائية عموما والقضاء الإداري خصوصا، شيئا آخر غير "النطق بالقانون"، في تقيد وخضوع للقاضي الإداري بشكل مباشر لسلطة القانون، ودون إمكانية القيام بمجهود تأويلي للنص القانوني الواجب التطبيق، حتى لا يتحول القضاء الإداري إلى سلطة موازية للسلطة التشريعية، التي تعد الممثل الشرعي للأمة والمعبّر عن الإرادة العامة للشعب.

لذلك، لجأ المشرع إلى خلق مؤسسة قضائية دستورية تحتكر دور النظر في صلاحية التشريع، وتقدير مدى دستوريته، حتى لا يتحول القاضي الإداري إلى سلطة سياسية تعرقل الدور التشريعي للبرلمان<sup>(3)</sup>.

إلا أن مهمة القاضي الإداري ليست مهمة عادية، مادام ينظر في نازلة أحد طرفيها الإدارة، بكل الامتيازات التي يمنحها إياها القانون العام، والأفراد المجردين من وسائل الحفاظ على حقوقهم وحرّياتهم الأساسية، تجاه هذا التفوق الموضوعي.

ومع تغير الظروف القانونية، وخصوصا التعديل الدستوري بفرنسا عام 2008 وبالمغرب عام 2011، لم يعد القاضي الإداري بوصفه قاضي المشروعية مجرد "ناطق بالقانون"، يخضع

<sup>1</sup> - [https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=دولة\\_القانون&action=edit&section=2](https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=دولة_القانون&action=edit&section=2).

(آخر تاريخ للاطلاع على الموقع الإلكتروني: 2022/02/20)

<sup>2</sup> - فدوى مرابط: السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية (سلسلة أطروحات الدكتوراه 86)، بيروت، الطبعة الأولى 2010، ص: 7.

<sup>3</sup> - لحسن الحميدي: مبدأ حضر القاعدة القانونية من طرف القاضي الإداري، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 16، ماي 2019، ص: 97.

بشكل مباشر لسلطة النص القانوني، أثناء النظر في الأعمال القانونية والمادية للإدارة، بل أصبح بإمكانه التمتع أمام القانون للنظر في مدى دستورية القانون الواجب التطبيق في المنازعات الإدارية.

وسعى لتحقيق التوازن بين حماية النظام العام بوصفه وظيفة حصريّة للإدارة، وحماية الحقوق والحريات الأساسية التي هي مجال خاص بالمواطن يلجأ القاضي الإداري إلى توسيع دائرة تأويل النص القانوني<sup>(1)</sup>. وما دامت ساحة المحكمة الإدارية خصصت لمحاكمة الإدارية، وتقدير جودة القوانين التي يسنها البرلمان، أمكن للقاضي الإداري تقدير سلامة النص القانوني ودستوريته أحياناً؛ فضلاً عن تكريس مبادئ قانونية عامة، قد تتموقع بشكل أعلى في الهرم التشريعي<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء هذه التوطئة، نطرح الإشكالية المحورية الآتية:

"ما حدود علاقة القاضي الإداري بالنص القانوني المزمع التطبيق أثناء النظر في المنازعات الإدارية بدولة القانون؟ وكيف ساهم تغير الظروف القانونية في حماية القاضي الإداري للحقوق والحريات الأساسية للأفراد؟

في ضوء الإشكالية، نطرح تساؤلين فرعيين؟

- ماهي الأسس التاريخية والقضائية والقانونية المقيدة لمهمة القاضي الإداري؟

- كيف واجه القاضي الإداري مراقبة تدرج ودستورية القوانين في سياق تغير الظروف القانونية؟

ونناقش الإشكالية المحورية لموضوع البحث وفق التصميم التالي:

المطلب الأول: الأسس التاريخية والقضائية والقانونية لحصر مهمة القاضي الإداري في النطق بالقانون.

المطلب الثاني: الأسس الدستورية والقانونية لانخراط القاضي الإداري في مراقبة مبدأ تدرج ودستورية القوانين.

<sup>1</sup> - لحسن الحميدي: الأسس المنهجية في تأويل القضاء الإداري المغربي لجذلية النظام العام والحريات العامة، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017، ص: 98-99.

<sup>2</sup> - لحسن الحميدي: مبدأ حضر القاعدة القانونية من طرف القاضي الإداري، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 16، ماي 2019، ص: 97.

## المطلب الأول: الأسس التاريخية والقضائية والقانونية لحصر مهمة القاضي الإداري في النطق بالقانون

عملاً بالتأويل الضيق لمبدأ فصل السلطات، كرس مجلس الدولة الفرنسي والفقه الإداري مقولة "مونتيسكيو" التي لا ترى في القاضي عموماً والقاضي الإداري على وجه الخصوص غير "لسان للقانون"، في خضوع وتقييد بالنص القانوني الواجب التطبيق خلال المنازعات الإدارية، دون إمكانية القيام ببسط رقابة شاملة على العمل الإداري، احتراماً لمبدأ فصل السلطات.

نتناول في هذا المطلب، القاضي الإداري مجرد "ناطق بالقانون" في الاجتهاد القضائي والفقه (الفقرة الأولى) والأسس القانونية والفقهية لحصر مهمة القاضي الإداري المغربي في النطق بالقانون (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: القاضي الإداري مجرد "ناطق بالقانون" في الاجتهاد القضائي والفقه

اعتبر "مونتيسكيو" أن العدالة يجب أن تكون مستقلة وتحترم القانون، والقاضي هو "لسان القانون"، والتاريخ السياسي الفرنسي يفسر رغبة مجلس الدولة في احترام رغبة القاضي الإداري. فحينما أصدر قضاة البرلمان قرارات تنظيمية، منعوا لاحقاً من القيام بها (...)، لقد تميز مبدأ فصل السلطات في التجربة الفرنسية، بنوع من القدسية التي بررها التخوف الذي تولد من البرلمان، التي تم تأسيسها في النظام القديم سنة 1790 كمثلية للسلطة القضائية، ويبدو ذلك واضحاً من موقف الفقه الفرنسي الذي ساند القوانين التي تحضر على القضاء الإداري التدخل في المسطرة التشريعية وتأويل النص القانوني. فالقاضي لم ينتخب من قبل الشعب حتى يشكك في إرادة الشعب المعبر عنها من قبل البرلمان<sup>(1)</sup>.

تمسك مجلس الدولة الفرنسي في قراراته المتواترة بمبدأ فصل السلطات. وهكذا، قضى في قرار صادر بتاريخ 23 ماي 1901، بأن المجلس غير مؤهل لمراقبة دستورية القانون، رغم التزايد المستمر لصلاحيات القاضي الإداري مع مرور السنوات. ومع صدور حكم Arrighi لسنة 1936، تم استبعاد القاضي الإداري من مراقبة دستورية القوانين<sup>(2)</sup>. وبموجب القرار الصادر بتاريخ 5 يناير 2005 حول قضية «Deprez et Baillard»، قضى مجلس الدولة أن المجلس الدستوري هو

<sup>1</sup> - <https://chevaliersdesgrandsarrets.com/2011/11/14/le-juge-administratif-un-nouveau-juge-de-la-constitutionnalite-des-lois/>.

(آخر تاريخ للاطلاع على الموقع الإلكتروني: 2022/02/20)

<sup>2</sup> - Ibid

المختص حصرا في مراقبة دستورية القوانين، وأي تدخل من طرف مجلس الدولة الفرنسي يحتاج إلى مراجعة دستورية<sup>(1)</sup>.

صفوة القول أن التأويل الصارم لمبدأ فصل السلطات من قبل مجلس الدولة الفرنسي، مؤيدا بالفقه الإداري، جعل القاضي الإداري آنذاك خاضعا بشكل مباشر لسلطة النص القانوني لحلا المنازعات الإدارية، ولا يتحرك إلا وفق صلاحيات محدودة ومرسومة مسبقا، مما أدى إلى حصر القاضي الإداري من إمكانية بسط رقابة شاملة على العمل الإداري، وإمكانية إجراء تأويل للنص القانوني الغامض لحل المنازعات الإدارية.

### الفقرة الثانية: الأسس القانونية والفقهية لحصر مهمة القاضي الإداري المغربي في النطق بالقانون

في المغرب، منذ إحداث المجلس الأعلى بظهير 1957، حتى صدور قانون 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، مرورا بقانون توحيد القضاء المؤرخ في 62 يناير 1965 والذي دخل حيز التنفيذ في فاتح يناير 1966، وإصلاحات 1974، خول المشرع المغربي القاضي الإداري سلطة النظر في مشروعية القانون الواجب التطبيق، دون إمكانية النظر خارج النص القانوني لمراقبة الشرعية، وهو ما تبنته المسطرة المدنية لسنة 1974 والقانون رقم 41.90<sup>(2)</sup> المحدث بموجبه محاكم إدارية.

استلهمت المادة 25 (الفقرة الثانية) من قانون المسطرة المدنية، مبدأ إبعاد الجهات القضائية من البت في دستورية القوانين<sup>(3)</sup> من روح الفصل 8 من ظهير التنظيم القضائي لسنة 1913، وتنص على ما يلي: "يمنع على مختلف المحاكم أن تبت في دستورية قانون أو مرسوم"، وهو المقتضى الذي اعتمده الفصل 50<sup>(4)</sup> من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية. وطبقا للمادة 3 من قانون المسطرة المدنية، "على القاضي خاصة أو المحكمة عامة أن تبت في حدود الطلبات ولا يسوغ أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات".

<sup>1</sup> - C.E, section, 6 novembre 1936, arrighi, leben, p:1.

<sup>2</sup> - القانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.255 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993) ص 2168.

<sup>3</sup> - ظهير شريف بميثاق قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية كما تم تعديله، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

<sup>4</sup> - تنص الفقرة الثانية من الفصل 50 من القانون رقم 41.90 المحدث لمحاكم إدارية، على ما يلي: "لا يجوز للجهات القضائية أن تبت في دستورية القوانين".



نخلص بأن المشرع المغربي، والتزاما بمبدأ فصل السلطات، منح للقاضي الإداري سلطة البت في مشروعية الأعمال الإدارية القانونية والمادية التي تتخذها في حق الأفراد، دون إمكانية أن نظر في مبدأ سمو القاعدة الدستورية عندما تتعارض مع التشريع الأدنى، مع العلم أن المجلس الدستوري المحدث بمقتضى دستور 1992 لم يكن مؤهلا للرقابة البعدية على دستورية القوانين، ومن ثم فإن حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية قانون أمام القاضي الدستوري لم يأخذ به المشرع الدستوري المغربي إلا بمقتضى دستور 2011<sup>(1)</sup>.

إلا أن جانبا من الفقه، يرى أن منع القاضي الإداري من بسط رقابته على العمل الإداري، في مقابل تكريس تفوق الدولة في مجال التشريع، لا يرجع لاختيارات واعية مرتبطة بمبدأ فصل السلط، بقدر ما يرجع إلى عوامل سيكولوجية وثقافية تجعل من القانون انعكاسا للدولة المخزنية، والذي لا يمكن مواجهتها بعدم الدستورية أو المساس بالمشروعية<sup>(2)</sup>. ومقابل ذلك، يشكك بعض الفقه في هوية القاضي الإداري نفسه، والتي تم تكريسها في الفقه والقضاء الإداريين، موجها انتقادا للتصور الذي تم تكريسه حول كون القاضي الإداري قاضي منثيء، وأنه وراء خلق معظم قواعد القانون الإداري، معتبرا أن القانون الإداري ليس قضائيا وإنما يستمد وجوده من النظام القانوني للدولة، سواء المرجعي كالدستور أو القوانين الأدنى درجة<sup>(3)</sup>.

**المطلب الثاني: الأساس الدستوري والقانوني لانخراط القاضي الإداري في مراقبة مبدأ تدرج ودستورية القوانين**

إلى وقت قريب، كان اختصاص البت في دستورية القانون حكرا على القاضي الدستوري بامتياز، في حين لا يملك القاضي الإداري الجرأة الكافية لإقحام نفسه في هذا المجال، بدعوى المساس بمبدأ فصل السلطات، لكن مع تغير الظروف القانونية، سيجد القاضي الإداري نفسه طرفا أساسيا في الاجتهاد القضائي الفرنسي، وفي الدستور المعدل سنة 2008<sup>(4)</sup>، وفي الدستور المغربي لسنة 2011.

<sup>1</sup> - أنظر الفصل 133 من دستور 2011.

<sup>2</sup> - M.Yaagoubi: Le contrôle du pouvoir réglementaire autonome par le juge administratif, REMALD, n° 32, 2000, p: 79.

<sup>3</sup> - 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.

<sup>4</sup> - عبد الرحمان رفرافي: الدفع بعدم دستورية القانون: الاختصاص الأصيل للقاضي الدستوري والاختصاص الحديث للقاضي الإداري على ضوء التجربة الفرنسية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 2، المجلد 11، الجزائر، شتنبر 2020، ص: 740.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/133835>

المقال منشور على الرابط الإلكتروني:

نتناول في هذا المطلب، مواجهة القاضي الإداري لمبدأ تدرج ودستورية القوانين في الاجتهاد القضائي والفقه (الفقرة الأولى) والضمانات الدستورية والقانونية لمراقبة القاضي الإداري لتدرج ودستورية القوانين (الفقرة الثانية) والدفع بعدم الدستورية في المادة الإدارية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مواجهة القاضي الإداري لمبدأ تدرج ودستورية القوانين في الاجتهاد القضائي والفقه

ألقى "Jérôme Trémeau" الضوء على التطور التاريخي لاختصاصات القاضي الإداري أمام القانون، وأوضح في مقاله "مواجهة القانون الإداري" من قبل القاضي الإداري "أن القاضي ظل خجولا تجاه القانون حتى نهاية الثمانينات (...)"، وسجل قرار "Nicolo" الصادر في 20 أكتوبر 1989 الانطلاقة الفعلية لتمديد صلاحيات القاضي. وبعد 10 سنوات، جاء قرار "Sarran" لسنة 1998 حاسما، فأقر مبدأ سمو الدستور على المعاهدات وأكد على رقابة القاضي لفرض مبدأ التدرج الهرمي للقواعد، وأيد "Roland Ricci" فكرة أن القضاة العاديين لم يعد بإمكانهم الاستمرار في رفض الرقابة على دستورية القوانين<sup>(1)</sup>.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في القرار الصادر عن بتاريخ 5 يناير 2005 حول قضية «Deprez et Baillard»، بأن المجلس الدستوري هو المختص حصرا في مراقبة دستورية القوانين، وأي تدخل من طرف مجلس الدولة الفرنسي يحتاج إلى مراجعة دستورية<sup>(2)</sup>.

انتهى التطور، عند التعديل الدستوري لسنة 2008 الذي سمح للقاضي بتصفية الأسئلة ذات الأولوية الدستورية<sup>(3)</sup>. ومن ثم أقيمت على عاتق القاضي الإداري مراقبة دستورية القوانين والإجراءات الإدارية، وإمكانية تحديد المبادئ الأساسية التي تقرها قوانين الجمهورية والمبادئ التي لها قيمة دستورية.

الفقرة الثانية: الضمانات الدستورية والقانونية لمراقبة القاضي الإداري لتدرج ودستورية القوانين

<sup>1</sup> - <https://chevaliersdesgrandsarrets.com/2011/11/14/le-juge-administratif-un-nouveau-juge-de-la-constitutionnalite-des-lois/>

(آخر تاريخ للاطلاع على الموقع الإلكتروني: 2022/02/20)

<sup>2</sup> - C.E, section, 6 novembre 1936, arrighi, leben, p:1.

<sup>3</sup> - أنظر الفصل 61 (1) من الدستور الفرنسي المعدل بتاريخ 23 يوليو 2008.

يعتبر مبدأ تدرج القواعد القانونية من مبادئ دولة القانون، الذي يسعى القاضي الإداري لإعماله أثناء النظر في المنازعات الإدارية. وطبقا لذلك، يبت القاضي الإداري في النوازل انطلاقا من النص القانون الواجب التطبيق، مع الحرص على أن يكون منسجما ومتناغما مع القاعدة الأعلى، في حالة غياب القاعدة القانونية الأدنى المناسبة، وصولا إلى القاعدة الدستورية.

مع قبول القاضي الإداري لصلاحيته الرقابة على دستورية القانون، لم يعد المنصب كما كان من قبل. في البداية رفض أن يكون "رقيب قانون"، على حد تعبير "Bruno Genevois"، ثم وافق على أن يصبح شيئا فشيئا حامي الحقوق الأساسية. وبعد إثراء فقه القضاء الإداري وصقل صلاحيات القاضي الإداري، أصبح قاضيا للقانون العام (...). وبعد أن كان القاضي الإداري حاميا للإدارة، أصبح يحمي المواطنين من الإدارة، مع تطوير مبادئ عامة للقانون ومبادئ فقهية، هذه الاختصاصات زادت تحت غطاء الحقوق الأساسية<sup>(1)</sup>.

وفي المغرب، بالرغم من دخول أحكام قانون المحاكم الإدارية رقم 41.90 حيز النفاذ في نونبر 1993<sup>(2)</sup>، سرعان ما تدارك المشرع الدستوري الأمر بمقتضى التعديل الدستوري المؤرخ في 4 شتنبر 1992، فأجاز للقاضي العادي عموما والقاضي الإداري خصوصا، إمكانية النظر في مدى تطابق النصوص القانونية مع القواعد الدستورية، أثناء مراقبة المشروعية، وهو ما يتضح من مقتضيات الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 81، التي تنص على "عدم جواز إصدار أو تطبيق أي نص يخالف الدستور".

وانطلاقا من مقتضيات الفقرة أعلاه، ذهب جانب من الفقه إلى القول بإمكانية طعن الأفراد بعدم دستورية كل نص قانوني يبدو أنه غير دستوري<sup>(3)</sup>، وربطها بالمادة 8 وبالتحديد الفقرة الأخيرة، وكذا المادتين 9 و44 من القانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - <https://chevaliersdesgrandsanets.com/2011/11/14/le-juge-administratif-un-nouveau-juge-de-la-constitutionnalite-des-lois/>

(آخر تاريخ للاطلاع على الموقع الإلكتروني: 2022/02/20)

<sup>2</sup> - حسن صحيح: القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، العدد الثالث، الطبعة الثانية، مايو 2019، ص: 18.

<sup>3</sup> - ميمون يشو: المحاكم المحدث حسب صيغة قانون 41.90، أي مولود جديد؟ عدد 21، خاص بنسوة ""المحاكم الإدارية ودولة القانون""، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، يومي 4 و5 فبراير 1994، ص: 84.

<sup>4</sup> - القانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.255 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993) ص 2168.

وطبقا للمادة 9 من قانون 41.90، تظل الغرفة الإدارية لمحكمة النقض مختصة بالبت ابتدائيا وانتهائيا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المتعلقة بالمقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن رئيس الحكومة<sup>(1)</sup>. وبالتالي فالمادة لا تميز بين المقرر تنظيمي إن كان مستقلا أم تطبيقيا<sup>(2)</sup>. ويمكن اعتبار أن هذا التنصيب الدستوري توسيعا في نطاق دعوى المسؤولية الإدارية لتشمل الأعمال القضائية التي طالما كانت تشكل استثناء من رقابة القضاء الإداري على الأعمال القانونية والمادية للإدارة.

غير أن نقطة الانعطاف، سجلها المشرع الدستوري عندما ألغى مبدأ تحصين المقررات التنظيمية<sup>(3)</sup> والفردية<sup>(4)</sup> التي كان يصدرها الوزير الأول، من الطعن الإداري<sup>(5)</sup>، ومنح حق الطعن فيها أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة، طبقا للفقرة الثانية من الفصل 118 من دستور 2011، التي جاء فيها أن: "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة".

وبمقتضى الفصل 114 من الدستور، يمكن لأعلى هيئة قضائية إدارية الطعن في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية، على اعتبار أن المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة، أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة"، في إشارة ضمنية إلى محكمة النقض حاليا في انتظار إنشاء مجلس للدولة كأعلى هيئة قضائية إدارية. ويدخل ضمن دائرة المقررات، تلك التي تصدر في شكل مراسيم وزارية عن الحكومة، متعلقة بتحديد دوائر الاختصاص المحلي للمحاكم

<sup>1</sup> - حلت تسمية "رئيس الحكومة" محل "الوزير الأول" بمقتضى أحكام الدستور، ظهير شريف رقم 1.11.91 بتنفيذ نص الدستور، صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011).

<sup>2</sup> - مولاي هشام إدريسي: القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم والاختصاص، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72 و73، 2007، ص: 38.

<sup>3</sup> - القرارات التنظيمية أو المراسيم التنظيمية تشريع ثانوي، يقوم إلى جانب التشريع العادي، إلا أنها تصدر عن السلطة التنفيذية، تتضمن قواعد عامة ومجردة تسري على جميع الأفراد التي تنطبق عليهم الشروط التي وردت في القاعدة القانونية، تصدرها السلطات الإدارية المختصة لكي تطبق على عدد غير معين وغير محدد من الأشخاص.

<sup>4</sup> - تخص القرارات الإدارية الفردية شخصا واحدا معينا بذاته أو مجموعة من الأشخاص معينة، وهو الذي يستهلك مرة واحدة بمجرد صدوره. وتتخذها الإدارة لصالح أو ضد مختلف الأشخاص المتعاملين معها، في مختلف أشكال النشاط الذي تقوم به في مجالات تسيير المرافق العمومية، الشرطة الإداري، التوجيه، العقود الإدارية.

<sup>5</sup> - محمد الهيبي: المرتكزات الدستورية الناعمة للعمل القضائي للمحكمة الإدارية بالرباط وفق لاجتهادات محكمة النقض، القضاء الشامل 2012-2013، مكتبة الرشاد، 2014، ص: 5.

القضائية، والقرارات المتعلقة بإنشاء أقسام لدى المحاكم من قبل رؤساء المحاكم، وبالتالي فهي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري<sup>(1)</sup>.

لقد شكلت دسترة دعوى الإلغاء لدى بعض الأصوات الانطلاقة الحقيقية لبسط الرقابة بشكل كلي على العمل الإداري والنظر في مدى دستوريته<sup>(2)</sup>، مادام أنها فتحت للقاضي الإداري مساحات جديدة للرقابة على تدرج ودستورية القاعدة القانونية.

صفوة القول أن المشرع الدستوري ارتقى بمبدأ عدم تحصين القرارات الإدارية إلى مصاف القواعد الدستورية التي تستلزم إلغاء أي مقتضى قانوني مخالف لهذه القاعدة، وبالتالي يكون المشرع قد اعترف للقاضي الإداري بمهمة مراقبة تدرج ودستورية القوانين، والذي تمليه المساهمة في بناء دولة القانون من خلال حماية حقوق وحريات الأفراد من تجاوز الإدارة العاملة للسلطة التقديرية لحفظ المصلحة العامة.

وإذا كان القضاء، حسب الفصل 117 من الدستور، يتولى حماية الحقوق والحريات، فالقضاء الإداري، يعتبر وفقا لهذا المنظور حجر الزاوية في حماية الشرعية وصون المشروعية والتي أساسها سيادة القانون والمساواة أمام القضاء، بما تعنيه من ضمان الحقوق والحريات الفردية والجماعية<sup>(3)</sup>.

في التطبيق العملي للرقابة على الدستورية، بعد التردد الواضح الذي شاب موقف المجلس الأعلى سابقا، حول مدى دستورية المادة 12 من الظهير المنظم لاختصاصات مجلس الوصاية على أراضي الجموع، اعترفت محكمة النقض بعدم دستورية هذه المادة بناء على الفصل 118 من الدستور. وفي ذلك توجيه لعمل المشرع الذي أصبح يتوخى الحذر في انتاجه القانوني<sup>(4)</sup>. ذهبت الغرفة الإدارية لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2015/03/05، إلى أن: "قرارات مجلس الوصاية قرارات إدارية بطبيعتها وهي قابلة للطعن أمام القضاء الإداري، وذلك طبقا للفصل 118

<sup>1</sup> - حسن صليب: القضاء الإداري في الدستور المغربي لسنة 2011، المجلة المغربية للإدارة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 124، شتنبر-أكتوبر، 2015، ص: 20.

<sup>2</sup> - لحسن الحميدي: مبدأ حضر القاعدة القانونية من طرف القاضي الإداري، مرجع سابق، ص: 112.

<sup>3</sup> - محمد الهيني: المرتكزات الدستورية الناعمة للعمل القضائي للمحكمة الإدارية بالرباط وفق لاجتهادات محكمة النقض، القضاء الشامل، مرجع سابق، ص: 5.

<sup>4</sup> - M.Troper: Pour une théorie juridique de l'état, chapitre 16: actualité de la séparation des pouvoirs, PUF, 1994, p: 226.

الذي يمنع تحصين أي قرار إداري من الخضوع للرقابة القضائية، إضافة إلى مقتضيات المادة 20 من قانون المحاكم الإدارية<sup>(1)</sup>.

وفي نازلة أخرى، اعتبرت الغرفة الإدارية لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2014/01/09 في قضية "بوصرحان ابتسام" ومن معها ضد رئيس الحكومة<sup>(2)</sup>، أنه: "بمجرد الإذن للطلّاب في ولوج مدرسة علوم الإعلام وقبول الإدارات التي ينتمون إليها للالتزام الموقع من طرفهم للعمل لديها لمدة لا تقل عن ثماني سنوات من تاريخ حصولهم على الدبلوم الذي تسلمه المدرسة المذكورة، فإنهم يكونون قد استوفوا شروط الاستفادة من المركز القانوني الذي تكاملت عناصره في ظل النظام القديم والمتمثل في أحقيتهم في الولوج إلى الإطار الذي يخول لهم دبلوم مدرسة علوم الإعلام مباشرة ودون مباراة، وبالتالي فالمرسوم المطعون في مقتضياته 8 و9 و19 و20 و21 و23 و24 لما لم يراع وضعية الطاعنين ومن وجدوا في مثل مركزهم القانوني، فإنه مشوب بعيب مخالفة القانون".

يتضح من حيثيات القرار أن القاضي الإداري نبه إلى سمو القانون على القرار التنظيمي من خلال أولوية الفصل 3 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية<sup>(3)</sup> على المرسوم التطبيقي رقم 377-3-06<sup>(4)</sup>، وفي نفس الوقت بسط رقابته على تطبيق التشريع المناسب في مواجهة المساس بالحقوق المكتسبة<sup>(5)</sup>.

### الفقرة الثالثة: الدفع بعدم الدستورية في المادة الإدارية

في فرنسا، نشأ سؤال الأولوية الدستورية (QPC) مع مراجعة الدستور بتاريخ 23 يوليو 2008، والذي دخل حيز النفاذ في فاتح مارس 2010، وسمح بتجديد الجدل القديم. وأصبح القاضي الإداري مصفاه لسؤال الأولوية الدستورية. لقد منح الفصل 61 (1) من الدستور المراج للقاضي عموما والقاضي الإداري خصوصا، إمكانية مراقبة حالة عدم دستورية القوانين في حال مست بالحقوق والحريات الأساسية، وينص على ما يلي: "إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة

<sup>1</sup> قرار رقم 384/1 صادر عن الغرفة الإدارية لمحكمة النقض بتاريخ 2015/03/05، ملف إداري عدد 2012/1/4/1932، قرار غير منشور.

<sup>2</sup> قرار الغرفة الإدارية رقم 1 الصادر بتاريخ 2014/01/09، ملف إداري عدد 2011/2/4/126، قرار غير منشور.

<sup>3</sup> ينص الفصل الثالث من النظام الأساسي للوظيفة العمومية على مايلي: "الموظف في حالة قانونية نظامية إزاء الإدارة"

<sup>4</sup> يتعلق الأمر بالمرسوم التطبيقي رقم 377-06-03 المؤرخ في 2010/10/29، الجريدة الرسمية عدد 5898 بتاريخ 2010/12/09.

<sup>5</sup> - لحسن الحميدي: عقلنة السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال التأويل الحديث لمبدأ فصل السلط لدى القاضي الإداري المغربي،

المجلة المغربية للنظم القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 10 مطبعة الأمانة-الرباط-2018، ص: 102.

قضائية أن نصا تشريعيا يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، جاز إشعار المجلس الدستوري-بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض-بهذه المسألة ضمن أجل محدد. ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة<sup>1</sup>.

وبمقتضى المادة 30 من القانون الدستوري ل 23 يوليوز 2008، تم تعديل المادة 62 من الدستور، وأصبحت تقضي بإلغاء كل القوانين المخالفة للدستور<sup>(1)</sup>، على أساس المادة 61 (1)، بدءا من تاريخ صدور الحكم من المجلس الدستوري أو اعتبارا من تاريخ لاحق يحدده القرار.

ولا يمثل فحص دستورية العمل القانوني القضائية الرئيسية لدى محكمة الموضوع أثناء المحاكمة، لأن القضية الرئيسية تنصب على نزاع قائم ذو طبيعة مدنية أو جنائية أو إدارية، ولا تظهر مسألة الدستورية إلا بشكل عرضي، بمعنى أن يدعي أطراف المحاكمة أثناء دعوى مدنية أو جنائية أو إدارية أن القانون المزمع التطبيق يخالف الدستور، الشيء الذي يضع القاضي أمام قضيتين؛ قضية أصلية تتلخص في النزاع الواجب البت فيه، وقضية فرعية تتعلق بدستورية القانون المزمع التطبيق<sup>(2)</sup>.

ويمكن أن تثار المسألة الدستورية في مواجهة أي مقتضى تشريعي، سواء جاء قبل دستور 1958 أو بعده، باستثناء القوانين التنظيمية لأنها تشكل جزءا مندمجا من المبادئ المرجعية لمراقبة دستورية القوانين، وبغض النظر عن الجهة التي تقدمت به ومسطرة المصادقة عليه، وتاريخ نشره أو سريان مفعوله، أو إذا كان سابقا أو لاحقا على نشر القانون الدستوري ل 23 يوليوز 2008، ودخول القانون المتعلق بتطبيق الفصل 61 (1) من الدستور حيز التنفيذ<sup>(3)</sup>.

وفي ذات السياق، سعى الدستور المغربي لسنة 2011 إلى اللحاق بركب الأنظمة المقارنة، حيث ارتقى بالمجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، ووسع من اختصاصاتها الرقابية، حيث أقر لأول مرة، بمقتضى الفصل 133 حق الأفراد في إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية أمام محاكم التنظيم القضائي للمملكة بمختلف درجاتها، وفي المحكمة الدستورية في

<sup>1</sup> - Jerome Roux: Contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité? In la question prioritaire de constitutionnalité; sous la direction de Dominique Rousseau; lextenso éditions; Gazette du Palais 2010, p: 30.

<sup>2</sup> - نور الدين أشحاشاح: الرقابة على دستورية القوانين في المغرب-دراسة مقارنة-أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2000-2001، ص: 30.

<sup>3</sup> - محمد أنركين: دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية (الإطار القانوني والممارسة القضائية)، سلسلة الدراسات الدستورية، عدد 2، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء الطبعة الأولى 1434هـ/2013م، ص: 43.

حالة الطعون الانتخابية المتعلقة بأعضاء البرلمان<sup>(1)</sup>. وطبقا للفقرة 2 من المادة الثالثة من القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، حصر المشرع محاكم التنظيم القضائي التي يمكن الدفع أمامها في محكمتي الاستئناف أو النقض.

يمكن القول أن التحول في البناء القانوني بالمغرب وفرنسا، قد قلب موقع القاضي عموما والقاضي الإداري خصوصا رأسا على عقب، حيث أصبح قادرا على التمتع أمام القانون، والقيام بمجهود تأويلي للنص القانوني، سعيا إلى تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد، بعد أن كان مقيدا بالنص القانون المزمع التطبيق خلال الفصل في المنازعات الإدارية.

وإذا كانت الفقرة 3 من المادة الثالثة من القانون التنظيمي رقم 15.86 السالف الذكر، لم تقرر الدفع الفرعي التلقائي من لدن المحكمة، اقتداء بمشروع القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي، فالدفع حينما يتعلق بالنظام العام، يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد الأطراف، وهذا التكييف يؤيده جانب من الفقه على اعتبار أن الاعتداء على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي يحميها الدستور يعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام، والتي يجوز للقاضي الأحكام إثارتها مباشرة<sup>(2)</sup>.

يتضح أن المحاكم الإدارية من حقها العمل بمبدأ سمو القاعدة الدستورية على القواعد الأدنى التي تتعارض معها، طبقا لمبدأ تدرج ودستورية القوانين، فلا شيء يمنع القاضي الإداري من البحث من تلقاء نفسه في مدى دستورية قانون معين مادام الأمر يندرج تحت مسمى النظام العام.

