



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 8 ماي 1945
كلية الحقوق والعلوم السياسية



تخصص قانون عام

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون العام

دور القضاء الإداري في صنع قواعد القانون

تحت إشراف الأستاذ:
شاوش حميد

من إعداد الطلبة:
- ماضي سفيان
- زراولة عز الدين

تشكيل لجنة المناقشة

الصفة	الرتبة العلمية	الجامعة	الأستاذ
رئيسا	استاذالتعليم العالي	8 ماي 1945 قالمة	أ.د.فنيديس أحمد
مشرفا	استاذ التعليم العالي	8 ماي 1945 قالمة	أ.د. شاوش حميد
عضو مناقش	استاذ التعليم العالي	8 ماي 1945 قالمة	أ.د.فاضل إلهام

السنة الجامعية: 2024/2023

كلمة شكر وتقدير

احمد الله عز وجل حمدا كثيرا مباركا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه،
وأصلي وأسلم على نبيه محمد خاتم الأنبياء والمرسلين صلى الله عليه وسلم وعلى
آله وصحبه أجمعين.

أتقدم بشكري وامتناني لأستاذي الفاضل الدكتور شاوش حميد الذي تكرم
بالإشراف علي في هذه المذكرة والذي لم يبخل علي من وقته، جهده،
وتوجيهاته وبكل ما رآه مفيدا من معلومات.

كما أتوجه بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين سهروا على قراءة مذكرتي
وإبداء رأيهم من ملاحظات.

راجي من المولى عز جلاله أن يجزيهم خير الجزاء ويجعل علمهم وعملهم
خالصا لكريم وجهه.

إهداء

إلى من وضعتني على طريق الحياة، وجعلتني رابط الجأش، وراعتني حتى
صرت كبيراً أُمي الغالية، طيب الله ثراها.

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار وأرجو من الله أن يمد في عمرك لتري ثمارا قد
حان قطافها بعد طول انتظار والدي العزيز

إلى إخواني وإلى كل أفراد أسرتي وإلى كل الأصدقاء ومن كانوا برفقتي
ومصاحبتي أثناء الدراسة في الجامعة وإلى كل من ساهم في تلقيني ولو بحرف
في حياتي الدراسية أهدىكم هذا العمل.

كلمة شكر وتقدير

الحمد والشكر لله عز وجل على إعانته لإنجاز هذه المذكرة

وأقدم شكري الجزيل إلى الدكتور شاوش حميد الذي قام بالإشراف على إنجاز
مذكرة تخرجي، والذي كان له الفضل الكبير في إرشادي وتوجيهي من أجل
إنجاز هذا العمل كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي الكرام على مدار
جميع المسار الدراسي كما لا ننسى جميع موظفي المكتبات الجامعية الذين
ساعدوني على إنجاز هذه المذكرة وكل من ساعدني من بعيد أو من قريب لكم
جزيل الشكر والعرفان.

إهداء

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات
الحمد لله ما تم جهد ولا ختم سعى إلا بفضله وتوفيقه، بفضل من الله أتممت
مسيرتي الجامعية أهدى تخرجي إلى والدي الكريمين اعترافاً لهما على كل
الجهود التي بذلها لتوفير الدعم المعنوي والمادي وتهيئ أجواء الراحة
والاطمئنان لتسيير هذا العمل إلى إخواني وأصدقائي مع كامل المودة والتقدير
إلى أساتذتنا الأجلاء بشعبة القانون إلى كل من ساهم في إنجاز هذا البحث.

المقدمة:

القضاء الإداري يمثل عنصراً جوهرياً في منظومة العدالة، حيث يلعب دوراً حيوياً في تطوير وصياغة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الأفراد والإدارة العامة. يتمثل هذا الدور في القدرة على التفسير والتطبيق العملي للقوانين ضمن سياقات قد تكون غير مسبوقه، مما يساهم في إنشاء سوابق قضائية واجتهادات جديدة تشكل جزءاً من مصادر القانون.

يتمثل أحد أبرز أدوار القضاء الإداري في تفسير النصوص القانونية التي قد تكون غامضة أو غير محددة بشكل كافٍ لتغطية جميع الحالات العملية. من خلال النظر في النزاعات الناشئة عن تصرفات الإدارة العامة، يضطر القضاة الإداريون إلى تحليل القوانين وتطبيقها بطريقة تحقق العدالة والمشروعية، مما يقودهم إلى تقديم تفسيرات جديدة ومبدعة.

من خلال قراراته وأحكامه، يسهم القضاء الإداري في إنشاء سوابق قضائية تلعب دوراً توجيهياً في القضايا المستقبلية. هذه السوابق تعمل كمرجع عند معالجة حالات مشابهة، مما يعزز من التماسك والاستقرار القانوني، ويساعد على تحقيق التوازن بين السلطة التنفيذية وحقوق الأفراد.

في كثير من الأحيان، قد تترك النصوص القانونية ثغرات أو جوانب غير مكتملة بسبب تطور الظروف الاجتماعية والتكنولوجية. يلعب القضاء الإداري دوراً حاسماً في سد هذه الثغرات من خلال تفسير القوانين بشكل يتماشى مع المستجدات، أو عبر إنشاء مبادئ قانونية جديدة توفر الحماية اللازمة للأفراد في مواجهة تصرفات الإدارة.

يتحمل القضاء الإداري مسؤولية مراقبة مدى مشروعية القرارات الإدارية والإجراءات التنفيذية. من خلال مراجعة هذه القرارات، يمكن للقضاة الإداريين تعديل أو إلغاء القرارات التي تتعارض مع القانون أو المبادئ الدستورية، مما يساهم في تطوير فهم أكثر دقة لمفاهيم القانون والمشروعية.

أسباب اختيار الموضوع:

يعتبر موضوع دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية من المواضيع ذات الأهمية البالغة في مجال القانون الإداري، حيث أن القاضي الإداري له دور محوري في تفسير وتطبيق القوانين والتنظيمات الإدارية، مما ينعكس بشكل مباشر على إرساء القواعد القانونية الناظمة للعلاقات الإدارية. وتكمن أسباب اختيار هذا الموضوع في الرغبة في تسليط الضوء على هذا الدور الحيوي للقاضي الإداري ودراسة آليات ممارسته وأبعاده القانونية والعملية.

الأسباب الذاتية والموضوعية:

من الناحية الذاتية، يرجع اختيار هذا الموضوع إلى اهتمامي الشخصي بالقانون الإداري وإدراكي لأهمية دور القاضي الإداري في تطوير المنظومة القانونية.

أما من الناحية الموضوعية، فيأتي اختيار هذا الموضوع انطلاقاً من أهميته البالغة في الواقع العملي، كونه يساهم في فهم آليات تشكيل القاعدة القانونية وتطورها في ظل التغييرات المستمرة في المجال الإداري.

أهمية الموضوع:

تتبع أهمية هذا الموضوع من الدور الحاسم الذي يلعبه القاضي الإداري في إرساء وتشكيل القاعدة القانونية، وذلك من خلال تفسيره للنصوص القانونية وتطبيقها على الوقائع المعروضة عليه؛ فقرارات وأحكام القاضي الإداري تشكل منبعاً أساسياً لظهور قواعد قانونية جديدة أو تطوير القواعد القائمة، مما يجعل دراسة هذا الدور أمراً ضرورياً لفهم آليات تطور المنظومة القانونية الإدارية.

الإشكالية:

ماهي أساليب القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية والمساهمة في إثرائها؟

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات والأبحاث التي تناولت موضوع دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، سواء على المستوى المحلي أو المقارن، ومن أبرز هذه الدراسات:

• نور الهدى غنيمي دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، دراسة مقارنة رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان الجزائر 2016.

تناول البحث في دراسة دور القاضي في المنازعات الإدارية من حيث السلطة في دعوه الالغاء مع تسليط الضوء على قرارات الغرف الادارية في الجزائر حيث تضمن الدراسة دور القاضي الاداري الجزائري اجتهاده في انشاء القواعد القانونية والتي تبين بان له دور متميز بشكل كبير لانها اختصرت على الجزائر

• المرسوسي عمار الحسين، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية في العراق، اطروحة الدكتوراة، جامعة، بغداد 2019.

تناولت هذه الاطروحة دور القاضي الاداري في العراق من حيث اعماله لسلطاته العقلية والذهنية للوصول الى حل مناسب لفض النزاع المعروف امامه تناولت الدراسة دور قاضي في اجراءات الدعوة

• شقاق ابتسام فاطمة الزهراء، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2016.

تناولت الباحثة في رسالتها الدور الانشائي للقاضي الاداري في الجزائر وفرنسا ومصر ومذا تاتر المشرع الجزائري بالفقه الفرنسي، الا ان المطلع على الرسالة يجد ان الباحثة قد اختارت دور القضاء المقارن لتفريغ فحوى الرسالة على القضاء الاداري في الجزائر خلافا لعنوانها بوصفها دراسه مقارنه.

صعوبات الدراسة:

تتمثل أبرز صعوبات هذه الدراسة في:

• ندرة المراجع المتخصصة بشكل مباشر في موضوع دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية.

- التداخل بين دور القاضي الإداري ودور المشرع في إنشاء القواعد القانونية الإدارية.
- صعوبة تحديد الحدود الفاصلة بين الدور التفسيري والدور الإبداعي للقاضي الإداري.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- التعرف على ماهية دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية.
- دراسة الأساس القانوني والفلسفي لهذا الدور.
- تحليل آليات ممارسة القاضي الإداري لدوره في إرساء وتطوير القواعد القانونية.
- الوقوف على أهم الحدود والضوابط التي تحكم ممارسة القاضي الإداري لهذا الدور.
- استنتاج أبرز الآثار والانعكاسات الناجمة عن ممارسة القاضي الإداري لدوره في إنشاء القاعدة القانونية.

ومن خلال المتطلبات التي ستوجبها بحثنا هذا اتبعنا التقسيم الثنائي كمنهج لمذكرتنا مما اوصلنا للخطة الاتية وخرجنا بفصلين:

المنهج المتبع

1. المنهج التحليلي:

تحليل النصوص القانونية: تقييم القوانين واللوائح المتعلقة بالقضاء الإداري، مثل قوانين الإجراءات الإدارية، لفهم الأساس القانوني الذي يستند إليه القضاء في اتخاذ قراراته.

دراسة الأحكام القضائية: تحليل الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري لمعرفة كيفية تطبيق القوانين وتفسيرها في ضوء الوقائع المختلفة، وتحديد الأنماط والسوابق القضائية التي تتشكل من خلال هذه الأحكام.

مقارنة المبادئ القانونية: مقارنة المبادئ المستمدة من أحكام القضاء الإداري مع النصوص القانونية الأصلية لتحديد الإضافات أو التعديلات التي أدخلتها الاجتهادات القضائية.

2. المنهج الوصفي:

وصف الأدوات القضائية: تحديد الأدوات والإجراءات التي يستخدمها القضاة الإداريون، مثل الأوامر الجزرية والمراجعات القضائية، وكيفية استخدامها في تفسير القوانين وتطويرها.

تحديد نطاق الاجتهادات: وصف مدى وتأثير الاجتهادات القضائية على القوانين القائمة، وكيفية استخدامها في تعزيز العدالة والمشروعية.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

الفصل الأول

سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية هي موضوع يشغل العديد من الباحثين في مجال القانون الإداري، يعتبر القاضي الإداري شخصاً مهماً في نظام العدالة الإدارية، حيث يتمتع بصلاحيات تسمح له باتخاذ قرارات تؤثر على تطبيق القوانين وصياغة القواعد القانونية في البلدان التي تلتزم بنظام القضاء الإداري. تتجلى سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية من خلال تفسيره وتطبيقه للقوانين والأنظمة الإدارية المعمول بها، والتي قد تتطور وتتغير مع تطور الظروف، والتحديات الاجتماعية، والاقتصادية والسياسية. وبموجب صلاحياته القانونية، يمكن للقاضي الإداري أن يقرر في القضايا التي تُثار أمامه وفقاً لمبادئ العدالة والنصوص القانونية، وقد يقوم بالتوجيهات القانونية التي يتعين اتخاذها من قبل الجهات الإدارية، تعد حدود سلطة القاضي الإداري في صنع القواعد الإدارية موضوعاً ذا أهمية بالغة في النظم القانونية الحديثة، حيث تمثل نقطة تقاطع حساسة بين السلطات القضائية والتنفيذية والتشريعية.

المبحث الأول

أساليب القاضي الإداري في صنع القاعدة القانونية

تتنوع أساليب القاضي الإداري في صنع القاعدة القانونية وفقاً للنظام القانوني والثقافة القانونية المعمول بها في كل دولة. يُمكن تلخيص هذه الأساليب في المقام الأول إلى عدة نقاط رئيسية ومنها التفسير القانوني يقوم القاضي الإداري بتفسير القوانين والأنظمة القانونية المعمول بها، مع التركيز على فهم المبادئ القانونية العامة والأغراض التي يسعى إليها النظام القانوني.

المطلب الأول

دور التفسير القضائي في صنع القاعدة القانونية

يعد التفسير، من أخص وظائف القاضي الإداري دون جدال خاصة عندما يجد نفسه ملزماً بإيجاد حل للنزاع المعروض عليه، وذلك برفع الغموض الذي يصادفه، ليصل إلى التفسير الذي يراه متفقاً مع نية المشرع الحقيقية.

الفرع الأول: مفهوم التفسير القضائي

في ظل ازدواج القضاء والقانون، يعتبر القانون الإداري مصدراً رسمياً، والقاضي الإداري له دور هام في مجال القانون الإداري، فيقوم بتفسير النص الغامض ويوفق بين النصوص المتعارضة، وينشئ قاعدة

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

جديده للفصل في النزاع فهو الذي يخلق نظريه القانون الاداري بمفهومه الضيق، ومنه وجب التطرق الى تعريف التفسير وثانيا الى طرق التفسير.

أولاً: تعريف التفسير القضائي

ان التفسير في اللغة العربية مصدره "فسر" وهي من الفسر بضم الفاء ومعناه البيان والكشف وفسر الشيء ويفسره وفسر اي ابان واوضح، وفسر القول اي ابانه اوضحه وفسر بمعنى كشف المراد عن اللفظ المشكل.¹

ما يمكن ملاحظته في موضوع التفسير هو تضارب تعاريف هذا الاخير واختلافه باختلاف وجهات نظر الفقه ومراجعهم، فالمقصود به في الاصطلاح القانوني انه: تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية بالكشف عن مختلف التطبيقات التي نتجت عليها احكامها، وإيضاح ما غمض من هذه الاحكام واستكمال النقائص فيها، ورفع ما قد يبدو في الظاهر من التناقض بين اجزائها او يلوح من التعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية.

امام صعوبة ايجاد تعريف جامع مانع للتفسير، وما تولد عنه من خلاف بين فقهاء القانون، فقد ظهرت مدرستان في تحديد المقصود من التفسير يمكن التمييز بينها كم يلي²

1- المفهوم الضيق

يقصد بالتفسير بالمفهوم الضيق ازاله غموض النص وتوضيح ما ابهم من احكامه، وفقا لهذا التصور التفسير لا يقع الا في حاله غموض النص ولا شأن له بنقص النصوص او قصورها او تعارض اجزاء منها، لأن هذه الامور حسب وجهة النظر هذه من اختصاص المشرع على المفسر.³

2- المفهوم الواسع للتفسير

يقصد به في نظر اصحاب هذا الاتجاه توضيح ما غمض من ألفاظ النصوص القانونية وتقويم عيوبها، ولاستكمال ما نقص من احكام القانون والتوفيق بين اجزائه المتعارضة على نحو يجاري متطلبات تطور المجتمع وروح العصر، والتفسير بهذا المعنى يلزم تطبيق القانون سواء كان نصا غامضا او واضحا.⁴ ومن خلال ما سبق يمكننا استخلاص مجموعة من المعاني، أهمها:

1-التفسير عملية ذهنية تهدف الى استخراج النص او المضمون الحقيقي لقاعدة معينة.

2-التفسير يعني وجود اصطلاح مطلوب لاكتشافه او استخراج المحتوى الذي تتضمنه.

3-التفسير يقتضي وجود سلطة عامة تتطلع به وكذلك وجود حكم غامض ومبهم يتطلب التفسير.