وتحقيقا لنوع من التوازن بين أطراف النزاع الإداري غير المتوازنين، وإرساء للأمن القانوني والقضائي في المادة الإدارية، طبقا لمقتضيات الفصل 117 من الدستور، سيشكل الدفع بعدم الدستورية أثناء التقاضي في المادة الإدارية، ضمانا أساسية يستند إليها الأفراد لحماية حقوقهم وحرياتهم الدستورية من أي تعدي من قبل السلطة التشريعية، وذلك عبر تخويلهم مكنة استبعاد تطبيق القاضي الإداري للمقتضيات المخالفة للنص الدستوري والماسة بحقوقهم<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - قرار رقم 18/70 الصادر يوم 6 مارس 2018 الموافق ليوم الثلاثاء 17 من جمادي الثانية 1439 والمتعلق بالقانون التنظيمي رقم 86.15 بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.

<sup>2</sup> - حجاجي محمد: الرقابة على الدستورية-دراسة في الأنظمة الدستورية المقارنة والنظام الدستوري المغربي، منشورات مجلة العلوم القانونية، عدد 33، الطبعة الأولى 2018، ص: 201.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق الأهري: ضمانات الدفع بعدم الدستورية في المادة الإدارية بين مكسب الدسترة وسؤال الأجرأة: دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 159-160، يوليو-أكتوبر 2021.



وببقى أن التحولات التي شهدها مفهوم الدولة، بتحولها من دولة حماية الشرعية إلى دولة القانون، جعل القاضي الإداري بوصفه قاضي للمشروعية يواجه تمرينا حقوقيا جديدا يتمثل في حماية المرتفق. ولدى القاضي الإداري المغربي يمكن أن نتلمس هذه الطفرة بوضوح، حيث تم الانتقال من حماية منطق الدولة إلى حماية الحق، خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات الأساسية<sup>(1)</sup>.

### خاتمة:

طبقا للتأويل التقليدي لمبدأ فصل السلطات، كان اختصاص البت في دستورية القانون حكرا على القاضي الدستوري بامتياز، في حين لا يملك القاضي الإداري الجرأة الكافية لإقحام نفسه في هذا المجال، بدعوى المساس بمبدأ فصل السلطات. لكن مع التأويل الحديث للمبدأ، وتغير الظروف القانونية بالمغرب سنة 2011، سمح للقاضي الإداري بالانخراط في هذا المجال.

راكمت المحاكم الإدارية اجتهادات وسوابق قضائية، نقلت القاضي الإداري من مدافع عن منطق الدولة في تقييد وخضوع كامل للنص القانوني الواجب التطبيق في المنازعة الإدارية، إلى مساهم في بناء دولة القانون، إلى جانب القاضي الدستوري، وذلك باللجوء إلى تأويل النص القانوني الواجب التطبيق، وإعمال مبدأ تدرج ودستورية القوانين، للنظر في مدى دستورية المقررات الإدارية من عدمها، ومحاكمة الإدارة وإنصاف الفرد المتقاضي، وإقامة التوازن بين الحقوق والحريات الأساسية للأفراد المتقاضين من تجاوزات السلطة التقديرية للإدارة التي تتمتع بامتيازات القانون، والمصلحة العامة للدولة، مما يؤدي إلى تطوير مبادئ عامة للقانون ومبادئ فقهية، تشكل مصدرا احتياطيا للنظام القانوني.

<sup>1</sup> - لحسن الحميدي: الأسس المنهجية في تأويل القضاء الإداري المغربي لجدلية النظام العام والحريات العامة، المجلة المغربية لأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017.

لائحة المراجع:• المراجع بالعربية:

- أتركين محمد: دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية (الإطار القانوني والممارسة القضائية)، سلسلة الدراسات الدستورية، عدد 2، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء الطبعة الأولى 1434هـ/ 2013م.
- إدريسي مولاي هشام: القانون والتنظيم في الدستور المغربي: دراسة تحليلية في المفهوم واختصاص، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72 و73، 2007.
- أشحشاح نور الدين: الرقابة على دستورية القوانين في المغرب-دراسة مقارنة-أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2000-2001.
- الأزهري: عبد الرزاق ضمانات الدفع بعدم الدستورية في المادة الإدارية بين مكسب الدسترة وسؤال الأجرأة: دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 159-160، يوليو-أكتوبر 2021.
- الحميدي لحسن: عقلنة السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال التأويل الحديث لمبدأ فصل السلط لدى القاضي الإداري المغربي، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 10 مطبعة الأمنية-الرباط-2018.
- الحميدي لحسن: الأسس المنهجية في تأويل القضاء الإداري المغربي لجدلية النظام العام والحريات العامة، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 13، دجنبر 2017.
- الحميدي لحسن: مبدأ حضر القاعدة القانونية من طرف القاضي الإداري، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 16، ماي 2019.
- الهيني محمد: المرتكزات الدستورية الناعمة للعمل القضائي للمحكمة الإدارية بالرباط وفق لاجتهادات محكمة النقض، القضاء الشامل 2012-2013، مكتبة الرشاد، 2014.
- حجاجي محمد: الرقابة على الدستورية-دراسة في الأنظمة الدستورية المقارنة والنظام الدستوري المغربي، منشورات مجلة العلوم القانونية، عدد 33، الطبعة الأولى 2018.

- رفرافي عبد الرحمان: الدفع بعدم دستورية القانون: الاختصاص الأصيل للقاضي الدستوري والاختصاص الحديث للقاضي الإداري على ضوء التجربة الفرنسية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 2، المجلد 11، الجزائر، شتنبر 2020.
- مرابط فدوى: السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية (سلسلة أطروحات الدكتوراه 86)، بيروت، الطبعة الأولى 2010.
- صhib حسن: القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، العدد الثالث، الطبعة الثانية، مايو 2019.
- صhib حسن: القضاء الإداري في الدستور المغربي لسنة 2011، المجلة المغربية للإدارة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 124، شتنبر-أكتوبر، 2015.
- يشو ميمون: المحاكم المحدثه حسب صيغة قانون 41.90، أي مولود جديد؟ عدد 21، خاص بندوة "" المحاكم الإدارية ودولة القانون"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، يومي 4 و5 فبراير 1994.
- الدستور المغربي المؤرخ في 29 يوليوز 2011.
- الدستور الفرنسي المعدل بتاريخ 23 يوليوز 2008.
- القانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.255 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993).
- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية كما تم تعديله، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974).
- قرار رقم 18/70 الصادر يوم 6 مارس 2018 الموافق ليوم الثلاثاء 17 من جمادى الثانية 1439 والمتعلق بالقانون التنظيمي رقم 86.15 بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.
- قرار الغرفة الإدارية رقم 1 الصادر بتاريخ 2014/01/09، ملف إداري عدد 2011/2/4/126، قرار غير منشور.

- قرار رقم 384/1 صادر عن الغرفة الإدارية لمحكمة النقض بتاريخ 2015/03/05، ملف إداري عدد 2012/1/4/1932، قرار غير منشور.

### ● المراجع بالفرنسية

- Jerome Roux: Contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité? In la question prioritaire de constitutionnalité; sous la direction de Dominique Rousseau; lextenso éditions; Ghazette du Palais 2010

- Troper (M): Pour une théorie juridique de l'état, chapitre 16:actualité de la séparation des pouvoirs, PUF, 1994.

- Yaagoubi (M): Le contrôle du pouvoir réglementaire autonome par le juge administratif, REMALD, n° 32, 2000.

- C.E, section, 6 novembre 1936, arrighi, leben.

- <https://chevaliersdesgrandsarrets.com/2011/11/14/le-juge-administratif-un-nouv-eau-juge-de-la-constitutionnalite-des-lois/>.

[https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=دولة\\_القانون&action=edit&section=2](https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=دولة_القانون&action=edit&section=2).

- <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/133835>

## الفصل السابع عشر

# المصلحة العامة في حوار القاضيين الدستوري والإداري بفرنسا

## Public interest in the French Constitutional and Administrative Judges' Dialogue

ذ. بدر القاسمي

طالب باحث بسلك الدكتوراه، القانون العام،

جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس

### ملخص

يسمح استقراء اجتهاد القضاة الدستوري والإداري بفرنسا في علاقتهما بمفهوم المصلحة العامة باستجلاء مظاهر الوظيفة الوقائية للمصلحة العامة في النظام القانوني الفرنسي من خلال ضرورة تبرير المشرع تدخله بالسعي لتحقيق هدف المصلحة العامة من جهة، والتزام المشرع بتقدير ذاتي للمصلحة العامة، كما يتيح تعيين حدود استعمال المصلحة العامة في حماية الحقوق والحريات التي تتجلى أساساً في تجنب المجلس الدستوري تقدير وجهة أهداف المشرع، واستعمال مبدأ التناسب في تقدير المصلحة العامة تجنباً لتعسف الإدارة.

### Abstract

Extrapolating the jurisprudence of the constitutional and administrative judiciary in France in their relationship to the concept of the public interest allows to clarify the manifestations of the protective function of the public interest, through the need for the legislator to justify his intervention by seeking to achieve the goal of the public interest, and the legislator's commitment to a self-assessment of the public interest, it allows setting the limits of the use of Public interest in the protection of rights and freedoms, which is mainly manifested in the Constitutional Council's avoidance of assessing the validity of the legislative goals, and the use of the principle of proportionality in assessing the public interest in order to avoid administrative abuse.

## مقدمة

إذا اعتبرنا الإرادة العامة مصدراً للسيادة والدستور في الدولة، فيمكن اعتبار القضاء الدستوري هيئة أو سلطة دستورية أوجدتها الإرادة الشعبية في الدستور وحددت صلاحياتها للسهر على احترام قواعد توزيع الصلاحيات والسلطات<sup>1</sup>، وتبنت مجموعة من الدول بما فيها فرنسا فكرة تعبير القانون عن المصلحة العامة، وأن على المشرع التعبير عن الإرادة العامة التي لا يمكن أن تتعارض مع المصلحة العامة<sup>2</sup> التي يسهر القاضيان الدستوري والإداري على حمايتها.

ومفهوم المصلحة العامة حمال أوجه، حيث يرى أفلاطون أن المصلحة العامة هي التماسك المجتمعي ووحدته الناتجة عن الشعور الجمعي بالسعادة والألم، ويضع لها ميكيا فيلي ثلاثة عناصر وهي الحرية والأمن والكرامة، ويراهما آدم سميث في حرية السوق والتنافس الحر، بينما يربطها جون لوك بالأمن والسلم ومصلحة الجميع، أما روسو فيجد أن المصلحة العامة هي القيمة التي تسعى لها المجتمعات وغاية الحكومات<sup>3</sup>.

وتُعرّف المصلحة العامة بسد حاجيات عامة أو تقديم خدمات عامة للجمهور، سواء كانت خدمات مادية كالكهرباء والماء، أو معنوية كتحقيق الأمن أو الطمأنينة، وتشمل أساساً الأنشطة التي يعجز الخواص عن تحقيقها أو لا يرغبون فيها لأنها لا تحقق لهم ربحاً، أو لا يستطيعون تحقيقها على الوجه الأكمل<sup>4</sup>.

وعندما يتحدث أرسطو عن دستور صحيح لمصلحة الأمة وآخر عقيم لمصلحة الدولة<sup>5</sup>، فذلك يحيل على تراتبية دستورية مرتبطة بمدى تحقق المصلحة العامة، وهنا يشير دومينيك روسو إلى أن دور المجلس الدستوري "يتمثل في مقارنة القوانين المحالة عليه مع ما هو موجود بالكتلة الدستورية"<sup>6</sup>، في حين يُلاحظ غياب الإشارة إلى مفهوم المصلحة العامة في النصوص

<sup>1</sup> أمين عاطف صليب، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002، ص: 114.

<sup>2</sup> Jerry Saint-Rose, l'intérêt général et le juge. Disponible sur:

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/saintrose.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintrose.pdf), Consulté le 07/12/2021 à 16h40.

<sup>3</sup> محمد عيسى الكويتي، ماذا تعني المصلحة العامة وكيف تتحقق؟، مقال منشور بتاريخ 8 نوفمبر 2017، متوفر على الرابط:

<http://akhbar-alkhaleej.com/news/article/1096263> اطلع عليه بتاريخ 10-12-2021.

<sup>4</sup> مليكة الصروخ، القانون الإداري: دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الرابعة، 1998، ص: 288.

<sup>5</sup> محمد عيسى الكويتي، مرجع سابق.

<sup>6</sup> Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 6e éd., 2001, P:135.

الدستورية المرجعية<sup>1</sup>، وهكذا قد يدين صُلمات الدستور استخدام الاجتهاد القضائي الدستوري للمصلحة العامة. وقد قرر المجلس الدستوري، للتغلب على العائق المرتبط بالنص، إدراج المصلحة العامة ضمن أدوات الرقابة على القانون، بل جعل منها شرطاً لدستوريته<sup>2</sup>.

وتُعتبر المصلحة العامة منذ القرن الثامن عشر "حجر الزاوية في العمل العام"<sup>3</sup>، وأشار Max Weber، أن القانون أصبح غير مفهوم وغير متاح، ويمثل الفعل الذي تنتصر فيه المصالح الخاصة السائدة<sup>4</sup>، مشيراً إلى أن اعتماد شرعية السلطة على العقل والمنطق، يجعل المواطنين لا يخضعون لقرارات من في السلطة إلا باعتبارها في مصلحة الجميع، وتَهمل في آن واحد من السياسة والقانون<sup>5</sup>.

سياسياً، يُستخدم مفهوم المصلحة العامة لتقعيد سلطة الحكام، ولا يسمح فقط بتقوية الشعور بوحدة أفراد المجتمع، بل يضفي الشرعية على عمل السلطات العامة<sup>6</sup>، وتبرز أهميته خاصة في إطار القانون الإداري الذي يركز على قيام الإدارة بمهمة مرتبطة بإرضاء المصلحة العامة. ما يُظهر هذه الأخيرة أساس وهدف عمل الإدارة ومحددةً لمجال القانون الإداري<sup>7</sup>، ويمكن القول إن شكل القرار الإداري<sup>8</sup>، يؤدي إلى حماية المصلحة العامة ويحقق أهدافها، ويُلزم الإدارة العامة باتباع الإجراءات المنصوص عليها في القوانين، ويدعم مبدأ المشروعية في الدولة<sup>9</sup>.

ولم يتردد القاضي الإداري بفرنسا في اعتبار المصلحة العامة سيفاً ذا حدين للسلطات الإدارية، حيث يمكن استدعاء المفهوم لتوسيع مجال اختصاص السلطات من جهة، والتأكد من

<sup>1</sup> Jean-Éric Schoettl, « Intérêt général et Constitution », in Conseil d'État, 1999, P: 375.

<sup>2</sup> F. Luchaire, Le Conseil constitutionnel, tome III: Jurisprudence, 2e partie: l'État, 2e éd., Economica, P: 203.

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, Rapport public 1999 ; Jurisprudence et avis de 1998, l'intérêt général, La Documentation Française, 1999, P: 245.

<sup>4</sup> Max Weber, Le Savant et le politique, UGE, 1963, Spéc, P: 102 et s.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Jean Jacques Chevallier, "Réflexion sur l'idéologie de l'intérêt général", in CURAPP, Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, Vol 1, PUF, 1978, P: 12.

<sup>7</sup> François Rangeon, L'idéologie de l'intérêt général, Economica, 1986, P: 21.

<sup>8</sup> يكون العمل أو التصرف إدارياً إذا صدر عن جهة إدارية. وهو أحد العناصر الهامة في العمل الإداري.

<sup>9</sup> ثورية لعيوني: القانون الإداري المغربي، الطبعة الثالثة، دار النشر الجسور، وجدة، 2012، ص: 319-320.



قيادة المصلحة العامة أعمال الإدارة من جهة أخرى،<sup>1</sup> وبالتالي يمكن القول أن للمصلحة العامة وظيفتان حيال المشروعية:

1. سبب لعدم مشروعية الإجراء الإداري: إذ يُلغى الإجراء الإداري الذي يسعى إلى تحقيق هدف غريب عن المصلحة العامة، أو الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة بطريقة تخالف القانون.<sup>2</sup>

2. دافع لمشروعية الإجراء الإداري: إذ يُعتبر قانونياً الإجراء المُقَيّد لشروط ممارسة بعض الحقوق والحريات المحمية، بالقدر الذي تبرره المصلحة العامة.

ومنذ حديث المجلس الدستوري في 1971 على الرقابة على دستورية القوانين، تم التأكيد على أن القانون لا يعبر عن المصلحة العامة إلا في ظل احترام الدستور<sup>3</sup>، ومنه، يجب على المشرع أن يبرر تقييده لممارسة مبادئ معينة أو حقوق أو حريات يصونها الدستور بالسعي لتحقيق المصلحة العامة، ليتبنى المجلس الدستوري أداة جديدة لحماية الحقوق الأساسية.

ومنذ ظهوره لأول مرة في القرار رقم 107-79 المؤرخ في 12 يوليو 1979<sup>4</sup>، فرض شرط المصلحة العامة نفسه أداة أساسية في التقاضي الدستوري الفرنسي، وآية ذلك الإحصائيات التالية التي شهدت تضاعف عدد القرارات المتعلقة بالمفهوم في عقد من الزمن:

● حصرت Marie-Pauline Deswarte في نهاية 1993، ثلاثة وخمسين قراراً يتضمن إشارة إلى المصلحة العامة:

● أحصى Jean-Eric Schoettl، ستين قراراً بعيد خمس سنوات<sup>5</sup>؛

● اعتباراً من 1 يناير 2004، ما لا يقل عن مائة وأربعة وعشرين قراراً؛

انطلاقاً مما سبق، تتجلى فرضية الورقة في تطابق منطقي المشرع الدستوري ومنطق الإدارة، في توجيه عملهما نحو إرضاء المصلحة العامة، حيث يغري اللجوء المتزايد لاستعمال

<sup>1</sup> Didier Truchet, "L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat: Retour aux sources et équilibre, in Conseil d'Etat, Op Cite, P: 363.

<sup>2</sup> R. Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », RD publications, 1952, P: 275.

<sup>3</sup> Jerry Sainte Rose, Op Cite.

<sup>4</sup> Conseil constitutionnel, n° 79-107 DC du 12 juill. 1979, Rec. P: 31.

<sup>5</sup> الأمين العام السابق للمجلس الدستوري الفرنسي.

مفهوم المصلحة العامة بالبحث في ذلك، ولا سيما في التجربة الفرنسية، وبه، تستهدف إشكالية الورقة استقراء مسوغات ودوافع وحدود استخدام مفهوم المصلحة العامة، من خلال مقارنة حوار الاجتهادين الدستوري والإداري الفرنسيين حول المفهوم، ليوضع السؤال التالي: ما هي مظاهر اللجوء للمصلحة العامة وحدودها في الفقهين الدستوري والإداري الفرنسيين؟

إشكالية نحتاج للإجابة عنها إلى جماع من الأسئلة الفرعية كالآتي:

كيف يُلزم القاضي الدستوري المشرع باعتماد المصلحة العامة عند المبادرة بالتشريع؟ وما هي أوجه تقدير المصلحة العامة؟ وما هي حدود تدخل القاضي في تقدير وجهة أهداف التشريع في حماية المصلحة العامة؟ وما هي الآليات المساعدة لتقدير تناسب هدف التشريع مع حماية المصلحة العامة؟

ونحاول الإجابة عن ذلك من خلال خطة البحث التالية:

- مظاهر الوظيفة الوقائية للمصلحة العامة في النظام القانوني الفرنسي (مبحث أول).
- حدود استعمال المصلحة العامة في حماية الحقوق والحريات (مبحث ثاني).

## المبحث الأول: مظاهر الوظيفة الوقائية للمصلحة العامة في النظام القانوني الفرنسي

يُعتبر اللجوء إلى مفهوم المصلحة العامة في المنازعات الدستورية نتيجة مباشرة للقرار رقم 79-107 سالف الذكر<sup>1</sup>، والذي أصدره المجلس بصفته حاميا للحقوق الأساسية، دون منح القاضي حماية مطلقة للمبادئ الدستورية، حيث يترك للمشرع تنظيم شروط ممارسة المواطنين حقوقهم وحرياتهم، ما يستوجب التأكد من أن تقييد ممارسة الحقوق والحريات يستند على مبررات مشروعة، علما أن إحدى نقاط ضعف النصوص الدستورية الفرنسية قِلَّة المعلومات حول مبررات المساس بالحقوق والحريات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Guillaume Merland, Cahiers Constitutionnel N° 16 (prix de thèses 2003), Juin 2004. Disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-interet-generalinstrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux>, Consulté le 27/11/2021 à 10h29.

<sup>2</sup> Ibid.

وأمام صمت النصوص المرجعية، ورغبة في تقييد التجاوزات التشريعية، بادر المجلس الدستوري لاستلزام شرط جديد لدستورية القانون في رقابته على مساس التشريع بحقوق وحرّيات معينة وهو شرط المصلحة العامة، ليفرض على المشرع التزاماً مزدوجاً:

- ضرورة تبرير مبادرته التشريعية بخدمة المصلحة العامة (مطلب أول)
- إلزامية تقدير هدف المصلحة العامة (مطلب ثاني)

## المطلب الأول: ضرورة تبرير المشرع تدخله بالسعي لتحقيق هدف المصلحة العامة

يتجنب المجلس الدستوري اللجوء إلى مفهوم المصلحة العامة في كل النزاعات المعروضة أمامه، حتى لا يُفهم أن حق التقاضي مقيد بـ "المصلحة العامة"<sup>1</sup>، في المقابل، يُلزم المشرع باستيفاء متطلبات شرط المصلحة العامة عند تنظيمه شروط ممارسة بعض الحقوق والحرّيات، ولعل الدافع في ذلك غموض المصلحة العامة، إذ يرى المجلس إمكانية تجسيدها في القواعد الدستورية كما في القواعد التشريعية<sup>2</sup>، على أن تقييد المبادئ الدستورية لتحقيق هدف المصلحة العامة المحدد دستورياً يقع ضمن التوفيق بين القواعد الدستورية.

من ناحية أخرى، بموازاة حق المشرع في تقييد ممارسة بعض الحرّيات لأسباب يقدرها، يهدف تجسيد المصلحة العامة في قاعدة تشريعية الحقوق والحرّيات، وذلك رغم وضوح اجتهاد المجلس الدستوري في هذه المسألة، إذ ما يفتأ يُذكر أن تقدير المصلحة العامة متروك للمشرع، مستعملاً ذلك صيغاً كثيرة<sup>3</sup>، واضعاً المشرع أمام أهداف يجب أن يكون جريئاً كفاية للاعتراف لها بقيمة دستورية.

<sup>1</sup> Décision n° 93-335 DC du 21 Janvier 1994.

<sup>2</sup> Conseil constitutionnel, n° 2003-487 DC du 18 déc. 2003, JO, 19 déc. 2003, p. 21686

الاعتراف بمحاربة البطالة هدفاً للمصلحة العامة

Conseil constitutionnel, n° 90-283 DC du 8 janv. 1991, Rec. p. 11.

حماية الصحة العامة هدفاً للمصلحة العامة

<sup>3</sup> « L'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur » (déc. n° 83-162 DC des 19 et 20 juill. 1983, Rec. p. 49);

— « Le législateur a pu tenir compte de l'intérêt général qui, selon son appréciation, ... » (déc. n° 87-232 DC du 7 janv. 1988, Rec. p. 17);

— « Eu égard à l'objectif d'intérêt général auquel lui paraîtrait correspondre... » (déc. n° 93-322 DC du 28 juill. 1993, Rec. p. 204).

وتثير مرونة مفهوم المصلحة العامة مخاوف القاضي الدستوري من جهة، وتثير نهجه وتبرر عمله من جهة أخرى، حيث تساعد لايقينية القيمة القانونية للقواعد التي قد تعبر عن المصلحة العامة المجلس على استخدام شرط المصلحة العامة فيما يتعلق بفئتين من المبادئ: المبادئ التشريعية ذات الحماية المعززة، والمبادئ الدستورية ذات حماية مخففة<sup>1</sup>، ليساهم المجلس في تحديد مجال تطبيق شرط المصلحة العامة.

وعليه، يجب على المشرع أن يبرر المساس بمبادئ تشريعية معينة بسعيه لتحقيق هدف المصلحة العامة، وهذا الالتزام مفيد لمبدأ عدم رجعية القوانين غير الجنائية مثلاً<sup>2</sup>، ويرفض المجلس الدستوري بشكل عام أن يرى في قانون يخالف مبدأ تشريعياً انتهاكاً للدستور، شرط تضمنه الضمانات القانونية للمتطلبات الدستورية، وفي هذا الصدد افترض بعض الباحثين أن اللجوء إلى شرط المصلحة العامة سيجعل من الممكن ضمان حماية مبدأ أو أكثر من المبادئ الدستورية<sup>3</sup>.

ويتم تبرير حماية هذه المبادئ ذات القيمة التشريعية من خلال علاقتها بأحد المبادئ ذات القيمة الدستورية، فحرمة وسلامة الجنس البشري، وبالرغم من عدم وجود قيمة دستورية لها في حد ذاتها، إلا أن المجلس الدستوري يرى ضرورة حمايتها لأنها قد تضمن احترام المبدأ الدستوري المتعلق بصون كرامة الإنسان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Guillaume MERLAND, L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 16 (PRIX DE THÈSE 2003) - JUIN 2004, P: 2.

Disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2211/pdf>

<sup>2</sup> Conseil Constitutionnel, n° 2003-486 du 11 décembre 2003, JO 18 décembre 2003, P: 21679.

<sup>3</sup> Valérie Goesel-Le Bihan, "Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel", RFDC, n°30. 1997. P: 256.

- مبدأ فصل السلطات :
- مبدأ استقلال السلطة القضائية :
- مبدأ الأمر المقضي به :
- مبدأ الحق في التقاضي :

<sup>4</sup> Conseil Constitutionnel, n° 94-343-344. DC du 27 juillet 1994, Rec, P:100.

ومع ذلك، يصعب التسليم بهذا التحليل، حيث يُستغرب أن يعمل المجلس الدستوري على حماية المبادئ الأساسية<sup>1</sup> في إطار دولة القانون عبر الإحالة على مفهوم يقدر المشرع محتواه، كما أن المبادئ الدستورية محمية من آثار رجعية القوانين عبر متطلبات أكثر تقييدا وإلزاما<sup>2</sup>.

وتتمتع معظم الحقوق والحريات التي يحميها شرط المصلحة العامة بقيمة دستورية<sup>3</sup>، وبفضل قوتها المستمدة من الدستور تصبح حقوقا وحريات أساسية مستفيدة من حماية أخف من باقي المبادئ الدستورية بفضل ارتباطها بشرط المصلحة العامة، ولا يمكن تقييدها إلا في سياق التوفيق مع القواعد الدستورية الأخرى.

وإذا ما افترضنا مساهمة شرط المصلحة العامة في حماية بعض المبادئ الدستورية، فإن استخدامه لا يبدو مبررا بحماية هذه المبادئ فقط، حيث قد يستهدف هذا الشرط حماية مبدأ دستوري أقل جوهرية أو مبدأ غير مؤكد الدستورية، من قبيل الأمن القانوني<sup>4</sup> وحمايته من التجاوزات المرتبطة برجعية للقوانين.

#### • 1 يتعلق الأمر ب:

التنظيم العام للدفاع الوطني؛ الاستقلال الإداري للجماعات الترابية وصلاحياتها ومواردها؛ التعليم؛ حماية البيئة؛ نظام الملكية وحقوق الملكية والالتزامات المدنية والتجارية؛ قانون العمل وقانون النقابات العمالية والضمان الاجتماعي؛ الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة، معدل 2008، متوفر على:

[https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008?lang=ar)

<sup>2</sup> Conseil constitutionnel, n° 422—99. DC du 21 décembre 1999, Rec, P: 143.

Conseil constitutionnel, n° 425—99. DC du 29 décembre 1999, Rec, P: 168.

يفرض المجلس الامتثال لأربعة شروط فيما يتعلق بالمصادقة التشريعية:

- يجب ألا يقر القانون مطلقاً أي نص ملغى؛
- يجب دائماً تعريف الفعل المصادق عليه بدقة؛
- يجب ألا يتعلق بالمسائل الجنائية؛
- يجب على المشرع تحديد نطاق التحقق بدقة وعدم تطهير الفعل المتنازع عليه من جميع مخالفاته المحتملة؛

<sup>3</sup> Guillaume MERLAND, Op Cite.

ويتعلق الأمر بالحق في الملكية، وحرية الاستثمار، وحرية التعاقد، ومبدأ المساواة، ومبدأ التمييز الحر للجماعات الترابية

<sup>4</sup> Bertrand Mathieu, "Reflexion en guide de conclusion sur le principe de sécurité juridique", CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 11 (DOSSIER: LE PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE) - DÉCEMBRE 2001, Disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-en-guise-de-conclusion-sur-le-principe-de-securite-juridique>, Consulté le 27/11/2021 à 16h41.

ومع ذلك، لا ينبغي الاستسلام لإغراء الوظيفة الوقائية لشرط المصلحة العامة، فهو أداة لحماية الحقوق الأساسية، وسواء كانت هذه الحماية مباشرة<sup>1</sup>، أو غير مباشرة، فإن المجلس الدستوري قد يقر جزاءات على القيود التشريعية التعسفية، وفشل المشرع في تحقيق شرط المصلحة العامة يُلغي المقتضى المتنازع بشأنه، ويحرص المجلس على تقدير المُبادر بالقانون للمصلحة العامة بنفسه.

## المطلب الثاني: التزام المشرع بتقدير ذاتي للمصلحة العامة

يتمثل أساس رقابة المجلس الدستوري على الامتثال لشرط المصلحة العامة في السعي إلى تحقيق المشرع للأهداف التي سطرها دعماً لإجرائه، بمعنى وجوب تضمن متن النص القانوني أو الأعمال التحضيرية هدف المصلحة العامة المتوخى<sup>2</sup>، ويؤدي عدم الامتثال لهذه القاعدة إلى الرقابة على المقتضى المتنازع بشأنه، مثل ما حدث في بالنسبة القانون المتعلق بمحاربة الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة<sup>3</sup>، عندما أُلغى المجلس الدستوري استثناء بعض العقود المبرمة بواسطة الشركات العامة الوطنية والشركات التابعة لها من قواعد النشر والمنافسة، معتبراً أن شكل الشركة لا يسمح بانتهاك مبدأ المساواة، وأن القانون لا يُخولها التهرب من مبادئ الدعاية والمنافسة<sup>4</sup> بذريعة شرط المصلحة العامة، علاوة على مقتضيين تشريعيين آخرين<sup>5</sup>.

لكن، إذا كان تحديد المصلحة العامة من مهام المشرع، عبر البرلمانين المفترض فيهم تمثيل الشعب، فالألاحظ أن آليات إعداد النصوص القانونية غير كفيلة بتحقيق هذه المهمة، فأكثر النصوص القانونية تنفيذية الأصل<sup>6</sup>، ولعل في ذلك إفراط في العقلنة البرلمانية، يعطي الأفضلية بالتشريع للحكومة على حساب صاحب الاختصاص، ومع ذلك، فالمشرع مطالب بالتحديد الدقيق لغايات وأهداف المصلحة العامة<sup>7</sup> في إطار حماية الحقوق والحريات.

<sup>1</sup> الحق في الملكية، وحرية الاستثمار، وحرية التعاقد، ومبدأ المساواة ومبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية

<sup>2</sup> Guillaume Merland, op cite.

<sup>3</sup> الصادر بتاريخ 29 يناير 1993، متوفر على الرابط: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000711604/>

<sup>4</sup> Conseil Constitutionnel, n° 92-316, DC du 20 janvier 1993, Rec, P:14.

<sup>5</sup> في القرارين رقم 434-2000 DC المؤرخ في 20 يوليو 2000 ورقم 441-2000 DC المؤرخ في 28 ديسمبر 2000. يخول الأول السلطة الإدارية اختيار يوم آخر غير الأربعاء لحظر الصيد، والآخر ينظم تأجير الصيد في كل من (Moselle و Bas-Rhin و Haut-Rhin). حيث ارتأى المجلس أن "نص المقتضى، والمناقشات البرلمانية، لا يُحددان أسباب المصلحة العامة" التي من شأنها أن تبرر التعديلات على حق الملكية.

<sup>6</sup> Jerry Saite Rose, Op cite.

<sup>7</sup> Conseil Constitutionnel, n° 2000-436, DC du 7 décembre 2000, Rec, P: 176.

وهنا، يرى الأستاذ محمد أمين بنعبد الله أن وظيفة الرقابة على دستورية القوانين المحالة على القاضي الدستوري، تتجلى بالأساس في مواجهة الشطط في استعمال السلطة، وباستمداده شرعيته من الدستور نفسه، يصير القاضي مفسراً لمحتوى الوثيقة الدستورية، ومنشئاً للقواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية<sup>1</sup>.

ويُنظر إلى تذكير القاضي الدستوري في قراراته بأهداف المشرع، على أنه رسائل ضمنية وحازمة للحكومة وإدارتها<sup>2</sup>، يحيل على دعوة الإدارة إلى القيام بعملها ضمن القانون، وأساساً عند ربطه بمفهوم المصلحة العامة المتعدد المعاني، وبالتالي قد يؤدي منح المشرع الإدارة سلطة تقدير المصلحة العامة إلى تقييد شروط ممارسة حقوق أو حريات يكفلها المجلس الدستوري، خاصة إذا لم يحدد المشرع طبيعة هدف المصلحة العامة الذي يتأسس عليه عمل المجلس.

عموماً، يسعى القاضي إلى تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد، وإن كان من المسلمات في الهندسة الدستورية سُمُو سلطة البرلمان على السلطتين التنفيذية والقضائية<sup>3</sup>، فإن للسلطة الإدارية المختصة تأويل ما يدخل في نطاق المصلحة العامة حسب تقديرها، مع مراعاة المجال المحفوظ للقاضي الدستوري بشأن الشطط في استعمال السلطة، فالإدارة المسؤولة عن تنفيذ القانون قادرة على تفسيره، بما قد يؤثر على معناه، وتحويله عن هدفه، وبالتالي عدم تحقيق إرادة البرلمان<sup>4</sup>، ويحاول المجلس الدستوري تجنب هذا التهديد بتذكير المشرع بالالتزام الذي يقع عليه بتحديد هدف المصلحة العامة الذي يسعى لتحقيقه.

ولتحقيق هذا الهدف، يجب أن تتضمن الوثيقة الدستورية نصوصاً صريحة تمنع السلطة التشريعية من المساس بالحقوق والحريات، أو مصادرتها بحجة التنظيم عند وضع القوانين، مع

<sup>1</sup> Mohamed Amine BENABDELLAH, Le juge constitutionnel: protecteur des droits et libertés?,

Disponible sur:

<https://studylibfr.com/doc/2699391/le-juge-constitutionnel--protecteur-des-droits-et-libert%C3%A9s>

Consulté le: 07/12/2021 à 18h34.

<sup>2</sup> Alexander Viala, « les réserves d'interprétation: un outil de resserrement de la contrainte constitutionnelle » RDP, 1997, P: 1063.

<sup>3</sup> عليان بوزيان، آليات استرداد البرلمان لسيادته كمقصد من مقاصد التطوير البرلماني في الدول المغاربية. دراسة مقارنة بين الجزائر والمغرب، جامعة تيارت، بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص: 2.

<sup>4</sup> Danièle Lochak, "Le Principe de légalité, Mythes et MYSTIFICATIONS", AJDA, 1981, P:390.

إلزام السلطة التنفيذية بإبراز الأهداف المتوخاة من المبادرة الحكومية<sup>1</sup>، ومنعها من العصف بحقوق والحريات في مرحلة التنفيذ<sup>2</sup>، وهنا يتجلى دور أعمال رقابة البرلمان على الحكومة لمنع الشطط، ويحتاج سمو الحقوق والحريات المكفولة دستوريا إلى ضمانات حقيقية تمنع السلطات العامة من المساس بها، ولعل وضعها في صلب الدستور من الضمانات التي تكسيها قوة النصوص الدستورية<sup>3</sup>.

ويساهم الاجتهاد القضائي في حماية الحقوق والحريات، حيث يسمح بالسيطرة على إساءة استخدام السلطة التي قد يمارسها القاضي الإداري، وتكشف دراسة قرارات مجلس الدولة، أن القاضي الإداري يتردد في إقامة الجزاءات على النص القانوني إذا لم يحدد المشرع مبررات المصلحة العامة التي يجب على السلطات الإدارية أن تبني قرارها على أساسها، وإدراكا منه للغموض والطابع السياسي البارز لمفهوم المصلحة العامة، فإنه يفضل ممارسة فعله الرقابي باعتماد وسائل أخرى<sup>4</sup>.

في المقابل، يسمح تضمين القانون مبررات المصلحة العامة للقاضي الإداري بالرقابة على الشطط في استعمال السلطة دون المخاطرة بتعرضه لانتقادات من "حكومة القضاة"<sup>5</sup>، وكل ما يفعله هو التأكيد من عمل الإدارة على تحقيق أهداف المصلحة العامة التي حددها المشرع من عدمه، ومن خلال إلزام المشرع بتحديد أهداف المصلحة العامة بشكل صريح، ينير القاضي الدستوري القضاء الإداري بشأن هذه المصلحة التي تُفرض على السلطات المسؤولة على تطبيق

<sup>1</sup> Vito Marinese, *Lidéal législatif du conseil constitutionnel. Etudes sur les qualités de la loi*, Droit, Université de Nanterre-Paris X, 2007, P: 144-145

<sup>2</sup> كأن يستعمل رجل الإدارة سلطاته لتحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة بدافع الانتقام أو تحت تأثير العداوة الشخصية. ونستشهد هنا بالحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 28 ماي 2012 والذي جاء فيه " أن النقطة الممنوحة للطاعن برسم سنة 2010 المقدرة في 12/20 ليس لها ما يبررها غير تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة التي يعمل رجل الإدارة عادة على تحقيقها مما يجعل من القرار المطعون فيه مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة، (حكم منشور م م إ ت، العدد 108، 2013، ص 135 وما بعدها).

<sup>3</sup> ميمون الطاهري، المؤسسة البرلمانية بالمغرب بعد دستور 2011: عودة السلطة في انتظار الفعالية، دستور 2011: النص والبيئة السياسية، سلسلة بدائل قانونية وسياسية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014، ص: 5.

<sup>4</sup> Rapport public, "Considérations générales sur l'intérêt général", Conseil d'Etat, Op cite, P:11.

<sup>5</sup> تم استخدام هذا المصطلح أول مرة من طرف الأستاذ Edouard Lambert في كتابه « Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation Sociale aux États-Unis » الصادر سنة 1921 والذي يدافع فيه عن أطروحة قوة قضاة المحكمة العليا في مقابل تناقض ومبدأ فصل السلطات، بما يوحي بظهور حكومة للقضاة قادرة على إلغاء القوانين التي صوت عليها ممثلوا الأمة، بناء على تأويل شخصي لا يخلو من بعد سياسي.



القانون، ويزوده بالعناصر الضرورية لفرض الجزاءات اللازمة على إساءة استخدام السلطة من قبل السلطات الإدارية.

ويمكننا الوقوف عند التأثير الإيجابي لنهج المجلس الدستوري في الاجتهاد القضائي الإداري<sup>1</sup>، حيث ارتكز مجلس الدولة على القرار رقم 90-283 المؤرخ ب 8 يناير 1991 الذي أشار فيه القاضي الدستوري إلى "أنه إذا كان من اختصاص السلطة التنظيمية وضع أحكام القانون المتعلق بمكافحة الإدمان على الكحول، فعليها أن تضع في الحسبان هدف القانون الذي يسهر على ضمان حماية الصحة العامة، ولا سيما تلك الخاصة بالشباب"<sup>2</sup>، وألغى مرسوما يسمح للمجموعات الرياضية ببيع المشروبات الكحولية في الملاعب الرياضية، على أساس تجاهله هدف حماية الصحة العامة وخاصة للشباب.

مما سبق، تتضح الطبيعة الوقائية للمصلحة العامة في الاجتهاد الدستوري والقضائي، ونظرا لاعتبارها شرطا لدستورية القانون، فإنها تحمي بعض الحقوق والحريات من القيود التعسفية، سواء كانت تشريعية أو تنفيذية المصدر، ومع ذلك، فالفحص الدقيق لبعض قرارات المجلس الدستوري، يؤشر على محدودية القوة التنازعية لشرط المصلحة العامة.

## المبحث الثاني: حدود استعمال المصلحة العامة في حماية الحقوق والحريات

ترتكز المبادئ الديمقراطية في الوثيقة الدستورية على ثلاث مرتكزات أساسية: أولها جعل المواطن أساس كل فعل تعاقدي سياسي أو مجتمعي، وثانها إقرار فعلي لمبدأ فصل السلط، وآخرها ضمان استقلالية القضاء عن السلطين التشريعية والتنفيذية<sup>3</sup>، وهذه الاستقلالية هي ما يمنح قيمة لقرارات القاضي، ولاسيما القاضي الدستوري، ما يدفعه إلى البحث عن الآليات الكفيلة بإضفاء الشرعية والمشروعية على قراراته، بما في ذلك مفهوم المصلحة العامة.

يوجي دور المصلحة العامة في حماية الحقوق الأساسية باكتشاف المجلس الدستوري أداة هائلة في يد المشرع، إلا أن الواقع عكس ذلك، فالدلالة السياسية البارزة للمصلحة العامة تجعل

<sup>1</sup> على سبيل المثال في حكم صدر في 30 نوفمبر 1998 "الفيدرالية الوطنية للصناعة الفندقية".

<sup>2</sup> Conseil Constitutionnel, n°90-283 DC du 8 Janvier 1991, Rec, P:11.

<sup>3</sup> مصطفى شاكري، جامعيون يرسون جسور الصلة بين حقوق الإنسان والدستور المغربي، مقال منشور على موقع هسبريس.

متوفر على الرابط: <https://www.hespress.com/زن-الدين-يرسي-جسور-العلاقة-بين-الدستور.html> 543991-.

اطلع عليه بتاريخ: 10-12-2021، الساعة: 16:39.

القاضي حذرا في رقابته على احترام هذا الشرط، خوفا من الانتقادات التي قد يتعرض لها المجلس الدستوري، إذ سبق اتهام القاضي الإداري بفرنسا بأخذ مكان الإدارة بذريعة التأكد من أن عملها يستحضر المصلحة العامة<sup>1</sup>.

ويكتفي المجلس بالبحث في نية المشرع عن الأهداف التي تبرر الإجراءات التقييدية، أي أنه يستقرأ النص بحثا عن نية المشرع في خدمة المصلحة العامة، ويقصر بذلك بحثه على مراقبة احترام شرط المصلحة العامة، ولا ينسب المجلس لنفسه الاختصاص بالطعن في تضمن الهدف للمصلحة العامة، ما يكشف عن ضعف الوظيفة الوقائية للمصلحة العامة (المطلب الأول)، ومع ذلك، لا يطلق المجلس يد المشرع لتقييد الحقوق والحريات المعنية بهذا الشرط، مركزا رقابته على شرط التناسب لتجنب المساس بها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تجنب المجلس تقدير وجهة أهداف المشرع

من خلال إلزام المشرع تبرير بعض الأحكام بالسعي لتحقيق هدف المصلحة العامة، يوضع سؤال بسيط الصياغة معقد الإجابة: هل يمكن أن يتصرف المشرع في غير المصلحة العامة؟ بصيغة أخرى، هل يتمتع المجلس الدستوري بالشرعية الكافية للتأكيد على أن المشرع لم يتصرف من أجل المصلحة العامة؟

وليس عيبا أن يتعهد المجلس الدستوري بالتحقق من أن أهداف المشرع هي فعلا أهداف للمصلحة العامة<sup>2</sup>، بل قد تُعتبر رقابة ضرورية للوفاء بشرطها، ولهذا ما يبرره، حيث إن دعوة المشرع لوضع أهداف المصلحة العامة، تفترض أنه قد يحدد أهدافا تفتقد هذه الخاصية، وإذا كان المشرع منزها عن العبث، ولا يمكنه إلا أن يريد ما تمليه المصلحة العامة، فإن الإشارة إلى هذه المصلحة في بعض النزاعات المحددة، تبرر طلب المجلس من المشرع ربط تدخله صراحة بهدف المصلحة العامة.

وليس هذا الهاجس بجديد على الفقه الدستوري الفرنسي، بل أوما إليه واضعوا الدستور الأوائل باعتماد صيغ مختلفة<sup>3</sup> فيما يتعلق بالقانون، حيث كانوا يعززون حماية أنفسهم من خطر

<sup>1</sup> Jean-Eric Schoettl, Op Cite, P: 385.

<sup>2</sup> Guillaume Merland, Op Cite.

<sup>3</sup> نستحضر هنا المادة 5 من إعلان حقوق الإنسان والمواكن التي تشير إلى أن القانون لا يمنع إلا الأعمال المضرة بالمجتمع، ولا يمكن منع ما لم يمنعه القانون صراحة، ولا يلزم أحد بالقيام بما لم يأمر به القانون.

تصرف المشرع في غير المصلحة العامة<sup>1</sup>، وذلك عبر دمج شرطها في أدوات الرقابة، ويقودنا هذا إلى مسألة ثنائية السياسة والقانون: هل رقابة المجلس الدستوري على تقدير المشرع للمصلحة العامة مقبول سياسيا؟

جاء جواب المجلس الدستوري بالنفي، معتبرا أن مهمته قضائية، وأشار العميد Roussillon أن "هذه مسألة تقييد ذاتي مُعلن يقيّد المجلس نفسه بها، وعيا منه بحدود وظيفته ومكانته في النظام القانوني-السياسي، ويتجلى الخطر بالنسبة له في أن يتم اعتباره غرفة ثالثة"<sup>2</sup>، وبالتالي يسهر المجلس الدستوري على الفصل الواضح بين عمله وعمل المشرع<sup>3</sup>.

ورغم أن "رقابة المجلس تظل مبنية على الأساس القانوني ويمتنع عن التقدير ذي الطابع السياسي"<sup>4</sup>، يصعب الجزم بانعدام الجانب السياسي في هذه الرقابة<sup>5</sup>، وتماشيا مع بعض الاجتهاد القضائي الإداري الذي يرى بأن مفهوم المصلحة العامة مفهوم سياسي وليس قانونيا تطبعه الذاتية وشهد وسيشهد تغييرات مع الوقت، فإن المجلس لا يعتبر تعريف المصلحة العامة من اختصاصاته، بل من اختصاص السلطة السياسية<sup>6</sup>، وبذلك يحفظ المجلس الدستوري شرعيته.

لكن، قد يكون لهذا الموقف عواقب على الحقوق الأساسية "المحمية" بشرط المصلحة العامة، خاصة مع تخلي القاضي الدستوري عن تقدير السياسة في النص القانوني، ولعل ذلك ما دفعه إلى تقنية فحص التناسب لتحاشي هذا الخطر.

### المطلب الثاني: فحص التناسب وتقدير المصلحة العامة

تستدعي كل قاعدة دستورية لتحقيقها إصدار قواعد مساعدة، وتشارك كل القواعد الأدنى منها في تجسيدها<sup>7</sup>، لنعبّر بذلك من منظور ساكن لهرم القواعد القانونية إلى منظور ديناميكي لشبكها<sup>8</sup>، وفي هذا الإطار تتسم القاعدة الدستورية بكونها قاعدة-هدف "Norme-Objectif"، تحدد

<sup>1</sup> Henry Roussillon, Le Conseil Constitutionnel, Dalloz, 4ème édition, 2000, P:94.

<sup>2</sup> Henry Roussillon, Le conseil Constitutionnel, Dalloz, 4ème édition, 2000, P:94.

<sup>3</sup> M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », RFDC, 1990, n° 1, P: 29.

<sup>4</sup> Elisabeth Zoller, Droit Constitutionnel, 2ème édition, PUF, 1999.

<sup>5</sup> Dominique Rousseau, Op Cite, P: 57.

<sup>6</sup> André Buttgemach, Manuel du droit administratif, Bruxelles, Larcier, 1966, P:98.

<sup>7</sup> H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », in Mélanges Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933, P: 158.

<sup>8</sup> A. Vidal-Naquet, Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Thèses Paris II, 2004, P9.

أهدافا على السلطات العمومية تحقيقها، ويمكن القول بأن البحث في تناسب القواعد الدستورية مع أهدافها، ينطبق أيضا على تناسب القواعد الأدنى، بما فيها قواعد القانون الإداري، مع أهداف الدستور، ومن ضمنها ضمان الحقوق والحريات، بمعنى آخر ضمان التوفيق بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد.

ويُقصد بمبدأ التناسب<sup>1</sup> ألا تتجاوز إجراءات السلطات العامة الحدود الملائمة والضرورية لبلوغ الأهداف التي تتطلبها المصلحة العامة، بحيث لا يجوز أن تكون الأضرار أو السلبات التي قد تلحق بالفرد، غير متناسبة مع الأهداف المبتغاة من الإجراءات<sup>2</sup>.

وإذا كانت المصلحة العامة شرطا ضروريا لوفاء القيود التشريعية بمتطلبات الرقابة الدستورية، فهي ليست شرطا كافيا، ويحرص المجلس الدستوري دائما على ألا تُمس الحقوق والحريات بشكل معيب، ويهتم بالتحكم في العلاقة بين الهدف المنشود والوسائل لتحقيقه، من خلال البحث عن التوفيق بينهما.

ورغم استقرار القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملاءمة بين أهمية الحالة وخطورتها والتصرف المُتخذ حيالها<sup>3</sup>، فإنه حاد عن هذه القاعدة في حالات ارتأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحلّه، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق التناسب، دون تجاوز وظيفته بصفته قاضي

<sup>1</sup> شكل مبدأ التناسب في السنوات الأخيرة مادة بحثية استرعت أهمية العديد من الباحثين:

- X. Philippe, Le Contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives Françaises, Economica, PUAM, 1990.
- G. Xynopoulos, Le Contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne, et Angleterre, LGDJ, 1995.

<sup>2</sup> وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 59، أبريل 2016، ص: 342-343.

<sup>3</sup> عبد العالي حاحة وأمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، نونبر 2017، ص: 137.

متوفر على الرابط:

مشروعية يقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار الإداري وأحد المبادئ القانونية العامة وهو مبدأ التناسب<sup>1</sup>.

وتظهر أهمية مبدأ التناسب باعتباره معياراً قضائياً يستخدمه القاضي الإداري للتوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة، بما يوحي بمساهمته في تعزيز حماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة إجراءات السلطات العامة، ولا سيما الإدارية.

ورغم استقلاليتها، يتكامل شرطاً المصلحة العامة والتناسب، فالأول يسهل الرقابة على الثاني، إذ أن إجبار المشرع على الكشف عن أهدافه، يمكن المجلس الدستوري من مقارنتها بالنصوص التشريعية المعمول بها، ويكفي أن تُحدد الأهداف التي يسعى إليها المشرع بدقة حتى يُفحص التناسب، ما يجعل المصلحة العامة من عناصر الرقابة على التناسب<sup>2</sup>، كما أن شرط التناسب يسمح بمعالجة أوجه القصور في شرط المصلحة العامة.

وإن كان التنازل عن تقييم محتوى المصلحة العامة للمشرع حمايةً للحقوق والحريات، فإن المجلس الدستوري يتجاوز ضعف الطبيعة الملزمة لشرط المصلحة العامة من خلال ممارسة رقابة التناسب، فالبحث عن الإجراء الصائب يسمح للقاضي بأكثر من مجرد معرفة محتوى المصلحة العامة، بل يشترط مرافقة شرط التناسب لشرط المصلحة العامة في جميع القضايا التي تمس الحقوق والحريات<sup>3</sup>.

وشرط التناسب وسيلة القاضي الدستوري للاستعمال غير المباشر لشرط المصلحة العامة، حيث يأخذ بالحسبان طبيعة الهدف الذي حدده المشرع الذي لا يمكنه تبرير تصرفه بأي هدف للمصلحة العامة كيفما كان، بل بالسعي إلى تحقيق هدف مهم كفاية ليُعتبر متناسباً، إلى جانب حرصه على تلبية هدف مرتبط بموضوع المقتضى التشريعي<sup>4</sup>، ومع ذلك، يمكن القول بأن مساهمة شرط التناسب في تعزيز إلزامية شرط المصلحة العامة محدودة، حيث الشرطان مستقلان عن بعضهما، وللمشرع الحرية في تقدير المصلحة العامة.

<sup>1</sup> محمود سلامة جبر، "التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء"، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 35، العدد 01، القاهرة، مارس 1991، ص: 72.

<sup>2</sup> J. Y. Chérot, "Les formulations d'objectifs dans le contrôle de la proportionnalité des lois en France", *RRJ*, 1989, N°4, P: 898.

<sup>3</sup> G. Alberton, "Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire" in F. Sudre et H. Labayle, *Rélaté et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, P: 339.

<sup>4</sup> Guillaume Merland, *Op Cite*.

## خاتمة

للمصلحة العامة فائدة "سياسية"، وقانونية للمجلس الدستوري، يستخدم قوتها الأيديولوجية لأداء أغراض استراتيجية أخرى غير حماية الحقوق الأساسية، فالتمثلات التي تحملها تجعلها أداة لإضفاء الشرعية على المجلس الدستوري والمشرع، وتسمح للمجلس بإقناع الجمهور بجدوى عملهما، زيادة على دورها في التقليل من تأثير مجموعات الضغط.

ويعمل المجلس بشكل غير مباشر على الدفع إلى احترام دور البرلمان في الدفاع عن المصلحة العامة بموجب دستور عام 1958، مُخاطراً بإعطاء المشرع ترخيصاً لتحديدتها، كم أن غياب المناقشات حولها قد يضعف قوتها التنازعية، وبالتالي الحد من الفائدة السياسية والاستراتيجية لشرط المصلحة العامة، ما قد يسائل وجودها الفعلي<sup>1</sup>.

ورغم الأهمية الظاهرة لمبدأ التناسب في حماية المصلحة العامة، وحماية الحقوق والحريات فإن بعض الفقه الفرنسي يرى في هذا المبدأ تهديداً لمكتسبات القانون الفرنسي ومهدد مبدأ فصل السلطات وممارسات قضاة محكمة النقض من الفصل بين القانون والوقائع<sup>2</sup>، ومن شأن هذا أن يؤدي إلى انعدام الأمن القانوني لأنه يمكن تهميش أي قانون دون إمكانية التنبؤ

<sup>1</sup> J. -M Pointier, "l'intérêt général existe-t-il encore ?", D. 1998, P327.

<sup>2</sup> V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017, p. 123:

« هناك مخاطرة معينة تتمثل في أنه من خلال السعي إلى الرقابة على التناسب بحد ذاته، فإن ذلك سيقود إلى إعادة الحكم ليس فقط على القانون ولكن أيضاً على الوقائع، ويجد القاضي نفسه ملزماً بإجراء تحقيقات، والاستماع إلى الشهود، وطلب الخبرة»؛

- S. Le Gac-Pech, « Le nouvel art de juger: quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », RLDC 2017, p. 48

«باعتبار القاعدة مجرد تعبير بسيط في لحظة t، فإن فحص [التناسب] يسمح للقاضي بفرادة القانون المتعلق بوقائع القضية [...] هذا التحول في العلاقة بين القاضي والقانون يُلزم محكمة النقض بمعرفة الحقائق، وهو أمر صعب»؛

- A. Bénabant, « un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné », D. 2016, p. 137 ;

- F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, p. 796, n° 8:

« من خلال هذه الرقابة، التي تختلف عن الرقابة البسيطة على المطابقة، يُطلب من القاضي الحكم على شرعية التحكم الذي يجريه المشرع، وإذا لزم الأمر، الإصحاح عن تقديره لتضارب المصالح المعنية [...] كيف يمكن التوفيق بين هذا التخلي القضائي عن الإرادة الواضحة والحالية للمشرع وبين المطالب الأساسية للديمقراطية؟»

بالحالات التي قد يحدث فيها ذلك، ويصعب بالتالي أن يشكل فحص التناسب عقيدة قانونية في نظر الفقه<sup>1</sup>.

## لائحة المراجع

### أ. مراجع باللغة العربية

#### • كتب

- أمين عاطف صليباً، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.

- ثورية لعيوني: القانون الإداري المغربي، الطبعة الثالثة، دار النشر الجسور، وجدة، 2012.

- عليان بوزيان، آليات استرداد البرلمان لسيادته كمقصد من مقاصد التطوير البرلماني في الدول المغاربية، دراسة مقارنة بين الجزائر والمغرب، جامعة تيارت، بدون طبعة، بدون سنة نشر.

- مليكة الصروح، القانون الإداري: دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الرابعة، 1998.

#### • مقالات

- عبد العالي حاحة وأمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، نونبر 2017.

- ميمون الطاهري، المؤسسة البرلمانية بالمغرب بعد دستور 2011: عودة السلطة في انتظار الفعالية، دستور 2011: النص والبيئة السياسية، سلسلة بدائل قانونية وسياسية، مطبعة المعرف الجديدة، الرباط، 2014.

- وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 59، أبريل 2016.

### إ. مراجع باللغة الفرنسية

<sup>1</sup> V. C. Albiges, « Équité », Répertoire de droit civil, Dalloz, octobre 2017, n° 29.

- Alexander Viala, « les réserves d'interprétation: un outil de resserrement de la contrainte constitutionnelle » RDP, 1997.
- André Buttgenbach, Manuel du droit administratif, Bruxelles, Larcier, 1966.
- Bertrand Mathieu, "Réflexion en guide de conclusion sur le principe de sécurité juridique", CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 11 (DOSSIER: LE PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE) - DÉCEMBRE 2001.
- Bénabant, « un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné », 2016.
- C. Albiges, « Équité », Répertoire de droit civil, Dalloz, n° 29, octobre 2017.
- Danièle Lochak, "Le Principe de légalité, Mythes et MYSTIFICATIONS", AJDA, 1981.
- Didier Truchet, "L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat: Retour aux sources et équilibre, in Conseil d'Etat.
- Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 6e éd., 2001,
- F. Chénédy, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? » 2016.
- F. Luchaire, Le Conseil constitutionnel, tome III: Jurisprudence, 2e partie: l'État, 2e éd., Economica.
- François Rangeon, L'idéologie de L'intérêt général, Economica, 1986.
- G. Alberton, "Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire" in F. Sudre et H. Labayle, Réalité et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux, Bruylant, 2000.
- G. Xynopoulos, Le Contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne, et Angleterre, LGD], 1995.
- Guillaume MERLAND, L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 16 (PRIX DE THÈSE 2003) - JUIN 2004.
- H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », in Mélanges Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933.
- Henry Roussillon, Le conseil Constitutionnel, Dalloz, 4<sup>me</sup> édition, 2000.



- J. -M Pointier, "l'intérêt général existe-t-il encore ? ", D. 1998.
- J. Y. Chérot, "Les formulations d'objectifs dans le contrôle de la proportionnalité des lois en France", RRJ, N°4, 1989.
- Jean Jacques Chevallier, "Réflexion sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, Vol 1, PUF, 1978.
- Jean-Eric Schoettl, « Intérêt général et Constitution », in Conseil d'État.
- Max Weber, Le Savant et le politique, UGE, 1963.
- M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », RFDC, n° 1, 1990.
- R. Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », RD publications, 1952.
- S. Le Gac-Pech, « Le nouvel art de juger: quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », RLDC 2017.
- Vidal-Naquet, Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnelle, Thèses Paris II, 2004.
- Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017.
- Valérie Goesel-Le Bihan, "Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel", RFDC, n°30. 1997.
- Vito Marinese, L'idéal législatif du conseil constitutionnel: Etudes sur les qualités de la loi, Droit, Université de Nanterre – Paris X, 2007.
- X. Philippe, Le Contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudence constitutionnelles et administrative Française, Economica, PUAM, 1990.

### تقارير وقرارات

- \* Décision du conseil Constitutionnel:
- 1. n° 2003-487 DC du 18 déc. 2003, JO, 19 déc. 2003, p. 21686
- 2. n° 90-283 DC du 8 janv. 1991, Rec. p. 11.

3. N° 2003-486 du 11 décembre 2003, JO 18 décembre 2003.
  4. n° 2000-434, DC du 20 juillet 2000.
  5. n° 2000-436, DC du 7 décembre 2000.
  6. N° 422—99. DC du 21 décembre 1999.
  7. N° 79-107 DC du 12 juill. 1979.
  8. N° 92-316, DC du 20 janvier 1993.
  9. N° 94-343-344. DC du 27 juillet 1994.
  10. n°90-283 DC du 8 Janvier 1991.
  11. Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994.
  12. n° 425—99. DC du 29 décembre 1999.
- Conseil d'Etat, Rapport public 1999 ; Jurisprudence et avis de 1998, L'intérêt général, La Documentation Française, 1999.
  - Rapport public, Considérations générales sur l'intérêt général", Conseil d'Etat.

## الفصل الثامن عشر

# الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري

The Interpretative Specialty of the Constitutional Judge

ذ. ياسين الكوش

باحث بسلك الدكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية  
العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة

## ملخص

يمارس القضاء الدستوري دورا بالغ الأهمية في تفسير القواعد القانونية بالمعنى الواسع لهذا المصطلح بما يشمل نصوص الدستور والقوانين، كونه الجهة المختصة بحماية سمو الوثيقة الدستورية التي تعتبر القانون الأعلى في الدولة، وبالنظر إلى دوره في حماية مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره أحد الدعائم الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون، وبالنظر أيضا إلى الطبيعة الإلزامية لقراراته في مواجهة السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية في الدولة وعدم قابليتها للطعن بأي طريقة من طرق الطعن.

ويرتبط تفسير النص التشريعي بصياغته، فمضى كانت الصياغة غير مثيرة للالتباس لا غموض فيها ولا إبهام تعكس بوضوح حقيقة المقصود من النص، تنتفي الحاجة إلى التفسير.

ويتميز التفسير الصادر عن القاضي الدستوري بكونه يتم على مستويين: النص الدستوري المرجعي، والنص القانوني المعروض أمامه لفحص مدى مطابقتها للنص الدستوري، حيث ينبغي للقاضي الدستوري أن يفسر نصوص الدستور، كما ينبغي له تفسير النص القانوني المطعون بعدم دستوريته.

إن الفصل في دستورية نص تشريعي لا يتم إلا بالرجوع إلى القاعدة الدستورية، ولا يمكن أن تتم هذه المسألة بدون تفسير النص الدستوري للوقوف على حقيقة النص التشريعي؛ فمن خلال عملية التفسير، يمكن اعتبار القاضي الدستوري بأنه شريك أساسي في العملية التشريعية، بحيث يلعب دورا حقيقيا في مسلسل إنتاج القواعد القانونية.

## Abstract

The constitutional judiciary plays a role of utmost importance in the interpretation of legal rules in the large sense of this term, including constitutional texts and laws. For it is the chief

authority specialized in the protection of the supremacy of the constitutional document, which is considered to be the state's highest law. It is also very instrumental in securing the separation between authorities, being one of the basic foundations upon which the state of law depends; in addition to the compulsory nature of its decisions vis-à-vis the general authorities and all administrative and judicial departments within the state and the impossibility of appealing these decisions in any way whatsoever.

The interpretation of the legislative text depends on how it is formulated. Whenever this formulation is free of ambiguity and vagueness, whenever it expresses clearly the text's intent, the need for explanation becomes unnecessary. The interpretation of the constitutional judge is characterized by the fact that it is effectuated at the level of the referential constitutional text as well as the legal text this judge is presented with so as to see the extent of its conformity with the constitutional text. The constitutional judge has to interpret the Constitution's texts and to interpret the legal text whose constitutionality is contested. This means that the constitutional judge interprets the constitutional rule with the aim of making use of it and the legal rule he is presented with to examine the degree of its conformity with the constitutional rule.

The decision on the constitutionality of a legislative text cannot be achieved without referencing to the constitutional rule. This matter cannot be possible without interpreting the constitutional text to make sure of the authenticity of the legislative text. Owing to his interpretative work the constitutional judge can be considered as an essential partner in the legislative process, as he plays a real role in the process of producing legal rules.

## مقدمة

يتمثل الاختصاص الأساسي للقاضي الدستوري في مراقبة النصوص التشريعية وصولاً للحكم بدستوريتها أو عدم دستوريتها.

وهذه المراقبة التي يمارسها القاضي الدستوري تعتبر مراقبة قانونية تقتصر على تبين مطابقة أو عدم مطابقة القانون للدستور؛ ونتيجة لكون المشرع فيما يضعه من تشريعات يلتزم بما حدده الدستور من ضوابط شكلية وموضوعية، فإن أي خروج على هذه الضوابط يجعل القانون موسوما بعدم الدستورية<sup>1</sup>.

وإلى جانب هذا الاختصاص، قد يكلف القاضي الدستوري بمهام أخرى مثل البت في الطعون الانتخابية، كما أنه قد يكلف بتفسير بعض التشريعات أو حتى الدستور دون أن تكون هناك منازعة في دستورية تشريع من التشريعات.

إن "وظيفة التفسير" تعني: "تحديد معنى النص الدستوري والاختيار بين المعاني الممكنة قبل مطابقته بالقانون المعروض أمامه، مما يجعل عمل القضاة الدستوريين غير محصور في صورة "أفواه للدستور" وإنما يكمن في خلق القاعدة القانونية المطبقة"<sup>2</sup>.