يمكننا التطرق الى المعنى الخاص لدعوى التفسير واساسها القانوني ومبرراتها، فعرفت بأنها الدعوى القضائية الإدارية التي تحرك وترفع من ذوي الصفات القانونية والمصلحة امام الجهة القضائية المختصة، وهي اصلا جهة القضاء الاداري في النظم القضائية المزدوجة، وهي المحكمة الإدارية ومجلس الدولة

فاتح خلوفي، سلطات القاضي الإداري في التفسير دار هومة، الجزائر، 2017، ص. 16¹

²حسن محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص. 27

عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، النضارية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ريحانة لنشر. الجزائر. 2000. ص 192³

⁴ فارس حامد عبد الكريم، الإدارة العامة والتفسير المرجعي للقانون، الجزء الثاني، منشور على موقع www.iroker.dk بتاريخ 05-2018

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

في النظام القضائي الجزائري، وما يتطلب فيها من سلطة القضاء المختص بتفسير تصرف قانوني إداري غامض ومبهم، من أجل تحديد المراكز القانونية وتوضيح الحقوق والالتزامات الفردية.¹

كما يمكن تعريفها أيضا أنها دعوى إدارية بمقتضاها يطلب صاحب الشأن من القاضي المختص اعطاء تفسير للقرار الإداري محل دعوى التفسير وفقا للشروط والاجراءات القانونية. وهنا لا يتعلق الامر بتفسير القانون، وهي الوظيفة الطبيعية لكل قاضي، بل يتعلق الامر بتفسير عمل انفرادي قامت به الإدارة تجسد في قرار إداري يحمل بعض الغموض مما استوجب رفع دعوى تفسير على اساس ان الإدارة فسرت القرار في اتجاه معين وبرؤية معينة، والمعني بالقرار فسره من جهة اخرى، مما أدى الى ايضاح المصالح واللجوء للقضاء الإداري من أجل حسم هذه الإشكالية.²

يقتصر موضوع هذه الدعوى على تفسير الكلمات الغامضة الموجودة في القرار الذي أشارت إليه المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة، الطرف المعني في الطلب الافتتاحي للدعوى، مهما كان نوع القرار الذي يجب تفسيره.

فالعبرة متى كانت غامضة ومبهمة يفترض ان تكون محلا لتفسيرات مختلفة، فتمسك الإدارة بتفسير معين تراه من وجهة نظرها صائبا وسليما، وخلاف ذلك يتمسك صاحب المصلحة بتفسير اخر يخدم مصالحه وادا تعارضت المصالح فلا مفر من اللجوء للقضاء، والاحتكام امامه كجهة محايدة ليعطي التفسير الحقيقي الواجب الاعتماد عليه، وهذا لن يكون الا من خلال دعوى التفسير.³

اعترف المجلس الاعلى سابقا ممثلا بالغرفة الإدارية بموجب قرار صادر بتاريخ 7 ديسمبر 1972 بسلطة التفسير ومما جاء فيه ان القضاة المعروض عليهم التنازع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب، بل الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بالتفسير الواجب القيام به عندما تكون صيغة القانون غامضة او غير كافية.⁴ اما الاساس القانوني لدعوى التفسير فهو ثابت ومكرس في النصوص التالية:

القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المعدل والمتمم المتعلق باختصاص مجلس الدولة، وتنظيمه، وعمله المعدل والمتمم.

القانون رقم 98_02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المعدل والمتمم المتعلق باختصاص مجلس الدولة، وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم.

القانون رقم 08_09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية المادة 801.

الامر رقم 66_154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 متضمن قانون الاجراءات المدنية المعدل والمتمم المادة سبعة والمادة 274.

ثانيا: أنواع التفسير

¹ عمار عوابدي، القضاء التفسيري في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 92
² عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، جسر للنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 2013، ص. 169.
³ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، مرجع نفسه ص. 169.
⁴ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، مرجع نفسه ص. 171.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

للتفسير عدة أنواع، منها التفسير الفقهي، التفسير التشريعي والتفسير القضائي

1- التفسير الفقهي

يتولاه فقهاء وشراح القانون بمناسبة شرحهم للقواعد القانونية المنصوص عليها في النصوص التشريعية¹، فهو الذي يباشره رجال القانون في مؤلفاتهم²، وهم أساتذة الجامعات والمحامين والقضاة حيث يتناولون فيها نصوص التشريع بالتحليل بقصد الكشف عن معانيها وما تشملها من أحكام، وهو مرجع لا غنى عنه للقاضي في تطبيقه للقانون وللمشرع الذي يلجأ إليه أحيانا لتعديل النصوص وفق ما استقر عليه الفقه.

التفسير الفقهي لا يرتبط بنزاع واقعي فهو غاية في حد ذاته بعكس تفسير القضاء المرتبط بواقع معين

يعد التأصيل والتحليل للنصوص التشريعية من قبل الفقهاء، عاملا مساعدا في توضيح أحكام القانون وبيان أوجه القصور فيه، الأمر الذي يؤدي إلى تبني تلك التفسيرات الفقهية فيما بعد على شكل نصوص قانونية ملزمة، ويندرج التفسير الفقهي من الوجيز إلى الوسيط ثم المطول ويتميز خاصة الوسيط والمطول منه بتأصيل النظريات والآراء الفقهية، أي إرجاع النصوص التشريعية إلى النظريات والآراء الفقهية التي اقتبست منها تلك النصوص التشريعية، مع الإشارة أحيانا إلى الأحكام القضائية الصادرة تطبيقا للنص التشريعي المفسر.

وهناك مدرستان تسودان في التفسير الفقهي من حيث الشكل.

المدرسة الأولى: ويطلق عليها مدرسة الشرح على المتون، في الغالب يلجأ القاضي لتفسير النصوص التي تشوبها عيوب، أو غموض أو نقص أو تصحيح الأخطاء المادية مع أنه من المبادئ الراسخة في القانون بصفة عامة أن النص التشريعي الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره، ويعبر عن ذلك بأنه (لا اجتهاد مع وضوح النص)³. لذا يرى أنصار هذه المدرسة أن الدور المفسر يجب ألا يتجاوز النص إذ يلتزم فقط بالكشف عن نية المشرع، والمقصود ساعة وضع النص هو ما يستطيع الوصول إليه من خلال الألفاظ الواردة في القاعدة القانونية⁴. فالتفسير يكون في ذات النص، من خلال الاستعانة بالاستنتاج سواء من مفهوم المخالفة أو الموافقة، وكذا من جانب معاني الألفاظ والدلالات اللغوية وكذا تفسير مضمون النص جملة أو مجملا⁵.

إلا أن هذه النظرية لا تخدم دور القاضي الإداري الإنشائي، بشكل مباشر بسبب الطبيعة الخاصة للقانون الإداري وما يتميز به من خصائص في هذه الحالة. وقد أغفل أنصار هذه المدرسة أهمية المصادر غير المكتوبة التي غالبا ما يلجأ إليها القاضي الإداري لتكوين قناعته من أجل الحكم في النزاع المعروض عليه مما لا يغنيه التثبيت بحرفية النص، ما أدى إلى وجود اتجاه يخالف هذا الاتجاه.

المدرسة الثانية: والتي تتضمن تفسير النصوص القانونية بحسب الموضوع دون التقيد بتسلسل ورود النصوص التشريعية في القانون المعني، كأن يقوم المفسر أو الشارح لموضوع الخصومة في قانون

عباس قاسم مهدي الداوقوي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة، 2015، ص 198¹.

² إدريس العلي العبدواوي، أصول القانون، ج 1، نظرية القانون، دار القلم، 1971 **بلد النشر**، ص 687.

إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 194³.

عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 199⁴.

محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون -، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 304⁵.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

الإجراءات المدنية والإدارية، بشرح جميع النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع الخصومة، وذلك بجمع تلك النصوص في موضوع واحد ومن ثم الربط بينهم لتفسير موضوع المعنى.

يمكن القول بأن طريقه الشرح على المتون تشبه إلى حد كبير منهج التفسير التجزيئي عند علماء التفسير المسلمين، إذ يتم تفسير القرآن آية فآية بحسب تسلسل ورودها في القرآن الكريم، بينما في تفسير الموضوع يقوم المفسر أو الشارح بتفسير النصوص التشريعية بالنصوص التشريعية، باعتبار تلك النصوص تمثل وحده قانونية متكاملة تفسر بعضها البعض، وتكمل بعضها البعض.

وللتفسير الفقهي مكانته على مستوى الدراسات القانونية وعلى مستوى التطبيقات القضائية أيضاً؛ إذا أن النظريات الفقهية هي وليدة تطور حاجات المجتمع التجديدية وكثير من النظريات والآراء الفقهية التي نظر لها فقهاء القانون قد جرى تقديمها في التشريعات الحديثة كنظرية الظروف الطارئة التي نادى بها فقهاء القانون أولاً ثم جرت تشريعها في التقنيات الحديثة.

2- التفسير التشريعي: يقصد به العمل التشريعي الذي تصدره السلطة التشريعية التي أصدرت العمل التشريعي السابق، أو هيئة مفوضة في ذلك لبيان المقصود من هذا التشريع¹، أي أن يكون تفسير التشريع بتشريع مثله². فهو الذي يصدر من المشرع في شكل نص لاحق، لإزالة غموض أو سد نقص في القانون المختلف في تفسيره، واثير تناقض في امر تطبيقه، سار بأثر رجعي، على الواقع القائم في ظل القانون المفسر والتي تصدر بشأنها الاحكام على ان لا يتضمن التفسير التشريعي احكاما جديدة لما يتضمنها القانون المفسر فانه يسري بالنسبة للمستقبل فقط. فالتفسير التشريعي هو التفسير الذي يصدر عن السلطة التي اصدرت التشريع، فالأصل ان تتولى تفسير التشريع سواء كان اساسيا رئاسيا، او فرعيا بالنسبة للجهات القائمة على تطبيقه³ إذ يرى المشرع او السلطة الإدارية التي اصدرت قرارا تنظيميا معيناً ان هذا القانون او القرارات قد أثر خلافا في تطبيقه يستدعي التدخل لتفسيره على نحو يقضي على هذا الخلاف ويقطع دابره لضمان وحدة التطبيق. ذهب اتجاه اخر الى ان التفسير التشريعي ليس تفسيراً بالمعنى الدقيق، لأنه ليس عمليه ذهنيه لاستخلاص قصد المشرع وانما هو لا يعد ان يكون مجرد افصاح عن قصد المشرع بواسطة المشرع نفسه، في قواعد القانونية لها صفة الالزام لذلك لا نكون بصدد تفسير لقاعدة وانما يصدر قاعده مفسرة اخرى هي التي تعرف باسم: القاعدة الشارحة. مع ذلك فهناك اتجاه يرى بان التفسير التشريعي لا يختلف الى حد ما عن بقية انواع التفسير إلا من حيث الجهة التي تمارسه وحسب، فالمشرع يستهدف من وراء اصدار التفسير التشريعي ازاله النقص الذي شاب النص القانوني الذي تعذر تطبيقه⁴، والتفسير التشريعي قد يكون في ذاته، وذلك في حالة اراده التشريع لمصطلحات او تعابير او كلمات والتعريف بها في صلب التشريع وقد تكون في صورة تشريع لاحق.

التفسير التشريعي إذا كان من جهة يعبر عن مضمون القاعدة ويكشف عن خفاياها لأنه صادر من نفس الجهة التي اصدرت النص، الا ان الظاهرة التي تشهدها المجتمعات اليوم أن المشرع لما يتدخل لتفسير التشريع فهو يتجنب ان يخطو هذه الخطوة، تاركا المجال في ذلك للقضاء والفقهاء من اجل رفع الغموض الذي يحوم حول بعض القواعد التشريعية⁵.

عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الثقافة لنشر و التوزيع ط1، العراق، 2012، ص.132
محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة -، القاهرة، 1977، ص. 78

عباس قاسم ماهر الداوقني، المرجع السابق، ص. 132

كاظم الشمري، تفسير النصوص الجزائية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص. 78

عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النضارية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ربحانة لنشر.الجزائر. 2000. ص.19

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

3- التفسير القضائي

للتفسير القضائي أهمية كبيرة من الناحيتين العلمية والتطبيقية وذلك أن قاضي محكمة الموضوع يمارسه بما له من سلطة قانونية ممنوحة له بموجب القوانين، وذلك لفض النزاعات المعروضة عليه وصولاً إلى العدالة التي يشيدها الخصوم عبر الحكم القضائي الذي يصدره، ويعتبر عنصراً جوهرياً في تطبيق القانون، وهو ضروري لتطبيق القاعدة القانونية على واقع النزاع المعروض أمام القاضي، فهو وسيلة وليس بغاية، ومن خلاله يؤدي القاضي واجبه في القضاء.

فالقاضي هو الكفيل بتطبيق القوانين وهذا التطبيق يتطلب أحياناً تفسير النص التشريعي، لذا لا يمكن تجاهل ما تمثله عملية التفسير من دور عملي في تطوير النصوص التشريعية عبر الإشارة إلى مواطن الخلل أو القصور فيها.

فالمشرع مهما كان حريصاً في صياغة النص التشريعي، فتلك النصوص لا يمكن أن تكون مستوعبة لمستجدات الحياة المتغيرة من زمن إلى زمن، فالقاعدة القانونية التي جرى تشريعها قبل خمسين سنة على سبيل المثال قد لا تكون مستوفية لحاجات العصر الحاضر، لذا فإن هنالك جملة من القواعد ينبغي على القاضي أن يراعيها عند تفسير النصوص القانونية لكي يكون التفسير دقيقاً ومتماشياً مع روح العصر، ويمكن تلخيص القواعد فيما يأتي¹

1- إتباع التفسير المطور للقانون.

2- عدم التقيد بحرفية النصوص و محاولة الغوص في أعماق النص التشريعي محاولاً استجلاء روح النص عبر الوصول إلى قصد المشرع والحكمة من التشريع وعدم الاكتفاء بالتقيد بظواهر النصوص وما توحيها من معان ظاهرية قد لا تفي بالغرض.

3- محاولة الرجوع إلى النصوص التشريعية في القوانين الأخرى ذات الصلة بموضوع النزاع، ذلك أنها في مختلف القوانين تعد بنية قانونية متكاملة، تكمل بعضها بعضاً وتفسر بعضها بعضاً.

4- الرجوع إلى قوانين الدول التي تتقارب قوانينها مع القانون الوطني لقاضي الموضوع لتفسير ما غمض من النص في القانون الوطني.

5- الرجوع إلى السوابق القضائية ذات الصلة بموضوع النزاع، سواء في القانون الوطني أو قوانين الدول التي تتقارب قوانينها مع القانون الوطني، ولما كان القضاة يفسرون القانون بمناسبة الفصل فيما يعرض عليهم من منازعات، فهم يتأثرون إلى حد كبير عند التفسير بالاعتبارات والظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي يثور التفسير عند الفصل فيها.

إذن التفسير القضائي الذي يمارسه القضاة أثناء نظرهم في الدعوى التي ترفع إليهم حتى يتوصلوا إلى حكم المشرع أو القانون يتكون من التفسيرات التي يقوم بها القضاة بمناسبة المنازعات المطروحة عليهم، وهو ما يسمى بالسوابق القضائية².

¹ عباس قاسم مهدي الداوق، المرجع السابق، ص 207

² عبد القادر الشبخلي، الحكم القضائي من النظرية إلى التطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2014، 1431، عمان، الأردن ص 194.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

من مزايا التفسير القضائي أنه ذو طابع عملي، فهو لا يصدر بمناسبة وضع حلول لقضايا محتمل وقوعها، فمهمته تركز حول تطبيق التشريعات أو القانون على قضايا واقعية، و هي قضايا قائمة بالفعل و مثارة في ساحة القضاء على شكل منازعات، و لذلك فإن التفسير القضائي يأتي عادة في ضوء تلك المنازعات المعروضة، فهو في ذلك يتأثر بالظروف و الملابس المحيطة بها، فيكون عندئذ أشد صلة بالحياة العملية، و أكثر ملامسة لضرورة الواقع من أي تفسير آخر، فهو يتوخى الملائمة بين الاعتبارات النظرية المستمدة من النصوص و بين الاعتبارات العملية التي تفرضها ظروف المسألة الشرعية أو القانونية المعروضة عليه، وذلك لجعل أحكام الشرع و القانون متماشية مع مقتضيات الواقع¹، هو ما يدعو القاضي في بعض الأحيان إلى تخطي قصد المشرع الوضعي إذا ما وجد أن في تطبيق النص القانوني حرفياً فيه مجافاة للعدالة.

فالتفسير القضائي هو وسيلة لا غاية، فهو لا يصدر لذاته و إنما يصدر تمهيداً لتطبيق نص تشريعي، أو قانوني على منازعة معروضة على القضاء، سواء أكانت مرفوعة من قبل الأشخاص أو من قبل سلطات عامة، فوظيفة القاضي أصلاً هي فض النزاعات التي تثور بين خصوم لهم مصالح متناقضة، تلقي بظلالها على القاضي عند تفسير النص المراد تطبيقه، فالقاضي يضع في حسابه ما سيؤدي إليه الحل من نتائج عملية، و من ثم يكون همه تحصيل الحل القانوني الذي قصده المشرع، و هو الفصل في المنازعة القائمة أمامه، بخلاف الفقه القانوني الذي يقتصر همه على تحصيل الحكم القانوني الذي قصد المشرع تقريره فحسب، لذلك يقال أن التفسير الفقهي غاية في حين أن التفسير القضائي وسيلة²

أما من حيث القوة الملزمة فإن التفسير القضائي بحسب الأصل ليس له قوة ملزمة قانونية، وتقتصر قوة إلزامه على أطراف المنازعة التي صدر التفسير القضائي بصددها، بناء على حجية الأمر المقضي فيه التي تثبت الحكم، وبهذا لا تتعدى قوة الإلزام بالتفسير القضائي الحدود الشخصية والموضوعية لحجية الأمر المقضي فيه.