ويتميز التفسير الصادر عن القاضي الدستوري بكونه يتم على مستويين: النص الدستوري بهدف تطبيقه، والنص القانوني المعروض أمامه لفحص مدى مطابقته له، حيث يمارس القاضي الدستوري في الواقع، نشاطاً مزدوجاً في فحص العلاقة الدستورية يكون مضطراً معه إلى التفكير على واجهتين متقابلتين: واجهة الدستور، وواجهة القانون المطلوب فحصه<sup>3</sup>، فهدف تطبيق نص قانوني موضوع المراقبة، يجب معرفة دلالاته ومعناه، وما يسمح به هذا النص.

<sup>1</sup> - مصطفى قلو، رقابة دستورية القوانين على ضوء مقتضيات الفصل 26 من الدستور المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج: 38-39، ماي-غشت 2001، ص. 55.

<sup>2</sup> محمد أتركين، الدستور والدستورانية: من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2007، ص. 87.

<sup>3</sup> عبد الرحيم المنار اسليحي، مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب: دراسة سوسيو قضائية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 65، الطبعة الأولى، 2006، ص. 244.

وما يمنعه، وبالتالي فهذه العملية هي تفسير للنص بهدف تطبيقه، أو النظر في مدى مطابقته لنص آخر أسى منه يسمى: "الدستور".<sup>1</sup>

وتبعاً لذلك، يمكن القول بأن: "التفسير يقع في صلب عمل القاضي الدستوري، فهو الوسيلة الأساسية لمراقبة الدستورية".<sup>2</sup>

وتتمثل أهمية التفسير بالنسبة للدستور، في اعتباره الوسيلة الأساسية التي تضمن استقرار الدساتير وثباتها، وذلك لأن فصول الدستور محدودة ومعدودة، أما الوقائع التي يلزم القضاء الدستوري البت فيها فهي غير متناهية، وبالتالي يكون التفسير هو السبيل الوحيد الذي يمكن من استيعاب النصوص المحدودة للوقائع غير المتناهية.<sup>3</sup>

إن تفسير القاضي الدستوري يجعل من هذا الأخير سلطة في مواجهة كتلة تضم السلطتين التشريعية والتنفيذية، فعن طريق تقنية التفسير يرسم القاضي الدستوري حدوداً جديدة بين الإرادة العامة واحترام الوثيقة الدستورية، حيث أصبحت مضامين نصوص الدستور في ارتباط مع إرادة المشرع، عبر القراءات الراهنة التي تجعل القاعدة القانونية تحت رحمة المفسر.<sup>4</sup>

### إشكالية الموضوع

لما كانت الدساتير هي المعنية في المقام الأول بهندسة قواعد تحديد وتوزيع الاختصاصات والوظائف بين السلطات في الدول التي اعتمد نظامها السياسي تقسيم السلطات، وذلك من خلال بيان حدود كل سلطة، حيث يطرح إشكال على قدر كبير من الأهمية متعلق بأساس اختصاص القاضي الدستوري بتفسير نصوص الدستور والقوانين والأسباب التي تدفعه إلى ذلك.

### فرضية البحث

يفرض الاختصاص التفسيري الذي يمارسه القاضي الدستوري بالضرورة التدخل لتتقيد القواعد القانونية من السمو، وذلك بسبب عدم قدرة المشرع على صياغة قواعد قانونية وفق

<sup>1</sup> Thierry Di Manno, le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie, Préface de Louis FAVOREU, Collection droit public positif (dirigée par Louis FAVOREU), ECONOMICA, Paris, 1997 p.27-28.

<sup>2</sup> Dominique Rousseau, Droit de Contentieux Constitutionnelle, Montchrestien, 16ème édition, Paris, 1990, p. 154.

<sup>3</sup> المجلس الدستوري، تأويل الدستور من خلال قرارات المجلس الدستوري المغربي، أعمال الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية حول موضوع: "ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية"، صدر عن الأمانة العامة لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنامة- البحرين، مارس 2013، ص. 235.

<sup>4</sup> محمد أتركين، الدستور والدستورانية، مرجع سابق ذكره، ص. 17.

معايير ومؤشرات صارمة وأمنة، على اعتبار أن أي نص قانوني تعتريه مجموعة نواقص تظهر من خلال الممارسة.

وفي هذا الإطار تشكل تقنية الرقابة على الدستورية أحد مكونات هذه الممارسة، فهي تعمل على إبراز ثغرات أي قاعدة قانونية محالة على الجهاز المكلف بممارستها؛ كما تعمل هذه الرقابة على سد الذرائع في حالة عدم وجود النص القانوني، إذ يغدو الاجتهاد وارداً في حالة غياب النص، ويصير التفسير أمراً حاضراً في حالة وجود النص تطبيقاً لقاعدة: "لا اجتهاد مع النص".

إن وظيفة مراقبة دستورية القوانين تفترض من حيث المبدأ أن يتمتع القاضي الدستوري بقدر كبير من السلطة في مجال تفسير نصوص الدستور والقوانين.

من أجل الإحاطة بالإشكالية المركزية، سيتم تقسيم هذا البحث وفق التصميم الآتي:

المطلب الأول: أسباب تفسير النصوص القانونية

المطلب الثاني: ولاية القضاء الدستوري بتفسير القوانين

## المطلب الأول: أسباب تفسير النصوص القانونية

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى تفسير النصوص القانونية، فقد تكون الدوافع السياسية مؤثرة في اتجاهات التفسير الدستوري في الدولة من أجل تحقيق مكاسب سياسية داخلية أو دولية، أو دفع توتر سياسي داخلي<sup>1</sup>؛

وقد ترجع هذه الأسباب إلى الصياغة التشريعية نفسها وما يعتمدها من مظاهر اللبس، النقص، الغموض، الفراغ، التعارض... ومن ثم فإن المفسر وإزاء هذه العيوب يكون لزاماً عليه أن يتوصل إلى قصد المشرع الذي أراده من النص<sup>2</sup>.

وعموماً، فإن الدراسات والكتابات التي انصبّت على البحث في نظريات التفسير ومدارسه وأشكاله وأنواعه وطرقه وحالاته وكيفية استخدامه وآثاره... تميل إلى التأكيد على أن أسباب تفسير النصوص القانونية هي أسباب عامة تكاد تكون مشتركة بين النصوص القانونية، سواء

<sup>1</sup> علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا: تأصيل، تحليل، ومقاربات مع دساتير جنوب إفريقيا لسنة 1996، ألمانيا لسنة 1949، وغيرها، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، بغداد، العراق، 2011، ص. 10.

<sup>2</sup> عبد الغني امرودة، "التأويل الدستوري في النظام السياسي المغربي: حالة القاضي الدستوري"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرز، فاس، السنة الجامعية: 2013-2014، ص. 7.



كانت دستورية أم عادية، تتمثل في الغموض، التعارض، والنقص. إلا أننا ارتأينا عدم الخوض في شرح هذه الأسباب، حيث سنقوم باستبعادها من نطاق الدراسة، على أن نتطرق بالشرح والتحليل لأسباب أخرى تؤدي بدورها إلى تفسير النصوص التشريعية، تتمثل أساسا في تجويد القواعد القانونية (فقرة ثانية).

لكن، قبل ذلك، يجب الإشارة إلى أن النصوص الدستورية ليس مثلها مثل باقي النصوص القانونية الأخرى، حيث تتميز هذه النصوص بالخصوصية تستوجب رعاية واهتمام خاص عند تفسيرها (فقرة أولى).

### الفقرة الأولى: خصوصية النصوص الدستورية

ينص الدستور المغربي لسنة 2011<sup>1</sup> في الفقرة الثالثة من الفصل السادس منه على أنه: "تعتبر دستورية القواعد القانونية، وترتيبها... مبادئ ملزمة"؛ هذا المقطع من الفصل الدستوري يعطي انطبعا بأن أية قاعدة قانونية يجب أن تكون دستورية، وتخضع لتراتبية عمودية، حيث يعلوها الدستور طبقا لـ "مبدأ سمو الدستور"<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد يعتبر الفقيه الدستوري النمساوي "هانس كلسن Hans Kelsen" بأن النظام القانوني لا يتكون من قواعد قائمة على نفس المستوى، وإنما على مستويات مختلفة في إطار تراتبية هرمية، يقع الدستور على رأسها، فالقاعدة المنعزلة حسب كلسن ليس لها قيمة ديمقراطية، ولا تكتسب هذه القيمة إلا من خلال الارتباط بقاعدة أعلى منها؛ والقيمة الديمقراطية لقاعدة ما تنتج من موقعها في سلم التراتبية، ما يعني بأن القاعدة لا تكون لها قيمة ديمقراطية إلا إذا كانت متطابقة أو منسجمة مع القاعدة الأعلى منها<sup>3</sup>.

إن الدستور، باعتباره القانون الأسى للدولة، يخضع في صياغته للكثير من اليقظة والتنبه، وغالبا ما يكون الغموض أو المرونة أو العمومية أو الوضوح أو التحديد الدقيق أشياء مقصودة في الصياغة الدستورية، لأن المعنى الدستوري بطبيعته يجب أن يكون قادرا على تغطية

<sup>1</sup> نص الدستور 28 من رجب 1432 (فاتح يوليو 2011). صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 91-11-1 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، الجريدة الرسمية، عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3601.

<sup>2</sup> يحيى حلوي، دستورية القواعد القانونية وترتيبها، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة "المعارف القانونية والقضائية"، الإصدار رقم 50 تحت عنوان: "تطور القضاء الدستوري بالمغرب: البنية والوظائف"، تحت إشراف: عثمان الزباني، 2017، ص 108.

<sup>3</sup> Hans Kelsen, la théorie pure de droit: traduction de Charles Eisenmann, Édition Dalloz, Paris, 1962, p299.

تفصيلات عديدة وعلى استقراء وتوقع مجموعة من التفاعلات العلانية المتنوعة، والتي قد تنتجها حركية المشهد السياسي والاقتصادي والاجتماعي العام في الدولة المعنية.<sup>1</sup>

فالدستور له غايات معينة، وله معنى يترجمه في أحكامه، كما له سياقاً وعنواناً، وأحكام تخدم مشروعاً معيناً صريحاً أو مضمراً، وأنه إلى جانب النص توجد روح الدستور المجسدة في الفكرة والخلفية المرجعية والمنطلقات النظرية لعمل الدسترة<sup>2</sup>، وهو عقد مفتوح يؤسس لفضاء يتأثر بسلوك الفاعلين واختياراتهم العقلانية واجتهادات القضاء الدستوري.<sup>3</sup>

خصوصية القواعد الدستورية هذه نابعة من إرادة المشرع الدستوري في إنتاج قواعد قانونية لا تلتصق كثيراً بالظروف القائمة أثناء صياغة الدستور، فهي قواعد تضع الأساس وتحدد المبادئ التي ينبغي التقيد بها في التشريع وإدارة الشأن العام، وهي مبادئ نابعة من حضارة وثقافة قانونية معينة، وفي نفس الوقت رؤية مستقبلية مركزة على معطيات الحياة المجتمعية. فهي مبادئ متجذرة في الماضي، ولكنها منفتحة على المستقبل عبر الحاضر؛ لأجل ذلك تنطوي صياغتها على درجة عالية من التجريد والتعميم وقلة الدقة والوضوح.<sup>4</sup>

إن الانتقال الكبير للديمقراطية الذي عاشته الدول الغربية، كان يعني كذلك التحول من حالة الدساتير الوجيزة والغامضة إلى الدساتير التي تعنى بالوضوح والتدقيق، ثم بعد ذلك للجيل الجديد من الدساتير المفصلة؛ انتقال شهد بالموازاة مع ذلك نقل سلطة التفسير من الحاكم إلى

<sup>1</sup> عبد الفتاح لؤي- عثمان الزباني، الهندسة الدستورية ومتطلبات الإصلاح: قراءة في بعض مقومات جودة الدستور، أشغال الندوة الوطنية حول: "أفاق الإصلاح الدستوري على ضوء الخطاب الملكي السامي لـ 9 مارس 2011" المنظمة من طرف كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بشراكة مع مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية بوجدة، إعداد وتنسيق: يمينه هكو، مطبوعات الهلال، الطبعة الأولى، يونيو 2011، ص. 72-73.

<sup>2</sup> يمر مسلسل الدسترة بمرحلتين: "... الأولى، وهي مرحلة تراكم القواعد الدستورية؛ هذه الظاهرة تبرز في الدول التي تتوفر على نسق للعدالة الدستورية، ولكن أيضاً، في الدول التي تتوفر على دستور حديث، يعطي أهمية للأحكام الدستورية، التي تطبق بشكل مباشر على الأفراد... الثانية، وتتعلق بانتشار القواعد الدستورية؛ ومما يساعد على انتشارها، تزايد اعتبار الدستور قاعدة قانونية، فمعيارية الدستور أصبحت مقبولة وبشكل متنامي، وأن القواعد الدستورية تطبق بشكل مباشر من قبل القاضي العادي والسلطات الإدارية والخواص... فالقواعد الدستورية أصبحت تطبق، وبشكل مباشر، دون حاجة إلى رابط تشريعي، لكي تصبح فعلية وعملية..." للزمزد من التفاصيل حول هذا الموضوع، انظر: محمد أتركين، مباحث في فقه الدستور المغربي، مطبعة شمس برينت، سلا، الطبعة الأولى، يونيو 2020، ص. 156.

<sup>3</sup> محمد أتركين، الدستور المغربي وفرضية نهاية الدستور الوثيقة، مجلة دراسات حقوق الإنسان والديمقراطية، ملف العدد: عشرة دستور 2011 بالمغرب ومخاض الحراك الديمقراطي في المنطقة: أية قراءة؟ أية تحديات؟ العدد (02) شتبر 2021 ص. 08.

<sup>4</sup> عصام سليمان، تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية، أعمال الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية حول موضوع: "ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية"، صدر عن الأمانة العامة لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنامة-البحرين، مارس 2013، ص. 89-90.

القاضي، حيث لم يعد الأمر مجرد لعبة للمزاج والأهواء، وفي أحسن الأحوال قضية تقدير سياسي خالص، بل مسألة تقنيات ومناهج<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: تجويد القواعد القانونية

إن القواعد القانونية تمتاز بالمعقولية، لذلك ينبغي شرحها وتفسيرها بحجج عقلانية، والمشرع العقلاني لا يكون ملزماً فقط بـ "تقديم القانون" ولكن بوضع القانون الجيد<sup>2</sup>، وهو فوق ذلك كله التزام لتبرير اقتراحات قانونية جديدة مرفقة بحجج عقلانية، طبقاً لمعايير ذات صلة بمبادئ التشريع، بدل الاكتفاء بمجرد إنشاء مقتضيات قانونية؛ ويكون هذا الأمر أكثر وضوحاً عندما يتم التركيز على التفسير القضائي للقواعد القانونية الجاري بها العمل<sup>3</sup>.

وقد غدا الأمن القانوني مطلباً أساسياً للرفع من جودة القواعد القانونية، نظراً لما يشكله من أهمية في ضمان تماسك قواعد البناء القانوني، حيث تعتبر مبادئه من المبادئ الأساسية التي يجب أن يتضمنها النص القانوني.

ويعد مبدأ الأمن القانوني أحد المرتكزات الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون؛ وفكرة الأمن القانوني تعني: "ضرورة ضمان قدر من الثبات النسبي والاستقرار للمراكز القانونية وتمكين الأفراد من التصرف باطمئنان وفقاً للقواعد القانونية القائمة وقت قيامهم بتصرفاتهم دون تعرض لمفاجآت من شأنها زعزعة استقرار أوضاعهم القانونية"<sup>4</sup>.

لهذا فإن مراعاة الجودة خلال صناعة التشريع، يعتبر مدخلاً من بين المدخلات الأساسية التي ستمكن صائغ القاعدة القانونية من الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الضوابط التي ستمكنه من طرح مجموعة من الأسئلة القبلية، وتقديم مجموعة من البدائل والاختيارات التي تتطلبها

<sup>1</sup> حسن طارق، سنة ونصف من دستور 2011: تأملات سريعة، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 8 حول موضوع "دستور 2011: النص والسياق"، صيف 2012، ص. 25.

<sup>2</sup> القانون الجيد هو القانون الذي يبلغ أهدافه، ويكون سينا عندما لا يبلغ الأهداف المنتظرة منه.

- Voir: Hans Kelsen, Théorie générale des normes, traduit par Olivier Beaud et Fabrice Malkani, Presses universitaires de France, août 1996.

<sup>3</sup> عبد الله ادريسي، الأمن القانوني لمصالح وحقوق الأشخاص بين التشريع والقضاء، مطبعة الجسور، الطبعة الأولى، وجدة، 2021، ص. 17.

<sup>4</sup> يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، العدد الحادي والعشرين (21) حول موضوع: القضاء الدستوري، فبراير 2019، ص. 43.

العملية التشريعية، وذلك بغية تحقيق عدد من الأهداف وحماية مجموعة من المبادئ بما في ذلك مبدأ الأمن القانوني<sup>1</sup>.

وقد كان أول ظهور لمصطلح "الأمن القانوني" في ألمانيا سنة 1961، وفي هذا الإطار تعد تجربة المحكمة الدستورية العليا الألمانية، أهم التجارب الاجتهادية الرائدة، ليس فقط في مجال ضمان مبدأ أمن القواعد القانونية، وإنما أيضا في مجالات اجتهادية متعددة تتعلق أساسا بحماية الحقوق والحريات الأساسية وتكريس سيادة دولة القانون<sup>2</sup>، حيث قررت، منذ سنة 1961، بأن "الأمن القانوني، بالنسبة للمواطن، يتجلى قبل كل شيء في حماية الثقة". ومنذ ذلك التاريخ ستعمل هذه المحكمة على نسج مبدأ الأمن القانوني انطلاقا من تفسيرات اجتهادية خاصة تنبني على وضوح القواعد القانونية، وشفافية ورصانة هذه القواعد، بما يسمح للمواطنين بولوج "حياة قانونية" مليئة بالثقة<sup>3</sup>، أي أصبحت هناك علاقة قوية بين "الثقة العامة" و"الأمن القانوني".

ومبدئيا، يفترض في الأشخاص الذي يتولون عملية صياغة القواعد القانونية أن يكونوا على قدر وافر من المعرفة بالعلوم القانونية والسياسية، مدركين لظروف الزمان والمكان التي نشأت فيها القواعد القانونية السابقة، مع القدرة الخاصة على تكييف الظروف الجديدة مع الفرضيات التي قد تطرح بشأن صياغة قواعد قانونية جديدة<sup>4</sup>.

من جانب آخر، تتطلب الصياغة القانونية الجيدة وجود الوضوح والحسم إلى جانب المرونة في الأحكام، فالوضوح والحسم مطلوبين من أجل تلافي الغموض والعمومية الزائدة، والتي تؤدي إلى فتح باب التعدد في التأويلات وتعارض الاجتهادات، أما المرونة فهي ضرورية في سياقات

<sup>1</sup> مجلس النواب: الولاية التشريعية 2016-2021، جودة التشريع ودورها في تحقيق الأمن القانوني، منشورات مجلس النواب، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة- العدد: 2020/01، المركز البرلماني للأبحاث والدراسات، وحدة البحث في القضايا الدستورية والقانونية والسياسية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، 2020.

<sup>2</sup> للمزيد حول التجربة الاجتهادية للمحكمة الدستورية العليا الألمانية، يمكن الرجوع إلى: أحمد السوداني (ترجمة)، أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية: بنية الدولة ودولة القانون، الجزء الأول، مؤسسة كونراد اديناور، الرباط، الطبعة الأولى، 2017.

<sup>3</sup> محمد نويري، القاضي الدستوري وضمأن الأمن القانوني بالمغرب: تأملات في ملامح تشكل مبدأ الأمن القانوني في الاجتهاد القضائي الدستوري، منشورات مجلة السياسات العمومية، العدد 28 تحت عنوان: "القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011: المرجعيات والاجتهادات"، (تحت إشراف: حسن طارق)، 2019، ص. 234-235.

<sup>4</sup> عبد الفتاح لؤي-عثمان الزباني، الهندسة الدستورية ومتطلبات الإصلاح: قراءة في بعض مقومات جودة الدستور، أشغال الندوة الوطنية حول: " آفاق الإصلاح الدستوري على ضوء الخطاب الملكي السامي ل9 مارس 2011 " المنظمة من طرف كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بشراكة مع مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية بوجدة، إعداد وتنسيق: يمينه هكو، مطبوعات الهلال، الطبعة الأولى، يونيو 2011، ص. 73.

معينة لتسهيل تكييف النصوص القانونية مع الحالات المتعددة المحتملة الوقوع، ومع إفرازات التفاعل السياسي والاجتماعي ذات العلاقة بتطبيق النصوص القانونية. كذلك، تكون المرونة ضرورية لتسهيل عمل الجهاز القضائي وبصفة خاصة القضاء الدستوري<sup>1</sup>.

وقد لعبت تفسيرات القاضي الدستوري دورا جوهريا في تجويد القواعد القانونية من خلال مراقبة دستورية القوانين، حيث يثير العيوب المتعلقة بجودة النص القانوني من تلقاء نفسه، خصوصا فيما يتعلق بمفهومية القواعد القانونية.

وترتبط مفهومية القواعد القانونية بمدى الإدراك العقلي للمعنى المقصود، كما ترتبط أيضا بالمستوى التعليمي للمخاطبين وتخصصهم في مجال من المجالات<sup>2</sup>. وقد يكون النص مفهوما بالنسبة لشخص معين، وغير مفهوم بالنسبة لساواه، ويقاس ذلك بمعيار موضوعي وفقا لشخص متوسط الذكاء حصل على قدر معين من الثقافة القانونية<sup>3</sup>، فالقاضي والمحامي مثلا يكونان أقرب إلى فهم وإدراك المقتضيات القانونية من المواطن العادي، وهكذا فالمتخصص يكون في وضع أفضل من غيره في كل ما يتعلق بإدراك وفهم النصوص القانونية المرتبطة بمجاله<sup>4</sup>.

وقد تطرق القاضي الدستوري المغربي إلى مفهومية القواعد القانونية في أول مقرر للغرفة الدستورية<sup>5</sup> الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1963، بمناسبة مراقبة دستورية القانون الداخلي لمجلس النواب، معتبرا أن المقتضيات القانونية غير دستورية إذا صيغت بطريقة قد تؤدي إلى فهم خاطئ لما يبتغيه الدستور، حيث جاء في الحثية رقم 9 أن: "ما ورد في الفصل 49 الفقرة الأولى من أنه: يمكن لمجلس النواب أن يقرر عقد اجتماعات سرية للجان غير مطابق للدستور حيث يفهم منه أن الأصل هو أن تكون اجتماعات اللجان عمومية، بينما الفصل 42 من الدستور لا ينص إلا على عمومية جلسات المجلسين وحدهما".

<sup>1</sup> نفس المرجع السابق ذكره، نفس الصفحة.

<sup>2</sup> حسن حلوي، مفهومية القواعد القانونية بين الرقابة القبلية والرقابة البعدية: دراسة تحليلية في اجتهادي القضاء الدستوري المغربي والقضاء الدستوري الفرنسي، منشورات مجلة السياسات العمومية، العدد 28 تحت عنوان: "القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011: المرجعيات والاجتهادات"، تحت إشراف: حسن طارق، 2019، ص 70.

<sup>3</sup> شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم: دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2005، ص 29.

<sup>4</sup> حسن حلوي، مفهومية القواعد القانونية بين الرقابة القبلية والرقابة البعدية: مرجع سبق ذكره ص 70.

<sup>5</sup> الغرفة الدستورية، مقرر رقم 1 صادر في 14 شعبان 1383 (31 دجنبر 1963)، الجريدة الرسمية، عدد 2672 بتاريخ 24 شعبان 1383 (10 يناير 1964)، ص 50.

وقد أقر المجلس الدستوري المغربي نفس الموقف في العديد من قراراته، من بينها على سبيل المثال ما جاء في إحدى حيثيات قراره رقم 475.02 الصادر بتاريخ 25 يونيو 2002 ما يلي: "حيث إنه قديفيم من أحكام المادة 20 المشار إليها أعلاه اشتراط الانتماء السياسي للمرشح، وهو ما سوف يتعارض مع مقتضيات الفصل 9 من الدستور الذي يضمن للمواطنين حرية الانخراط في أي منظمة نقابية أو سياسية حسب اختيارهم، ومع أحكام الفصل 12 الذي ينص على أن جميع المواطنين يمكنهم أن يتقلدوا الوظائف والمناصب العمومية".

جدير بالذكر إلى أن القاضي الدستوري المغربي ميز في قراراته المتعلقة بالمفهومية، بين حالة النصوص القانونية المهمة، والتي تحتل تفسيرات متعددة واعتبرها غير دستورية؛ والنصوص القانونية الغامضة، والتي يستحيل معها تحقق الفهم الخاطئ والفهم الصحيح على حد سواء واعتبر أنه لا يمكن البت فيها؛ إلا أنه لم يحدد معايير التمييز بين النص المهم والنص الغامض، خصوصاً وأن الإبهام والغموض يشتركان من الناحية اللغوية في مخالفتها للوضوح.<sup>2</sup>

## المطلب الثاني: ولاية القضاء الدستوري بتفسير القوانين

تقع مهمة تفسير القواعد القانونية على المحاكم والمجالس الدستورية، وذلك لاعتبارها السلطة القائمة على حفظ وتطبيق الدستور. وقيام القاضي الدستوري بهذه المهمة يعتبر ضرورياً لممارسة اختصاصه بالرقابة على الدستورية؛ لأن الفصل في الدعاوى الدستورية يتطلب تحديد المعنى المقصود من نصوص الدستور، والكشف عن الغاية التي استهدفها المشرع الدستوري تحقيقها في هذه النصوص، وكذلك تحديد المعنى المقصود من النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته<sup>3</sup>

وتتخذ صورة هذه الولاية، بحسب الأصل، أحد تصورين: أولهما أن تقتصر سلطة التفسير على تطبيق أحكام الدستور بإنزال أحكامه على التشريع المعروض بما يتيح الكشف عن مكنون أحكامه من خلال تطبيقها، أو تتخذ تلك الولاية صورة التفسير الحقيقي بالكشف المباشر عن

<sup>1</sup> المجلس الدستوري، قرار رقم 475.2002 صادر في 13 ربيع الآخر 1423 (25 يونيو 2002)، الجريدة الرسمية، عدد 5017 بتاريخ 19 ربيع الآخر 1423 (فاتح يوليو 2002)، ص 1949.

<sup>2</sup> حسن حلوي، مفهومية القواعد القانونية بين الرقابة القبلية والرقابة البعدية، مرجع سبق ذكره، ص 78.

<sup>3</sup> يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين، مرجع سبق ذكره، ص 12.

أحكام الدستور صراحة بما يمكن المحكمة أو المجلس القائم على مراقبة الدستورية من حصر مدلول النص الدستوري واستنباط دلالاته على نحو قاطع وصريح<sup>1</sup>.

وإذا كان القاضي "العادي" يحل إرادته محل إرادة المشرع "العادي" عندما يقوم بمهمة التفسير، فإن القاضي "الدستوري" يحل إرادته محل إرادة السلطة التأسيسية التي تضع الدستور. وبذلك فهو لا يقوم بعملية تفسير القواعد القانونية فحسب، وإنما هو في واقع الأمر يقوم بعملية تفسير القواعد الدستورية، ذلك لأن قراراته لا تسري فقط بحق أطراف النزاع، وإنما تمتد لتسري في مواجهة الكافة، نظرا لطبيعتها القانونية الملزمة.

وفيما يلي نلقي الضوء على أساس اختصاص القضاء الدستوري بتفسير القوانين في "فقرة أولى"، على أن نتوقف عند الطبيعة الإلزامية للتفسير الصادر عن القاضي الدستوري في "فقرة ثانية".

### الفقرة الأولى: أساس اختصاص القضاء الدستوري بتفسير القوانين

ما من شك في أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر الدولة الأم للرقابة على دستورية القواعد القانونية، ومن ثم تفسرها؛ فالأساس القضائي للرقابة ارتبط بالعمل الاجتهادي للمحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية التي تجاوزت من خلال سابقة "MARBURY" ضد "MADISON" صمت الدستور الأمريكي وعدم تصريحه بوظيفة الرقابة التي اكتشفها المحكمة الفيدرالية العليا أثناء بتها في نزاع تعود ملابساته إلى القرن التاسع عشر، وبهم إجبار الحكومة الفيدرالية على تنفيذ قرار التعيين الذي استفادت منه<sup>2</sup>.

وتقوم المحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية بالرقابة على الدستورية، إما عن طريق تفسير القانون بشكل يطابق الدستور، ويفرض هذا التفسير نفسه على بقية المحاكم، أو بالإعلان عن عدم دستورية القانون إذا لم يكن يسمح بتفسير مطابق للدستور، كما يمكن للشخص أن يلتمس من المحكمة الفيدرالية العليا إعطاء تفسيرها لقانون قد يثير تطبيقه مصاعب في المستقبل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد عماد النجار، ولاية الهيئات الدستورية بتفسير الدستور، أعمال الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية حول موضوع: "ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية"، صدر عن الأمانة العامة لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنامة-البحرين، مارس 2013، ص 183.

<sup>2</sup> محمد أتركين، الدستور والدستورانية، مرجع سبق ذكره، ص 77-78.

<sup>3</sup> عبد العزيز النوضي، المبادئ العامة للقانون الدستوري، مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى، الرباط، 2004، ص 76.

ويقتصر دور المحكمة الفيدرالية العليا في مجال تفسير القواعد القانونية على حالات ممارستها لهذه الاختصاصات، ولا يدخل في سلطتها إصدار قرار تفسيري للدستور أو القوانين بناء على طلب أصلي بالتفسير<sup>1</sup>.

في فرنسا، لم يمنح دستور الجمهورية الخامسة الصادر سنة 1958 للمجلس الدستوري سلطة تفسير مستقلة لنصوص الدستور أو القوانين بقرارات تفسيرية بناء على طلب أصلي بالتفسير؛ وعلى هذا يقوم المجلس الدستوري الفرنسي بتفسير نصوص الدستور والقوانين بمناسبة ممارستها لاختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين، باعتبار أن قيامه بهذا التفسير يعتبر ضروريا من أجل الفصل في مدى دستورية النص المحال إليه<sup>2</sup>.

وتتجه بعض الأنظمة الدستورية إلى تنظيم ولاية تفسير القواعد القانونية في صلب الدستور ذاته، كما هو موقف المشرع الدستوري الألماني الذي أسند تلك الولاية إلى المحكمة الدستورية الفيدرالية<sup>3</sup>.

وقد جرت نصوص العديد من الدساتير العربية على النص على اختصاص القضاء الدستوري بتفسير القواعد القانونية، فوفقا لنص المادة 175 من الدستور المصري الصادر سنة 1971: "تختص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية"، أي النصوص التي تصدر عن المشرع العادي، ويخرج الدستور من دائرة اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير. وقد صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 نصت المادة 26 منه على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين، مرجع سابق ذكره، ص 20.

<sup>2</sup> نفس المرجع السابق ذكره، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> حيث تنص المادة 93 /فقرة 1 من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية الصادر بتاريخ 23 ماي 1949 على أن: "تبت المحكمة الدستورية الاتحادية في تفسير هذا القانون الأساسي في حالة حدوث منازعات حول نطاق الحقوق والواجبات الخاصة بأي هيئة رسمية اتحادية عليا، أو أطراف معنية أخرى مُنحت لها حقوق خاصة وفق هذا القانون الأساسي، أو وفق القواعد الإجرائية لإحدى هيئات الاتحاد الرسمية العليا". دستور ألمانيا الصادر عام 1949 شاملا تعديلاته لغاية عام 2012، منشور على الموقع الإلكتروني: [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org)، أنشئ الملف بصيغة PDF بتاريخ 12 أغسطس 2019 على الساعة 19:19.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ علي الشيعي، التحول في أحكام القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 167.



في نفس السياق، عملت المادة 173 من الدستور الكويتي لسنة 1962 على دسترة القضاء الدستوري<sup>1</sup>، وتطبيقاً لهذه المادة الأخيرة أصدر مجلس الأمة الكويتي القانون رقم 14 لسنة 1973 أنشأ بمقتضاه المحكمة الدستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية<sup>2</sup>.

بخصوص النموذج المغربي، ورغم أن القوانين التنظيمية التي نظمت أو تنظم القضاء الدستوري بالمغرب لم تخول له ممارسة الاختصاص التفسيري، إلا أنه على المستوى العملي يوجد في تراث القضاء الدستوري المغربي تطبيقاً واحداً لدعوى التفسير<sup>3</sup>، وذلك من خلال مقرر صادر عن الغرفة الدستورية يحمل عدد 65.71 صادر بتاريخ 22 سبتمبر 1971، ذهب من خلاله إلى أنه: "يتعين على الغرفة الدستورية تفسير مقرراتها السابقة بتوضيح ما اعتمدته من رأي"<sup>4</sup>، وذلك بمناسبة طلب تقدم به الوزير الأول إلى الغرفة الدستورية يرمي إلى استصدار مقرر من هذه الغرفة بتفسير مقررها رقم 63 بشأن مطابقة الفصل 49 (الفقرتين الأولى والثانية) من القانون الداخلي للدستور، وذلك باستجلاء ما بطن في مقررها من أسباب ضمنية، وتوضيح ما كانت ترمي إليه من قصد بخصوص الملتمسات المشار إليها في ذلك الفصل، اعتباراً لما تملك الغرفة من حق في تفسير مقرراتها إذا ظهر أنه قد اكتنفها شيء من الغموض أو الإبهام.

واعتباراً لذلك، أصدرت الغرفة الدستورية بتاريخ 22 سبتمبر 1971، بناء على طلب الوزير الأول، المقرر التفسيري رقم 65، توضح من خلاله مقصدها بخصوص الملتمسات الواردة في المقرر عدد 63.71 الصادر بالتاريخ الموافق ل 26 مايو 1971<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ورد في المادة 173 من الدستور الكويتي لسنة 1962 ما يلي: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح وبين صلاحيتهما والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن"

<sup>2</sup> نصت المادة الأولى من القانون رقم 14 لسنة 1973 على أن: "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية، وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم. ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم". القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية الكويتية، منشور على الموقع الإلكتروني: [www.bahrainlaw.net](http://www.bahrainlaw.net) بواسطة: شهد سالمين، السبت 11 أكتوبر 2008، 3:30، تم الولوج لهذا الموقع بتاريخ 22 فبراير 2022

<sup>3</sup> محمد أتركين، مباحث في فقه الدستور المغربي، دار النشر المعاصرة، مطبعة شمس برينت، الطبعة الأولى، سلا، يونيو 2020، ص 349.

<sup>4</sup> الغرفة الدستورية، مقرر عدد 65، صادر في فاتح شعبان 1391 (22 شتنبر 1971)، (غير منشور في الجريدة الرسمية - النشرة العامة)، [www.cour-constitutionnel.ma](http://www.cour-constitutionnel.ma) تم الولوج لهذا الموقع بتاريخ 22 فبراير 2022.

<sup>5</sup> الغرفة الدستورية، مقرر عدد 63، صادر في 2 ربيع الآخر 1391 (26 مايو 1971)، بشأن مطابقة القانون الداخلي لمجلس النواب للدستور، الجريدة الرسمية، عدد 3058 بتاريخ 15 ربيع الآخر 1391 (9 يونيو 1971)، ص 1235.

وقد ظلت هذه الحالة، منذ ذلك الحين، فريدة من نوعها ولم تتكرر على ذلك النحو في عهد المجلس الدستوري، وأيضا في فترة المحكمة الدستورية لم نرصد أي حالة من هذا القبيل إلى غاية كتابة هذه الأسطر.

### الفقرة الثانية: تفسير القاضي الدستوري وسؤال الإلزامية

ينص الدستور المغربي لسنة 2011 في الفقرة الأخيرة من الفصل 134 على أن:

"لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية".

انطلاقا من هذه المرجعية الدستورية، تتضح القوة الإلزامية التي تتمتع بها كل قرارات المحكمة الدستورية، حيث تكتسي حجية مطلقة تنصرف إلزاميتها على كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية، كما تكون حائزة على قوة الشيء المقضي به، وتكون مسببة ومبنية على حيثيات قانونية منطقية، وبالتالي يصبح القانون المقضي بعدم دستوريته في حكم المعدوم وكأنه لم يكن<sup>2</sup>.

إن الإلزامية لا تهم فقط منطوق القرارات، وإنما هي شاملة بالضرورة للحيثيات التي تمثل السند الضروري للمنطوق وأساسه<sup>3</sup>، وتنصرف الإلزامية كذلك إلى مضامين التحفظات التفسيرية التي يبديها القاضي الدستوري بشأن مادة من قانون أو نظام داخلي لمجلس برلماني، مما يسمح له بالتصريح بمطابقة القانون أو النظام الداخلي للدستور، كما ترتبط الإلزامية أيضا بالمقتضيات التي تم البت فيه.

<sup>1</sup> حيث جاء في إحدى حيثيات مقرر الغرفة الدستورية عدد 63.71 ما يلي: "حيث إن الغرفة الدستورية، عندما قضت في مقررها رقم 63 بمطابقة الفصل 49 من القانون الداخلي للدستور، لم يكن قصدها تقرير مطابقة جميع الملتزمات للدستور كيفما كان نوعها وفحواها، بل كانت ترمي إلى مجرد التصريح بأن الفصل المذكور لم يعد في صيغته الجديدة مخالفا للفصل 55 من الدستور كما كان من قبل فيما يخص الأسبقية، مع اعتبار أنه كان يبدو آنذاك من نافلة القول التذكير صراحة بواجب مكتب المجلس في فحص فحوى كل ملتزم قبل قبوله وتسجيله في جدول الأعمال، قصد التثبيت من عدم مخالفته لأي نص من الدستور ولا لروحه، وخاصة من أنه لا يشكل مسطرة الاستجواب" الغرفة الدستورية، مقرر عدد 65، صادر في فاتح شعبان 1391 (22 شتنبر 1971)، (غير منشور في الجريدة الرسمية – النشرة العامة)، [www.cour-constitutionnel.ma](http://www.cour-constitutionnel.ma)، تم الولوج لهذا الموقع بتاريخ 22 فبراير 2022

<sup>2</sup> عثمان الزياتي، المواطن والعدالة الدستورية: حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، منشورات مجلة الحقوق: سلسلة "المعارف القانونية والقضائية"، الإصدار الواحد والعشرون (21) تحت عنوان: "المحكمة الدستورية بالمغرب: نحو رؤية استشرافية"، الطبعة الأولى، 2014، ص 90.

<sup>3</sup> Dominique Rousseau, Droit de Contentieux Constitutionnelle, Ouvrage Précédemment cité, p.165.

ويكمن الهدف من إلزامية جميع القرارات الدستورية في توحيد تطبيق نصوص الدستور، بغية تحقيق المساواة بين الأفراد المتمتعين بالمراكز القانونية ذاتها، ومن ثم كان لابد من وصف جميع القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري بأنها ملزمة، لأن المحاكم والمجالس الدستورية كشفت عن قصد المشرع الدستوري الذي فوضها هذا الاختصاص، وحينئذ يجب أن يكون هذا القصد ملزماً، ويكون بإمكان المستفيدين منه الاحتجاج به<sup>1</sup>.

وإذا كانت طبيعة أي تصرف قانوني أن يسري بأثر مباشر وحال، فإنه أيضاً قد يكون له أثر رجعي، أو أثر مستقبلي؛ والأثر الرجعي يعني انسحاب أثر التصرفات القانونية إلى الماضي، أما الأثر المستقبلي، فيعني إرجاء آثار التصرف القانوني إلى فترة زمنية لاحقة على صدوره<sup>2</sup>.

والأثر الرجعي قد تنتج عنه مشكلات واقعية، في حالة اكتساب الأفراد حقوقاً معينة من القوانين التي يصدر حكم بعدم دستوريته بأثر رجعي، بحيث تعتبر هي والعدم سواء، وتزول جميع الآثار التي ترتبت عليها في الماضي؛ ومن ناحية أخرى اجتهد القضاء الدستوري، وقيد من الأثر الرجعي لقراراته في بعض الحالات لمراعاة اعتبارات عملية، وفسر نصوص الدستور والقوانين التي قررت الأثر الرجعي لهذه القرارات بما يوفق بينها وبين المبادئ الخاصة باستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة بطريق مشروع من القوانين<sup>3</sup>.

وعادة ما تختار التجارب الدستورية المقارنة بين نوعين من الأثر<sup>4</sup>:

أثر الإلغاء: حيث التصريح بعدم دستورية المقتضى، يسري بأثر رجعي، ويكون المقتضى المعني، كأنه لم يكن قط موجوداً من الناحية المعيارية، وكل الآثار التي أنتجها تتوقف، ويتم تطهير النظام القانوني من كل الآثار التي أحدثها؛ أو أثر النسخ: حيث آثار القرار بعدم الدستورية، لا يعني سوى المستقبل، إذ القاعدة تختفي من النظام القانوني مستقبلاً، ويحتفظ بالآثار التي أنتجتها في الماضي.

وقد استعمل المشرع الدستوري المغربي تعبير النسخ، حيث نص الفصل 134، في فقرته الأولى، على أنه: "...وينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 133 من

<sup>1</sup> علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مرجع سبق ذكره، ص. 248.

<sup>2</sup> أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، الأثر الرجعي في القضائيين الإداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص. 94.

<sup>3</sup> يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين، مرجع سابق ذكره، ص. 32-31.

<sup>4</sup> محمد أتركين، معجم الدستور المغربي، دار النشر المعاصرة، مطبعة ACCOMM، الطبعة الأولى، القنيطرة، يناير 2021، ص. 338-337.

الدستور، ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة في قرارها." وهو ما يعني أن أثر قرارات الإلغاء، بالنسبة إلى مسطرة الدفع بعدم الدستورية، لا تسري إلا استقبالا، ولا تمتد إلى الماضي<sup>1</sup>.

## خاتمة

يضطلع القاضي الدستوري بدور أساسي في تفسير القواعد القانونية، والسهر من خلال ذلك على حماية سمو الوثيقة الدستورية، على اعتبار أن الدستور هو القاعدة القانونية الأعلى داخل الدولة برمتها، ويتعين على باقي القواعد القانونية الأخرى احترام القاعدة الدستورية.

إن تقنية الرقابة على الدستورية تفتح للقاضي الدستوري وظيفة قانونية مثلى تجعل منه ساهرا على حماية معالم المنظومة القانونية، وذلك من خلال الحرص على ضمان احترام تراتبية القواعد القانونية، عبر إخضاع القواعد التشريعية لسمو القاعدة الدستورية، فمن خلالها يعمل القاضي الدستوري على إخضاع النصوص القانونية المحالة إليه للدستور، وفق تفسيرات اجتهادية خاصة، ترتهن لمقتضيات الدستور ومقاصده وأهدافه؛ وبالتالي فهذه الرقابة تعد بمثابة صمام أمان النظام القانوني.

<sup>1</sup> نفس المرجع السابق ذكره، ص 337.

## قائمة المراجع

### ١. مراجع باللغة العربية

#### المؤلفات العامة

- عبد العزيز النويضي، المبادئ العامة للقانون الدستوري، مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى، الرباط، 2004.
- علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا: تأصيل، تحليل، ومقاربات مع دساتير جنوب إفريقيا لسنة 1996، ألمانيا لسنة 1949، وغيرها، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.
- محمد أتركين، الدستور والدستورانية: من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2007.
- محمد أتركين، مباحث في فقه الدستور المغربي، دار النشر المعاصرة، مطبعة شمس برينت، الطبعة الأولى، سلا، يونيو 2020.
- محمد أتركين، معجم الدستور المغربي، دار النشر المعاصرة، مطبعة ACCOMM، الطبعة الأولى، القنيطرة، يناير 2021.

#### المؤلفات المتخصصة

- أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنترسي، الأثر الرجعي في القضائين الإداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- شاكور راضي شاكور، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم: دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2005.
- عبد الله ادريسي، الأمن القانوني لمصالح وحقوق الأشخاص بين التشريع والقضاء، مطبعة الجسور، الطبعة الأولى، وجدة، 2021.
- عبد الحفيظ علي الشبيبي، التحول في أحكام القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

- عبد الرحيم المنار اسليبي، مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب: دراسة سوسيو قضائية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية.. سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 65، الطبعة الأولى، 2006.
- شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم: دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2005.

### الأطروحات

- عبد الغني امريدة، التأويل الدستوري في النظام السياسي المغربي: حالة القاضي الدستوري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرار، فاس، السنة الجامعية: 2013-2014.

### المقالات

- حسن حلوي، مفهومية القواعد القانونية بين الرقابة القبلية والرقابة البعدية: دراسة تحليلية في اجتهادي القضاء الدستوري المغربي والقضاء الدستوري الفرنسي منشورات مجلة السياسات العمومية، العدد 28 تحت عنوان: "القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011: المرجعيات والاجتهادات"، تحت إشراف: حسن طارق، 2019 .
- حسن طارق، سنة ونصف من دستور 2011: تأملات سريعة، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 8 حول موضوع "دستور 2011: النص والسياق"، صيف 2012.
- عبد الفتاح لؤي- عثمان الزباني، الهندسة الدستورية ومتطلبات الإصلاح: قراءة في بعض مقومات جودة الدستور، أشغال الندوة الوطنية حول: "آفاق الإصلاح الدستوري على ضوء الخطاب الملكي السامي ل9 مارس 2011" المنظمة من طرف كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بشراكة مع مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية بوجدة، إعداد وتنسيق: يمينة هكو، مطبوعات الهلال، الطبعة الأولى، يونيو 2011
- عثمان الزباني، المواطن والعدالة الدستورية: حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، منشورات مجلة الحقوق: سلسلة " المعارف القانونية

والقضائية"، الإصدار الواحد والعشرون (21) تحت عنوان: "المحكمة الدستورية بالمغرب: نحو رؤية استشرافية"، الطبعة الأولى، 2014.

- عصام سليمان، تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية، أعمال الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية حول موضوع: "ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية"، صدر عن الأمانة العامة لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنامة-البحرين، مارس 2013.

- محمد أتركين، الدستور المغربي وفرضية نهاية الدستور الوثيقة، مجلة دراسات حقوق الإنسان والديمقراطية، ملف العدد: عشرية دستور 2011 بالمغرب ومخاض الحراك الديمقراطي في المنطقة: أية قراءة؟ أية تحديات؟ العدد (02) شتنبر 2021.

- محمد عماد النجار، ولاية الهيئات الدستورية بتفسير الدستور، أعمال الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية حول موضوع: "ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية"، صدر عن الأمانة العامة لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنامة-البحرين، مارس 2013.

- محمد نوييري، القاضي الدستوري وضمان الأمن القانوني بالمغرب: تأملات في ملامح تشكل مبدأ الأمن القانوني في الاجتهاد القضائي الدستوري، منشورات مجلة السياسات العمومية، العدد 28 تحت عنوان: "القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011: المرجعيات والاجتهادات"، (تحت إشراف: حسن طارق)، 2019.

- مصطفى قلوش، رقابة دستورية القوانين على ضوء مقتضيات الفصل 26 من الدستور المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج: 38-39، ماي-غشت 2001.

- يحيى حلوي، دستورية القواعد القانونية وترتيبها، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة "المعارف القانونية والقضائية"، الإصدار رقم 50 تحت عنوان: "تطور القضاء الدستوري بالمغرب: البنية والوظائف"، تحت إشراف: عثمان الزباني، 2017.

- يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، العدد الحادي والعشرين (21) حول موضوع: القضاء الدستوري، فبراير 2019.

## التقارير

- المجلس الدستوري، تأويل الدستور من خلال قرارات المجلس الدستوري المغربي، أعمال الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية حول موضوع: "ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية"، صدر عن الأمانة العامة لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنامة- البحرين، مارس 2013.

## الدراسات

- مجلس النواب: الولاية التشريعية 2016-2021، جودة التشريع ودورها في تحقيق الأمن القانوني، منشورات مجلس النواب، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة- العدد: 2020/01، المركز البرلماني للأبحاث والدراسات، وحدة البحث في القضايا الدستورية والقانونية والسياسية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2020.

## II. ثانياً: باللغة الفرنسية

-Dominique Rousseau, Droit de Contentieux Constitutionnelle, Montchrestien, 16ème édition, Paris, 1990,

-Hans Kelsen, la théorie pure de droit: traduction de Charles Eisenmann, Édition Dalloz, Paris, 1962,

- Thierry Di Manno, le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie, Préface de Louis FAVOREU, Collection droit public positif (dirigée par Louis FAVOREU), ECONOMICA, Paris, 1997.





# دور القضاة الإداري والدستوري في بناء وتعزيز دولة القانون والمؤسسات

The role of administrative and constitutional judges in building  
and strengthening the rule of law and institutions

## د. الحمامة أيوب

باحث بسلك الدكتوراه في القانون الدستوري  
والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية  
والاقتصادية والاجتماعية أكادال جامعة محمد  
الخامس الرباط

## ملخص

إن الخصائص التي تتأسس عليها دولة القانون تبقى مجرد كلام بدون ضمانات تعمل على تجسيد هذه الخصائص على أرض الواقع، هذه الضمانات تتعلق أساسا بالقضاء الدستوري، من خلال مناهج عمل القاضي الدستوري إزاء تصديه لكل أعمال السلطات العمومية التي تهدف إلى إهدار الحقوق والحريات، أو شأها عيب تشريعي من جهة، والقضاء الإداري من خلال مناهج عمل القاضي الإداري، الذي يختص بدوره في إيجاد نوع من التوازن بين حفظ النظام العام وحماية الحقوق والحريات.

وبالمحصلة، يبدو لنا، أن السبيل الوحيد لكي تتحقق دولة القانون، هو اشتغال كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري في منظومة يحكمها القانون، سواء تعلق الأمر بتقدير مدى دستورية نص قانوني، أو إلزام الإدارة العامة بالقانون.

إن العلاقة بين القضاة الدستوري والإداري في المغرب كفيلة بوضع المناخ السليم لبناء دولة القانون، شرط أن يتم توسيع اختصاصات القضاة من طرف المشرع المغربي من جهة، وتوسيع دائرة استعمال القضاة لمناهج عملهما دون قيود من جهة أخرى.

كنتيجة حتمية، العلاقة الجدلية التي تربط القاضي الدستوري؛ (حارس الشرعية)، والقاضي الإداري؛ (حارس المشروعية)، هي أساس تحقيق وبناء دولة القانون.

الكلمات المفتاحية: دولة القانون، القضاء الدستوري، القضاء الإداري، منهج عمل القاضي.

## Abstract

To conclude, the characteristics on which the rule of law is based remain merely in the form of words without guarantees that work to embody these characteristics on the ground. These guarantees relate mainly to the constitutional judiciary through the constitutional judge's response to all actions of public authorities that aim to waste rights and freedoms or have a legislative defect, through his work methods on the one hand, and the administrative judiciary through the work methods of the administrative judge, who in turn specializes in finding a sort of balance between maintaining public order and protecting rights and freedoms. In short, it seems that the only way for the achievement of the rule of law is through both the administrative judge and the constitutional judge to work in a system governed by law, whether it comes to assessing the constitutionality of a legal text or obligating the public administration to the law. As an inevitable consequence, the dialectical relationship between the constitutional judge; (guardian of legality), administrative judge; (Guardian of legitimacy), is the basis for achieving and building the rule of law.

Keywords: Rule of Law, Constitutional Judiciary, Administrative Judiciary, Judge's work method.

## مقدمة

ترتكز الديمقراطية المعاصرة على مجموعة من التقنيات الدستورية والمبادئ السياسية لتفادي اختلال النظام السياسي بوجه عام على رأسها مبادئ الدستور<sup>1</sup>.

ويهدف وضع القانون وتنفيذه إلى حماية الحرية والحق. والحرية \_ في نظر هيجل \_ ترتبط بوجود إرادة إنسانية تحدد اختياراتها حسب الإمكانيات الموجودة، وتعني الحرية إمكانية تحديد اختيار عقلائي وهذا ما يميز الإنسان عن الحيوان، أما تصرف الشخص كما يحلو له فهذا لا يعني الحرية بل خضوع للهوى أي اختيار لا يحكمه العقل<sup>2</sup>.

هذا الطرح يعني أن غاية القانون هي حماية الحقوق والحرية للأفراد وعقلنة تصرفاتهم وفقا لمجموعة من القواعد العامة هذه الغاية التي تجسدت في العديد من المبادئ التي نادى معظم دول العالم في القرن 19.

<sup>1</sup> الفحصي المهدي، الأنظمة الدستورية الكبرى والنظام الدستوري السياسي المغربي، دون ذكر دار النشر، ط 1 2011\_2010، ص 5.

<sup>2</sup> وفاء الفيلاي، تأملات حول البرلمان، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى غشت 2012، ص 16.

تبعاً لذلك ظهرت نظرية دولة القانون في نهاية القرن التاسع عشر في الفقه القانوني الألماني ثم الفرنسي، وسعت إلى البحث عن تأسيس نظري منطقي للقانون العام، وذلك بإرجاع ظاهرة الدولة إلى فكرة النظام القانوني؛ الممركز نسبياً، والذي يتكون من قواعد قانونية تشكل بنية هرمية تدريجية، والتي تؤدي بالضرورة إلى تقييد سلطة الدولة؛ ولا تعد سلطة الدولة في الأخير سوى فعالية هذا النظام القانوني؛ أما احترام تدرج القوانين فتضمنه جهات قضائية مستقلة.

وهكذا فإن في نظرية دولة القانون الدولة ليست هي من يصنع القانون، بل إنها فقط تقوم بإعلان قواعد موجودة مسبقاً في النظام القانوني، وأن هذا النظام القانوني هو من يصنع الدولة.

لأن كان مبدأ دولة القانون أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الدستورية، ويقتضي تقييد سلطة الدولة و إخضاعها للقانون الذي يجب أن يكون فوق الجميع، إذ أصبح مبدأ دولة القانون عنصراً أساسياً في تعريف الدولة الحديثة في القانون الدستوري. غير أن عملية صنع القانون، على الرغم من طابعها الإجرائي الذي يقوم على احترام أشكال وإجراءات معينة ومحددة سلفاً، ليست مستقلة عن الجوانب الاجتماعية والسياسية؛ إذ إن طريقة وضع القاعدة القانونية يجب ألا تكون أكثر أهمية من محتوى القاعدة نفسها، ومما يجب أن يعكسه هذا المحتوى من مبادئ وقيم مشتركة في مجتمع ما، حتى يتحقق الخضوع للدولة وقانونها<sup>1</sup>.

إن تكريس فكرة دولة القانون يعتمد بالأساس على تحقيق الأمن داخل المجتمع، ومصطلح الأمن ملازم لكل مجالات الحياة، ومن بين هذه المجالات يأتي المجال القانوني والذي يعد أهمها على الإطلاق، إذ يكتسي مبدأ الأمن القانوني أهمية كبيرة، فمن خلاله تبنى دولة القانون الحديثة، التي لا يقتصر دورها على الحماية ضد الفوضى والتعسف فحسب، بل إنها تكفل كذلك بناء نظام قانوني منسجم، خال من الاختلالات والعيوب الشكلية والموضوعية<sup>2</sup>.

تبعاً لذلك يعد القضاء دعامة أساسية لتكريس دولة القانون من خلال جهاز القضاء الدستوري الذي يضمن احترام مبدأ سمو الدستور من خلال إلزام سلطات الدولة (التشريعية والتنفيذية) بالعمل وفقاً لمبدأ تدرج القوانين لما في ذلك من حماية للحقوق والحريات من جهة، وجهاز القضاء الإداري الذي يسهر على مراقبة مشروعية القرارات الإدارية قصد إلزام الإدارة على

<sup>1</sup> كمال جعلاب، دولة القانون الديمقراطية: إشكالية المفهوم ومتطلبات الدسترة، مجلة سياسات عربية، العدد 52 المجلد 9 - أيلول / سبتمبر 2021، ص 8.

<sup>2</sup> البواري عامر - العيد هدي: التكريس الدستوري لمبدأ الأمن القانوني ضماناً لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر، مجلة مدارات سياسية المجلد (05) العدد: (01)، 2011، ص 136.

الخضوع للقانون، بهذا المعنى فالقاضي الإداري حريص على حماية الحقوق والحريات من جهة أخرى.

من خلال ما سبق، فالمغرب ليس ببعيد عن كل هذا، إذ يطمح للوصول إلى مرتبة دولة القانون، وهذا ما سنسعى لاكتشافه من خلال هذه الدراسة المتواضعة.

تهدف الدراسة للحديث عن دور كل من القاضي الدستوري والقاضي الإداري من خلال مناهج عملهما في بناء دولة القانون، هذا الدور الذي لن يتأتى إلا بتحديد العلاقة الجدلية التي تجمع بين القاضي الدستوري والقاضي الإداري، كما تسعى على كشف مدى صحة كون القضاء دعامة أساسية لدولة القانون.

### أهمية الموضوع

تبرز أهمية الموضوع في أنه لا يستساغ الحديث عن دولة القانون بدون وجود ضمانات تركز لهذا المفهوم وتحصن الحقوق والحريات، وهذه الضمانات متمثلة في القضاء الدستوري بالدرجة الأولى باعتباره الجهاز الذي يحمي الدستور، ويحقق الشرعية لما في ذلك من تعزيز لدولة القانون والمؤسسات، بالإضافة إلى القضاء الإداري باعتباره الحارس الأمين لحقوق المواطنين والمواطنات في مواجهة الإدارة وإلزامها بالقانون كنتيجة حتمية لتحقيق المشروعية.

### منهجية البحث

سنعتمد مقاربة:

مؤسسية وقانونية:

بالاشتغال على دراسة العلاقة الجدلية بين كل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري ودور هذه العلاقة في بناء دولة القانون، وذلك من خلال استحضار مناهج عمل كل من القاضي الدستوري والقاضي الإداري وإسهامتهما في حماية الحقوق والحريات بالاعتماد على المناهج التالية:

\_ المنهج القانوني: سنعمل على دراسة الموضوع من خلال الاستناد على مجموعة من النصوص القانونية ذات الصلة.

\_ المنهج الوظيفي: سيسعفنا هذا المنهج في دراسة وظيفة القاضي الدستوري والقاضي الإداري من خلال مناهج عملهما في إقرار رقابة فعالة وحقيقية، من أجل تكريس سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات العامة.

المنهج المقارن: من خلاله سنقارن تجربتنا بتجارب مقارنة أخرى للوقوف على مكان القوة والضعف.

### إشكالية البحث

تظهر إشكالية البحث بشكل واضح من خلال ما يتناوله من مواضيع تتعلق أساسا بالقضائي الإداري والدستوري، ودورهما في بناء دولة القانون والمؤسسات بالمغرب، من خلال عمل كل من القاضي الدستوري سواء تعلق الأمر بتقدير مدى دستورية نص أو تفسير نص ذا قيمة دستورية، وكذا عمل القاضي الإداري الذي يراقب مدى مشروعية القرارات الإدارية من خلال الاعتماد على الدستور غالبا، وأحيانا الاستعانة بتفسيرات القضاء الدستوري في بعض الحالات.

تبعاً لذلك، فالموضوع قيد التحليل يطرح العديد من الإشكالات والتي تتلخص في الإشكالية العامة التالية:

إلى أي حد يمكن للقضائي الدستوري والإداري تشكيل ضمانة أساسية لتحقيق دولة الحق والقانون؟

سنحاول تقسيم هذه الإشكالية إلى عدة أسئلة فرعية تتيح لنا تحليل الموضوع وهي كالآتي:

\_ ما المقصود بدولة القانون؟

\_ ما هي تقنيات عمل كل من القاضي الدستوري والقاضي الإداري؟

\_ كيف لهذه الضوابط أن تسهم في بناء دولة القانون؟

\_ وما دور علاقة الجهازين في تحقيق خصائص دولة القانون؟

### فرضيات البحث

نفترض أن:

\_ عمل كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري غير كافٍ لتحقيق دولة القانون.

\_ تقنيات عمل كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري تسهم في تحسين وتجويد المناخ المناسب لبناء دولة القانون.

\_ تحقيق التكامل بين الشرعية والمشروعية من شأنه تكريس دولة القانون والمؤسسات.

سنعمل على تحليل إشكالية الموضوع من خلال فكرتين أساسيتين:

أولاً: ضوابط عمل كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري وسؤال الأمن القانوني.

ثانياً: العلاقة بين القضاء الإداري والدستوري ودورها في تكريس دولة القانون.

## **المبحث الأول: ضوابط عمل كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري وسؤال الأمن القانوني**

سنستغل في هذا المبحث على تحديد مناهج عمل كل من القاضي الدستوري والقاضي الإداري (المطلب الأول) وإسهامتهما في تحقيق الأمن القانوني (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: تقنيات عمل القضاة الدستوري والإداري**

بداية سنقوم بتعريف دولة القانون من أجل تحديد خصائصها وضوابط قيامها في (فقرة أولى)، ثم ننتقل بالحديث إلى تحديد تقنيات وضوابط عمل كل من القاضي الدستوري والقاضي الإداري في (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم دولة القانون وخصائصها

تعود أصول مفهوم دولة القانون إلى النظام القانوني في ألمانيا كما سبق الإشارة إلى ذلك سابقاً، وتعرف بالريشتات Rechtsstaat، إذ يعد الفقه الألماني أول من استعمل هذا المصطلح عن طريق الفقيه القانوني Robert von Mohl (1875-1799)، حيث أشار في مؤلف له نشر في عام 1831 إلى دولة القانون بوصفها شكلاً من أشكال الدولة العقلانية Verstandesstaat التي يكون أساسها ضمان حريات المواطنين وحقوقهم في محاولاتها تقييدها من مؤسسات الدولة.

جدير بالذكر بأن فكرة دولة القانون، كما تم صياغتها في الفقه الألماني في أواخر القرن التاسع عشر، ارتبطت بمحاولات بناء ملكية دستورية في ألمانيا، يراعى فيها ضمان حرية أكبر للمواطنين، وتتولى مؤسسات القانون كفالة هذه الحرية، وذلك عن طريق التقييد الدستوري لمجال سلطة الدولة، كما ارتبط مفهوم دولة القانون في تلك الفترة بالدولة الدستورية العقلانية، والقانون العقلاني الذي يجب أن يكون مجرداً وعاماً، وهي الأفكار التي أسس لها الفيلسوف الألماني

ايمانويل كانط Immanuel Kant (1724-1804)، وتوجت بصدور دستور فرانكفورت لعام 1849، عقب ثورة آذار / مارس 1848.

تعززت مكانة مبدأ سيادة القانون في النظام القانوني الألماني مع صدور القانون الأساسي في عام 1949، وإنشاء المحكمة الدستورية الفدرالية التي منحتة، في اجتهاداتها، قيمة مهمة، حيث اشارت مبكرا إلى طابعه الجوهري القوي المتمثل في الحقوق الأساسية في سوابقها القضائية بوصفه مبدأ مستمدا في القانون الأساسي الألماني<sup>1</sup>.

والدولة القانونية بالمفهوم الثوري تقع في نقطة وسط ما بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي. هي تستند إذا على فكرة سلطة القانون، وفي الأصل على فكرة سيادة الإرادة العامة، ويبدو أن هذه الصيغة الأولى من صيغ الدولة القانونية تلتقي مع ما يسميه Carré de Malberg "الدولة الشرعية"، دولة حكم القانون.

"الدولة التي يفترض أن يكون كل عمل من الأعمال الصادرة عن سلطاتها الإدارية متصلا بقانون ما، وضامنا لتنفيذ هذا القانون؛ إزاء ذلك فإن للدولة القانونية خصائص رئيسية هي كالتالي:

- 1\_ سيادة القانون وتعني أن جميع الأشخاص (أفرادا وحكومة) خاضعون للقانون.
- 2\_ مفهوم عدالة يسلط الضوء على المعاملة المتساوية بين الناس.
- 3\_ تقييد ممارسة السلطة.
- 4\_ أخذ السوابق القانونية بعين الاعتبار.
- 5\_ اعتماد منهجية القانون العام (Common law).
- 6\_ يجب ان يكون التشريع متجها نحو المستقبل لا نحو الماضي (مبدأ عدم رجعية الوانين).
- 7\_ استقلالية القضاء.
- 8\_ ممارسة البرلمان للسلطة التشريعية، وتقييد نشاط السلطة التنفيذية من قبل السلطة التشريعية.

<sup>1</sup> كمال جعلاّب، مرجع سابق، ص 9.



## 9\_ وجود أساس أخلاقي ضمني مشترك لجميع القوانين<sup>1</sup>.

يتضح من خلال ما سبق أن لدولة القانون مجموعة من الأسس التي تقوم عليها، لكن الآلية الكفيلة بتكريس هذه الخصائص وتحقيق دولة القانون تتمثل في القضاء الدستوري والقضاء الإداري من خلال مناهج عملهما.

### الفقرة الثانية: تقنيات وضوابط عمل كل من القاضي الدستوري والقاضي الإداري

#### أولاً: منهج عمل القاضي الدستوري

مما لا شك فيه، أن الدستور يسمو على باقي القوانين الأخرى، ومبدأ سمو الدستور يعد من الأسس الرئيسية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة القانونية، ذلك أنه يعني وجود قواعد قانونية عليها تضمن خضوع الحكام للقانون.