الفرع الثاني: مبررات لجوء القاضي الإداري إلى التفسير وطرقه

يعتبر التفسير القضائي للنص من الأمور التي تثير نوعاً من الخلاف فهي من الأمور الصعبة التي يتطلب خبرة قانونية ومهارة عملية حتى يكون التفسير بمعناه الصحيح الذي ابتغاه المشرع عند وضعه للنص القانوني، وللتفسير مبررات تسبقه فالقاعدة القانونية الواضحة السبب يدعو إلى تفسيرها ان التفسير ينال من النصوص الغامضة وعلى أساس ذلك سيجري تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول يتناول مبررات لجوء القاضي الإداري إلى التفسير في حين يتناول الفرع الثاني طرق التفسير القضائية.

أولاً: أسباب لجوء القاضي الإداري إلى التفسير القضائي

تثور امام القاضي الإداري عدة أسباب تدعو إلى اللجوء إلى التفسير القضائي للقاعدة القانونية نتناولها تباعاً:

1- غموض النص: عرف جانب من الفقه النص الغامض بأنه نص غير واضح الدلالة، فهو لا يدل على ما فيه بالصيغة ذاتها بل يتوقف فهم هذا المراد على امر خارجي أي امر خارج عن عبارته³، وهي الحالة التي يكون فيها النص غامضاً أو مبهماً في أحد الفاظه أو جميعها فتكون لتلك الألفاظ أكثر من معنى حيث

¹ هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، دمشق، المطبعة الجديدة، 2000، ص139

جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص198²

³ الشبخلي، عبد القادر. الصياغة القانونية تشريعاً وفقها وقضاء، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، 2018، ص42

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

يتعين على القاضي الإداري عند ممارسته لعملية التفسير ان يختار أكثر المعاني قرباً إلى قصد المشرع من وراء النص¹، وقد اعترف المشرع الفرنسي في وقت بعيد للقاضي بالدور الإنشائي حيث تضمن القانون المدني الفرنسي الصادر في عام 1804 في المادة (4) منه على ان القاضي الذي يرفض ان يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم وقد ذهب المشرع العراقي في نص المادة 30 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل (لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه ولا يعد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق ، ويعد ايضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق حق) مما تقدم نجد ان القاضي ملزم باستجلاء المعنى الحقيقي للنصوص الغامضة والغاية التي يبتغيها المشرع من وضعه للنص.

2-الخطأ في النص: يختلف الخطأ الذي يلحق النص القانوني فقد يكون خطأ مادياً يجعل من النص غامضاً وقد يكون الخطأ قانونياً بما يعرف بالخطأ المعنوي².

اما الخطأ المادي فيراد به ان يرد لفظ أو حرف زائد منه بصورة لا يستقر معها النص الا مع تصحيح الخطأ بالاستعانة اما بالمصدر التاريخي للنص أو الاعمال التحضيرية التي سبقت تشريعه أو القواعد اللغوية أو الحكمة من التشريع إذ يأتي الخطأ المادي نتيجة تقديم لفظ محل لفظ اخر، في حين يعبر عن الخطأ القانوني بأنه الخطأ الواضح غير المقصود الذي تشير اليه القواعد العامة والذي لا بد من تصحيحه³.

3-النقص في النص: يكون النص ناقصاً إذا جاء خالياً من لفظ أو الفاظ التي لا يكتمل النص بدونها كأن يغفل المشرع عن ذكر لفظ أو حالة لا يستقيم معنى النص من دونها فيكون لازماً على القاضي سد هذا النقص لأعمال النص⁴

4-التعارض في النصوص: يراد به وجود تعارض وتناقض بين نصين قانونيين لكل واحد منهما حكم مخالف للحكم الاخر الامر الذي يجعل من المستحيل الجمع بينهما ، وقد يرد هذا التناقض بين نصوص في ذات التشريع أو بين تشريعين أو اكثر ، فعند وجود التناقض بين نصين من ذات التشريع يكون القاضي امام اختيار احد النصين واهمال النص الاخر ، اما حين يكون التناقض في نصين كل نص منها في تشريع فلا بد في هذه الحالة ان يتجه القاضي الإداري إلى احدي الضابطين ، الأولى ان يعتبر واحداً من النصين عاماً من الأصل ، اما في تطبيقه بوصفه الأصل العام ويعتبر الثاني خاصاً يطبق على حالة خاصة استثناء من الاصل ، اما الضابطة الثانية فهي اعتبار ان احد النصين ناسخاً للآخر و ملغياً له بان يعتبر النص الاحد ملغياً للنص الاقدم ، إضافة إلى ذلك فقد يكون التعارض بين نصين تشريعيين متفاوتين في القوة فيتجه القاضي إلى مراعاة تدرج القاعدة القانونية فيكون التطبيق للقاعدة الأعلى و الاسمى⁵.

ثانياً: الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي من التفسير القضائي.

1-الموقف الفقهي من التفسير القضائي:

¹ شقاق، ابتسام فاطمة الزهراء. دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة ابة بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص23

² الحولي، محمد كمال. تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص74

³ نور الهدى، غنيمي دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ص60.

⁴ شقاق، ابتسام فاطمة الزهراء 2016. دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية، المرجع نفسه. ص23

⁵ شقاق، ابتسام فاطمة الزهراء. مرجع سابق. ص24

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

اختلف الفقه في مسألة التفسير القضائي الى اتجاهين؛ الاتجاه التقليدي منكر لفكرة التفسير القضائي للنص القوانين.

حيث قال أنصار هذا الرأي أن القاضي يقتصر دوره في النطق بالأحكام القضائية استنادا لنص القوانين، أما تفسير نص القوانين لا يتم الا من قبل من وضع القاعدة القانونية ألا وهو المشرع، باعتباره المؤهل بأصالة في ذلك. ولعل ذلك يعود كذلك الى المبدأ المشهور قانونا وهو مبدأ الفصل بين السلطات، والذي قد يؤدي عدم تطبيقه في قضية الحال الى تأول القاضي وممارسة عمل المشرع.¹ اما الاتجاه الثاني فهو المدرسة الوضعية والتي تؤكد فكرة التفسير القضائي للنص القانوني.

حيث على عكس أنصار المدرسة التقليدية قال اصحاب هذا الاتجاه من بينهم كلنس Kelsen وجيني Gény وايزمان، ان تفسير النص القانوني يمثل مرحلة ضرورية ومهمة قبل تطبيقه واقعا، في الواقع القضائي يدل على ان القاضي قد يجد نفسه امام مفترق طرق، من خلال سكوت المشرع او غموض النص القانوني، حيث اقر المشرع الفرنسي اختصاص مجلس الدولة في تفسير النص القانوني من خلال ابتداء ما يسمى بدعوى الاستعجال التشريعي.²

فيرى أنصار هذا الرأي ان تفسير النص يمثل مرحلة ضرورية ومهمة قبل تطبيقه واقعا، فعمومية النص تتطلب من القاضي من ملائمة مع الواقع المعروض عليه، ويكون تفسير بهذا المعنى مرحلة ضرورية لا بد من اتيانها.³ مع ضرورة ان يتم ذلك في إطار ما تسمح به النصوص القانونية. حتى لا تكون سلطة منافسة للمشرع.

ولعل الموقف الثاني هو الارجح والمقبول منطقا ويتقسم مع طبيعة العمل القضائي، فليس هناك من معنى لعمل القاضي ان لم يكن مفسرا للنص القانوني، فهو ليس مجرد ناقل ومطبق للنص القانوني فحسب.

وحتى في تطبيق النص الواضح الذي ليس فيه، فان القاضي يعمل على التفسير من خلال قياس بين الوقائع وفرضيات القاعدة القانونية.

2-الموقف التشريعي والقضائي من التفسير القضائي.

اما بخصوص الموقف التشريعي من موضوع تفسير القاضي العادي عامة، وتفسير القاضي الإداري خاصة للنص القانوني، لا يوجد معالجة صريحة في ذلك ومدى سلطة القاضي للموضوع ازاء ذلك، لكن نجد المشرع الجزائري في المادة الاولى منه يمكن الاستنتاج بخصوصها اقرار القاضي العادي تفسير النصوص التشريعية إذا احتاجت الضرورة لذلك⁴، دون تحديد مذهب معين.

¹ مسعود جندلي، "القاضي الإداري وتأويل النصوص القانونية"، القانون والسياسة، المجلة التونسية لدراسات القانونية والسياسية، كمية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة تونس، ع 03، 2014، ص 336

² مسعود جندلي، مرجع سابق، ص 337

³ مسعود جندلي، المرجع نفسه، ص 338

⁴ نص المادة الأولى من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصا في لفظها أو فحواها.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

حيث قالت بسريان القانون فيما يتناوله النص لفظا او محتوى، بمعنى ان مطبق النص القانوني قد أُل وهو القاضي، يطبق النص لفظا ان كان واضحا، او ينظر لمضمونه وفحوى تفسير ومعنى ان كان غير واضح¹.

اما في المادة الإدارية فقد لازم المشرع الصمت في تفسير النصوص القانونية، وهو ما اتاح الفرصة للقاضي الإداري لسد القصور التشريعي تفسيرا او ابتداءا. حيث رسم القاضي الإداري لنفسه خاصة في فرنسا، منهجا منذ قراراته الأولى، حقه في تفسير النصوص القانونية، متعاملا معها وكأنه واضعها، ومعتبرا انا دوره يختلف عن دور القاضي العادي.

وفي الجزائر وعلى مستوى الاجتهاد القضائي طلبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا بموجب قرار صادر بتاريخ: 07/ 12/ 1972 بسلطة التفسير للقاضي الإداري صراحة حيث ان القضاة المعروف عليهم النزاع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب، بل ان الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بتفسير لوازم القيام به عندما تكون صياغة القانون غامضة او غير كافية².

حيث القرار اعلاه يخص القضاة كما وصف، وهنا يندرج الوصف لقاضي المادة العادية والمادة الإدارية على حد سواء.

وبالتالي حكم التفسير للنص القانوني من طرف القاضي الإداري هو من الواجبات الملقاة على عاتقه، وليس من المنوبات.

في الاجتهاد القضائي مقر بسلطة تفسير القانون كما هو واضح. من حيث أساس عمل القاضي والتفسير اساسا. وبالرجوع الى الموقف التشريعي، فيمكن النظر الى مدى امكان القاضي الإداري تفسير النص القانوني، من خلال معيار التدريجية، بدءا بالقاعدة الدستورية الى القاعدة الاتفاقية والقانون ثم التنظيم.

فهل القاضي الإداري يختص بتفسير القاعدة الدستورية والنص الدستوري؟

القاعدة في الجزائر، ان تفسير النص الدستوري هو اختصاص حصري للمجلس الدستوري، باعتباره مختص بالفصل في المسائل الدستورية، والقوانين وتفسير النصوص الدستورية. غير انه بإمكان القاضي الإداري استعمال المبادئ الدستورية من اجل تفسير النصوص القانونية والتنظيمية³.

وجاء في قرار مجلس الدولة النادر، في قضية السيد محفوظ نحناح ضد رئيس المجلس الدستوري، صادر بتاريخ 12 نوفمبر 2001 قائلا: "ان القرارات الصادرة في هذا الإطار تندرج ضمن اعمال دستوريه للمجلس الدستوري ولا تخضع نظرا لطبيعتها لمراقبة مجلس الدولة كما استقر عليه اجتهاده"⁴....

¹ نور الدين زرقون، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاتر السياسة والقانون، 2013

² مجلة مجلس الدولة، طبعة الاولى، 2002، ص 52.

³ فاتح خلوفي، سلطات القاضي الإداري في التفسير، المرجع السابق، ص 32-33

⁴ مجلة مجلس الدولة، ع 01، سنة 2002، ص 142.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

ولقد نص الدستور الجزائري سنة 1996 هل المعدل والمتم في المادة 150 انه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمع على القانون". فالقاضي الإداري ملزم بما جاء فيها لدخولها النظام القانوني الداخلي، متى صدق عليه¹.

أما بخصوص قدرة القاضي الإدارية على تفسير المعاهدات، فقد فصل القانون في ذلك معتبرا صلاحية ذلك للجهاز التنفيذي ممثلا في وزاره الخارجية².

وذلك على خلاف القضاء الإداري الفرنسي، والذي انتزع بجرئته صلاحية تفسير بنود المعاهدات الدولية في العديد من المناسبات كمسؤولية أولوية، عن طريق الدفع وليس عن طريق الدعوى حتى استقر ذلك في قرار مبدئي وأصبحت سلطة التفسير للمعاهدات الدولية اختصاص للقضاء الإداري في غياب أي نص قانوني يتيح لهو ذلك في قرار G.I.S.T. سنة 1990³.

وأما بخصوص القانون العضوي والعادي ومدى سلطة القاضي الإداري في تفسيره، فإن نص المادة الأولى من القانون المدني كما ذكرنا، باعتباره الاختصاص الحيوي للقاضي الإداري في العمل التفسيري .

وبخصوص القانون التنظيمي فالمبدأ السائد في الجزائر، هو اختصاص حسن القضاء الإداري ويتعلق الأمر بالقرار الفردي أو القرار التنظيمي، وهذا ما أقره المجلس الأعلى سابقا بالمثل في قرار 08-06-1966⁴.

المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في صنع قواعد القانون

يجد القاضي الإداري نفسه أمام منازعة لا يجد لها حل قانوني لغياب النص الذي يستند عليه، ولهذا السبب عدم قيام المشرع بممارسة الوظيفة التشريعية. فإن القاضي مطالب بالإلزام بالفصل في النزاع فيقوم بطريقة صالحة بأنشاء القاعدة القانونية التي تحكم المنازعة المعروض عليه، وذلك من خلال قيامه بالاجتهاد.

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

بالنظر إلى أهمية موضوع الاجتهاد القضائي في بحثنا لا بد من تعريفه باعتبار التلازم الوصفي بين الاجتهاد والقضاء، فالاجتهاد منعت، ومصطلح القضاء نعت، وصولا إلى تعريفه باعتباره لقباً مركباً.

أولاً: تعريف الاجتهاد

لغرض إعطاء فكرة واضحة عن الاجتهاد لا بد من تعريف الاجتهاد لغة، ثم فقها، ثم تشريعا، وأخيرا قضاء وهذا ما سنتناوله تباعا في الفقرات الآتية.

1 - الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، المادة 150
2 مرسوم الرئاسي: 02-403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 79، المؤرخة في: 29 رمضان 1423هـ، الموافق ل: أول ديسمبر 2002، والمحدد لصلاحيات وزير الشؤون الخارجية.
3 - فاتح خلوفي، مرجع سابق، ص 31-32
4 نشرة القضاء، حولية العدالة، ع 01، سنة 1967، ص 376

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

1-التعريف اللغوي: يقصد بالاجتهاد لغة: "بذل الجهد وهو الطاقة واستفراغ الوسع في تحصيل المطلوب ولا يطلق إلا على ما فيه من مشقة"¹.

والاجتهاد مأخوذ من الجهد وهو المشقة والطاقة، فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه، واختلف في ضم الجيم أو فتحها وكلامها يحمل الوسع والطاقة، قيل المضموم الجهد بالفتح: الطاقة، أما الجهد: المشقة²

2-التعريف الفقهي:

لقد ذكر الفقهاء للاجتهاد العديد من التعاريف، رغم أنها تختلف في المبنى إلا أنها توشك أن تتفق في المعنى. فقد عرف الإمام الغزالي الاجتهاد بأنه: " بذل الجهد وسعة في طلب العلم بأحكام الشريعة" أما سيف الدين الأمدي عرفه: "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه"³ وعرفه أيضا القاضي البيضاوي بأنه: استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية⁴ وعرفه الرازي بقوله: " هو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه"⁵.

3-التعريف التشريعي:

ان المشرع الجزائري لم يعرف الاجتهاد، وهذا شيء طبيعي، اذ لطالما ترك المشرع الخوض في الجدل الذي يتمخض عن التعريفات للفقهاء ورجال القضاء. وحتى لا يتدرع القضاة بعدم وجود نص بحكم المنازع التي بين ايديهم الزم المشرحة هؤلاء بالرجوع لقواعد اخرى حددها، فمثلا نصت المادة 1 من القانون المدني في حاله غياب النص القانوني يحكم القادم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، او العرف او بموجب القانون الطبيعي العدالة، تحت طائلة ارتكاب جريمة نكران العدالة اذ لم يفصل في النزاع على ان هذا الحكم يخضع له كامن قاضي العادي والقاضي الاداري⁶. ولقد كان المشرع الفرنسي سابقا في ذلك حيث نصت المادة 4 من قانون المدني الفرنسي: "اذ كان القاضي الذي يمتنع الاجراءات عن الحكم متدرع بسكوت او غموض او قصور القانون يمكن متابعه بجريمة انكار العدالة".