ومبدأ سمو الدستور يعني أيضاً أن ترتبط القواعد القانونية في الدولة بقواعد الدستور.

إذ لا يجوز لها أن تخالفها أو تخرج عليها. فنصوص الدستور تمثل الأصل بالنسبة لسائر القواعد القانونية الأخرى والتي تتفرع عنها. فالدستور هو الذي ينشئ سلطات الدولة ويحدد اختصاصاتها وآليات عملها. ومن ثم فإنها ترتبط به ارتباطاً بالفرع بالأصل والجزء بالكل.

يتحقق سمو الدستور من ناحيتين: الموضوعية والشكلية. فالسمو الموضوعي للدستور يتحقق بالنظر إلى طبيعة قواعده ومضمونها. أما سمو الشكل للدستور فهو يرتبط بالشكل والإجراءات التي توضع بها الدساتير وتتقرر كذلك لتعديلها. وإذا كان سمو الموضوعي يتحقق لكافة الدساتير وسواء أكانت دساتير جامدة أم دساتير مرنة إلا أن سمو الشكل لا يمكن أن يتحقق إلا للدستور الجامد<sup>2</sup>.

لذلك إذا كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سمو الدستور أصلاً مقراً وحكما لازماً لكل نظام ديمقراطي سليم، فإنه يكون لازماً على كل سلطة عامة –أيا كان شأنها وأيا كانت وظيفتها وطبيعة اختصاصات المسندة لها – النزول عند قواعد الدستور ومبادئه والتزام حدوده وقيوده، فإن هي خالفها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور، وخضع متى انصبت المخالفة على قانون أو مرسوم تشريعي أو لائحة – لرقابة الدستورية التي تستهدف صون الدستور

<sup>1</sup> غالب غانم، مدخل إلى حكم القانون، "محاضرة ضمن اشغال المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة"، شباط / فبراير 2006.

ص 8.

<sup>2</sup> جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دون ذكر دار النشر والطبعة، ص 104.

القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه؛ وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود، ومن ثم الحكم على مدى انطباق القوانين العادية على أحكام الدستور أو مخالفتها لها، حتى يتم بذلك انتظام سير الدستور المفيد لسلطة القوانين العادية، ومن هنا نشأت فكرة "الرقابة على دستورية القوانين"،

### <sup>1</sup> Le Contrôle De La Constitutionnalité Des Lois

هذه الرقابة وإن كانت وسيلة بجانب وسائل كثيرة في الدول الحديثة تضمن نفاذ القانون الدستوري والتزام سلطات الدولة المختلفة بقواعده. إلا أنها تعد في واقع الأمر أهم هذه الوسائل وأكثرها فاعلية. فهي إما أن تقرر عدم إصدار العمل إن كانت رقابة سابقة أو عدم نفاذه إن كانت رقابة لاحقة. وفي كل الأحوال فهي تؤدي التزام سلطات الدولة المختلفة تطبيق نصوص الدستور والتزام أحكامه. والرقابة على دستورية القوانين. قد تختلف الوسائل التي تحققها فقد تكون سياسية وقد تكون قضائية. إلا أنها في النهاية تعمل على كفالة احترام نصوص الدستور.<sup>2</sup>

من هنا يظهر جليا الدور الكبير الذي يساهم به القاضي الدستوري في بناء دولة القانون وذلك من خلال مناهج عمله التي سنقوم بتوضيحها كالآتي:

إن التفسير الذي تجريه المحاكم الدستورية بمناسبة مباشرة اختصاصها ليس من شأنه أن يتدخل في سلطة المشرع التقديرية ولا يحل محلها، ومن ثم ما يقوم به القاضي الدستوري من تفسير مضيئ لا يقصد به المساس بالسلطة التقديرية للمشرع، بل يحرص القاضي الدستوري على التوفيق بين سلطته في ابتداع التوفيق بين النص والهدف من وضعه، ومعالجة ما لحقه من قصور في أحد جوانبه، وبين سلطة البرلمان في استقلاله بالعملية التشريعية. ولذلك فإن دور القاضي الدستوري لاحق على قيام البرلمان باختصاصه دون المساس بهذا الدور.

إن التفسير الدستوري يتنوع إلى أنواع يمكن إجمالها في تفسير مبطل للنص وتفسير محايد ومن خلاله يظل عمل القاضي الدستوري رهينا بمضمون نص القانون وتقييد به المحكمة.

<sup>1</sup> حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري دراسة مقارنة، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى 2017، ص 9.

<sup>2</sup> جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع نفسه ص 149.

وتفسير مضيف، ومن خلاله يتم إثراء المضمون القاعدي لنص القانون عن طريق توسيع مداه بما يرتفع به عن الخضوع لرقابة الدستورية، ومن تم تقرير دستوريته<sup>1</sup>.

نص دستور 2011 في الفصل 133 على الدفع بعدم دستورية قانون كآلية جديدة تندرج ضمن صور الدعوى الدستورية في إطار الرقابة القضائية اللاحقة<sup>2</sup>، فمن خلال هذه الآلية أصبح بإمكان المواطنين والمواطنات اللجوء إلى العدالة الدستورية، بمعنى أن المشرع الدستوري المغربي أحدث هذا المستجد الدستوري كضمانة تكرر لدولة الحق والقانون.

مما لا شك فيه أن حق المواطنين في اللجوء إلى العدالة الدستورية هو حق كان موجودا منذ عقود خاصة في ألمانيا وفي إسبانيا، لكن هذا الحق ليس حقا مطلقا<sup>3</sup>، وإنما يمارس وفق إجراءات متعددة حسب القانون.

فالقاضي الدستوري لا يعتبر في هذه المسألة "قاضي النزاع" وإنما فقط قاضي مطابقة المقتضى التشريعي مع الدستور فلا يحق له البث في موضوع النزاع المحال عليه.

بذلك، اتسمت المنازعة الدستورية بكونها وجها قانونيا يعبر عن شكل المنازعة في مدى دستورية نص تشريعي بسبب مخالفة مقتضى قانوني لإحدى الحقوق أو الحريات المكفولة في الدستور. وهذا التغيير في الوضع له أثر هام من حيث "إخضاع المنازعة الدستورية لمقتضيات قواعد المحاكمة العادلة" والوصول، بالتالي، إلى التحول القضائي للمجلس الدستوري.

إن مثل هذه المتغيرات التي أحدثتها المراجعات الدستورية الأخيرة، على مستويات طبيعة المنازعة، جعلت الحدود غير قائمة العمل القضائي العادي والعمل القضائي الدستوري، حيث يمكن الحديث، وانطلاقا من ذلك، عن منازعة دستورية، بوجود نزاع مرتبط بالنزاع في الموضوع، ومسطرة قضائية تضمن مصالح الأفراد، وقرارات المحكمة الدستورية التي تضع من خلال سلطة

<sup>1</sup> محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ علي الشبيحي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون... أداة الإصلاح والتطوير)، مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد 2-الجزء الأول، -السنة الخامسة - مايو 2017، ص 19.

<sup>2</sup> الفصل 133 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011، المنفذ بظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، والذي نشر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، ص 3600.

<sup>3</sup> Mame Nadiage WADE, accès au juge constitutionnel et constitutionnalisation du droit. Approche compare avec L'Allemagne, L'Italie L'Espagne, thèse pour le doctorat en droit public, AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, Ecole dovtorale séance juridique et politique, 18 décembre 2015. page 14.

حجية الشيء المقضي به حدا للنزاع، فمن خلال هذه الآلية ينظر القاضي في هذا الدفع بالاعتماد على مجموعة من المناهج.

جدير بالذكر، أن المحكمة الدستورية الألمانية هي المحكمة الدستورية الوحيدة التي حددت مناهج تأويلية يعمل من خلالها القاضي الدستوري الألماني أما باقي التجارب المقارنة لم يسبق لها الإعلان عنها.

بالرجوع إلى قرارات المحكمة الدستورية بالمغرب يظهر جليا بأن القاضي الدستوري المغربي يعمل في إطار الرقابة التي يمارسها ثلاث مناهج هي كالتالي:

### منهج عدم المناقضة والاستنتاج بمفهوم المخالفة

هو منهج يمكن القاضي الدستوري المغربي من التصريح بعدم دستورية كل ما لم يكن مباحا بصريح الوثيقة الدستورية، والتقاء هاتين التقنيتين يمنح للقاضي الدستوري سلطة التصريح بعدم دستورية غير المكتوب ولو سكت النص الدستوري.

### منهج عدم المطابقة

منهج يعطي للقاضي الدستوري سلطة تأويل واسعة في إثبات أو نفي العلاقة الدستورية لإجراءات ومقتضيات المنع التي تضعها السلطات الدستورية (البرلمان والحكومة).

### منهج التحفظات التأويلية

يدخل هذا المنهج ضمن التقنيات المعمول بها من طرف المحاكم والمجالس الدستورية المقارنة. والتحفظات التأويلية تقنية شرعية غير منصوص عليها تمكن من فحص المضمون القاعدي لنص معين بطريقة مباشرة، وذلك لجعله منسجما مع المقتضيات الدستورية، وترجم بذلك في شكل عمل قضائي، يستند على القول إن القواعد في معناها ودلالاتها الدستورية ليست هي التي تظهر مجردة، ولكن في الكيفية التي تبدو بها مطابقة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحق بلفقيه، المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد من "حوار المؤسسات" إلى "حوار القضاة"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية.

الموقع الإلكتروني:

<https://revuealmanara.com/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9%D9%88%D9%81%D82%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%AF%D9%8A%D8%AF/>

بالمقابل فإن القاضي الدستوري الإيطالي أخذ بالتفسير المضيف، إضافة إلى القاضي الفرنسي، غير أن المحكمة الإيطالية الدستورية كان لها فضل السبق. كما أن المحكمة الدستورية العليا بمصر كان لها مواقف متغايرة في شأن التفسير المضيف. وأبدى بعض الفقه قلقه من احتمال حدوث نوع من التوتر بين اختصاص المحكمة الدستورية في ممارستها للتفسير، وإعطاء البرلمان الاستقلال الكامل في التشريع دون تدخل من السلطة القضائية<sup>1</sup>.

### ثانياً: منهج عمل القاضي الإداري

يسود الدول المعاصرة مبدأ ذو أهمية بالغة وخاصة، ألا وهو مبدأ المشروعية، الذي يرتبط وجوده بدولة القانون، التي تسعى إلى أن تكون أعمال الإدارة العامة فيها وقراراتها مطابقة لأحكام القانون، وبالقدر الذي تستدعيه وتستلزمه هذه النصوص من جهة، ومطابقة ذلك للمصلحة العامة وما تقتضيه من جهة أخرى، هذا المبدأ الذي يكفل الحماية الجدية للأفراد في مواجهة السلطة العامة بعدم استثنائه لأي طرف كان من الخضوع له؛ ذلك أن احترام الأفراد للمؤسسات الدولة وتنفيذ قراراتها ليس لقوتها، وإنما لقوة القانون الذي وجدت باسمه، واستمدت سلطاتها من سلطته، بما يحققه من توازن بين السلطة العامة من جهة، وحقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى.

غير أن الإدارة العامة في كثير من الحالات تتجاوز حدود هذه السلطات، وتتعسف في استخدام ما منحها القانون من امتيازات وباسم المصلحة العامة، وباعتماد صور مختلفة خارج إطار المبررات القانونية التي تجيز لها ذلك، الأمر الذي يدفع بالأفراد إلى الاستنجا بسلطة أخرى مستقلة وهي السلطة القضائية لصد تجاوزات هذه السلطة، وإعادة لها للإطار القانوني الذي تفرضه عليها دولة القانون.<sup>2</sup>

تبعاً لذلك يتضح لنا الدور المنوط للقاضي الإداري في الحفاظ على الجو السليم لتطبيق القانون من خلال الرقابة القضائية التي يمارسها على الإدارة في مواجهة الأفراد لضمان حقوقهم وبذلك يكرس لمبدأ دولة القانون.

تاريخ الاطلاع: 2022/02/18 على الساعة 14.30 زوايا.

<sup>1</sup> محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ علي الشبيبي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، المرجع نفسه، ص 19.

<sup>2</sup> أمال يعيش تمام، "سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2012/2011، ص 23.

فضلا عن ذلك أصبحت مسألة احترام الإدارة وارغامها على احترام مبدأ المشروعية وحكم القانون بما فيها تنفيذ أحكام القضاء، مسألة من أهم المسائل على الإطلاق في القانون الإداري، بل إن مشكلة امتناع الإدارة عن الامتثال لمبدأ المشروعية يمثل في عديد دول العالم أهم نقاط الضعف لدولة القانون ما دام خضوعها يتوقف في النهاية على حسن نيتها؛ إذ بغياب الوسائل التي تلزمها على احترام القانون والخضوع لأحكام القضاء وتنفيذها ستصبح أحكام القضاء الإداري بمثابة البحوث النظرية والآراء الفقهية لا أكثر<sup>1</sup>.

لذلك عمل المشرع المغربي على منح كل الضمانات التي تخول للقاضي الإداري ممارسة اختصاصه الرقابي بفرض احترام القانون على الإدارة وحفظ حقوق الافراد باعتبارهم الطرف الضعيف<sup>2</sup>، والقاضي الإداري اثناء ممارسته لدوره الرقابي ملزم بتطبيق القانون حسب ما نص عليه الفصل 110 من دستور 2011 إذ تنص الفقرة الأولى منه على " لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق السليم العادل للقانون"<sup>3</sup>، لكن من خلال قراءة العديد من قرارات المحاكم الإدارية يتضح لنا أن القاضي الإداري قد يلجأ الى اعتماد منهج التأويل في أحكامه القضائية.

والتأويل هو وسيلة أو منهج قانوني يتم بمقتضاه البحث عن معنى النص القانوني أو مداه، كما هو بحث في النتائج التي يمكن أن تترتب عند تطبيق النص الذي وقع تأويله<sup>4</sup>

**أولا: حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 22 محرم 1430 الموافق 19 يناير 2009**

ذهب حكم محكمة الدار البيضاء إلى التأكيد على حق الملكية كمبدأ عام، لا يحتج أمامه بفكرة المصلحة العامة أو النظام العام "وحيث لئن كان الثابت أن الدولة الملك الخاص مالكة في الرسم العقاري، فإن ذلك لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحرم المدعي باعتباره أحد المالكين فيه من المطالبة بحقوقه والتي يضمها حق الملكية، فضلا عن أن تخصيص العقار أو جزء منه يقتضي سلوك المسطرة القانونية اللازمة كما هي مقرر بموجب القانون رقم 2-78-539 بتاريخ 11 نونبر

<sup>1</sup> آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، المرجع السابق، ص 6.

<sup>2</sup> قانون المحاكم الإدارية رقم 90-41، الجريدة الرسمية عدد 4227-18 جمادى الأولى 1414 (نوفمبر 1993) ص 69.

<sup>3</sup> الفصل 110 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011، المنفذ بظهير شريف رقم 1.11.91. صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، والذي نشر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ص. 3600.

<sup>4</sup> مسعود جندلي، القاضي الإداري وتأويل النصوص القانونية، منصة المهل الالكترونية، ص 3، الموقع الإلكتروني:

1978". وما يمكن ملاحظته عن هذا التوجه، هو أن القاضي الإداري من الناحية المنهجية يدفع بالمبادئ العامة للقانون أولاً في البناء المنطقي لحكمه. ففي هذه النازلة يعدّ حق الملكية من المبادئ الفوق دستورية ذات الطابع الشمولي، والقانون الوارد لتقييدها يؤخذ على سبيل الاستثناء والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

إن حماية الشرعية كأساس منهجي لعمل القضاء الإداري المغربي قد يؤدي وظيفة مضادة لمبدأ المشروعية، مما يؤثر سلباً على مبدأ الفعالية في حماية الحق. فالقاضي الإداري مطالب بالقيام بحركة فكرية إلى جانب منهجيته الاستقرائية، حتى يستوعب التحولات المستمرة لفكرة الشرعية.

يلجأ القاضي الإداري لتجاوز النص القانوني والاعتماد على التأويل المفتوح؛ مستحضراً المبادئ العامة للقانون، في حال غياب النص أو عدم كفايته. مما يجعل القاضي الإداري ينتصب كمراجع عن الحق. وهذا هو الدور الأصيل للقاضي الإداري والذي من شأنه الحد من اندفاعات الإدارة.

حكم المحكمة الإدارية الدار البيضاء ملف عدد 196/4/2008، بتاريخ 26/10/2009.

اعتبر القاضي الإداري أنه "وكما دفعت الجهة المطلوبة في الطعن بأنه لا ينبغي التمسك ضده بمقتضيات الفصلين 2 و 67 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية لكونها لا ترتبط بالطاعن بأية علاقة نظامية إلا أن هذا لا يعني أن سلطة التأديب مطلقة إذ أن ثمة قدراً من الضمانات الجوهرية يجب أن تتوفر كحد أدنى في كل محاكمة تأديبية وتستمد من المبادئ المقررة في المبادئ العامة للقانون ودون نص إن احترام ضمانات التأديب في الإطار النظامي نجد لها حضوراً قوياً ومتواتراً في اجتهادات القاضي الإداري، لكن أن تنسحب على الحالات التي لا تجمع الطرفين علاقة نظامية؛ كما هو الحال بالنسبة لهذه النازلة، يجعلنا نقنع بالدور الفعال للقاضي الإداري في حماية الحقوق الأساسية حيث عبّر فيها عن كفايات تأويلية مهمة.

قرار المجلس الأعلى عدد 477، المؤرخ في 28 أبريل 2004، الملف الإداري عدد 2004/1/4/645

إن تأويل القاضي الإداري قد يذهب إلى حد الرقابة على الأجهزة القضائية، خاصة قرارات النيابة العامة الماسة بالحريات العامة، وقد كرس المجلس الأعلى لهذه المسألة قبل دستور 2011، عندما وجه قرارات النيابة العامة للرقابة القضائية، من ذلك قرارات التعرض الاستثنائي على

مطلب التحفيظ العقاري، حيث كانت المادة 29 من التحفيظ العقاري؛ آنذاك: تمنح للنيابة العامة إمكانية فتح آجال جديدة للتعرض قبل تبني القانون 07-14، والذي وضع حدا لهذا الوضع بحصر هذه المهمة لصالح المحافظ العقاري، ففي أحد قراراته الفارقة جاء فيه "... حيث تمسك الطاعن في استئنائه بأن الحكم المستأنف لم يوضح في حثياته العناصر والأركان التي اعتمدها، وأنه لكي يكون قرارا إداريا يجب أن يصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها إحدى السلطات العامة في الدولة وأن يتخذ في إطار الوظيفة الإدارية لتنفيذ القوانين وحماية النظام العام وإشباع الحاجيات العامة في إطار أحكام وقواعد القانون العام بهدف تحقيق مصلحة ذات طبيعة إدارية ومنها قرار فتح أجل جديد للتعرض بناء على الفصل 29 من الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري...، وحيث في نازلة الحال فإن القرار المطعون فيه ينصب على إجراءات التعرض على مطلب التحفيظ التي تعتبر مرحلة إدارية ومن ثم كان قرار النيابة العامة في هذا الشأن إداريا خاضعا لرقابة القضاء الإداري الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف في محله<sup>1</sup>."

### المطلب الثاني: دور القضاء الإداري في تحقيق الأمن القانوني

إن الأمن القانوني أصبح مبدأ وضرورة في دولة القانون، وذلك استنادا إلى أن القاعدة القانونية يجب أن تقوم على الأمن القانوني، من حيث أنه بات يشكل العمود الفقري للقاعدة القانونية مادام أننا لا يمكننا الكلام عن قيمة القاعدة القانونية إلا بالنظر إلى درجة استقرارها ومدى تحقيقها للحقوق والأوضاع القانونية وما يستتبع ذلك من تحقق ثقة الأفراد في النظام القانوني ككل<sup>2</sup>.

يعني مبدأ الأمن القانوني ضرورة ضمان قدر من الثبات النسبي والاستقرار للمراكز القانونية وتمكين الأفراد من التصرف باطمئنان وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت قيامهم بتصرفاتهم دون التعرض لمفاجآت من شأنها زعزعة استقرار أوضاعهم القانونية. ومن تطبيقات

<sup>1</sup> لحسن الحميدي، الأسس المنهجية في تأويل القضاء الإداري المغربي لجدلية النظام العام والحريات العامة، مجلة جيل الأبحاث المعقة العدد 16، الموقع الإلكتروني:

<http://jilrc.com/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%B3%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D9%87%D8%AC%D9%8A%D8%A9%D9%81%D9%8A%D8%AA%D8%A3%D9%88%D9%8A%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1/>

تاريخ الاطلاع: 24/02/2022، على الساعة 20.22 مساء.

<sup>2</sup> جعفر عبد السادة بهير، دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الأمن القانوني، مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون\_ جامعة بغداد/ العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان: "الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول" للعدة 2018/11/14\_13، ص. 2.



هذا المبدأ عدم جواز المساس بأثر رجعي بالحقوق التي اكتسبها الأفراد بطريق مشروع من القوانين، وذلك على الرغم من أن الدستور يجيز، من حيث الأصل، للبرلمان تقرير أثر رجعي للقانون في غير مواد التجريم والعقاب بأغلبية خاصة هي أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم، وفي حالة الحكم بعدم دستورية القوانين بأثر رجعي يقضي مبدأ الأمن القانوني بتسوية الآثار التي ترتبت عليها في الماضي بما لا يهدر الحقوق المكتسبة بطريق مشروع وقت سريان هذه القوانين<sup>1</sup>.

وحيث إن القضاء الإداري قد يتعدى الدور التفسيري والتعدد بالاجتهادات ووجهات النظر، فقد يصل إلى أن يكون قضاء ينشئ ويخلق القواعد القانونية، ونتيجة لهذا الدور الذي يضطلع به هذا القضاء، فإن لزاماً عليه أن يراعي ضرورة مبدأ وضوح القاعدة القانونية التي عمل على انشائها وسهولة الوصول إليها فضلاً عن إمكانية فهمها من قبل المخاطبين بها<sup>2</sup>.

بمعنى أن القاضي الإداري له مساهمة جوهرية في تحقيق استقرار القاعدة القانونية وتحقيق دورها في حماية الحقوق والحريات، وبالتالي فالقاضي الإداري عموماً له دور كبير في تحقيق الأمن القانوني الذي يعد من مظاهر دولة القانون.

## المبحث الثاني: العلاقة بين القضاء الإداري والدستوري ودورها في تكريس دولة القانون

عند الحديث عن طبيعة العلاقة الجدلية التي تربط بين القاضي الدستوري والقاضي الإداري، فلا بد من تناول العديد من نقاط الالتقاء ونقاط الاختلاف (المطلب الأول)، ثم دور هذه العلاقة في بناء دولة القانون (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: علاقة القاضي الدستوري بالقاضي الإداري

يرتبط وجود دولة القانون بوجود مؤسسات قوية، ينظم العلاقة بينها دستور يبين أهم المبادئ التي تقوم عليها، ويحدد الحقوق والحريات التي ينبغي أن يتمتع بها أفراد المجتمع، تلك المبادئ والحقوق التي يكرسها الدستور لا يمكن مخالفتها أو تجاوزها، وهذا ما يسهر القضاء الدستوري على تفعيله في إطار ما عرف بالرقابة على دستورية القوانين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> يسرى محمد العصار، سلطة القاضي الدستوري في تفسير القوانين دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، جمادى الآخرة، 1440هـ (فبراير 2019م)، ص. 42.

<sup>2</sup> ياسر محمود الصغير، المعيار الوظيفي لتمييز القرار الإداري، مركز الدراسات العربية، مصر، 2018، ص. 8.

<sup>3</sup> الشريف مخناش، "القضاء الدستوري ودوره في تكريس دولة المؤسسات"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، السنة الجامعية 2020/2021، ص. 1.

أصبح مع دستور المملكة المغربية لسنة 2011 إمكانية أن تتدخل المحكمة الدستورية بشكل بعدي في مواجهة قانون ساري التنفيذ، وذلك من خلال آلية الدفع بعدم دستورية قانون، فبفعل القراءة الجديدة التي حملتها هذه الآلية عبر مطالبة المحكمة الدستورية التدخل بشكل بعدي، جعلت المحكمة الدستورية بمثابة "مؤسسة قضائية مستقلة" خارجة عن الجهاز القضائي العادي بدون أي رابط ترتبي معه، مجبرة القاضي الدستوري في الدخول في حوار مع القاضي العادي للوصول إلى توازنات جديدة<sup>1</sup>.

بمعنى أن الدستور الجديد خلق مجالا جديدا في إطار العلاقة التي تجمع القاضي الدستوري بالإداري وذلك من خلال مسطرة الدفع بعدم دستورية قانون، غير أن مسألة الاختصاص فتبقى حسب الدستور غير معنية بهذه العلاقة بحيث، لا يمكن لقاضي الشرعية أن يمارس اختصاص قاضي المشروعية أي أن القاضي الدستوري يملك لوحده اختصاص الرقابة على دستورية القوانين، القاضي الإداري ينفرد بمراقبة مشروعية قرارات الإدارة العامة.

فضلا عن ذلك، في بداية التسعينيات، عملت الدولة المغربية على إحداث محاكم إدارية متخصصة بهدف التأسيس لدولة الحق والقانون من مدخل الإصلاح القضائي. وقد كان الغرض آنذاك هو البث في القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها. كما تم أيضا إحداث المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 1990، ليتم الانتقال إلى تأهيل قضاء الأعمال بإحداث محاكم تجارية متخصصة لتشجيع الاستثمار سنة 1997.

ومنذ اعتلاء الملك محمد السادس للعرش في سنة 1999، حرص العاهل المغربي في عدد من خطبه، على إثارة موضوع الإصلاح العميق للقضاء، كضرورة وطنية لإرساء قوام دولة القانون، وقد شهدت هذه الخطب تطورا ملحوظا في تعاطيها مع مسألة الإصلاح، حيث ابتدأت على شكل توصيات وملاحظات، لتنتقل بعدها إلى مرحلة جديدة تمثلت في صياغة آليات إجرائية، إلا أنه وبعد سن 2011، خصوصا مع الحراك السياسي والاجتماعي في المغرب، سيكون لخطاب 9 مارس 2011، الدور الأساس في إقرار الدستور الجديد من نفس السنة، وهو لحظة فاصلة في بداية مسار الإصلاح القضائي من أجل بناء دولة الحق والقانون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحق بلفقيه، المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد من "حوار المؤسسات" إلى "حوار القضاة"، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع: 25/02/2022، الساعة 15.30 مساء.

<sup>2</sup> عبد اللطيف الشنتوف، مسار الإصلاح القضائي بالمغرب بعد دستور 2011، المعهد المغربي لتحليل السياسات، ص 6.

تبعاً لذلك أصبح القاضي الإداري يتمتع باستقلالية تمكنه من ممارسة اختصاصه بشكل أفضل والدود عن حقوق الافراد وحرّياتهم في مواجهتهم مع الإدارة، وهذه المسألة تعد قوام بناء دولة القانون.

منح أيضاً المشرع الدستوري المغربي للقاضي الدستوري استقلالية تمكنه من ممارسة دوره على أحسن وجه من خلال القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية رقم 066.13 بالتنصيص على الكثير من ضمانات هذه الاستقلالية، وهي العضوية، (حالات التنافي، عدم القابلية للعزل...) <sup>1</sup>. من الملاحظ أن مبدأ الاستقلالية من أحد أهم النقاط التي يلتقي فيها القاضي الدستوري بالقاضي الإداري لما لها من دور كبير في تجويد عملهما.

من خلال كل ما تم ذكره في هذا المطلب وبالرجوع الى دستور 2011 والقانون المنظم لعمل المحاكم الإدارية رقم 42.90 والقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية رقم 066.13 يتضح أن القضاء الدستوري والقضاء الإداري يلتقيان من خلال النقاط التالية:

أولاً: مبدأ استقلالية القضاء

ثانياً: حماية الحقوق والحرّيات

ثالثاً: ضمان تدرج القوانين

أما فيما يخص ما يفرق بين القاضي الدستوري والقاضي الإداري فيتعلق بالنقاط التالية:

أولاً: القاضي الدستوري يختص بتقدير مدى دستورية نص قانوني شكلاً ومضموناً، أما القاضي الإداري فيختص بإلزام الاجارة بالقانون.

ثانياً: خصوصية القاضي الدستوري باعتباره لا يندرج ضمن القضاء العادي.

ثالثاً: أحكام القاضي الدستوري غير قابلة للطعن، بالمقابل القاضي الإداري غالباً ما يتم الطعن في أحكامه.

يمكننا القول، بأن من الصعوبة ما كان الحديث عن العلاقة الجدلية بين القاضي الدستوري والقاضي الإداري، غير أن هذه العلاقة الجدلية يبقى لها دور كبير في بناء دولة القانون.

<sup>1</sup> القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، وتم تنفيذه بظهير شريف رقم 139.1.14 صادر في 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6288\_8 ذو القعدة 1435 (4 سبتمبر 2014).

## المطلب الثاني: دور العلاقة بين القضاء الإداري والدستوري في تكريس دولة القانون

سنحاول الحديث في هذا المطلب عن دور هذه العلاقة في بناء دولة القانون على مستوى الحقوق والحريات من جهة القاضي الدستوري (فقرة أولى)، ومن جهة القاضي الإداري (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: القاضي الدستوري

إن ترسيخ سيادة القانون لا يمكن أن تجسد إلا في دولة المؤسسات الدستورية التي تمارس فيها السلطة في حدود مرسومة سلفاً، وتوضح فيها الضمانات الكفيلة باحترام الحقوق والحريات لذلك فإن الفقه الدستوري وضع مبادئ أصبحت محل إجماع بعد النجاح الذي حققته في القضاء على الاستبداد، حيث يمكن إجمالها في مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ احترام الحقوق والحريات، وهذين المبدأين يرتبطان فيما بينهما لأنهما الوجه الحقيقي لدولة المؤسسات، ولإدراك ذلك الترابط بين مبدأ الفصل بين السلطات والحقوق والحريات لا بد من التذكير بأن هذا المبدأ من وجهة نظر غالبية الفقه هو الركن الأساس لبنان دولة القانون من الناحية الشكلية، لأن من خلاله سيبعد التسلط ويستطيع أن يحيي الحقوق والحريات، والتي من دونها لا جدوى من الكلام عن أية محاولة لإثبات وجود دولة القانون في هذا النظام أو ذاك<sup>1</sup>.

هذا يعني أن القضاء يعد إحدى ضمانات حماية الحقوق والحريات، والقاضي الدستوري ليس ببعيد عن هذا الأمر، بل إن من خلال مناهج عمله وبالإطلاع على قرارات المحكمة الدستورية يتضح جلياً بأن القاضي الدستوري المغربي يلجأ أحياناً إلى توسيع دائرة الحقوق والحريات في مقابل التضييق على كل محاولة تهدف إلى الحد من أحد هذه الحقوق.

لقد أسس القضاء الدستوري فكرة جديدة للدستور تستند على ثلاثة أسس:

ضمان حقوق المحكومين، ترسيم فكرة القانون، وخلق مجال مفتوح للاعتراف اللامتناهي بالحقوق والحريات.

فالقاضي الدستوري، يبت في "خصوصية"، ومطالب بالإجابة عن كل المناهي والمطاعن المعروضة أمامه، وإلا كان منكراً للعدالة، وأن يستحضر عناوين السياق الذي يبت فيه، وما يدلي

<sup>1</sup> الشريف مخناش، القضاء الدستوري ودوره في تكريس دولة المؤسسات، المرجع نفسه، ص 108.

به الأطراف من بيئة، يقدر محلها وجاقتها وصدقيتها، وأن يكتب قراراته بكثير من التردد والحذر، لأن لا معقب لحكمه<sup>1</sup>.

بعد فترات هامة تم فيها اعتبار القاضي مجرد ناطق بالقانون عملاً بنظرية مونتسكيو للتفريق بين السلط، لكن أصبح للقاضي الدستوري دور جوهري يعد من معايير دولة القانون.

بعد تركيز المحاكم الدستورية في أوروبا، تمكن القاضي الدستوري من فرض احترام المقتضيات الدستورية، وهو ما ساعد على بناء دولة القانون في العديد من الأنظمة رغم حداثة عهدها بالتجربة الديمقراطية.

لذلك وجد القاضي الدستوري نفسه مجبراً على البحث عن المعنى المقصود من هذه العبارة أو تلك ومن ثمة تحديد خياره أمام تعدد المعنى للنص الواحد بل وللعبارة الواحدة أحياناً. لقد مكن الدور الإنشائي والخلق للقاضي الدستوري من توسيع مدى الحقوق والحريات المحمية دستورياً.