وبالرجوع الى نص المادة 171 الفقرة الثانية من الدستور الجزائري خول مجلس الدولة مهمة توحيد الاجتهاد القضائي بمعنى جعل الحلول القضائية واحدة بالنسبة لنفس المساء القانونية.

كما نصه المادة 3 الفقرة 2 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة "يتضمن مجلس دولة توحيد الاجتهاد القضائي الاداري في البلاد، ويظهر على احترام القانون" كما فرضت المادة 8 من نفس القانون على ان يقوم مجلس الدولة بنشر قراراته وسهر على نشر كل التعليقات ودراسات القانونية.

4-التعريف القضائي:

¹ عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص. 186

²عالي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط 2، دار المشرق، لبنان، 2001، ص. 65

³ سيف الدين الأمدي، الاحكام في أصول الاحكام، ط 3، دار الفكر للنشر والتوزيع، الرياض، 1998، ص. 1

⁴ محمد الشيرازي البيضاوي، الابهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت 1998، ص. 246

⁵ فخر الدين الرازي، المحمول في عالم أصول الفقه، ط 1، مؤسسة الرسالية، بيروت 1996، ص. 2

⁶ الامر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني، ج رقم. 78 لسنة 1975، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل

والمتمم للقانون رقم 10-05، المؤرخ في 20 جوان 2005 رقم، ج ن 44 لسنة 2005

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

لم نصادف تعريف الاجتهاد من الناحية النظرية، وإنما تم تجسيده من الناحية العلمية في عدة قرارات منها:

1-قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1970/12/10:

عرفت نظرية التعدي في قضية "شركة المولود الجديد" Sté né-nouveau على أنها " تصرف لا يمد بأي صلة إلى السلطات المخولة للإدارة"

2-قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1977/10/29:

لقد ساهمت الغرفة الإدارية في إرساء قواعد المسؤولية المدنية للدولة وهيئاتها المختلفة (الولاية البلدية المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري) في قضية فريق (ب.ب) ضد المركز الاستشفائي للجزائر والتي اقرت مسؤولية المستشفى بسبب الإهمال في تنظيف الجرح والإحجام عن إجراء العملية الجراحية للمدعو(ب.ب)¹

3-قرار مجلس الدولة بتاريخ 2000/10/23:

ذهب مجلس الدولة إلى إقرار الاجتهاد الذي مفاده أن إخطار الخبير للخصوم إجراء جوهري " حيث إنه بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة طعنت بالاستئناف... ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والذي قضى بالمصادقة على تقرير الخبير...²

حيث أن الخبير لم يستدع ممثل الإدارة ولذا يلتمس المستأنف إلغاء القرار³⁴...

وأجاب مجلس الدولة بشأن الدفع المتعلق بعدم إخطار الخبير الإدارة المعنية بما يلي:

حيث أن الخبير الذي يسهي عن هذا الإجراء الذي هو وجوبي يعرض خبرته للبطلان وبالتالي ودون الالتفات إلى الدفع الأخرى ينبغي إذن إلغاء القرار المستأنف وبعد التصدي للدعوى إبطال تقرير الخبير... وتعيين الخبير... للقيام بنفس المهمة".

ثانيا: أهمية الاجتهاد القضائي

يبدو أن في المادة الإدارية في أغلب القواعد والأحكام كانت من وضع مجلس الدولة الفرنسي إذ من المعروف أن القانون الإداري الفرنسي من نشأة اجتهادية، بل إنه يقوم بدور توجيهي للاجتهاد وبصفة قبلية في إطار الاستشارة التي ترفعها إليه المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية. وتتجسد أهمية الاجتهاد القضائي من الجانب العملي في دور القاضي الإداري من حيث توحيد للاجتهاد ونشره وسيتم تفصيل هذين العنصرين كما يلي:

1 -توحيد الاجتهاد القضائي الاداري:

بالرجوع إلى نص المادة 152 في دستور 1996، التي تنص في فقرتها الثانية، " تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون." والمادة 2

¹ المجلة القضائية، ع، 1، 1992، ص 119، اشار اليه، محند امقرن بو بيشير، المرجع السابق، ص31.

² لحسين بن شيخ ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 369

³ لحسين بن شيخ ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، مرجع نفسه. ص375.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

من القانون العضوي لمجلس الدولة 01/98 وهذا يعني أن الدستور خول لأعلى الهيئتان القضائيتان في الدولة مهمة توحيد الاجتهاد القضائي، ومن حيث الواقع العملي فإن الأحكام وقرارات التي تصدرها الجهات القضائية غير متوقعة ففي العديد من المرات تصدر أحكاما مختلفة بشأن قضايا مماثلة ولكن لم يعد بالإمكان رفع دعوة مدنية (دعوة المخاصمة ضد القاضي بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأحل المشرع مسؤولية الدولة محل المسؤولية الشخصية للقاضي¹. ولكن لا يعتبر استقرار الاجتهاد القضائي وعدم التراجع عنه غاية في ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق المهمة المسندة لمجلس الدولة والتي تتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي والذي يهدف بدوره إلى تحقيق غرض أسمى غير معن عنه صراحة وهو ضمان إتباع ذلك الاجتهاد من الجهات القضائية الدنيا، وهذا يعطي القوة لاجتهاده. وفي حالة عدم توحيد الاجتهاد القضائي، وذلك عندما يستقر مجلس الدولة على اجتهاد قضائي ثم يتراجع عنه، أو عندما يقر اجتهاد قضائي مغاير وله الحرية في ذلك لكنه في هذا الشأن يجتمع مشكلا من كل الغرف مجتمعة لاسيما في القضايا التي يكون القرار المتخذ في شأنها يمثل تراجعا عن اجتهاد قضائي المادة 31 من القانون العضوي لمجلس الدولة.

2-نشر الاجتهاد القضائي الإداري :

كما أن القانون فرض على مجلس الدولة أن يقوم بنشر قراراته والسهر على نشر كل التعاليق والدراسات القانونية ونفس الأمر بالنسبة لمحكمة التنازع التي عليها أن تنشر قراراتها². حيث أنه رغم المجهودات التي يبذلها مجلس الدولة في نشر القرارات التي تصدر عن مختلف غرفه تبقى غير كافية، ويشوبها نقص كبير إذ العديد من القرارات تبقى مجهولة من المتقاضين والمحامين وحتى من القضاة بما فيهم بعض قضاة المجلس ولا شك أن هذا يساهم في إحداث تذبذب في الحلول القانونية، التي تقدمها مختلف الجهات القضائية للمشاكل المعروضة عليها. ³مما لا شك فيه أيضا أن إطالة أمد النزاع يعتبر عاملا أساسيا في فقدان الثقة في جهاز العدالة، وأن نشر القرارات القضائية هو الضمان الأول لتوحيد الاجتهاد القضائي إذ من غير المعقول مسائلة قضاة الدرجة الأولى والمجالس القضائية في حالة الحكم بما يتعارض مع اجتهاد مجلس الدولة، إذ بقي هذا الاجتهاد في أدراج هاته الجهة القضائية. وفي الوقت الحالي يقوم المشرفون على إعداد المجلة القضائية ومجلة مجلس الدولة بغرلة القرارات القابلة للنشر، ويتعين عليهم العمل على تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادا قضائيا تم التراجع عنه، ومن الباب الاول تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادين قضائيين متعارضين كما يتبين من المثالين التاليين:

والعدد الثالث من نفس المجلة لسنة 2003 يتضمن القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 03/12/2002 تحت رقم 012676 والذي قرر عكس ذلك طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 143/98.

وتجدر الإشارة إلى أن نشر جميع قرارات المجلس لا يرمي فقط إلى تحقيق غرض إعلامي (إعلام كافة الناس والقضاة والمتقاضين) بالحلول التي ينظمها بل يرمي إلى تحقيق غرض وقائي متمثل في حث القضاة على البحث الجدي عن الحل القانوني بخصوص المشاكل القانونية بالشكل الذي يضمن توحيد الاجتهاد القضائي⁴.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاثبات امام القضاء الإداري، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 86
² المادة 08 من القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 03/05/1998 تتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 37. ص 03. بتاريخ 01/06/1998
³ - المادة 06 من القانون العضوي 03/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلقة باختصاصات محكمة التنازع ، و تنظيمها و عملها، جريدة 03. ص 39 العدد، الرسمية ، بتاريخ، 07/06/1998 ،
⁴ د. سايس جمال: الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني ، منشورات كليك، طبعة الأولى، الجزائر ، 2013 ، ص 824، 1073

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

وفي هذا الصدد عبر " رينوار " مستشار لدى محكمة النقض الفرنسية في بداية القرن 19 على ضرورة نشر أحكام القضاة كما يلي: " سواء صدرت أحكام وقرارات المجالس المشكلة من قاضي أو عدة قضاة فإنها لا تعتبر ملكا للهيئة التي تصدر عنها ولا للمتقاضين الذين كانوا سببا فيها إنما ملك للدولة كاملة ويعتبر نشرها ضمانا للمتقاضين وسيلة للإعلام لكل المواطنين في نفس الوقت".

الفرع الثاني: أسباب الاجتهاد القضائي

هناك عدة أسباب لاجتهاد القاضي الإداري وتتمثل أهمها فيما يلي:

أولاً: نقص التشريع

لا يختلف اثنان على أن دور القاضي الإداري متميز عن دور القاضي العادي، فهذا الأخير إن كان له في بعض الحالات القليلة أن يضع قواعد قانونية، فإن دوره الأساسي تطبيق النصوص القانونية على النزاعات المعروضة عليه مادام أن تلك النصوص القانونية موجودة.

إلا أن هذا لا يتحقق في كثير من الحالات في مجال القانون الإداري نظرا لحدائته النسبية ومرورته وعدم تقنيته،¹ فقد تعرض على القاضي الإداري منازعة لا يوجد بصدها قاعدة قانونية يطبقها فهل يفصل في هذه المنازعة أو يتوقف، وعلمنا أنه إذا توقف ولم يفصل فيها يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة، أما إذا فصل واجتهد ووجد بصدها قاعدة قانونية ألا يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات؟

لابد من الرجوع إلى الدستور فالمؤسس الدستوري لم يمنح القضاء سلطة وضع القواعد القانونية بل وضعها من اختصاص السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، فدوره هو الفصل في المنازعات طبقا للقواعد الموجودة فهذا يفترض وجود قاعدة قانونية تطبق على الحالة المعروضة عليه، ولكن هناك ما يسمى بنظرية نقص التشريع²، فالمشرع الجزائري من خلال المادة الأولى من القانون المدني، قد أكد على هذه الحقيقة وذلك باعتناقه صراحة لنظرية نقص التشريع، إذ اعترف باحتمال وجود نقص في التشريع. ولكن على الرغم من هذا الوضع فإن القاضي الإداري -شأنه شأن القاضي العادي- ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة عليه، وفي هذا الصدد فهو مطالب بل ملزم بتكملة النقص الموجود في التشريع فإن هذه النتيجة تعبر أولا خطوة في سبيل الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القواعد القانونية.

ثانياً: عدم المساواة بين طرفي الدعوى الإدارية

إذا كانت الصفة الاتهامية هي الغالبة في القانون الخاص، فلا يجوز للقاضي العادي أن يحل محل الخصوم في اتيان بيانهم و وسائل إتيانهم، فالقاضي حكم بين خصمين أو أكثر، و لا يجوز أن يخفف عن كاهل أحدهما أو يثقل على كاهل آخر، خصوصا في مجال عبء الإثبات، بخلاف الإجراءات القضائية الإدارية التي توصف بانها تحقيقية في الغالب الاعم³، و المقصود بالصفة التحقيقية تولي القاضي الإداري عبء سير الإجراءات من بدايتها حتى نهايتها، فهو الذي يأمر بالتحقيق و يفحص الوثائق و الأوراق المقدمة متى تعتبر الدعوى جاهزة للفصل فيها، ما يقدم له من وسائل الإثبات فالمدعي لا يكلف نفسه عناء العديد من

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، ب ن، ب. 1991، ص 69.

² مراد بدران، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية، أقيمت على طلبية الماجستير، تخصص قانون اداري معمق، دفعة 2013/2014،

³ ليندة عزوز، تطور المنازعة الادارية في النظام القضائي الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر

2002. 2003، ص. 29.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

الإجراءات فيكتفي بإيداع عريضة الدعوى لدى أمانة ضبط الجهة القضائية الإدارية المختصة بشرط ان تكون مستوفية الشروط¹.

والمبرر الرئيسي للطابع التحقيقي هو أن طرفي المنازعة الإدارية غير متساوين في مركزها فأحدهما الإدارة العامة غالباً ما تكون (مدعى عليها)، الحائزة للأوراق الإدارية المتسلحة بامتيازات السلطة العامة و طرف آخر الفرد العادي (المدعى) يضحى في غموض مما تتخذه الإدارة من إجراءات فليس العلاقة بينهم على قدم المساواة، و لذلك يجب على القاضي الإداري لجبر هذا النقص و تعويضه و حماية الفرد من سلطة الإدارة و امتيازها التي تباشرها عليه²، التدخل لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين. فإذا كان الأصل في عبء الإثبات يقع على المدعى (الفرد) تطبيق للقاعدة "البينة على من ادعى" و من بين الإدارية المؤكدة لهذه القاعدة القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمحكمة العليا³.

حيث طالب المستأنفون بإرجاع القطعة الأرضية التي بنيت عليها مدرسة، وكانت محل هبة للبلدية من طرف المرحوم (أ.ج) جد المدعين، وأنه تدعيماً لطلبهم يتمسكون بأن المدرسة مغلقة منذ مدة لنقص التلاميذ و أصبحت آيلة للسقوط.

و لكن بناء على شهادة محررة في 20/2/1970 منح جدهم لبلدية تيمقاد قطعة أرض مساحتها 100 متر مربع و بالتالي فإن غلقها لا يعطي لورثته حق المطالبة بها ، كما أنهم لم يقدموا أي مستند يثبت شغل البلدية لأكثر نصف هكتار من أرضهم و حيث أن قضاة الدرجة الأولى قدروا الوقائع تقديراً سليماً فإنه يتعين تأييد قرارهم. " و من ثم فإن القاضي الإداري الجزائري قد طبق القاعدة العامة تطبيقاً صارماً ، لكن هذا التطبيق له ما يبرره و هو أن المنازعة تتعلق بإثبات واقعة مادية تتمثل في شغل أكثر من نصف هكتار ، و كان باستطاعة المدعين إثبات هذه الواقعة بكافة الوسائل من بينها محضر إثبات حالة ، أو أن يطلعوا أمر بإجراء خبرة.

وهذا ما أكده مجلس الدولة في احد قراراته ،على أن الإثبات يقع على عاتق المدعى و قد جاء في أسباب القرار ما يلي : " حيث أن الدفوع يتعين رفضها لكون العارض لم يقدم دليلاً على مزاعمه حول هذه الوقائع بالرغم من أن عبئ الإثبات يقع عليه ، و من ثم تعدو دفعوه هذه مجردة من كل قيمة قانونية لا سيما أنه يوجد بالملف ما يثبت خلاف هذا الادعاء. " و هذا ما قرره أيضاً في أحد قراراته : "القاعدة هي أن يكون عبئ الإثبات على عاتق المدعى فالمدعى ملزم بالإتيان بالإثبات على ما يصدر عنه من ادعاءات و أن هذه القاعدة تنطبق على جميع أطراف الدعوى. "

غير أن تطبيق مبدأ البينة على من ادعى على إطلاقه في مجال الإثبات في المواد الإدارية لا يتلاءم مع طبيعة هذه الأخيرة، وبالتالي فإن معنى إلزام الفرد المدعى بعبء الإثبات يقصد به أن يرشد القاضي الإداري عن المستندات، والملفات، وهذا ما يجعله ينقل عبء الإثبات من عاتقه إلى عاتق الإدارة، فالأصل العام المتعلق بوقوع عبء الإثبات على عاتق المدعى في الدعوى يخضع من

¹ وهيبة بالباقي، الإثبات في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوكر بالقائد، تلمسان، الجزائر 2009-2010، ص. 19.

² خميس السيد اسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعوى الإدارية، ط 4، دار الكتاب الحديث، ب ن، ب. 1995، ص. 12.