كمثال لذلك، نذكر ما قام به القاضي الدستوري الفرنسي من خلال خلقه لفكرة الكتلة الدستورية كأحكام مرجعية يعود إليها للتثبت من دستورية القوانين. فبعد أن كان المرجع هو نص دستور 1958، أضحت الكتلة الدستورية تحتوي لا فقط على الدستور الفرنسي لسنة 1958، بل أيضاً على توطئة دستور 1946 وعلى الإعلان الفرنسي لحقوق المواطن وعلى المبادئ الأساسية المعترف بها بمقتضى قوانين الجمهورية. من هنا تمكن القاضي الدستوري من بناء فلسفة قائمة على المزيد من الحقوق والحريات وهو ما جعل من نص الدستور نصاً حياً مواكباً لعصره<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: القاضي الإداري

تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة من أهم وأقوى صور الرقابة على الإطلاق؛ لأن القضاء هو أكثر الأجهزة القادرة على حماية وترسيخ مبدأ المشروعية، والدفاع عن الحقوق والحريات العامة وحمايتها خاصة إذا ما كان موقف القضاء مستقلاً وتوافرت له كل الضمانات الكافية، فهذا النوع من الرقابة يضع الجهة الإدارية في وضع متساو مع الطرف المتضرر من جراء

<sup>1</sup> محمد أتركين، القضاء الدستوري وسجل خطابات الشرعية والشرعنة وإزاحة الشرعية: تأملات وتساؤلات، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، مداخلة قدمت في اليوم الدراسي المقام يوم 3 يونيو 2021، "مختبر الأبحاث القانونية وتحليل السياسات"، وماستر القانون العام الداخلي وتنظيم الجماعات الترابية"، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - القاضي عياض بمراكش، ص 10.

<sup>2</sup> سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، مدخل القاضي الدستوري لمراقبة احترام ضوابط الحد من الحقوق والحريات، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021، ص 35.

إصدار القرار الإداري محل الطعن، وتشكل رادعا من تغول وتسلسل الجهات الإدارية عند إصدارها للقرار الإداري؛ لأنها تعلم بأن قراراتها تخضع لرقابة القضاء الإداري<sup>1</sup>.

خلال ذلك، لابد من الاستلزام بأنه إذا كانت الإدارة في حاجة ملحة على الحفاظ على سلطتها وامتيازاتها التي يقرها لها القانون، فإنه بالمقابل لابد للمواطنين من آليات قانونية تمكنهم من الحفاظ على حقوقهم التي كرسها الدستور المغربي لسنة 2011، وعلى هذا الأساس يبرز دور القاضي الإداري في فض النزاعات التي قد تترتب عن ممارسة الإدارة لنشاطاتها<sup>2</sup>.

من هنا نستنتج قوة القاضي الإداري ودوره الفعال في تحقيق الحماية الواجبة لحقوق الأفراد وحرياتهم، غير أن هذه المسألة لا يمكن أن تتحقق إلا إذا توفرت المبادئ الدستورية أثناء تنفيذ هذه الأحكام لأنه لا يعقل بأن نقول أن القاضي الإداري يعد آلية قانونية تجسد لدولة القانون إضافة للقاضي الدستوري ونحن نعلم أن هذا الأخير أحكامه غير قابلة للطعن وملزمة للجميع في المقابل القاضي الإداري قد يصدر حكما يضمن حق لأحد المواطنين، لكن غالبا ما تواجه الأحكام الموجهة ضد الإدارة صعوبة في التنفيذ وبالتالي قد يهدر أحد المبادئ الدستورية.

ينص الفصل 126 من الدستور المغربي على أن الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع، ويجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذ هذه الأحكام.

والبين من المبدأ الدستوري السالف الذكر أن الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به والتي لم يقرر إيقاف تنفيذها طبقا لمقتضيات المادة 361 من قانون المسطرة المدنية والمادة 436 من نفس القانون لوجود صعوبة واقعية أو قانونية حول تنفيذها، خصوصا أحكام الإلزام، تكون الإدارة ملزمة بتنفيذها طبقا للضوابط القانونية المقررة في هذا الشأن، مع الأخذ بعين الاعتبار الإشكال المتعلق بتطبيق أحكام ومقتضيات ظهير 1944 في تنفيذها ومدى قابليته للتطبيق لما يترتب عن استبعاده من صعوبة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شريف أحمد بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2016، ص 11.

<sup>2</sup> هشام الوازيكي، ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، العدد الخامس، إصدار خاص، يناير 2017، ص 125.

<sup>3</sup> محمد قصري، الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الإداري والإشكاليات المطروحة، مجلة المحاكم الإدارية، العدد الخامس، إصدار خاص، يناير 2017، ص 186.

يتضح مما سبق بأن القاضي الإداري وجب توفير له كافة الضمانات التي تسهم في تحقيق دوره، إضافة إلى ضرورة إيجاد كل السبل التي تحصن من مستوى تنفيذ الأحكام القضائية لما في ذلك من ضمان للحقوق والحريات.

يمكن القول في نهاية هذا المطلب بأن القاضي الدستوري والقاضي الإداري آليتان تحقيق دولة القانون، ولهما طموح واحد هو الحرص على التطبيق السليم للقانون وحماية الحقوق، على الرغم من اختلاف اختصاصيهما، إذ أنه هذا الاختلاف في حد ذاته هو سر الوصول لدولة القانون، وأن هذه العلاقة التي تجمع بينهما هي أساس تحقيق دولة القانون.

### خلاصة الدراسة

خلاصة القول، إن الخصائص التي تتأسس عليها دولة القانون تبقى مجرد كلام بدون ضمانات تعمل على تجسيد هذه الخصائص على أرض الواقع، هذه الضمانات تتعلق أساساً بالقضاء الدستوري، من خلال مناهج عمل القاضي الدستوري إزاء تصديه لكل أعمال السلطات العمومية التي تهدف إلى إهدار الحقوق والحريات، أو شأها عيب تشريعي من جهة، والقضاء الإداري من خلال مناهج عمل القاضي الإداري، الذي يختص بدوره في إيجاد نوع من التوازن بين حفظ النظام العام وحماية الحقوق والحريات.

وبالمحصلة، يبدو لنا، أن السبيل الوحيد لكي تتحقق دولة القانون، هو اشتغال كل من القاضي الإداري والقاضي الدستوري في منظومة يحكمها القانون، سواء تعلق الأمر بتقدير مدى دستورية نص قانوني، أو إلزام الإدارة العامة بالقانون.

إن العلاقة بين القضاءين الدستوري والإداري في المغرب كفيلة بوضع المناخ السليم لبناء دولة القانون، شرط أن يتم توسيع اختصاصات القضاءين من طرف المشرع المغربي من جهة، وتوسيع دائرة استعمال القضاءين لمناهج عملهما دون قيود من جهة أخرى.

كنتيجة حتمية، العلاقة الجدلية التي تربط القاضي الدستوري؛ (حارس الشرعية)، والقاضي الإداري؛ (حارس المشروعية)، هي أساس تحقيق وبناء دولة القانون.

## لائحة المراجع

### الكتب

- الفحصي المهدي، الأنظمة الدستورية الكبرى والنظام الدستوري السياسي المغربي، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى 2011\_2010.
- وفاء الفيلاي، تأملات حول البرلمان، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى غشت 2012
- جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دون ذكر دار النشر والطبعة
- حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري دراسة مقارنة، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى 2017
- ياسر محمود الصغير، المعيار الوظيفي لتمييز القرار الإداري، مركز الدراسات العربية، مصر، 2018
- سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، مدخل القاضي الدستوري لمراقبة احترام ضوابط الحد من الحقوق والحريات، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021.

### القوانين

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011، المنفذ بظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، والذي نشر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011).
- القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، وتم تنفيذه بظهير شريف رقم 1.14.139 صادر في 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6288\_8 ذو القعدة 1435 (4 سبتمبر 2014).
- قانون المحاكم الإدارية رقم 90-41، الجريدة الرسمية عدد 4227-18 جمادى الأولى 1414 (نوفمبر 1993).

### الأطروحات

- Mame Nadiage WADE, accès au juge constitutionnel et constitutionnalisation du droit. Approche compare avec L'Allemagne, L'Italie L'Espagne, thèse pour le doctorat en droit public, AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, Ecole dovtorale séance juridique et politique, 18 décembre 2015.
- أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2011/2012.



- الشريف مخناش، القضاء الدستوري ودوره في تكريس دولة المؤسسات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن دباغين سطيف 2، السنة الجامعية 2020/2021.

## المقالات

- كمال جعلاّب، دولة القانون الديمقراطية: إشكالية المفهوم ومتطلبات الدسترة، مجلة سياسات عربية، العدد 52 المجلد 9 - أيلول / سبتمبر 2021.

- الهواري عامر-العبد هدي: التكريس الدستوري لمبدأ الأمن القانوني ضماناً لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر، مجلة مدارات سياسية المجلد (05) العدد: (01).

- غالب غانم، مدخل إلى حكم القانون، محاضرة ضمن اشغال المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، شباط / فبراير 2006.

- محمد فوزي نوبجي، عبد الحفيظ علي الشيعي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون...أداة الإصلاح والتطوير)، مجلة القانون الكويتية العالمية العدد 2- الجزء الأول، -السنة الخامسة - مايو 2017.

- عبد الحق بلقفي، المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد من "حوار المؤسسات" إلى "حوار القضاة"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، الموقع الإلكتروني: <https://revuealmanara.com>.

- لحسن الحميدي، الأسس المنهجية في تأويل القضاء الإداري المغربي لجذلية النظام العام والحريات العامة، مجلة جيل الأبحاث المعقة العدد 16، الموقع الإلكتروني: <http://jilrc.com>.

- جعفر عبد السادة بهير، دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الأمن القانوني، مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون جامعة بغداد/ العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان "الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول" للعدد 13\_14/11/2018.

- يسرى محمد العصار، سلطة القاضي الدستوري في تفسير القوانين دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، جمادى الآخرة، 1440 هـ (فبراير 2019م).

- محمد أتركين، القضاء الدستوري وسجل خطابات الشرعية والشرعنة وإزاحة الشرعية: تأملات وتساؤلات، مركز تكامل للدراسات والأبحاث، مداخلة قدمت في اليوم الدراسي المقام يوم 3 يونيو 2021، "مختبر الأبحاث القانونية وتحليل السياسات"، وMASTER القانون العام الداخلي وتنظيم الجماعات الترابية"، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-القاضي عياض بمراكش.

- شريف أحمد بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2016.

- هشام الوازيكي، ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، العدد الخامس، إصدار خاص، يناير 2017.

- محمد قصري، الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الإداري والإشكاليات المطروحة، مجلة المحاكم الإدارية، العدد الخامس، إصدار خاص، يناير 2017.



# الأمن القانوني ومسألة إعادة بناء دولة القانون والمؤسسات -من منطق مبدأ المشروعية إلى منطق مبدأ الأمن القانوني-

Legal security and the question of rebuilding the rule of law and institutions. From the logic of the principle of legality to the logic of the principle of legality

## ذ. أسامة المرابط

باحث بسلك الدكتوراه، قانون عام

## ملخص:

عرفت مناهج عمل القاضيين الإداري والدستوري الضابطة لاجتهاداتهما تحولات قطب رحاها مبدأ كثر عنه الحديث في الآونة الأخيرة في الأوساط الفقهية والممارسات القضائية الفضلى، ألا وهو الأمن القانوني. بل وراهن عليه الفقه لتجديد مناهج عمل كل من القاضي الإداري والدستوري نحو تكريس دولة القانون والمؤسسات.

الكلمات المفتاحية: الأمن القانوني، دولة القانون، المشروعية.

## Abstract:

The working methods of the administrative and constitutional judges have always been characterized by polar shifts, This principle that has been recently discussed and detailed is the legal certainty which is a doctrine but also a good judicial practice, namely Legal certainty. This principle is used though as one of the pillars of the doctrine, in order to renew the working methods of both administrative and constitutional judges towards the consecration of the State of law and institutions.

Keywords: Legal certainty, legality, State of legal certainty, Rule of law.

## مقدمة

إن دولة القانون كما استقر الفقه على تحديد أسسها ومقوماتها؛ هي الدولة التي تخضع للنظام القانوني، فنشاطها في شموليته محكوم بالقانون، وهي دلالة على "سيادة القانون"<sup>1</sup>. فهذه الأخيرة كبناء مفاهيمي-قيمي تتخذ عدة أبعاد؛ سياسية، اجتماعية، حقوقية... لكننا سنحتكم للبعد المرتبط بالمقاربة المعيارية-القانونية والقضائية الصارمة، والمرتبطة أساساً باحترام تراتبية القوانين أثناء إعمال الفعل العمومي<sup>2</sup>، وعلاقة ذلك بالحقوق والحريات.

على حد تعبير الفقيه Carré de Malberg، فيما سبق كانت دولة القانون قرينة بالمشروعية فقط<sup>3</sup>؛ هذا النموذج الشكلي للوضعية القانونية، قوامه العقلانية القانونية وتراتبية القوانين ومدى دستوريته، وحارسها مبدأ المشروعية، وضابطها الانتاجية التشريعية الخاضعة للمعيارية القانونية؛ هذا المبدأ (أي المشروعية) عمل كضابط للفعل العمومي الإداري، وكمقوم ومصحح للعلاقة بين المواطن-المرتفق أو المستعمل والإدارة.

إن مبدأ المشروعية القانونية وليد نسق دستوري-سياسي، قائم على مبدأ فصل السلط ومبادئ كلاسيكية أخرى أسست للدولة الحديثة، فهذا الأخير بمرتكزاته كان يتماشى مع المبادئ والمفاهيم الكلاسيكية والفعل-النشاط الإداري التقليدي، حيث يقوم على محرك توجيهي-ضبطي قوامه كون مجال القانون لا يجب أن يكون محل التدخلات المعيارية لسلطة التنفيذية أو لفقه الإدارة<sup>4</sup>، وفي حالة هذا التدخل يجب أن يكون له سند قانوني مشروط بقاعدة مطابقة النسق القانوني.

<sup>1</sup> - Jacques Chevallier, « l'Etat post-moderne », LGDJ, Coll Droit et société, 3<sup>ème</sup> Ed 2003, p.153.

<sup>2</sup> - ibid.

<sup>3</sup> - ibid, p.157.

<sup>4</sup> - مجموع التفسيرات والتعليقات على النصوص القانونية الصادرة بشكل رسمي عن السلطة الإدارية المركزية تجاه مصالحها الخارجية - الإدارة اللامركزية-. يهدف ضمان التطبيق الموحد للنصوص القانونية في مجمل التراب الوطني، من خلال المناشير والمذكرات والدوريات والأجوبة الوزارية. للمزيد من التفصيل حول هذا المفهوم ومكانته في النسق الإداري، يراجع في هذا الشأن:

Édouard Crepey, « La nature non normative de la doctrine administrative », Revue Française de Finances Publiques n° 130, Avril-2015.

لكن هذا النموذج اهتز بشكل كبير وفقد نواظمه القضائية والقانونية في السنوات الأخيرة، مما عجل باضمحلال مبدأ المشروعية أمام انحراف المعيارية القانونية<sup>1</sup>، إن هذا الأمر له ما بعده؛ من مس بدولة القانون والمؤسسات والحقوق والحريات.

كلها أمور دفعت القاضيين الإداري والدستوري من خلال اجتهاداتهما ومناهج عملهما لابتداع مداخل قضائية جديدة قصد تجاوز هذا الاضمحلال، أهمها مبدأ الأمن القانوني.

هذا الاضمحلال سببه المباشر الانحراف في المعيارية القانونية، واتخذ مستويين؛ الأول مرتبط بالهندسة الدستورية، وخاصة توزيع الاختصاص بين مجالي القانون والتنظيم، وظهور تطاولات السلطة التنظيمية على مجال القانون، بسبب عدم ممارسة المشرع لكامل اختصاصاته. والثاني مرتبط بالهندسة الادارية وتدخلات الإدارة عن طريق منافذ فقها الإداري في مجال القانون والتنظيم. هذا الانحراف مظهره تمس بمبادئ ومفاهيم أسست للدولة الحديثة القائمة على سيادة القانون ومبدأ فصل السلط، وتمس كذلك بالحقوق والحريات الأساسية.

فالباحث Klaus Stern، عرف دولة القانون بكونها " ممارسة السلطة من قبل الأجهزة العمومية على أساس القوانين المنشورة والمتسمة بالدستورية، وذلك لحماية الحرية والعدالة والأمن القانوني"<sup>2</sup>. فالأمن القانوني كمدخل قضائي جديد، هدفه الأساسي يتجلى في ضبط الانحراف المعيارية القانونية، وإعادة بناء الثقة في دولة القانون<sup>3</sup>.

إن الفقه القانوني مع بداية الألفية الثالثة حاول إدخال الأمن القانوني في الخطاب والممارسة القانونيتين كمجدد لعلم القانون ومناهجه<sup>4</sup>، وأصبح معيار لتقييم النظم القانونية المعاصرة، ومجدد لمناهج عمل القاضي، وغاية محورية لكل نظام قانوني، ومطلبا أساسيا لدولة

<sup>1</sup> - في مضمون بحثنا هذا، المقصود بانحراف المعيارية القانونية: عدم ممارسة المشرع لاختصاصاته الدستورية، وتطاولات فقه الإدارة على مجالي القانون والتنظيم، من خلال تضمينه قواعد قانونية أو إعادة إنتاج قواعد قانونية جديدة. للمزيد من التفصيل حول مفهوم انحراف المعيارية القانونية يراجع في هذا الشأن:

Alexandre Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », Cahiers Du Conseil Constitutionnel N° 21 (Dossier: La Normativité) - Janvier 2007.

<sup>2</sup> - Sylvia Brunet, « La conception originelle de la sécurité juridique: l'Allemagne », Titre VII [en ligne], n° 5, La sécurité juridique, octobre 2020. URL complète:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-conception-originelle-de-la-securite-juridique-l-allemande>.

<sup>3</sup> - Ibid.

<sup>4</sup> - Philippe Jestaz et Christophe Jamin, «La doctrine», Paris, Dalloz, 2004, p. 142.

القانون<sup>1</sup>. فحسب العميد J.Rivero، فالأمن القانوني هو الحماية المسبقة لجميع الحريات، وهو من يسمح بممارستها بطريقة سليمة<sup>2</sup>.

إذن، سنحاول تقفي ورصد المناهج الجديدة الضابطة لعمل القاضيين الإداري والدستوري ومدى قدرتها على إعادة بناء دولة القانون والمؤسسات، والقائمة على مبدأ كثر عنه الحديث في الآونة الأخيرة في الأوساط الفقهية والممارسات القضائية الفضلى ألا وهو الأمن القانوني، بل وراهن عليه الفقه لتجديد مناهج عمل كل من القاضي الإداري والدستوري نحو تكريس دولة القانون والمؤسسات.

إذن، فهل الأمن القانوني سيؤسس لممارسة قضائية -عملا واجتهادا- مستجدة، من خلال تجديد مناهج عمل القاضيين الإداري والدستوري وتأويلاتهما لتكريس دولة القانون والمؤسسات وحماية الحقوق والحريات؟

وقصد معالجة هذه الاشكالية سنضع لها الفرش الآتي:

**المحور الأول: مبدأ المشروعية: حماية قانونية-قضائية غير مكتملة**

**المحور الثاني: الأمن القانوني ومسألة إعادة بناء دولة القانون والمؤسسات**

<sup>1</sup> Sylvia Calmes, «Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français», Revue du notariat, Volume 110, Number 2, Septembre 2008, p. 295.

<sup>2</sup> -Jean Rivero, «Les libertés publiques», t. II, 6<sup>e</sup> éd, Paris, P.U.F., 1997, p. 21.

## المحور الأول: مبدأ المشروعية: حماية قانونية-قضائية غير مكتملة

حسب الباحث Pierre Moor، فالمشروعية القانونية قوامها سمو القانون وضمان تراتبيته<sup>1</sup>، كما أن الفقيه Jacques Chevallier، صاغ تصوره حول المشروعية القانونية وتمركزها في النسق القانوني؛ إذ اعتبر أن القانون يجب أن يكون نسق هرمي-تراتي، يحتوي في بنيته على مستويات تحترم فيه القواعد الأدنى القواعد الأعلى منها، وجميع أجهزة الدولة يجب أن تهتدي وتخضع لهذا النسق في فعلها ونشاطها<sup>2</sup>.

لكن، القانون المعاصر اليوم فقد خصائصه الكلاسيكية، مما أدى إلى انحراف المعيارية القانونية أو بالأحرى افتقاد النصوص القانونية للمعيارية؛ من خلال عدم اضطلاع البرلمان بمهامه كاملة، إضافة لظهور فاعلين جدد على مستوى إنتاج القواعد القانونية (فقه الإدارة)، الأمر الذي أدى لإفراغ مبدأ المشروعية من محتواه وزعزعة مقوماته<sup>3</sup>.

### الفقرة الأولى: مظاهرها ضمهلال المشروعية القانونية

إذا كان الدستور بقواعده يحدد تنظيم السلطات العامة جميعها، ويحدد نطاق اختصاص كل منها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات، استنادا على مبدأ فصل السلطات؛ فالقواعد القانونية الدستورية هي المصدر الأول للمشروعية القانونية.

وفق هذا النموذج، عمل مبدأ المشروعية كضابط للفعل العمومي-الدستوري والإداري، وكمقوم ومصحح للعلاقة بين المواطن-المرتفق أو المستعمل والإدارة، أما اليوم لم يعد قادر على ضبط هذه التوازنات. فهو وليد نسق دستوري-سياسي، قائم على مبدأ فصل السلط ومبادئ كلاسيكية أخرى أسست للدولة الحديثة، فمبدأ المشروعية بمرتكزاته كان يتماشى مع المبادئ والمفاهيم الكلاسيكية والفعل-النشاط الإداري التقليدي، حيث يقوم على محرك توجيهي-ضبطي قوامه كون مواضيع القانون أو مجال القانون لا يجب أن يكون محل التدخلات المعيارية للسلطة

<sup>1</sup> - Pierre Moor, «Introduction à la théorie de la légalité», in Ch.-A. Morand, Figures de la légalité, Paris, Publisud, 1992, p. 12.

<sup>2</sup> - Jacques Chevallier, «La dimension symbolique du principe de légalité», in Ch.-A. Morand, Figures de la légalité, Revue du droit public, 1990, p. 55.

<sup>3</sup> - Jacques Chevallier, «Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique», Revue du droit public et de la science politique, 1998, n° 3, p.659-714.



التنفيذية أو لفقه الإدارة، وفي حالة هذا التدخل يجب أن يكون له سند قانوني مشروط بقاعدة مطابقة النسق القانوني.

لكن، هذا النموذج اهتز بشكل كبير وفقد نواظمه القضائية والقانونية في السنوات الأخيرة، مما عجل باضمحلال مبدأ المشروعية أمام الممارسات التشريعية والتنظيمية والإدارية المعاصرة.

فالمشروعية القانونية المرتبطة بالأعمال الإدارية تقتضي من الإدارة احترام القواعد القانونية التي سنّها المشرع<sup>1</sup>، وفي مرحلة لاحقة اتسع مفهوم المشروعية ليرتبط بدولة القانون ودستورية القوانين، حيث اقترن بخضوع الدولة للقانون من خلال بعض المداخل أهمها: احترام تراتبية القواعد القانونية ووجوب احترام الإدارة للقواعد القانونية<sup>2</sup>، هذا النموذج اهتز بشكل كبير خصوصاً مع بروز الانحراف المعيارية القانونية.

إن هذا الانحراف، أدى لاضمحلال مبدأ المشروعية، وعجل باهتزاز مرتكزاته، وطمس معالمه، كلها أمور دفعت بالممارسات القضائية الفضلى بالتفكير في مداخل قضائية جديدة لتدارك نقائص المشروعية من خلال اجتهادات القاضيين الإداري والدستوري أهمها الأمن القانوني.

**الفقرة الثانية: القاضيين الإداري والدستوري والمناهج الكلاسيكية: حماية قضائية غير مكتملة**

أمام اضمحلال المشروعية القانونية، الأمر الذي عجل بتدخل القاضيين الإداري والدستوري لتدعيم المشروعية بأسس ومرتكزات جديدة، من خلال تعديل مناهج عملهما.

في هذا الصدد، عرفت الاجتهادات القضائية في المادتين الدستورية والإدارية تحولاً في معناها ومبناها؛ حيث أضحى القاضي الدستوري يتحدث عن هرمية القوانين ومدى دستوريته

<sup>1</sup> - C. Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », Études et documents du Conseil d'État, 1957, p.26-27.

<sup>2</sup> - Jérémie Van Meerbeeck, « Les principe de Légalité et de Sécurité juridique: Des faux amis », ouvrage collectif, « La légalité: un principe de la démocratie belge en péril? », Editeur Larcier (Bruxelles), 2019, p.692.

وتراجع عن استعمال مبدأ المشروعية<sup>1</sup>. نفس الأمر مع القاضي الإداري الذي أصبح يبحث عن مدى دستورية الأعمال الإدارية<sup>2</sup>.

نفس التوجه تبناه بعض الفقه الدستوري، إذ يفضل الحديث عن مبدأ "الدستورية" عوض "المشروعية"، ذلك أنه إذا كان مبدأ الدستورية يكمل مبدأ المشروعية في مفهومها الضيق؛ فإنه يصبح معوضاً لهذه الأخيرة في مفهومها الواسع، حيث يمنحها أبعاداً جديدة<sup>3</sup>، ومن الفقه من دافع عن دولة القانون الدستورية<sup>4</sup>، أي إقران المشروعية القانونية بالدستورية.

ففي قرار للمحكمة الدستورية البلجيكية، وبمناسبة مراقبتها لدستورية القوانين، استندت هذه الأخيرة ولو بشكل مضمّر على مقومات الأمن القانوني، واعتبرت أن مرتكزات المشروعية القانونية غير كافية لتقديم الحماية اللازمة للأفراد، واستعانت بالأمن القانوني<sup>5</sup>.

بناءً على ما سبق، فمبدأ المشروعية القانونية في الهندسة الدستورية والإدارية، لم يعد قادراً على تقديم الحماية الكافية للمواطنين؛ وذلك راجع للتحوّلات في نمط الإنتاج المعيارية-التشريعي، بالإضافة لتدخلات فقه الإدارة في إنتاج وإعادة إنتاج القواعد القانونية، وذلك إما بإحداث حقوق جديدة وابتداع مراكز قانونية جديدة، أو تقييد حقوق قائمة، وهذا ما يتنافى مع النص الأصلي، وفيه مساس بالمراكز القانونية للأفراد.

إن أقول مبدأ المشروعية وصعود الأمن القانوني كآلية لضمان التوازنات الكافية بين الأفراد والإدارة، يظهر بجلاء من خلال رصد العمل والاجتهاد القضائيين في المادة الإدارية، خصوصاً في مجال الطعن بسبب التعسف في استعمال السلطة<sup>6</sup>؛ فالقاضي الإداري استعان بمناهج

<sup>1</sup> - Louis Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 3 - novembre 1997. URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/legalite-et-constitutionnalite>

<sup>2</sup> - Ibid.

<sup>3</sup> - سي محمد البقالي، "المدخل الوجيز لدراسة القانون الضريبي" - مقارنة قانونية واجتماعية -، مطبعة البصيرة، الرباط الطبعة الأولى، 2018، ص: 55.

<sup>4</sup> - Pasquale Pasquino, « Le contrôle de constitutionnalité: généalogie et morphologie », Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 28 (dossier: l'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010, URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-constitutionnalite-genealogie-et-morphologie>

<sup>5</sup> - Jérémie Van Meerbeeck, op, cit, p.701.

<sup>6</sup> - Serge Morard, « La sécurité juridique en droit public français, Une illusion conceptuelle ? », Revue du notariat, Volume 110, numéro 2, septembre 2008, p.413.

مستجدة، من خلالها يتركز طرح كون مبدأ المشروعية لم يعد قادراً على تقديم الحماية اللازمة للأفراد، حيث أصبح اليوم الطعن منصب على ما هو موضوعي؛ أو كما سماه العميد Georges Vedel، "الطعن الموضوعي للمشروعية"<sup>1</sup>، أي التمهيص عن مضمون العمل الإداري لا شكلياته أو الجهة المصدرة له، كلها أمور تزكي طرح كون المشروعية كمبدأ أضى عاجزاً عن تقديم الحماية الكافية للأفراد، وصعود الأمن القانوني كمجدد لمناهج عمل القاضي الإداري في هذا المجال.

إذن، فمبدأ المشروعية كان فعالاً في نطاق الدولة التي لم تعرف بعد اهتزازاً في المفاهيم المؤسسة لها والمبادئ المقعدة لها، كمبدأ هرمية القوانين وفصل السلط، فالمشروعية كمبدأ فعاليتها ترتبط بالمفاهيم والمبادئ السالفة الذكر، ووجاهته قرينة باحترام الإدارة لاختصاصاتها. كلها أمور دفعت بالقاضي الدستوري والإداري ابتداءهما مداخل جديدة لتقديم حماية للأفراد بما يضمن استقرار وضعياتهم القانونية وحقوقهم.

حيث إن الغلو في اللجوء لتطبيقات فقه الإدارة في النظام الإداري، الأمر الذي أدى لإفراغ مبدأ المشروعية من محتواه وزعزعة مقوماته ومركزاته، وهذا ما جعل المراكز القانونية للأفراد ووضعياتهم اتجاه النظام الإداري العام لم تعد قرينة باستصدار القرارات الإدارية فقط.

هذا الاضمحلال عبر عنه الباحث Stéphane Buffa، بقوله "المشروعية لها مكانة مهمة... لكن يجب إقرانها بالأمن القانوني"<sup>2</sup>، ويضيف نفس الباحث "في مرحلة سابقة كان المجتمع يبحث عن المشروعية، وفي الوقت الراهن حاجيات المجتمع... تكمن في البحث عن الأمن"<sup>3</sup>.

### المحور الثاني: الأمن القانوني ومسألة إعادة بناء دولة القانون والمؤسسات

إن تراجع واضمحلال مبدأ المشروعية في الهندسة الدستورية والإدارية أدى ذلك لظهور آلية جديدة للحماية<sup>4</sup>، مبتدعة من خلال الاجتهاد القضائي، والأمن القانوني من أبرز تجليات هذه الحماية المستجدة؛ فهذا الأخير مدخل أساسي لتجديد العلاقة بين الدولة والمواطن ولبناء الثقة في الفعل العمومي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Sur ce point Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », op. cit.

<sup>2</sup> - Stéphane Buffa, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale », Editeur: IRJS Editions, 2014, p. 126.

<sup>3</sup> - Ibid, p.128.

<sup>4</sup> - Jacques Chevallier, « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel ». Ouvrage collectif Le droit administratif en mutation, Presses universitaires de France, 1993, pp. 11-40.

<sup>5</sup> - Sylvia Brunet, op. cit.

فالأمن القانوني كمطلب وهدف ومحدد جديد هو ناتج أساسا عن تطور العلاقة القائمة بين اختصاصات كل من البرلمان والحكومة وكيفية إنتاجهما للقواعد القانونية<sup>1</sup>؛ أي بين مجالي القانون والتنظيم. وظهوره كذلك يعزى لاضطلاع الإدارة في النظم الإدارية المعاصرة بأدوار يمكن وصفها "نشاطا معياريا"<sup>2</sup>.

### الفقرة الأولى: الأمن القانوني وتجديد مناهج عمل القاضيين الإداري والدستوري

في هذا الصدد، فالفقيه Bertrand Mathieu، يبحث عن تطبيقات ومرجعيات الأمن القانوني، ويعتبره مدخل لتجديد مناهج عمل القاضي<sup>3</sup>؛ إذ يخول للقاضي الدستوري التدخل لضمان التوازن بين البرلمان والحكومة من خلال سن تشريعات واضحة لاجتناب أي تعسف تأويلي-تفسيري، ومن خلالها ضمان جودة التشريع ومتسم بالمعيارية، وأتاح للقاضي الإداري التدخل لضمان التوازن بين الإدارة والمواطنين، وضبط التطبيقات الإدارية المعاصرة (فقه الإدارة). خصوصا من خلال ضمان التطبيق السليم لمبدأ فصل السلط واحترام هرمية القوانين<sup>4</sup>. هذا على مستوى القمة، أما على مستوى القاعدة ضمان احترام الحقوق والحريات.

أولا: القاضي الدستوري وإعمال الأمن القانوني: ضبط عدم الاختصاص السلي للمشرع

« Le pouvoir qui puisse arrêter le pouvoir<sup>5</sup> »

Alexander Hamilton

إن إعمال الأمن القانوني من قبل القاضي الدستوري لضبط الاختصاص السلي للمشرع، بمثابة تجديد لمناهج عمله؛ في هذا الصدد ربط القضاء الدستوري مبدأ وضوح القانون بالتوزيع السليم للاختصاصات التشريعية بين مجالي القانون والتنظيم<sup>6</sup>. فالأمن القانوني كضرورة لدولة

<sup>1</sup> - Bertrand Mathieu, « La norme, le juge et la sécurité juridique », Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, Editeur: Dalloz, 2012. p.67.