³ لقرار المؤلف في 19/1/1997 في قضية ورثة (ج.أ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لولاية باتنة ومن معه قرار منشور بالمجلة القضائية 2. 1997. صفح 144 اشار اليه. الحسين بن شيخ اث ملويه. مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية. الطبعة 4 دار هوما. الجزائر. 2008. ص 84.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

حيث تطبيقه لظروف وطبيعة الدعوى الإدارية¹، بحيث يطبق أمام القاضي الإداري بما يتكيف معها. وفي مقدمة هذه الظروف للصيقة بهذه الدعوى والتي تؤثر على تطبيق القاعدة العامة، هي امتيازات ومركز السلطة الإدارية في المنازعة واحتفاظها بكافة الأوراق المنتجة في الدعوى مثل القرارات الإدارية، صور العقود الإدارية، المحاضر الإدارية...، فيمكن للقاضي الإداري أن يلزم الإدارة بتقديم ما تحوزه في أوراق للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على كاهل المدعي².

وقد جرى القضاء الإداري على أنه بما أن الإجراءات القضائية تسير قبل القاضي الإداري، ومن أجل التخفيف من عبء الإثبات في المواد الإدارية، فإن هناك التزاما يجب على الإدارة أن تحققه، يتمثل في أنها يجب ألا تعرقل العمل القضائي³.

ف نجد القاضي الإداري في بعض الحالات يسمح للمدعي بالمبادرة بالدليل ان استحاله عليه تقديمه مادام أن عناصر الإثبات تملكها الإدارية وهنا إن أدخل الشك في نفسية القاضي فإنه سوف يطلب بيانات من الإدارة، وإن رفضت تقديمها اعتبر ذلك بمثابة دليل على صحة ما يقوله المدعي، وإن كانت هذه القرينة قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

وتمكنت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 24/07/94 من إيجاد مخرج لمواجهة واقعه امتناع كثير من الإدارات على تسليم المعنيين نسخة من القرار مما يعيقهم على التوجيه للقضاء وعدم معرفة مرتكزات القرار الإداري ومضمونه، وجاء اجتهاد المحكمة العليا متصديا لهذه الظاهرة الخطيرة التي لا تخدم بحال من الأحوال دولة القانون ودولة المؤسسات هذا الاجتهاد الذي صدر عن الغرفة الإدارية صرح بموجبه أن دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء الإداري لا تستوجب وجود قرار إداري.

وبالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الإداري متى امتنعت الإدارة المدعي عليها عن تمكينه به⁴.

وبالرجوع إلى المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول وقت صدور القرار نجدها قد اشترطت على رافع دعوى الإلغاء أن يصحب بدعواه نسخة من القرار المطعون فيه.

فكأنما المادة المذكورة سلمت تسليما أن الإدارة المعنية ستضع بين يدي المخاطب بالقرار نسخة منه، والحال أن الإدارة في بعض الحالات قد تمتنع عن تسليم الطرف المعني نسخة من القرار ربما خوفا من مقاضاتها وهذا ما تأكد عمليا وخلال مرحلة طويلة، وهو ما يجعل المعني بالقرار في وضع جد صعب. ونفس الموقف اتخذته مجلس الدولة في غرفته الرابعة بتاريخ 28/06/2006 أقر نفس المبدأ وخول للقاضي الإداري سلطة إلزام الإدارة بتمكين المعنى بنسخة من القرار⁵.

فيقع على المدعي إثبات واقعة الامتناع لبيادر القاضي الإداري بإلزام جهة الإدارة بتمكين المعنى بنسخة من القرار تحت اشراف قضائي.

¹ - اراهيم المنجى، المرافعات الادارية، دراسة عملية للإجراءات التقاضي امام مجلس الدولة، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص519

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاثبات امام القضاء الاداري، المرجع السابق 2008، ص 86.

³ حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في القضية رقم 1059 سنة 1986 /12/2

⁴ مجلة مجلس الدولة، ع، 1، 1999، ص 73، أشار اليه، عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 279.

⁵ مجلة مجلس الدولة ع، 8، 2007، ص. 221، أشار اليه، عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، المرجع نفسه، ص278.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

يبدو واضحا أن اجتهاد مجلس الدولة المذكور كان له عظيم الأثر في صياغة المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى الغاء أو تفسير أو تقدير مشروعية قرار إداري تحت طائلة عدم قبول الدعوى القرار الإداري المطعون فيه ما لم يجد مانع مبرر. وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة."

ومن هنا يبرز بجلاء دور مجلس الدولة في تقنين قواعد القانون الإداري.

المبحث الثاني: حدود وظيفة القاضي الإداري

إذا عرض نزاع على القاضي الإداري يجب عليه أن يؤسس قراراته وفق النصوص القانونية القائمة لأنها وضعت من أجل أن تطبق، وعليه إذا ما وضع المشرع حكما معيناً لمنازعة معينة فيجب على القاضي أن يتقيد بتلك القواعد ويطبقها على المنازعة المعروضة عليه والتي تتوفر فيها تلك المواصفات، أما إذا فصل القاضي في النزاع بمخالفة النصوص القانونية القائمة فإن ذلك معناه إنكار لدولة القانون (المطلب الأول).

أما في حالة غياب النص القانوني فيجب على القاضي أن يجتهد من أجل إعطاء حل للمنازعة المعروضة عليه، غير أن هذا الاجتهاد مقيد بعوامل تحد من بروزه كما أن التراجع عن الاجتهاد مقيد بإجراءات قانونية معينة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حدود الوظيفة القضائية

إن الإشكالية التي نريد معالجتها هنا تتمثل في البحث عما إذا كان بإمكان القاضي الإداري أن يفصل في المنازعة المعروضة عليه بمخالفة النصوص القانونية القائمة؟ فمثلا هل بإمكان القاضي الإداري أن يحكم بمشروعية القرار المطعون فيه، على الرغم من مخالفته لقواعد الاختصاص، أو مخالفته لقواعد أعلى منه؟ (الفرع الأول)، وإذا فصل القاضي الإداري في المنازعة المعروضة عليه وخالف النصوص القانونية القائمة ما هي النتائج المترتبة على ذلك؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القيود الواردة على اختصاص القاضي

إن الإشكالية التي نريد التطرق إليها هنا تتعلق بمدى إمكانية مخالفة القاضي الإداري للنصوص القانونية القائمة، التي لا يعد أصلا مختصا بالغائها، كوجود نص تشريعي صادر عن المشرع أو وجود نص تنظيمي صادر عن السلطة التنظيمية، والتي من خلاله وضعت حكما للحالة المعروضة عليه؟

في دولة القانون إن الإجابة عن هذا السؤال هو النفي، فلا يجوز للقاضي الإداري أن يحكم بمخالفة النصوص القانونية القائمة، أما إذا فصل القاضي الإداري في النزاع المعروض عليه بمخالفة النصوص القانونية القائمة، فإن ذلك معناه إنكاره لدولة القانون، فالقواعد القانونية ما وضعت إلا من أجل أن تطبق.¹

يبدو أن مجلس الدولة الجزائري سمح لنفسه بمخالفة القواعد القانونية القائمة عند فصله في قضية المدعو (ب.ع.) ضد وزير العدل²، والتي تتلخص وقائعها فيما يلي:

¹ مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، المرجع السابق، ص180.
² - مجلس الدولة، الغرف الجمعية، القرار رقم 016889، الصادر في 7 جوان 2005، قضية ب.ع ضد وزير العدل،

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

أحيل القاضي (ب.ع.) على المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي، بعدة تهم أهمها الإخلال بواجب التحفظ، والتراجع عن منطوق الحكم بعد التصريح به، وإبداء نقص في كفاءته المهنية عند إصداره حكم قضي بتوقيع غرامة تتجاوز الحد الأقصى المسموح به قانونا في جلسة علنية وبتاريخ 19/02/2001، أصدر المجلس الأعلى للقضاء مقرا يقضي بعزله من سلك القضاء. رفع المعنى بالأمر طعنا بالإلغاء أمام مجلس الدولة مؤكدا من حيث الشكل استفتاء شرط النظم الإداري المسبق ومثيرا من حيث الموضوع وجهتين اثنتين، يتعلق أو لهما بعيب الإجراءات لفساد التشكيلية التأديبية التي كانت تضم النائب العام لمجلس قضاء الذي ينتمي إليه الطاعن، أما الوجه الثاني فهو يتمثل في عدم تسبب القرار التأديبي المطعون فيه.

إلا أن مجلس الدولة أصدر قرارا قضائيا في 07/06/2005 يقضي: " في الشكل: قبول الطعن بالنقض، وفي الموضوع: رفض الطعن".

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد اعتبر في إحدى حيثياته، بأن قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي، تخضع للنقض، باعتبارها صادرة عن جهات قضائية إدارية مختصة طبقا للمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، وهنا يمكن القول بأن مجلس الدولة لم يعتبر المقررات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء في جلساته التأديبية بمثابة قرارات إدارية تنفيذية.

إن هذه القضية تثير إشكالات أساسية تتمثل في: هل يتعلق الأمر بمخالفة لإرادة المشرع؟ أو بتعبير آخر ألم يواجه المشرع المسألة المعروضة على القاضي بنصوص قانونية، حتى يتمكن القاضي من الاجتهاد؟ متى يجوز للقضاء أن يتراجع عن اجتهاده؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن هذه القضية تعد تراجعا عن اجتهاد قضائي سابق لمجلس الدولة و ذلك أن المادة 99 من القانون الأساسي للقضاء¹-الملغى -كانت تنص على أن مقررات المجلس الأعلى للقضاء "لا تقبل أي طريق من طرق الطعن" و لكن على الرغم من هذه المادة فإن مجلس الدولة اعتبر بأن دعوى تجاوز السلطة ممكنة ضد المقررات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مسائرا بذلك ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي، الذي اعتبر بأن دعوى تجاوزا لسلطة تنتمي للشريعة العامة، لأنها مبدأ من مبادئ العامة للقانون، لذلك فإنها لا تحتاج لتقرير ضد القرارات الى نص قانوني مكتوب.²

الحقيقية أن التراجع عن الاجتهاد القضائي مقيد بمسألة أساسية تتمثل أن القضاء بإمكانه أن يتراجع عن الاجتهادات التي صدرت عنه، بشرط أن يكون اجتهاده قد جاء بسبب عدم وجود القاعدة القانونية التي تمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه.

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي نظمت اختصاص المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي، يتضح لنا بان المشرع الجزائري قد فصل في مسألة تكييف، تلك الأعمال إذا اعتبرها مقررات أي قرارات إدارية تنفيذية و من هنا نقول بن التكييف الذي أعطاه مجلس الدولة لتلك المقررات يعد غير صحيح و مخالف لإرادة المشرع، فالمجلس الأعلى للقضاء ما هو إلا هيئة إدارية تمارس اختصاصات شبه قضائية، على أن ممارسة المجلس الأعلى لتلك الاختصاصات لا يزيل عنها الصفة الإدارية التي اعترف ان المجلس

¹ القانون رقم 21-89، المؤرخ في 12 دسمبر 1989، المتضمن القانون الاساسي للقضاء، ج رقم. 53 لسنة 1989 المعدل ومتمم لمرسوم التشريعي رقم 92-05، المؤرخين 24 اكتوبر 1992، في ج رقم. 77 لسنة 1992
² مراد بدران، ضوابط انشاء القاضي الاداري للقانون، المرجع السابق، ص 182.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

الدولة ذاته ، فهذه الهيئة الإدارية تفصل في المسائل التأديبية بمقرات إدارية قابلة للطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة و هذا اتم شيئاً مع ما هو سائد قانوناً في الجزائر في تكييف الأعمال الإدارية.¹

فما هي المبررات التي دفعت بمجلس الدولة أن يصف المجلس الأعلى للقضاء بالجهة القضائية الإدارية وأن ما يصدر عنه يعتبر بمثابة "حكم قضائي نهائي".²

تمكن مجلس الدولة في حيثية واحدة إبراز المبررات التي جعلته يصف المجلس الأعلى للقضاء بالجهة القضائية الإدارية المتخصصة، جاء في القرار ما يلي:

" حيث أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية وأن تشكيلته وإجراءات المتابعة أمامه والصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند انعقاده كمجلس تأديبي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر "أحكاماً نهائية" تكون قابلة للطعن فيها عن طريق النقض أمام مجلس الدولة عملاً بأحكام المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة وبالتالي، فإن الطعن في هذه الحالة لا يكون إلا طعناً بالنقض".
إن القراءة لهذه الحيثية، تبين بأن مجلس الدولة استند تدعيماً لموقفه الجديد على ثلاثة معايير حسب الترتيب الذي جاء به في هذا القرار

1-معيار تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء:

يرى مجلس الدولة أن المجلس الأعلى للقضاء هو جهة قضائية إدارية متخصصة لأن تشكيلته متكونة من عنصر القضاة، هذا يعني أن مجلس الدولة انطلق من طبيعة الأشخاص الذين يتشكل منهم المجلس الأعلى للقضاء. استعان مجلس الدولة في هذا الشأن بفكرة كانت رائجة في فقه القانون بفرنسا والتي يبدو أنه تم التخلي عنها من طرف مختصي القانون العام باستثناء ما يتعلق بدراسة تاريخ المدارس الفقهية المهمة بتمييز القرارات القضائية عن القرارات الإدارية أو تمييز الجهات القضائية الإدارية عن السلطات الإدارية.³

2-معيار طبيعة الإجراءات المطبقة:

من المحتمل أن يكون التشابه الموجود بين قواعد الإجراءات المطبقة أمام المجلس الأعلى للقضاء كمجلس تأديبي من جهة والقواعد المتبعة أمام الجهات القضائية الجزائية من جهة أخرى هو الدافع الجوهرية الذي أدى بمجلس الدولة إلى إضفاء الطابع القضائي ولو ضمناً على الإجراءات المطبقة من أجل تأسيس موقفه الجديد.⁴

ولكن مهما كانت درجة هذا التشابه، فإن هذا لا يشكل سبباً كافياً في حد ذاته لإضفاء الطابع القضائي على جميع الهيئات التأديبية التي تطبق إجراءات ممثلة للإجراءات المعمول بها أمام القضاء. ويتأكد هذا

¹ المادة 7 من ق.م. ا الملغى والمادة 800 من القانون رقم 98 09--، المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم. 21 لسنة 2008

² رمضان غناي، تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة الجزائر، ع، 10، 2012، ص. 64.

³ ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في اشاء القادة القانونية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري المعمق كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان- ص 58، 2016-2015

⁴ ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في اشاء القادة القانونية، مرجع سابق، ص.60.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

الاقتناع حتى في حالة افتراض سماح القانون للهيئات التأديبية تطبيق الإجراءات القضائية لأن تطبيق هذه الإجراءات يمكن اعتباره وسيلة لتدعيم مصداقية القرارات الصادرة عن هذه الهيئات وليس حجة لتأكيد طابعها القضائي¹.

3- معيار الصلاحيات الخاصة للمجلس الأعلى للقضاء:

إن الصلاحيات التي يتمتع بها المجلس الأعلى للقضاء تهدف إلى تمكين هذه الهيئة الدستورية من ضمان استقلالية السلطة القضائية و احترام القانون الأساسي للقضاء، يتحقق هذا الأخير بممارسة المجلس الأعلى للقضاء لصلاحيات تأديبية خولها له كل من القانونين العضويين 04-11 و 04-12.

كرست المادة 21 من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتنظيم المجلس الأعلى للقضاء اختصاص هذا الأخير للنظر والفصل كمجلس تأديبي في المتابعات القائمة ضد القضاة. تحقيقاً لهذا الغرض، يتمتع المجلس بسلطة تحري و مناقشة تؤدي عند الاقتضاء إلى إدانة القضاة تأديبياً. إن العقوبات المطبقة².

في الواقع لا يوجد أي نص قانوني يسمح بأن تكون الصلاحيات المخولة للمجلس الأعلى للقضاء سبباً في جعله جهة قضائية إدارية متخصصة. بالعكس هناك بعض النصوص القانونية تؤكد بأن المجلس الأعلى للقضاء لا يمكن أن يكون جهة قضائية وأن قراراته التأديبية لا يمكن وصفها ولا اعتبارها، قرارات ذات طابع قضائي. وهذا ماكدته المادة 34 من القانون العضوي رقم 04-12 حيث منحت للمجلس الأعلى للقضاء صلاحية إعداد مدونة أخلاقيات القاض والمصادقة عليها. تتضمن هذه المدونة حسب المادة 64 من القانون العضوي رقم 04-11 تحديد الأخطاء المهنية غير تلك التي عددها هذا القانون.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على مخالفة القاضي للالتزام المفروض عليه

يسود الدولة المعاصرة مبدأ المشروعية باعتباره إحدى ضمانات دولة القانون، إذ تغدو السيادة لحكم القانون وحده، وهو ما يكفل حماية جيدة للحقوق والحريات، ومن المستقر عليه أن مدلول القانون ينصرف إلى كافة القواعد القانونية السارية في الدولة أي كان مصدرها وشكلها إذ تشكل تلك القواعد جميعها عناصر المشروعية في الدولة.