<sup>2</sup> - Jean-Claude Martinez, « Le statut de contribuable », LGDJ, 1980, Tome 1, p. 77.

<sup>3</sup> - Bertrand Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 11 (Dossier: Le principe de sécurité juridique) – décembre-2001.

<sup>4</sup> - Thomas Piazzon, « La sécurité juridique », Editeur Defrénois, Collection: Doctorat & Notariat, 2010, p. 74.

<sup>5</sup> - Pasquale Pasquino, op, cit.

"السلطة تعقل السلطة"

<sup>6</sup> - Thomas Piazzon, op, cit, p. 75.

القانون بمقتضاه تم تجاوز منطق هرمية القواعد القانونية-المعيارية إلى منطق جودة القواعد القانونية<sup>1</sup>.

إن الأمن القانوني كمبدأ ليس له ارتباط باحترام الهرمية القانونية ومدى تطابق في التشريعات والنصوص التنظيمية مع ما يسموها من قواعد التي تسموها فقط، بل هدفه الأساسي ضبط إنتاج القواعد القانونية-المعيارية<sup>2</sup>، وضمان جودتها.

ففي مقال للفقيه «Alain Delcamp»، يتساءل فيه عن طبيعة ومستقبل العلاقة بين البرلمان القضاء الدستوري؛ واعتبر أن القضاء الدستوري في مرحلة جد متطورة ومهمة في حياته القضائية؛ حيث أصبح القاضي الدستوري يتدخل في مسلسل إعداد القاعدة القانونية-المعيارية<sup>3</sup> ويسهر على تجويدها، من خلال الرقابة على دستورية القوانين.

عموما، فالقاضي الدستوري في الممارسات القضائية الفضلى، حدد تطبيقات الأمن القانوني وتأثيرها على مناهج تدخل القاضي الدستوري في حماية وضمان معيارية وجودة النصوص القانونية<sup>4</sup>، هذا الأمر له ما بعده؛ إذ يترتب عنه مبدأ الوضوح بأبعاده، أهمها ضمان ممارسة المشرع لاختصاصاته بما يضمن مبدأ فصل السلط وما ينتج عنه من وضوح في بنية النص القانوني وتطبيقاته الإدارية والقضائية هذا من جهة، ومن جهة ثانية قابلية توقع الوضعيات القانونية من قبل الافراد، بما يضمن أمنهم القانوني<sup>5</sup>.

حيث إن ضبط عدم الاختصاص السلبي يسمح للقاضي الدستوري بمعاينة المشرع الذي لم يمارس اختصاصاته كاملة الممنوحة له بمقتضى الدستور؛ إن هذا النوع من الرقابة موجه أساسا للمشرع قصد ضمان فعالية الحقوق والحريات ذات قيمة دستورية<sup>6</sup>. فحالات عدم

<sup>1</sup> - Ibid, p. 75.

<sup>2</sup> - Marc Perletier, « Les normes du droit fiscal », Ed Dalloz, 2008. p.227.

<sup>3</sup> - Alain Delcamp, « Le conseil constitutionnel et le parlement », revue française de droit constitutionnel », n° 57, p.72-73.

<sup>4</sup> - M.Olivier Dutheil, « La sécurité juridique Le point de vue du juge constitutionnel », exposé fait par M. Olivier Dutheil et de Lamothe, membre du Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005, p.2.

<sup>5</sup> - Sebastien Robbe, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », Revue du notariat, Volume 110, numéro 2, septembre 2008, p.348.

<sup>6</sup> - Vito Marinese, « L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi », Thèse pour le Doctorat en droit Sous la direction de Guy Carcassonne Soutenue publiquement le 19 décembre 2007, Université de Nanterre - Paris, 2007. Français, p.437.

الاختصاص السلبي التي يقع فيها المشرع هي بمثابة أوجه قصور شكلية للقانون من قبيل: عدم الدقة والوضوح، الغموض، والفراغات التشريعية... كلها أمور تحد وتخفف من القيود المعيارية، وهذا ما قد يؤسس لتطبيق تعسفي للقانون<sup>1</sup> (من قبيل: غلو القضاء في التفسير والتقدير أو تطاولات السلطة التنظيمية وفقه الإدارة على مجال القانون).

وفي هذا الشأن اعتبر مجموعة من الباحثين، أن القاضي الدستوري يدافع عن البرلمان ضد نفسه<sup>2</sup>، من خلال حث المشرع على ممارسة كامل اختصاصاته، وهذا ما تكرر في قرارات متعددة<sup>3</sup>.

وهذا ما أكدّه القاضي الدستوري الفرنسي، إذ جاء في حيثيات أحد قراراته: "يقع على عاتق المشرع الممارسة الكاملة للاختصاص المخول له من طرف الدستور، وخاصة مادته 34، لهذا الغرض مبدأ وضوح القانون الناجم عن نفس المادة، هو مبدأ ذو قيمة دستورية، والهدف منه سهولة فهم القانون الناجم عن المواد 6 و5 و4، والمادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، تفرض على المشرع اتخاذ تدابير كافية وواضحة، بهدف وقاية الأفراد أصحاب الحقوق، ضد التفسير المخالفة للدستور، أو ضد خطر التعسف، دون تخويل للسلطة الإدارية أو القضائية مهمة التفصيل في القواعد القانونية التي لم يخوله الدستور إلا للقانون"<sup>4</sup>.

فالوضوح في النصوص القانونية رهين بمدى ممارسة المشرع لاختصاصاته<sup>5</sup>، وهذا ما أكدّه القاضي الدستوري الفرنسي؛ ففي قرار له جاء في مضامينه: "يقع على عاتق المشرع التحديد بعناية القواعد في الأمور المرتبطة باختصاصه، مما لا يسمح للسلطات الإدارية والقضائية

<sup>1</sup> - Ibid.

<sup>2</sup> - من بين هؤلاء الباحثين نجد:

■ Georges Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 38, janvier 2013, p.2;

■ Loïc Philip, « Droit Fiscal Constitutionnel », Ed Economica 1990, p.41.

<sup>3</sup> - Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9. / Cons. const., déc. n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 12./ Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2001, cons. 9./ Cons. const., déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 9.

<sup>4</sup> - Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Journal officiel du 18 janvier 2002, page 1053, Recueil, p. 49, ECLI: FR:CC:2002:2001.455.DC.

<sup>5</sup> - Sebastien Robbe, op, cit, p.347.

سلطة تقديرية مرتبطة بالتفسير في حالة تطبيق القواعد ذات بعد عام ومجرد لتكييفها مع الوضعيات الخاصة<sup>1</sup>.

نفس التوجه ذهب فيه القضاء الدستوري المغربي، في قرار له رقم 950/14<sup>2</sup> بمقتضاه ألغى بنداً من المادة السادسة من القانون التنظيمي للمالية الذي ينص على أنه "لا يمكن تعديل المقتضيات الضريبية والجمركية إلا بموجب قانون المالية". حيث تم تقييد مجال القانون: حيث بمقتضى هذا البند لا يجوز للبرلمان إدخال التعديلات الضريبية والجمركية إلا بموجب قوانين مالية السنة، الأمر الذي انتبه إليه القاضي الدستوري المغربي، بإلغائه هذا البند.

ففي معرض حديثها عن علاقة الأمن القانوني بعدم الاختصاص السلبي للمشرع، اعتبرت الباحثة A.-L.Valembois أن الجزء المسلط على عدم الاختصاص السلبي ناتج أساساً عن متطلبات الأمن القانوني للحد من عدم دقة المقتضيات التشريعية<sup>3</sup>، مما يفسح المجال أمام اتساع السلطة التقديرية للإدارة في تفعيل نشاطها.

صفوة القول، فالقضاء الدستوري، يذكر المشرع باختصاصاته، وذلك للحد من ظاهرة عدم ممارسة المشرع لاختصاصاته أو ما يعرف بعدم الاختصاص السلبي للمشرع<sup>4</sup>، وذلك لضمان وضوح القاعدة القانونية وحماية الحقوق والحريات الأساسية، وبالتالي فالقاضي الدستوري ينبه المشرع إلى اختصاصاته، وذلك لاجتناب التفسيرات والتأويلات للنصوص القانونية المخالفة للدستور<sup>5</sup>، والتعسفية.

### ثانياً: القاضي الإداري: وإعمال الأمن القانوني: التأسيس لضبط فقه الإدارة

في هذا الشأن، يتحدث الباحث Stéphane Buffa، عن محدودية مناهج عمل القاضي الإداري أمام اتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة، خصوصاً عن طريق منافذ فقهها الإداري من خلال

<sup>1</sup> - Décision 2004-509 DC, Journal officiel du 19 janvier 2005, page 896, texte n° 2 Recueil, p. 33 ECLI: FR: CC: 2005: 2004.509.DC.

<sup>2</sup> بتاريخ 2014-12-23... قرار المجلس الدستوري رقم 950\14، ملف رقم 950\14 م.د.

<sup>3</sup> - Pour A.-L.Valembois, « la sanction pour incompétence négative apparaît surtout dictée par les exigences de la sécurité juridique lorsqu'elle sanctionne un défaut de précision d'une disposition législative », La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français; LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 122, 2005, p.269.

<sup>4</sup> - Julien Valls, « Le contrôle des normes législatives financières par les cours constitutionnelles », Ed, LGDJ 2002, p.207.

<sup>5</sup> - Claire Bazy Malaurir, « Le rôle du conseil constitutionnel dans l'élaboration de la norme », Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, Editeur: Dalloz, 2012. p.18.

تجاوزه ولالتفافه على مرتكزات المشروعية القانونية<sup>1</sup>، الأمر الذي دفع القاضي الإداري للبحث عن مناهج جديدة تقوم على مرتكزات الأمن القانوني<sup>2</sup>.

في هذا الصدد، يساهم القضاء الإداري في توطيد مبدأ الأمن القانوني من خلال ضبط فقه الإدارة، وذلك من خلال العمل على التخفيف من الشروط الشكلية والموضوعية للطعن فيه، وذلك لتوسيع دائرة الحماية القضائية للأفراد. هذا ما يجعل الرقابة القضائية في الكثير من الأحيان المصدر الوحيد لإعطاء النصوص القانونية الفعالية<sup>3</sup>. حيث قبل القاضي الإداري القبول الطعن في فقه الإدارة، شريطة مراعاة بعض الضوابط القضائية.

فالقاضي الإداري من خلال دعوى الإلغاء حاول التصدي وتقييد فقه الإدارة، من خلال إلغاء مضامين فقه الإدارة الذي فيه مس بالنسق التشريعي-المعياري أو فيه مساس بوضعية مخاطبيه<sup>4</sup>؛ فالاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، استقر على إمكانية إلغاء فقه الإدارة المتضمن لقواعد قانونية-معيارية غير مطابقة للقواعد التشريعية والتنظيمية<sup>5</sup>، والتي تمس بالمراكز القانونية للأفراد، كما تم الاستقرار على كون القواعد القانونية التشريعية-التنظيمية تسمو على نظيرتها الإدارية (فقه الإدارة)<sup>6</sup>.

في هذا الشأن، حاول القاضي الإداري تكييف مناهجه مع متطلبات الأمن القانوني؛ خصوصاً في الطعون المتعلقة بتجاوز في استعمال السلطة؛ من خلال نهجه البعد الموضوعي في التمحيص عن مبدأ المشروعية<sup>7</sup>. هذا في مرحلة أولى، وفي مرحلة ثانية أضحى يبحث عن مقومات الأمن القانوني باعتباره مبدأ مستقل يكفل الحماية للأفراد في مواجهتهم للإدارة في حالة حيدها عن أهدافها وما يؤطرها.

<sup>1</sup> - Stéphane Buffa, op, cit, p.242.

<sup>2</sup> - Ibid, p.242.

<sup>3</sup> - Bernard Hatoux, « La cour de cassation et la sécurité juridique », RFFP, N°130 avril-2015, p.126.

<sup>4</sup> - Marc Perletier, op, cit, p.220.

<sup>5</sup> - CE, Ass. 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du kreiker, Rec, p.64.

<sup>6</sup> - Marc Perletier, op, cit, p.220.

<sup>7</sup> - Serge Morard, op, cit, p.413.



إن الحديث عن الأمن القانوني وتأثيره على مناهج عمل القاضي الإداري سيفضي إلى تغييرات جوهرية على هذه المناهج في ممارستها للرقابة على عمل-نشاط الإدارة<sup>1</sup>، فالأمن القانوني آلية ستسهم في تحول نمط ومناهج عمل القاضي الإداري<sup>2</sup>.

ففي ظل الممارسات الإدارية المستجدة وما نتج عنها من انحراف المعيارية القانونية، وقع خلل في النسق القانوني في كافة تجلياته وتمفصلاته (مبدأ فصل السلط؛ مبدأ المشروعية، أدوار الإدارة ووظائفها)؛ كلها أمور تضعف النمط الكلاسيكي للحقل الإداري القائم على مراقبة مشروعية الفعل-النشاط الإداري ومدى مطابقة القواعد الأدنى لما يسموها من قواعد (هرمية القانون)؛ والأمن القانوني في هذه السلسلة من البناء وإعادة البناء وما يقتضيه من هدم الصرح القديم، ينصب نفسه نمط أو منهج جديد للمراقبة القضائية على الفعل-النشاط الإداري<sup>3</sup>.

في هذا الشأن، نعى القاضي الإداري في الممارسة القضائية المغربية نفس التوجه؛ ففي حكم لإدارية الرباط ربطت هذه الأخيرة استقرار المراكز القانونية بمبدأ الأمن القانوني<sup>4</sup>، فالقضاء الإداري المغربي في الآونة الأخيرة سعى لدمج هذا المبدأ ضمن مبادئ القانون ولو ضمناً.

وهذا ما فطنت له كذلك الغرفة الإدارية بمحكمة النقض؛ ففي قرار لها جاء في حيثياته: "فالإعفاء حسب دورية مديرية الضرائب رقم 715 إذا توفرت شروط المادة 63 من المدونة العامة للضرائب، فإن ما ورد من تفسير بالدورية المذكورة يكون ملزماً للإدارة في مواجهة الملمزمين إعمالاً لمبدأ الثقة المشروعة الذي يجعل من اطمئنان الملمزم لتفسير الإدارة للقانون بواسطة الدوريات الصادرة عنها لمعرفة حقوقه"<sup>5</sup>.

إن تخلي القاضي الإداري عن مناهج عمله القائمة على التفسير الضيق والحرفي للنص القانوني، تجسيدا للمشروعية، والسماح للأفراد للطعن في مضامين فقه الإدارة رغم أنه لا يدخل في مصاف المشروعية القانونية ولا في مصاف الهرمية القانونية-المعيارية (خاصة القرارات

<sup>1</sup> - Ibid, p.422.

<sup>2</sup> - Ibid, p.423.

<sup>3</sup> - Ibid, p.422.

<sup>4</sup> - حكم للمحكمة الإدارية بالرباط رقم 3932، بتاريخ 25-10-2010، ملف رقم 242-5-2012، أورده محمد الهيبي، "المرتكزات الدستورية - الناطمة للعمل القضائي للمحكمة الإدارية بالرباط وفقاً لاجتهاد محكمة النقض 2012-2013 - قضاء الإلغاء"، طبعة 2014، مكتبة الرشاد-سطات، ص: 165.

<sup>5</sup> - محكمة النقض، قرار عدد 601، الملف الإداري عدد 1394-2-4-2015 الصادر بتاريخ 9 يوليوز 2015.

الإدارية) دلالة عن اضمحلال المشروعية، ومرحلة جديدة دشنها القضاء الإداري والدستوري للتأسيس للأمن القانوني.

### الفقرة الثانية: حوار القضاة-الإداري والدستوري-: نحو إعادة بناء دولة القانون والمؤسسات

إن رصد تقاطعات الحوار بين القاضيين الإداري والدستوري ينطلق أولاً من رصد تصورهما لتطبيقات الأمن القانوني في المادتين الدستورية والإدارية، وكذلك اقتفاء أثر هذا الحوار من خلال اجتهاداتهما تأسيساً وتجديداً لدولة القانون والمؤسسات.

#### أولاً: تصور القضاء الإداري والدستوري للأمن القانوني

إن دولة القانون لا تفترض كون الأعمال والأفعال الصادرة عن السلطات العمومية أن تكون واضحة، ومحددة بدقة فقط، بل يجب أن تكون مستقرة، لجعل المواطن-المرتفق يثق في الفعل العمومي، ويضع تصور إيجابي حول الدولة ويثق بها، ودرء التصور تعسفي عن الدولة<sup>1</sup>.

فلمدارس القضائية الألمانية والانجليزية اعتبرت الأمن القانوني من العناصر المؤسسة لدولة القانون<sup>2</sup>. نفس التوجه صاغه القضاء الأوروبي؛ فالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، اعتبرت أن الأمن القانوني يقوم على وضوح القواعد القانونية ومدى توقعيتها، وهذا ما يشكل ركيزة أساسية لدولة القانون<sup>3</sup>. نعى مجلس الدولة البلجيكي نفس المنحى، ففي إحدى قراراته؛ إذ ربط مطلبي توقع القاعدة القانونية والأمن القانوني بدولة القانون، واعتبرهما لصيقين بالمجتمع الديمقراطي<sup>4</sup>.

فالأمن القانوني كجوهر للقانون العام في النظم القضائية المعاصرة الفضلى، يهدف لحماية الحقوق والحريات بالأساس<sup>5</sup>، فهو ضمانة للحقوق، ويضمن الشروط الضرورية

<sup>1</sup> - Sylvia Brunet, op, cit.

<sup>2</sup> - Olivier Cahn, « Regard comparé sur le régime britannique », La sécurité fiscale, ouvrage collectif, sous la direction de Jacques Buisson, Editeur: L'Harmattan 2011, Paris. p.98.

<sup>3</sup> - Cour eur. D.H., arrêt Lekic c. Slovénie, 14 février 2017, req. n° 36480/07, § 93.

<sup>4</sup> - C.E., arrêt n° 41.140, 24 novembre 1992, R.A.C.E., 1992, p. 9

<sup>5</sup> - Sylvia Brunet, op, cit.

للممارسة الحقوق الأساسية<sup>1</sup>. نفس الأمر تبناه الفقيه Bertrand Mathieu حيث اعتبر الأمن القانوني يوظف كضمانة لممارسة الحقوق الأساسية<sup>2</sup>.

### ثانيا: مظاهر الحوار بين القاضيين الإداري والدستوري

إن فعالية الدستور، قرينة بتفعيل مبادئه وقيمه؛ بمقتضاها تفرض التزامات سلبية (القانون لا يجب أن يتجاهل أو أن يغفل..) والتزامات إيجابية (القانون يجب أن يحدد الضمانات..). فشرط الفعالية يفرض علاقة ترابطية بين الدستور والقوانين<sup>3</sup>.

هذا الأمر يتجسد من خلال تدخلات القاضيين الإداري والدستوري لضمان فعالية الدستور من خلال الدفاع عن مبدأ فصل السلط ودولة المؤسسات والدفاع عن الحقوق والحريات، عن طريق إقامة أواصر الحوار بين القاضيين الإداري والدستوري يؤسسان من خلاله للأمن القانوني، وإعماله من خلال مناهج عملهما. فهذا الأخير (أي الأمن القانوني) كمدخل قضائي يضمن احترام مبدأ فصل السلط وإعادة التوازن بين الإدارة والمواطن من خلال احترام الحقوق والحريات.

فالقضاء الدستوري، ولضمان فعالية الدستور، استقر في اجتهاداته على أن سهولة الولوج للنص القانوني ومفهوميته، أهداف ذات قيمة دستورية، مما يستوجب على المشرع سن مقتضيات تشريعية واضحة ولا لبس فيها. فالمقتضيات التشريعية الغامضة، قد تمنح للسلطة القضائية أو الإدارية سلطة تقديرية واسعة تؤسس لمخالفة للدستور، وهذا ما يمس بمبدأ فصل السلط والحقوق والحريات.

إن القضاء الدستوري طور التزام حقيقي إيجابي تجاه المشرع وعلى عاتقه لضمان فعالية التشريع<sup>4</sup> وجودته، من خلال ضرورة وضوح القانون، وسهولة فهمه، والولوج إليه، بل وأقر

<sup>1</sup> - Anne-Laure Cassard-Valembais, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français: « je t'aime, moi non plus... » », Titre VII [en ligne], octobre 2020, n° N° 5. URL complète:

<https://www.conseilconstitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-exigence-de-securite-juridique-et-lordre-juridique-français-je-t-aime-moi-non-plus>

<sup>2</sup> - Bertrand Mathieu, « La normativité de la loi: une exigence démocratique », Cahiers Du Conseil Constitutionnel N° 21 (Dossier: La Normativité) - Janvier 2007. URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel/la-normativite-de-la-loi-une-exigence-democratique>

<sup>3</sup> - Vito Marinese, op, cit, p.108.

<sup>4</sup> - Vito Marinese, op, cit, p.83.

بدستورية مبدئي وضوح القواعد القانونية وسهولة الولوج لها، وذلك في قرارات متعددة<sup>1</sup>، باعتبارهما من أسس الأمن القانوني.

صفوة القول، فالقضاء الدستوري، تدخل لضمان دولة القانون والمؤسسات من خلال سن قواعد قانونية واضحة، حماية لمبدأ الأمن القانوني للأفراد ولحقوقهم، قصد تجنب تفسيرات وتأويلات المخالفة للدستور من قبل الأجهزة الإدارية والقضائية<sup>2</sup>. لأن التأويل يعقله ويوقفه الوضوح، الذي يفترض في المقتضيات القانونية.

وعزز القاضي الدستوري هذا الطرح بكون: "المساواة أمام القانون المنصوص عليها في المادة 6 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، و"ضمانة للحقوق" التي تشرطها المادة 16؛ بكون لا تكون المادة السالفة الذكر فعالة إذا كان المواطن دون معرفة كافية ومسبق بالقواعد التي ستطبق عليه؛ هذه المعرفة ضماناً لممارسة الحقوق والحريات..."

عموماً، فإن جودة القوانين أضحت معياراً جديداً موجهاً لرقابة القاضي الدستوري على القوانين<sup>3</sup>، فمبدأ الوضوح والولوجية والمفهومية كأهداف دستورية لها مبنغى وغاية مشتركة تكمن في تعزيز وتقوية الأمن القانوني<sup>4</sup>.

نحى القاضي الإداري نفس توجهات القاضي الدستوري؛ ففي قرار لمجلس الدولة الفرنسي حاول مراعاة المفهومية والوضوح وجودة التشريع كأساس للأمن القانوني، فالقاضي الإداري أضفى يراقب جودة التشريع<sup>5</sup>، واستقرار الأعمال التي تصدر عن السلطات العمومية، مما يسمح للمواطنين القدرة على الثقة والوثوق بالأعمال التي تمس بمراكزهم القانونية<sup>6</sup>. كون وضوح

<sup>1</sup> - Charles Guené, « Le point de vue d'un parlementaire », RFFP.133-Février 2016, p.149.

<sup>2</sup> - C-B Malaurir, op, cit, p.18.

<sup>3</sup> - Vito Marinese, op, cit, p.74.

<sup>4</sup> - Anne-Laure Valembois, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français » Cahiers du conseil constitutionnel n° 17 - mars 2005. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-constitutionnalisation-de-l-exigence-de-securite-juridique-en-droit-francais>

<sup>5</sup> - CE, 3 août 2011, n°337127, Inédit au recueil Lebon;

<sup>6</sup> - Sylvia Brunet, op, cit.

والقابلية على التوقع والاستقرار كلها متطلبات مرتبطة بدولة القانون<sup>1</sup>، والأمن القانوني من أسس دولة القانون<sup>2</sup>.

إذن؛ ربط القاضي الدستوري في التجارب الفضلى المفهومية والولوجية للقانون بعدم الاختصاص السلبي للمشرع وبمبدأ المساواة، نفس الأمر تبناه القاضي الدستوري المغربي<sup>3</sup>، فالمساواة أمام القانون من قبل المواطنين تقتضي قانون سهل الولوج من قبل الجميع ومفهوم وقابل للاستيعاب<sup>4</sup>. فتعقد القانون يتنافى معه مبدأ المساواة أمام القانون وبين المواطنين<sup>5</sup>.

فعدم سن نصوص قانونية واضحة مفهومة يفضي لتعطيل مبدأ المساواة بين المواطنين بكافة صوره؛ حيث أن هذا المبدأ يتقوى أو يتم تعطيله بمدى مفهومية النص القانوني والولوجية إليه؛ ومن الفقه من أصبح يتحدث عن المساواة في فهم مضامين النصوص القانونية والمساواة في تطبيقها<sup>6</sup>.

## خاتمة

يعتبر الأمن القانوني من أهم المفاهيم التي حظيت بالقدح المعلن في حقل العلوم القانونية في العقدين الأخيرين؛ من الدراسات والبحوث سواء فيما يتعلق بميلاده وتطوره، أو التكييف القضائي له في النسق القضائي، فالكل مجمع ومتفق -الفقه والقضاء- على أن الأمن القانوني مدخل أساسي لتجديد مناهج عمل القاضيين الإداري والدستوري، ومطلب أساسي لدولة الحق والقانون<sup>7</sup> والمؤسسات.

<sup>1</sup> - Massimo Luciani, « L'éclipse de la sécurité juridique », Revue française de droit constitutionnel, n° 4, 2014, p.991.

<sup>2</sup> - Massimo Luciani. « La modulation des effets dans le temps et le revirement de la jurisprudence », Titre VII [en ligne], n° 5, La sécurité juridique, octobre 2020. URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-modulation-des-effets-dans-le-temps-et-le-revirement-de-la-jurisprudence>

<sup>3</sup> - 2011. م د بتاريخ 4 ماي 2011، ج.ر. عدد 811-القرارين صادرين عن المجلس الدستوري سابقا المحكمة الدستورية حاليا: قرار عدد 5948 بتاريخ 2 يونيو 2011، 2742. قراررقم 475-2002، م د بتاريخ 25 يونيو 2002، ج.ر. عدد 5017 بتاريخ 1 يوليو 2002، ص.1949.

<sup>4</sup> - Jean-Claude Gémard, « Analyse jurilinguistique des concepts de « lisibilité » et d'« intelligibilité » de la loi », Revue générale de droit, Volume 48, Number 2, 2018, p.329.

<sup>5</sup> - Vito Marinese, op, cit, p.566.

<sup>6</sup> - Bertrand Mathieu, « La normativité de la loi: une exigence démocratique », op, cit.

<sup>7</sup> - Jean-Pierre Lieb, « La sécurité juridique à travers les prises de position et la documentation de l'administration », RFFP n°112-Novembre 2010. p.57.

ففي كتابه "المشاكل الأساسية لفلسفة القانون"، الباحث Henri Batiffol، اعتبر: "إن تطور الأفكار، بالنسبة لرجال القانون والفكر القانوني قطب رحاها هو مفهوم الأمن، حيث أصبح كهدف أو غاية من القانون في حد ذاته"<sup>1</sup>.

## قائمة المراجع

### ■ باللغة العربية

#### ■ الكتب

- سي محمد البقالي، "المدخل الوجيز لدراسة القانون الضريبي" -مقاربة قانونية واجتماعية - ، مطبعة البصيرة، الرباط الطبعة الأولى، 2018.

### ■ الاجتهاد القضائي

#### القضاء الدستوري

- قرار المجلس الدستوري عدد 811-2011، م د بتاريخ 4 ماي 2011، ج.ر. عدد 5948 بتاريخ 2 يونيو 2011، 2742.

- قرار المجلس الدستوري رقم 475-2002، م د بتاريخ 25 يونيو 2002، ج.ر. عدد 5017 بتاريخ 1 يوليو 2002، ص.1949.

- قرار المجلس الدستوري رقم 950\14، ملف رقم 950\14 م.د. بتاريخ 23-12-2014.

#### القضاء الاداري

- محكمة النقض، قرار عدد 601، الملف الإداري عدد 1394-2-4-2015 الصادر بتاريخ 9 يوليوز 2015.

- المحكمة الإدارية بالرباط حكم رقم 3932، بتاريخ 25-10-2010، ملف رقم 5-242-2012.

<sup>1</sup> - Batiffol Henri, « problèmes de base de philosophie du droit », FeniXX réédition numérique (LGDJ) (1 janvier 1979), p.400.

## ■ باللغة الفرنسية

### ■ Ouvrages

- **Batiffol Henri**, « problèmes de base de philosophie du droit », FeniXX réédition numérique (LGDJ) (1 janvier 1979).
- **Jacques Chevallier**, « l'Etat post-moderne », LGDJ, Coll Droit et société, 3ème Ed 2003.
- Jean-Claude Martinez, « Le statut de contribuable », LGDJ, 1980, Tome 1.
- **Jean Rivero**, « Les libertés publiques », t. II, 6<sup>e</sup> éd, Paris, P.U.F., 1997.
- Marc Perilletier, « Les normes du droit fiscal », Ed Dalloz, 2008.
- **Philippe Jestaz et Christophe Jamin**, « La doctrine », Paris, Dalloz, 2004.
- Stéphane Buffa, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale », Editeur: IRJS Editions, 2014.
- Thomas Piazzon, « La sécurité juridique », Editeur Defrénois, Collection: Doctorat & Notariat, 2010.

### ■ Revues

- Alain Delcamp, « Le conseil constitutionnel et le parlement », revue française de droit constitutionnel », n° 57.
- Anne-Laure Cassard-Valembois, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français: « je t'aime, moi non plus... » », Titre VII [en ligne], octobre 2020, n° N° 5. URL complète: <https://www.conseilconstitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-exigence-de-securite-juridique-et-lordre-juridique-français-je-t-aime-moi-non-plus>
- Bernard Hatoux, « La cour de cassation et la sécurité juridique », RFFP, N°130 avril-2015.
- Bertrand Mathieu, « La norme, le juge et la sécurité juridique », Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, Editeur: Dalloz, 2012.

- Bertrand Mathieu, « La normativité de la loi: une exigence démocratique », Cahiers Du Conseil Constitutionnel N° 21 (Dossier: La Normativité) - Janvier 2007. URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux->
- C. Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », Études et documents du Conseil d'État, 1957.
- Claire Bazy Malaurir, « Le rôle du conseil constitutionnel dans l'élaboration de la norme », Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, Editeur: Dalloz, 2012.
- Jacques Chevallier, « La dimension symbolique du principe de légalité », in Ch.-A. Morand, Figures de la légalité, Revue du droit public, 1990.
- Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », Revue du droit public et de la science politique, 1998
- Jacques Chevallier, « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel ». Ouvrage collectif Le droit administratif en mutation, Presses universitaires de France, 1993.
- Jean-Pierre Lieb, « La sécurité juridique à travers les prises de position et la documentation de l'administration », RFFP n°112-Novembre 2010.
- Jérémie Van Meerbeeck, « Les principe de Légalité et de Sécurité juridique: Des faux amis », ouvrage collectif, « La légalité: un principe de la démocratie belge en péril? », Editeur Larcier (Bruxelles), 2019.
- Louis Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 3 - novembre 1997. URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/legalite-et-constitutionnalite>
- Pasquale Pasquino, « Le contrôle de constitutionnalité: généalogie et morphologie », Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 28 (dossier: l'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010, URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-constitutionnalite-genealogie-et-morphologie>
- Pierre Moor, « Introduction à la théorie de la légalité », in Ch.-A. Morand, Figures de la légalité, Paris, Publisud, 1992.



— Sebastien Robbe, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », Revue du notariat, Volume 110, numéro 2, septembre 2008.

— cahiers-du-conseilconstitutionnel/la normativite-de-la-loi-une-exigence-democratique

— Serge Morard, « La sécurité juridique en droit public français, Une illusion conceptuelle ? », Revue du notariat, Volume 110, numéro 2, septembre 2008.

— **Sylvia Brunet**, « La conception originelle de la sécurité juridique: l'Allemagne », Titre VII [en ligne], n° 5, La sécurité juridique, octobre 2020. URL complète:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-conception-originelle-de-la-securite-juridique-l-allemande>.

— Sylvia Calmes, «Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français », Revue du notariat, Volume 110, Number 2, Septembre 2008.

#### ■ Jurisprudences

##### Conseil Constitutionnel Français

— Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Journal officiel du 18 janvier 2002, page 1053, Recueil, p. 49, ECLI: FR: CC: 2002: 2001.455.DC.

— Décision 2004-509 DC, Journal officiel du 19 janvier 2005, page 896, texte n° 2 Recueil, p. 33ECLI: FR: CC: 2005: 2004.509.DC.

##### Conseil D'état

— C.E(Belgique), arrêt n° 41.140, 24 novembre 1992, R.A.C.E., 1992, p. 9

— C.E (Français), 3 août 2011, n°337127, Inédit au recueil Lebon.