واعتباراً لكون مصادر القاعدة القانونية متعددة، إذ لا يقتصر انشاء القواعد القانونية على سلطة أو هيئة عامة واحدة في الدولة، فإنه يكون محتملاً وقوع التعارض بين هذه القواعد، وبالتالي يصبح من الضروري البحث عن قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط والانسجام بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة.

وحل إشكالات واحتمالات وقوع التعارض فيما بين هذه القواعد، قد توصل الفقه والقضاء المبدأ تدرج القواعد القانونية، فالقاعدة الأدنى يجب أن تكون متطابقة مع القاعدة الأعلى منها. على أنه عند البحث في القواعد ذات المرتبة العليا داخل هذا التدرج، فإننا نجد بأن الدستور هو القاعدة العليا في الدولة وبالتالي فإن كل هذه القواعد التي تكون أقل مرتبة منه، يجب ألا تخالفه وإلا كانت محل جزاء³.

¹ هذه المبادئ وردت في الميثاق العربي لحقوق الإنسان 2004، والمصادق عليه في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-62 المؤرخ في 11 فبراير 2006. ج ر رقم 08 سنة 2006، ص 3،

² المادة 68 من القانون العضوي رقم 11-04 تميز بين أربع نواع من العقوبات

³ مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، المرجع السابق، ص 182.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

وإذا كان الأمر كذلك، فإن ما يمكن استنتاجه من فكرة تدرج القواعد القانونية هو أن مجموع القواعد القانونية القائمة في الدولة، ومهما كانت مرتبتها في التدرج، لها مجالها للتطبيق كما أنها تتمتع بقوة قانونية، ما دام أنها مطابقة للقواعد الأعلى منها. ويترتب على هذا الاستنتاج نتيجة أساسية تتمثل في أن كل القواعد القانونية القائمة في الدولة لا يجب أن تتعارض فيما بينها لأنه لو وقع أي تعارض بينها فإن القوة القانونية لا يمكن أن تنتقل من قاعدة إلى أخرى.¹

فإن القاضي الإداري يجب عليه أن يفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص القانونية القائمة، وإذا حدث من الناحية العلمية وجود تناقض بين القواعد القانونية القائمة، فإن ذلك لن يؤثر من المفروض على اختصاصه، ما دام أن فكرة تدرج القواعد القانونية تفرض عليه ترجيح أعلى قاعدة.

وفي القضية السابقة رأينا أن مجلس الدولة سمح لنفسه بمخالفة القواعد القانونية القائمة، ومع ذلك فإنه لا توجد هيئة قضائية أعلى منه بإمكانها أن تلغي القرار الذي اتخذته، وهنا قد يبدو بأن الجزاء غير موجود.

إلا أن هذا الاعتقاد لا يعد في الحقيقة صحيحاً على إطلاقه، فعندما يقوم مجلس الدولة بالفصل في النزاع المعروض عليه بمخالفة النص القانوني القائم، فإنه يكون قد خالف التزاماً مفروضاً عليه، ذلك أن القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة كغيره من الهيئات القضائية تعتبر قرارات صادرة عن هيئات تتصرف باسم الدولة بمعنى أنها صادرة عن الدولة.²

فهل يمكن للمتضرر مطالبة الدولة بتعويض على أساس الخطأ القضائي؟ عملاً بقواعد مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فإن المؤسس الدستوري سمح للمتضرر من الحصول على تعويض من الدولة بنص المادة 61 من الدستور مع احتفاظ الدولة بحقها بالرجوع على القاضي حسب نص المادة 31 من القانون العضوي رقم 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء بقولها: " لا يكون القاضي مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي، لا يتحمل القاضي مسؤولية خطئه المرتبط بالمهنة إلا عن طريق دعوى الرجوع التي تمارسها هذه الدولة.

وبالإضافة إلى ذلك يجب التأكيد بأن القضاة هو موظفون عموميون، حتى ولو خضعوا لقانون أساسي خاص بهم، بالنظر إلى ما تطلبه وظيفتهم من ضرورة توفير الاستقلالية لهم.³ وفي هذا الصدد إذا ارتكب القاضي خطأ تأديبياً، فإنه يتعرض لتوقيع العقوبة التأديبية عليه، طبقاً لأحكام القانون الأساسي للقضاء⁴، وفي هذا الصدد، يجب أن نؤكد بأن الأخطاء التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون جاءت على سبيل المثال.⁵

فالمشرع عندما أشار إلى المبدأ العام المتعلق بالأخطاء التأديبية، أشار إلى بعض الأخطاء على سبيل المثال لم يتم بحصر كل الأخطاء التأديبية.

¹ رمضان غناي، تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة الجزائر، ع، 10، 2012، ص67.

² مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، المرجع السابق، ص 182.

³ المادة 3/2 في الأمر 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العامة، ج رقم46. لسنة 2006 التي تنص: "... لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاء...".

⁴ المادة 163 من الأمر رقم 03-06، سابق الإشارة إليه.

⁵ - المادتين 61 و60 من القانون العضوي رقم 11-04، سابق الإشارة إليه.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

وانطلاقاً من هنا، ونظراً لأن تكوين الحكم القضائي لا يعد عنصراً مجرداً بذاته، فإن القضاة الذين يشتركون في إصدار أحكام بالمخالفة للنصوص القانونية القائمة، يكونون قد ارتكبوا أخطاءً تأديبية وبالتالي يعرضون أنفسهم لتوقيع العقوبات التأديبية المقررة في هذا الصدد.

وفيما يتعلق بالعقوبات التأديبية التي يمكن أن تطبق على القضاة، يجب أن نؤكد بأن القرار المتضمن تلك العقوبات يكون قابلاً للطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة أمام مجلس الدولة.

من خلال كل ما سبق، يتضح لنا بأن الالتزام المفروض على القاضي، والذي من خلاله يتعين على القاضي أن يفصل في المنازعات المعروضة عليه طبقاً للنصوص القانونية القائمة، وليس بالمخالفة لها يتمتع بطابع قانوني، ما دام أنه يتمتع بجزء قضائي.¹

على أن السؤال الذي يمكن طرحه الآن يتمثل في معرفة هل أن تقرير مسؤولية القاضي من شأنها أن تؤدي إلى إلغاء القرار القضائي الذي من خلاله خالف النصوص القانونية القائمة؟

هنا يجب أن نميز بين فرضين²، وذلك على الشكل التالي:

الفرض الأول: في حالة عدم اتخاذ أي إجراء تأديبي ضد القاضي:

ففي هذه الفرضية يستحيل إعادة النظر في القرار القضائي الذي جاء مخالف للنصوص القانونية القائمة.

وعليه فإن هذا القرار سوف ينتج كل آثاره القانونية، ما دام أنه يتمتع بحجية الشيء المقضي. (l'autorité de la chose jugée)

الفرع الثاني: في حالة اتخاذ إجراء تأديبي ضد القاضي:

وهنا يمكننا أن نشير إلى حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يتم الطعن ضد القرار التأديبي المتخذ ضد القاضي، أو تم الطعن ولم يبلغ القاضي القرار التأديبي، ففي هذه الحالة، سوف يتواجد في الدولة قرارين متناقضين، ولكن متعايشين: القرار القضائي المخالف للنصوص القانونية القائمة، والقرار الإداري أو القضائي المتضمن العقوبة التأديبية الذي أسس على مخالفة القاضي للنصوص القانونية القائمة. وهنا إذا كان المشرع لم يواجه هذه الفرضية، فمن المفروض أن يسمح لمن تضرر من القرار القضائي أن يطلب مراجعته، وهذا حتى لا يبقى داخل الدولة قرارين متناقضين.

الحالة الثانية: وإذا تم الطعن في القرار التأديبي بدعوى تجاوز السلطة، وألغى القاضي العقوبة. فهنا فإن القرار القضائي الذي خالف النصوص القانونية، يبقى سارياً لوحده داخل الدولة، على الرغم من مخالفته للنصوص القانونية القائمة.³

يمكن القول من خلال كل ما سبق، يجب على الهيئات القضائية أن تؤسس أحكامها فقط على القواعد القانونية القائمة، أو على الأحكام التي تنشؤها في حالة وجود فراغ في النصوص القانونية القائمة، أو بتعبير آخر لا يجوز للهيئات القضائية حتى ولو تعلق الأمر بمجلس الدولة باعتباره أعلى هيئة قضائية في المجال

¹ ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في إساءة القادة القانونية، مرجع سابق، ص 61

² -مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري لقانون، المرجع السابق، ص 186.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 90

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

الإداري، ويصدر قرارات قضائية غير قابلة للإلغاء أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها بمخالفة النصوص القانونية القائمة¹.

يجب اعتبار القاضي - حتى ولو كان متواجدا في آخر درجة للتقاضي - الذي يؤسس قراره على القواعد القانونية التي أنشأها بمخالفة النصوص القانونية القائمة، أنه خالف التزاما قانونيا، يقضي بضرورة تأسيس قراراته على النصوص القانونية القائمة، و عدم مخالفتها عند الفصل في المنازعات، و هذا حتى ولو لم يكن محل عقوبة، فما كان يبدو صحيحا، و المتمثل في إمكانية مخالفة مجلس الدولة للنصوص القانونية القائمة، نظرا لعدم وجود هيئة قضائية أعلى منه تختص برقابته، لا بعد صحيحا، ما دام أن مخالفة النصوص القانونية القائمة قد يعرض القاضي للمسؤولية التأديبية.

المطلب الثاني: حدود وظيفة الاجتهاد القضائي

ان الاجتهاد القضائي هو حق محفوظ للقاضي الإداري غير أنه مقيد بعوامل تحد من بروزه (الفرع الأول).

كما أن القاضي مخول بالتراجع عن اجتهاداته شريطة إتباعه لجملة من الإجراءات القانونية فهل بإمكان القاضي مخالفة هذه الإجراءات في سبيل الفصل في المنازعات المعروضة عليه؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العوامل المعيقة لبروز الاجتهاد القضائي

هناك عوامل من شأنها أن تعرقل القاضي الإداري الجزائري عن القيام بدوره الإنشائي على أكمل وجه وتتمثل اهم هذه العوامل فيما يلي:

1-زيادة الثقل والعبء على مجلس الدولة:

الهرم القضائي الإداري الجزائري مكون من مجلس الدولة على مستوى القمة والمحاكم الإدارية على مستوى القاعدة.

وبخصوص مجلس الدولة يكون اختصاصه القضائي على النحو الآتي: كقاضي أول وآخر درجة وكقاضي استئناف، وكقاضي نقض².

ويختص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة وفقا للمادة 9 من القانون العضوي رقم -01 98 المتعلق بمجلس الدولة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية والوطنية.

ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة، والمادة في شكلها الحالي تتطابق تماما مع المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن إ اختصاص مجلس الدولة كأول وآخر درجة من شأنه أن يثقل ويزيد العبء على مجلس الدولة وبالتالي لا يتفرغ للقيام بوظيفته الأساسية والرئيسية المنصوص عليها في المادة 152 من الدستور والمادة 2 من القانون العضوي رقم 01-98 المتعلق بمجلس الدولة والمتمثلة في وظيفة التقويم والاجتهاد.

¹ محمد الشيرازي البيضاوي، الابهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت 1998، ص. 246

² ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في اشاء القادة القانونية، مرجع سابق، ص59

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

وبخصوص اختصاص مجلس الدولة كقاضي استئناف ، فطبقا لنص المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة "يختص بمجلس الدولة في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية ، و يختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة " و هي مطابقة لنص المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و لقد أكد على دور الاستئناف بالنسبة لمجلس الدولة المادة 2 من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية بقولها : " أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف امام مجلس الدولة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ."

إن المشرع حين عقد الاختصاص بالنظر في الطعن بالاستئناف لمجلس الدولة، أحدث تغيير وظيفيا وموضوعيا فيما يخص أداء مجلس الدولة وحوله من محكمة قانون إلى محكمة وقائع يهتم بها وهو يفصل في الطعون بالاستئناف. وبذلك خالف هذا الدور منطوق المادة 152 من الدستور التي جعلت من مجلس الدولة جهة قضائية عليا تمارس دور التقويم والاجتهاد.¹

إن الربط والمقارنة بين مضمون المادة 152 من الدستور والمادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة يثير تساؤلات جوهرية: لماذا عهد قانون 98-01 لمجلس الدولة وظيفة القضاء الابتدائي والنهائي ووظيفة الاستئناف في حين اعترفت المادة 152 من الدستور لنفس الهيئة بمهمة تقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية وضمان توحيد الاجتهاد القضائي؟

لا شك أن وظيفة الاستئناف تمكن مجلس الدولة من ممارسة وظيفة التقويم، وبالتالي يبدو ظاهريا انسجام المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 لمجلس الدولة مع المادة 152 من الدستور. غير أن التقويم الذي نقصده هو ذات التقويم الذي تمارسه المحكمة العليا والذي يكون فقط من خلال وظيفة النقض. خاصة وأن كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا محكومان بنص دستوري واحد.

ولا شك أيضا إن إلغاء مهمة الاستئناف بالنسبة لمجلس الدولة وتحويل ذات الاختصاص إلى محاكم استئناف مستقلة كما هو في فرنسا كفيل بتوحيد الدور القضائي بين قمة هرمين هي المحكمة العليا ومجلس الدولة.²

وقد اقترح الأستاذ عمار بوضياف وجهة نظر تتمثل أنه لو أسند المشرع قضاء الاستئناف لجهة قضائية مستقلة ولو كانت جهوية ويعمل على تحويل الغرف الجهوية الخمسة التي كانت موجودة في كل من الجزائر وهران وقسنطينة وبشار وورقلة إلى محكمة استئناف إدارية بحكم ما اكتسبته من خبرة.

لا شك أن هذا الإصلاح من شأنه أولا التخفيف على مجلس الدولة بإعفائه من وظيفة الطعن بالاستئناف وثانيا بإحداث نسق واحد على مستوى جهات القضاء الإداري والعادي معا، وبنفس النمط والكيفية فيصبح هرم القضاء الإداري يتشكل من ثلاثة خلايا بنفس عدد خلايا القضاء العادي وهي المحاكم الإدارية الابتدائية ومحاكم الاستئناف ومجلس الدولة كهيئة قضائية عليا.³

وبخصوص اختصاص مجلس الدولة كقاضي نقض نصت المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة المعدلة والمتممة سنة 2011 على أن: " يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون

¹ ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في اشاء القادة القانونية، مرجع سابق، ص60

² عمار بوضياف، القضاء الاداري بين نظام الوحدة والازدواجية، ط 1، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 58.

³ عمار بوضياف، المعيار العضوي واشكالته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2012،

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية. ويختص أيضا بالنظر في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة".

و إذا كان منوط بمجلس الدولة الجزائري طبقا للمادة 152 من الدستور القيام بوظيفة و مهمة الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية فإن ممارسة هذه الوظيفة و حسن آداها يفرض إعادة النظر في الاختصاصات المعهودة لهذه الهيئة القضائية العليا ، ذلك انه بقدر ما يكون الاختصاص محصورا و محددا دقيقا و ضيق النطاق بقدر ما يتمكن هذا لمجلس من تقديم مردودية و أداء قضائي في المستوى المنتظر و المطلوب ، إذ كيف يتسنى لمجلس الدولة أن يمارس وظيفة الاجتهاد على الصعيد الإداري ، و يساهم في تقنين و تطوير أحكام و مبادئ القانون الإداري في مرحلة الازدواجية و في مرحلة الثورة التشريعية التي عاشتها البلاد منذ 1990 إذا كانت الاختصاصات القضائية المعهودة إليه كثيرة و متنوعة ، فضلا عن النقص و هي وظيفة مألوفة و طبيعية لمجلس الدولة ، و لا يمكن أن يمارسها غيره ، فهو جهة قضاء ابتدائي و نهائي و جهة لقضاء الاستئناف¹.

و على ذلك يمكننا القول أن قيام مجلس الدولة بوظيفة الاجتهاد القضائي بما يتبعها من تصويب القرارات القضائية في المادة الإدارية الصادرة عن المحاكم الإدارية الابتدائية يستوجب تحريره و إعفاءه من مهمة القضاء الابتدائي و النهائي و الاستئناف على حد سواء و الإعفاء بوظيفة النقص دون

سواها، وهذا الأمر يفرض لا شك نقل الاختصاص بالنظر في القضايا ابتدائيا و نهائيا موضوع المادة 9 من القانون العضوي رقم 01-98 إلى المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة ولو بتشكيلة خاصة مع تغيير طبيعية القرار الصادر عنها ليصبح ابتدائيا بما يجوز الطعن فيه باستئناف. كما يفرض هذا التصور الجديد لدور مجلس الدولة إعفاءه من مهمة الاستئناف و نقل الاختصاص إلى محاكم الاستئناف يتم إنشاؤها لهذا الغرض.

2- الإنتقال من الولاية العامة للمحكمة الإدارية:

تنص الفقرة الأولى من المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعة الإدارية ..."

فمن المفروض أن المحاكم الإدارية تعتبر محكمة أول درجة بالنسبة لجميع المنازعات الإدارية إلا أن اختصاص مجلس الدولة كأول و آخر درجة، من شأنه توسيع مجال اختصاص مجلس الدولة و تضيق مجال اختصاص المحاكم الإدارية (توسيع مجلس الدولة على حساب الولاية العامة للمحاكم الإدارية) فهذا ما يقلل من فرص قضاة المحكمة الإدارية في الاجتهاد.

إن السؤال المطروح ما الضرر الذي يلحق بالهيئات المركزية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية إذا مثلت أمام القاضي الابتدائي أو محكمة ابتدائية إدارية فهل يقلل ذلك من شأنها أو يمس كرامتها أو يضعف سلطتها؟ بالتأكيد لا، فمكانتها محفوظة و سلطتها قائمة².

إن ظاهرة التقليل من الولاية العامة للمحاكم الإدارية موجودة حتى في قوانين أخرى³ غير قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فعلى سبيل المثال قانون الأحزاب السياسية⁴ الصادر بموجب القانون العضوي

¹ عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص39

² علي قصير، ندية بونعاس، تفعيل دور القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة الفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع2011. ص224.

³ - بسين ربوع، الأحزاب السياسية في الجزائر، دار بلقيس، الجزائر، ص. 81.

⁴ القانون العضوي رقم 04-12 الصادر بتاريخ 22/01/2012، المتعلق بأحزاب السياسية، ج رقم. 02 لسنة 2012.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

رقم 04 12- فإن المنازعات المتعلقة بالقرارات الراضية لتأسيس الحزب السياسي وكذا القرارات الراضية لاعتماده أصبحت توول لاختصاص مجلس الدولة كأول وآخر درجة وذلك طبقاً للمادتين 22 و30 من هذا القانون. ومجلس الدولة يفصل في هذه المنازعات كأول وآخر درجة لقرار قضائي غير قابل للطعن بالاستئناف وبالتالي توسيع لاختصاص مجلس الدولة على حساب الولاية العامة للمحاكم الإدارية.

3- أعمال السيادة:

إن بعض تصرفات السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء، سواء القضاء العادي أو القضاء الإداري، فإن القاضي هو الذي اعتبر نفسه غير مختص بالنظر في بعض تصرفات السلطة التنفيذية في حين ليس هناك أي قانون يمنعه من ذلك، وبالتالي فإن الفصل في النزاعات التي تمس أعمال السيادة لا يدخل ضمن اختصاص القاضي الإداري فإن كان الفصل فيها لا يعد من صلاحياته فإن الاجتهاد في هذا الصدد لا يعد من صلاحيته أيضاً.

فإذا اجتهد القاضي في محاولة منه لنزع صفة أعمال السيادة في النزاع المعروض عليه لكي يتمكن من الفصل في القضية فإن هذا الاجتهاد تواجهه عدة صعوبات صنعتها الدولة في محاولة منها للتأكيد على سيادتها.

أعمال السيادة هي طائفة من الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية والتي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء وبتعبير آخر هي تلك الطائفة من الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية والتي يعتبر القاضي نفسه غير مختص بالنظر فيها.¹

و نظرية أعمال السيادة كمعظم نظريات القانون الإداري الفرنسي هي من مصنع مجلس الدولة الفرنسي و قد جاءت وليدة الحاجة ، و هي في الأساس تمثل مظهراً من مظاهر السياسة القضائية المرنة لمجلس الدولة فعلى إثر عودة الملكية في فرنسا عام 1841 بيتت الحكومة النية على إلغاء المجلس المذكور للتخلص من رقبته، فلجأ هذا الأخير إلى التصالح مع الحكومة بأن يتنازل عن بعض سلطاته في الرقابة على طائفة من أعمال الحكومة مقابل الاطمئنان على مصيره و هكذا اتخذ مجلس الدولة تلك النظرية التي ابتدعها وسيلة للحفاظ على كيانه و ضمّام أمان يكفل حمايته مما كان معرضاً له و مهدداً به من جانب السلطة التنفيذية.²

أما في الجزائر هناك قرارات قضائية جاءت وقائعها بعد الاستقلال مباشرة وأقر فيها القاضي الجزائري أن نظرية أعمال الحكومة هي نظرية قضائية.

الفرع الثاني: القيود الواردة على تراجع اجتهاد القاضي

إن الإشكالية التي نريد معالجتها هنا لا تتعلق بإمكانية مخالفة القاضي الإداري للاجتهاد القضائي القائم ما دام أن هذا الأخير من صنعه، وبإمكانه التراجع عنه وإنشائه لاجتهاد قضائي جديد بل تتعلق بمدى التزامه بإتباع الإجراءات القانونية كلما أراد إحداث تغيير في الاجتهاد القضائي؟ من المؤكد أن استقرار مجلس الدولة على اجتهاده القضائي يعطي له قوة ويضمن الأخذ به من الجهة القضائية الدنيا (المحكمة الإدارية)، فلا يوجد تناقض بين تكليف مجلس الدولة بتوحيد الاجتهاد القضائي والترخيص له في الوقت ذاته بالتراجع عنه وإقرار اجتهاد مغاير ولكن هل الأمر متروك للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي؟

¹ محي الدين القيسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 172.

² - سليمان محمد الطماري، محمود عاطف النبال، نظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، 2006، ص 135.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

بالرجوع الي المادة 31 من القانون العضوي رقم 01-98 المتعلق بمجلس الدولة والتي تنص على ما يلي:

" يعقد مجلس الدولة في حالة الضرورة جلساته مشكلا من كل الغرف مجتمعة لا سيما في حالات التي يكون فيها القرار المتخذ بشأنها يمثل تراجعا عن اجتهاد قضائي."

ويتشكل مجلس الدولة في هذه الحالة من رئيس مجلس الدولة ونائب الرئيس ورؤساء الغرف وعمداء رؤساء الأقسام ولا يصح أن يبيت في القضية إلا بحضور نصف الأعضاء المذكورين على الأقل حسب المادة 32 من القانون السابق.

ولكن يبدو أن مجلس الدولة سمح لنفسه بمخالفة الاجراء القانوني المذكور وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

يوجد تذبذب في اجتهاد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا ومجلس الدولة حاليا بشأن الغرامة التهديدية¹، فهناك عدة قرارات قضت بعدم جواز الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة، في حين نجد قرارات أخرى أجازت للقاضي الإداري النطق بها على المنوال التالي:

أولاً: القرارات التي أجازت النطق بالغرامة التهديدية

هناك قرارات أقرت فيها المحكمة العليا² (الغرفة الإدارية) وكذا مجلس الدولة النطق بالغرامات التهديدية إكراها للإدارة على تنفيذ التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ينصب على عاتقها.

وعلى ذلك اقرت الغرفة الإدارية العليا³، يجوز النطق بالغرامة ضد شخص من أشخاص القانون العام مسببة قرارها كما يلي:

"حيث أن السيد (ب) م. كان ينوي بناء مساكن فردية فوق القطعة الأرضية المتنازع عليها، و أن الرفض كان من شأنه عرقلة إنجاز المباني المقررة بناءها و تأخير تنفيذ الأشغال المقررة و كذا تلف النصف الباقي من العتاد و مواد البناء الموجودة بالموقع..."

إن قضاة أول درجة كانوا محقين ببناء على هذه العناصر عندما قرروا بأن الضرر اللاحق بالسيد (ب.م) يجب تعويضه ببناء على غرامة تهديدية.

لكن حيث أن المبلغ الممنوح أي 2000 دج عن كل يوم زهيد، يجب رفعه إلى 8000 دج. ويلاحظ بأن هذا القرار طبق تطبيقا صحيحا مقتضيات المادتين 340 و 471 من قانون الإجراءات المدنية واللتين لا تميزان ما بين الأشخاص الخاصة والأشخاص التابعة للقانون العام في تطبيق الغرامة التهديدية.

لا يعد قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أعلاه اجتهادا قضائيا منشئا، ولا هو بالقرار المبدئي لكونه ليس إلا تطبيقا لنص قانوني والممثل في المادتين 340 و 471 من قانون الإجراءات المدنية بشأن تطبيق الغرامة التهديدية على الإدارة، في حالة امتناعها عن تنفيذ التزام بعمل أو امتناع عن العمل.

¹ منصور محمد حمد، الغرامة التهديدية الجزاء لعدم تنفيذ احكام القضاء الاداري الصادر ضد الادارة، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 2002، ص 2.

² قرار المحكمة العليا (الغرفة الادارية) بتاريخ 14/05/1995، قضية السيد (د.ب) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية (سيدي بلعباس)، شار اليه، عمار بوضياف، دعوى الالغاء في قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار الجسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 217.

³ عز الدين مرداسي، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 13.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

أما مجلس الدولة فنجده يقضي بتاريخ 8/3/1999¹ بتأييد قرار مجلس قضاء قسنطينة (الغرفة الإدارية) القاضي بتصفية الغرامة التهديدية المحكوم بها ضد الإدارة، مع القول بأن: الغرامة تسري من يوم صدور إلى غاية الاتفاق من جديد، وعلى ذلك فمجلس الدولة هنا لم يقل بعدم قانونية الحكم بالغرامة التهديدية، بل أجاز ذلك وسبب قراره كما يلي: " حيث أن المستأنفة تؤكد أن المستأنف عليها ليس لها الحق في الغرامة التهديدية الممنوحة لها بموجب القرار الصادر في 1994/05/22 و المحدد قيمتها بالقرار موضوع الاستئناف ، حيث وقع اتفاق بين الطرفين بعد صدور القرار الناطق بالغرامة التهديدية و الذي ألغى النزاع فيما بينهما و هذا في 11/05/1995. حيث أن القرار موضوع الاستئناف حدد مبلغ الغرامة ، و التي تسري من يوم صدور القرار إلى الاتفاق الجديد ، ما دام قد وقع اتفاق جديد أطراف النزاع " .

وكذلك قرار مجلس الدولة الصادر في 22/06/2002 في قضية السيد. (د. ب) ووالي ولاية عين تموشنت، والذي أيد بموجب حكما صادرا عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران، الذي قضى بتصفية الغرامة التهديدية.²

ثانيا: القرارات التي حظرت النطق بالغرامة التهديدية

على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للقرارات التي أقرت اختصاص القاضي الإداري في النطق بالغرامات التهديدية،³ فإن أغلب قرارات الغرفة الإدارية سابقا ومجلس الدولة، منعت القاضي الإداري من النطق بمغرمات التهديدية ضد الإدارة" على أساس انعدام النص القانوني أو الاجتهاد القضائي ومن بينها:

صدر قرار عن مجلس الدولة بتاريخ 24/04/2000 في قضية رئيس بلدية درقينة ضد (ع.س) وصف تطبيق قضاة مجلس قضاء بجاية للغرامة التهديدية ضد بلدية درقينة "بالخطأ في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون"، وقضى بإلغائه.⁴

وتتلخص وقائع القضية في أن السيد (س.ع.) مستأجر لمحل تجاري، وأن المؤجرة وهي بلدية درقينة أصدرت لصالحه قرارا بالتنازل عن المحل أعلاه، بواسطة مداولة، ولكن السلطة الوصية والممثلة في الولاية لم تصادق على تلك المداولة. لجأ السيد (س.ع.) إلى مجلس قضاء بجاية الغرفة الإدارية، والذي أصدر لصالحه قرارا في 04/03/1997 قضى بإلزام البلدية بإتمام إجراءات البيع تبعا للتنازل الصادر عنها تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 2000 دج عن كل يوم تأخيرا فاستأنفت البلدية قرار مجلس بجاية أمام مجلس الدولة الذي ألغاه، ثم رفض الدعوى لعدم التأسيس، مذكرا بأن المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة التهديدية غير واجبة التطبيق".

وإذا رجعنا إلى قانون الإجراءات المدنية والمطبق على القضائيين العادي والإداري معا، نجد بأن المشرع نص على الغرامة التهديدية بايدي ذي بدء في المادة 340، والتي تدخل في الباب الثالث من الكتاب السادس المتعلق بتنفيذ أحكام القضاء، تحت عنوان في " التنفيذ الجبري لأحكام المحاكم والمجالس القضائية والعقود

¹ مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار غير منشور، شار اليه لحسين بن شيخ ملويا، المنتقي في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 30.

² مجلس الدولة الغرفة الثالثة، ملف رقم 19117، المؤرخ في 12/6/2002، حول قضية السيد (د، ب) ووالي عين تموشنت، القرار غير منشور، شار اليه شهرزاد قوسطو، مدى امكانية توجيه القاضي الإداري لأوامر الإدارة دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير في قانون العام، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2009-2010، ص. 120

³ عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الاجبارية ضد الإدارة العامة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 175.

⁴ مجلس الدولة الغرفة الرابعة قرار غير منشور، فهرس 265، شار اليه لحسين بن شيخ ملويا، المنتقي في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 327.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

الرسمية،" كما نص عليها المشرع أيضا في المادة 471 والتي تدخل الكتاب التاسع من القانون الإجراءات المدنية تحت عنوان "أحكام عامة".

وكذلك قرار مجلس الدولة الصادر في 2000/02/28 والذي جاء فيه ما يلي:

" حيث أنه لا يمكن الحكم على الإدارة بدفع غرامة تهديدية ، و إن القرار المستأنف الذي حكم على رئيس بلدية سيدي بن عدة بدفع غرامة تهديدية ، يومية قدرها 200 دج عن كل يوم تأخير و ذلك من 03-07 - 1995 إلى 3-3-1997 يجب إلغاؤها"¹.

كما قضى مجلس الدولة بتاريخ 2/4/2002 بإلغاء قرار مجلس الجزائر الصادر في 16/1/1998 والذي قضى بالحكم على ولاية بومرداس بدفع مبلغ 100.000,00 دج ويتمثل في قيمة الغرامة التهديدية المحكوم بها بموجب قرار 20/11/1994، وقد أسس مجلس الدولة قراره هذا على:

" الغرامة التهديدية غير منصوص عليها قانونا في المواد الإدارية والاجتهاد القضائي أبعد تطبيقها ضد الإدارة وعليه فإن مجلس الجزائر عندما ألزم ولاية بومرداس بدفع مبلغ 100.000,00 دج قيمة الغرامة التهديدية كان قد أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين إلغاء المعاد والفصل من جديد برفض الدعوى الأصلية"².

غير أنه من جهة الاجتهاد القضائي نجد قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 14/5/1995 وقرار مجلس الدولة في 8/3/1999، قد أفرا بجواز بل وبصحة القضاء بالغرامة التهديدية ضد الإدارات العمومية طبقا للمادتين 340 و 471 من قانون الإجراءات المدنية وأن تراجع الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا وكذا مجلس الدولة عن هذين القضائيين غير مستساغ، إذ كان لابد من تقرير ذلك التراجع بموجب قرار صادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا سابقا أو مجلس الدولة حاليا، وليس بقرارات صادرة عن غرفة واحدة أو متفرقة.³

اما من جهة القانون، فإن نصي المادتين 340 و 471 أعلاه لا يميزان ما بين الخواص والإدارات العمومية، في ذكرها للغرامة التهديدية، خاصة وأنها يتعلقان بوسائل تنفيذ الالتزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل، والتي تقضيها الأحكام أو القرارات القضائية مهما كانت الجهة التي أصدرها سواء كانت عادية أم إدارية. والقول بان النص لا وجود له، أمر غير مستساغ، لكون قانون الإجراءات المدنية يطبق على القضايا العادية وكذا على المنازعات الإدارية، ما لم تستثن من ذلك بنص خاص في القانون ذاته وهو الشيء الذي لم يفعله بالنسبة للنصين المتعلقين بالغرامة التهديدية والذين جاءا بصفة عامة ويطبقان على جميع القضايا مهما كانت نوعيتها.⁴

¹ قرار مجلس الدولة الصادر في 2000/02/28، ملف رقم 188258، قضية السيد (ب)، (ب) ضد رئيس المنديبية التنفيذية لبلدية سيدي بن عدة ولاية مستغانم، شارح الى هذا القرار: شفيقة ن صاولة، اشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، دار هومة، 2010، ص. 302.

² مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، ملف رقم 00555، بتاريخ 2/4/2002، قرار غير منشور، شار الى هذا القرار، حمدي بشا عمر، مبادئ الاجتهادات القضائية في مادة الاجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.95.

³ لحسن بن الشيخ ملوياً، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص. 336.

⁴ سهيلة مزباني، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، - مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، الجزائر 2012-2011، ص. 29.

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية

ولتفادي هذا التغيير الواضح في اجتهادات القضاء الإداري تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصا تخول للقضاء الإداري سلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة من أجل إجبارها على التنفيذ ومنعها عن التسلط في المواد 980 إلى 985¹.

رغم المجهودات التي يبذلها مجلس الدولة في قراراته لتفادي هذا التضارب والتذبذب في اجتهاداته إلا أن من الناحية العلمية لا يقوم بنشر كل قراراته، حيث لم يتم إنشاء مجلة مجلس الدولة² سوى في سنة 2001 ليصدر أول أعدادها في سنة 2002، وحسب المرسوم المنشئ للمجلة، فإنه يتم نشر قرارات مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحكمة التنازع التي تعد اجتهادا قضائيا مرجعيا.

ومع ذلك هناك بعض القرارات تبقى مجهولة من المتقاضين ومن المحامين وحتى القضاة، ولا شك أن هذا يساهم في إحداث تذبذب في الحلول القانونية التي تقدمها مختلف الجهات القضائية للمشاكل المعروضة عليها.

ومع العلم أن نشر القرارات القضائية هو الضامن الأول لتوحيد الاجتهاد القضائي، إذ من غير المقبول مساءلة قضاة الدرجة الأولى في حالة الحكم بما يتعارض مع اجتهاد مجلس الدولة إذ بقي هذا الاجتهاد في إدراجه.

¹ عمار معاشو، دور القضاء في حماية حقوق الإنسان، مجلة مخبر القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، الجزائر ع، 2، 2010، ص. 62

² المرسوم التنفيذي رقم 01-413، المؤرخ في 19/12/2001 المتضمن اشاء مجلة مجلس الدولة وتنظيمها وتسييرها. رقم 78 لسنة 2001

الفصل الثاني:

الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

ان العطاء الذي يستطيع أن يقدمه القاضي الإداري للقانون يكاد لا يقل في أهميته واتساعه عما يقدمه المشرع نفسه، فكلما تطور المجتمع وظهرت فيه حاجات جديدة وأوضاع لم تكن موجودة من قبل كلما اتضحت أهمية الدور الذي يضطلع به القاضي، فهو لا يستطيع أن يقف مكتوف الأيدي اتجاه هذه القضايا، أو يمتنع عن البث فيها بحجة فقدان النص لأن واجبه هو إحقاق الحق وحسم المنازعات بين الأفراد. فالقاضي الإداري باجتهاده يبتدع حلولاً قانونية. فما هي هذه الحلول القانونية ذات الأصل القضائي؟ وما مدى التزام القاضي نفسه بها؟ أو بمعنى آخر ما يدور في ذهن القاضي الإداري لحظة ابتداعه للقاعدة من نية التمسك والالتزام هذه القاعدة في المستقبل؟

وهو ما سيتم الإجابة عليه في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين: نتطرق في المبحث الأول إلى المبادئ العامة للقانون، أما المبحث الثاني نتعرض إلى القرار المبدئي والقرائن القضائية.

المبحث الأول:

المبادئ العامة للقانون

إن المبادئ العامة للقانون لا تستند مباشرة لنص قانوني مكتوب، وإنما تجد مصدرها المباشر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي يرجع له وحده الفصل في استخلاصها كقواعد قانونية ملزمة إلا أنه من الملاحظ أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن تميز بتطور عميق، فنظرية المبادئ العامة للقانون التي تفرض نفسها الآن في الأحكام وفي أبحاث الفقه لم تولد مرة واحدة، بل جاءت ثمرة ونتيجة تطور طويل قبل أن تستقر كنظرية متكاملة.

إن دراسة المبادئ العامة للقانون تتطلب التعرض إلى طبيعة المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية (المطلب الأول)، ثم المبادئ العامة للقانون تطبق مستقبلاً على المنازعات المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية

المبادئ العامة للقانون باعتبارها مجموعة متميزة من القواعد القانونية الأساسية في نطاق القانون الإداري هي ثمرة قضاء طويلة مستمر من جانب مجلس الدولة الفرنسي.

فهي نظرية قضائية بالمعنى الكامل بل هي من أقوى النظريات على الإطلاق بالنظر إلى أهميتها والوظائف التي تؤديها، تلك النظرية مازالت تثرى بمبادئ جديدة في القضاء الحديث ومازالت تطبيقاتها حية متجددة.

لكي نحدد مفهوم المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية، يجب أن نعرض من ناحية أولى لتعريفها من خلال كتابات فقه القانون الإداري والخصائص الأساسية التي تميزها المبادئ العامة للقانون (الفرع الأول)، كما يجدر بنا من ناحية أخرى التعرض إلى الحدود التي تقيد من نطاقها (الفرع الثاني).

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

الفرع الأول: مفهوم المبادئ العامة للقانون

تعددت التعاريف الخاصة بالمبادئ العامة للقانون، فالفقيه DE LAUBADERE يقول إن: "اصطلاح المبادئ العامة يطلق على عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة و لكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاحترام من الإدارة، و أن مخالفتها تمثل انتهاكا للمشروعية" و من ذلك أيضا تعريف مقرر الحكومة LETOURNEUR في تقريره عن قضية société des concert du conservatoire فهو يقول بشأنها مخاطبا مجلس الدولة ما يلي: " إن قضاء كم قد قبل منذ مدة طويلة أنه إلى جانب القوانين المكتوبة توجد مبادئ كبرى يعتبر الاعتراف بها كقواعد قانونية أمر ضروريا لتكملة الإطار القانوني الذي في ظله يجب أن تتطور الأمة بما لها من تنظيمات سياسية واقتصادية و أن مخالفة هذه المبادئ الكبرى لهي ذات النتائج التي ترتبها مخالفة القانون المكتوب أي الغاء القرار الصادر على خلافها و التزام السلطة التي أصدرته بالتعويض عن قرارها الخاطئ.¹

أما الأستاذ "عمار عوابدي" فعرفها بأنها: " مجموعة من القواعد القانونية ترسخت في ضمير الأمة، يتم اكتشافها بواسطة القضاء، ويعلنها هذا الأخير في أحكامه، فتكسب قوة الزامية وتصبح بذلك مصدر من مصادر المشروعية".²

أما الأستاذ مصطفى أبو زيد فعرفها بأنها: " مجموعة من القواعد استخلصها مجلس الدولة الفرنسي من الاتجاهات العامة للتشريع - فهي قواعد غير مكتوبة لها قوة القانون، ومن ثم يجب على الإدارة احترامها وهي تصدر قراراتها الفردية واللائحية طالما أن المشرع لم يتدخل صراحة فيصدر النصوص ما يخالف هذه القواعد".³

ومن خلال التعريفات السابقة يمكننا تحديد خصائص المبادئ العامة للقانون في النقاط التالية:

1- المبادئ العامة للقانون تتميز أو لا بأنها نظرية قضائية بمعنى أن الفصل في استخلاصها و تقريرها كقواعد قانونية ملزمة يرجع لمجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه.

2- إن نظرية المبادئ العامة للقانون لم تولد مرة واحدة، بل جاءت ثمرة و نتيجة تطور طويل قبل أن تستقر كنظرية متكاملة، و قد تميز هذا التطور بمرحلتين أساسيتين :

ففي المرحلة الأولى التي تبدأ منذ أن أصبح مجلس الدولة قاضيا عاما للمنازعات الإدارية وتستمر حتى عام 1945، كان مجلس الدولة الفرنسي يستلهم في قضائه عددا من المبادئ العامة ويؤسس عليها أحكامه ولكن دون أن يفصح عنها في حيثيات تلك الأحكام. إلا أن تلك المبادئ كانت بلا شك هي المحرك الأساسي لذلك البناء القانوني الذي قام بتشديد صرحه عبر السنوات إزاء قلة النصوص المكتوبة في نطاق القانون الإداري، وإزاء تمسكه باستقلال هذا القانون عن التقنيين المدني على إثر حكم محكمة التنازع الشهر "بلانكو".

ولكن هذا الدور الفعال للمبادئ العامة في تأسيس أحكام مجلس الدولة طوال هذه المرحلة كان مستترا ولم يرد القاضي الإداري التصريح بها بعد، بل حتى في عام 1944 وفي حكم "dame venvre tromprier-

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 50.

² - عمار عوابدي، القانون الإداري، ج.م، د 1 ج، الجزائر، 2002، ص. 101.

³ - مصطفى بو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط.د، ب 4 ن، القاهرة، 1989، ص. 553.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

Gravier " الذي يذكره الفقه قاطبة كحكم هام نظرية المبادئ العامة للقانون، لم يذكر مجلس الدولة صراحة مبدأ احترام حق الدفاع في الحكم وإنما يستخلص بطريقة ضمنية، فهناك استثناءات قليلة جداً، نجد فيها مجلس الدولة يخرج عن صمته ويعلن المبدأ العام الذي يتأسس عليه حكمه، أهم الاستثناءات حكم "Abdoulhousen" حيث أعلن فيه المجلس صراحة مبدأ المساواة أمام الضرائب. هناك عدة أسباب منعت مجلس الدولة الفرنسي عن هذا التصريح المباشر بالمبادئ العامة في هذه المرحلة منها: حرص القاضي الإداري الذي يدفعه لعدم صباغة المبادئ بطريقة مباشرة. لومنها أيضاً عدم ميل مجلس الدولة عموماً لأن يقيد نفسه بصفة نهائية بقاعدة جامدة ولو كانت تلك القاعدة مبدأ قانونياً عاماً ولعل السبب الأقوى هو أن مجلس الدولة لم يكن يستشعر ضرورة ذكرها صراحة نظراً لأن مبادئ الحرية والمساواة وغيرها كانت متأصلة في النظام الدستوري والقانوني للجمهورية الثالثة، إلى درجة تجعل تلك المبادئ الحرة من الوضوح والقوة بحيث لا تحتاج لتأكيدها.²

تأتي المرحلة الثانية، تبدأ بالذات منذ 1945 في 26 أكتوبر 1945 أصدر مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من أحكام BELLOIR-MATTEI-ARAMU - sieurs

TABTI³ وفيها أعلن صراحة "المبادئ العامة للقانون الواجبة التطبيق حتى بدون نص

« Les principes généraux du droit applicables même en L'absence de texte »

وذلك لتأسيس مبدأ احترام حق الدفاع وضرورة تطبيقه على كل قرار إداري يتضمن معنى الجزاء. ومنذ ذلك الحين أصبح مجلس الدولة يذكر دائماً صراحة المبادئ العامة، وكأمثلة نذكر حكم "Clary" عام 1946 بخصوص مبدأ حق الدفاع أيضاً، وحكم "Sionnet" في عام 1949 وحكم Sernin de least بخصوص مبدأ المساواة.⁵

ولكن ما الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى الخروج عن صمته وإعلانه للمبادئ العامة للقانون؟

3-المبادئ العامة غير مكتوبة: من أهم خصائص المبادئ العامة للقانون أنها قواعد غير مكتوبة، فبالرغم من أنها قواعد ملزمة للإدارة إلا أنها لا تستمد تلك القوة الملزمة بصورة مباشرة من أية قواعد مكتوبة بالذات فمجلس الدولة منذ أن أعلن ميلاد نظرية المبادئ العامة للقانون رسمياً في أحكامه يصر على أن يصفها بأنه " واجبة التطبيق حتى بدون نص (أو مع غياب النص)".⁶

ويقول مفوض الحكومة LETOURNEUR عن المبادئ العامة للقانون بأنها " المبادئ الكبرى" التي توجد " بجانب وجوار القوانين المكتوبة"، فهي -أي المبادئ -بطبيعتها ليست مكتوبة في تقريره عن société de concerts du conservatoire سابق الإشارة إليه.

4-المبادئ العامة للقانون لها قيمة القاعدة الوضعية أي قاعدة قانونية ملزمة و مخالفتها ترتب جزاء محدد، إذا كانت المبادئ العامة للقانون تتميز بأنها غير مكتوبة ولها وجود ذاتي مستقل عن أي نص، فإنها تتميز أيضاً و في نفس الوقت بأنها قاعدة وضعية أي أنها قاعدة قانونية ملزمة للإدارة، و

¹ خالد الزغبى، القانون الإداري و تطبيقاته في الأردن، ط 3، دار الثقافة للنشر، عمان 1998، ص 51.

² خطار شطناوي، موسعة القضاء الإداري، ج 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص. 52.

³ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 53.

⁴ مورييس نخلة، المختار في الاجتهاد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ص 64.

⁵ مورييس نخلة، مرجع نفسه، ص 65.

⁶ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 63.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

الأستاذ LETOURNEUR عندما تصدى لقيمتها كقاعدة وضعية أضاف مباشرة بانها لها على وجه الخصوص قيمة القانون المكتوب¹ ، و أن مخالفة الإدارة لمضمون المبدأ القانوني العام لها جزاء على مستوى قضاء الإلغاء و كذا قضاء التعويض .

5-خصيصة العموم و الدوام : تلك الخصيصة للمبادئ العامة للقانون ، تعني من ناحية أولى أن المبادئ العامة تتمتع بدرجة كبيرة من العموم و التجريد تفوق أحيانا القاعدة التشريعية المكتوبة ، كما تعني من ناحية ثانية أن المبادئ العامة تتمتع أيضا بقدر كبير من الدوام و الاستقرار تجعلها قابلة للتطبيق اللانهائي من حيث الزمن ، حقيقة التطور قد يقتضي ملائمتها في التطبيق و في إعادة رسم حدود المبدأ ، و لكن المبدأ ذاته يظل عادة قائما نظرا لما تمثله المبادئ العامة من قيمة إنسانية في حماية الفرد من تعسف السلطة في أي وقت و في كل مكان. وإذا كانت عمومية المبادئ العامة وطابعها الدائم تتبعان عن طبيعتها الأصلية كقواعد جوهريّة على وجه الإطلاق، الأمر الذي يبرر جمعهما في خصيصة واحدة، إلا أنها مع ذلك نود إعطاء بعض المظاهر التطبيقية لكل من طابع العمومية وطابع الدوام على حدة لتأكيد هذه الخصيصة الأساسية المشتركة للمبادئ العامة.

أ-طابع العمومية:

إن أسلوب مجلس الدولة الفرنسي في استخلاص بعض المبادئ من عدد من النصوص التشريعية المتناثرة يكشف في ذاته عن تلك العمومية الكبرى للمبدأ العام. منذ أن يستخلصه القاضي الإداري يكتسب ذاتية مستقلة ونطاق تطبيق غير محدود يفوق هذه النصوص لأنه ينطبق خارج إطارها وحتى في نطاق النص التطبيقي للمبدأ القاضي يعطي النص تفسيراً أوسع من ظاهره حتى يتفق هذا الأخير مع مضمون المبدأ ومقتضياته، ومثل هذا الأسلوب واضح في تطبيقات مختلفة من أبرزها مبدأ احترام حق الدفاع فالقاضي الإداري وقد استخلصه من عدة نصوص تطبيقية تكشف عن المبدأ في نطاق المسؤولية التأديبية للموظف العام، قام بتحديد نطاق عام للمبدأ يفوق في درجة إشعاعه وعموم تطبيقه الإطار المحدود للنصوص. فالمبدأ يطبق على كل جزاء يوقع على موظف ولم يكن لهذا الجزاء الطابع التأديبي بالمعنى الدقيق، أكثر من ذلك المبدأ يتعدى حتى إطار نظام الموظفين ليحمي كل مواطن عادي إزاء أي قرار إداري يتضمن معنى الجزاء.²

ب-طابع الدوام:

حينما ظهرت اللوائح المستقلة في المادة 37 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 التي تستقل الحكومة باتخاذها في ميادين بعيدة عن رقابة وتدخل أي قانون. اعتقد الفقه أن الدستور قد هدم الفكرة الأساسية التي سادت منذ الثورة الفرنسية ومقتضاها أن السلطة التشريعية هي وحدها التي تملك السلطة الأصلية في التشريع، وأنه من الآن فصاعدا أصبحت السلطة اللائحية المستقلة تشاركها هذه الصفة الأصلية في التشريع. سيما وأن القانون يتمتع عليه التدخل في ميدان اللوائح المستقلة، وخطورة ذلك واضحة من حيث عدم إمكانية رقابتها عن طريق الطعن بالإلغاء ولكن أخضع مجلس الدولة اللوائح المستقلة لرقابة المشروعية بفضل نظرية المبادئ العامة للقانون وكما يقول الأستاذ VEDEL ، مجلس الدولة الفرنسي برقابته اللوائح المستقلة بناء على المبادئ العامة استطاع أن يبقى ويحمي الأسس الدستورية للقانون الإداري.³

¹ عصام الديس، القضاء الإداري ورقابته على عمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2010.

² عمار عوايدي، مرجع سابق، ص 100.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 45.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

6-المبادئ العامة تمثل مجموعة قانونية متكاملة : إذا رجعنا إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي يرجع لها الفضل في تقرير المبادئ العامة ، نجد إرادة القاضي الإداري واضحة في اعتبارها وحدة قانونية ، أو نظرية وضعية واحدة دون اعتبار لتنوع وتعدد عناصرها ، فمجلس الدولة إذا كان يذكر أحيانا في أحكام هذا المبدأ العام بالذات أو ذلك على وجه التحديد ، إلا أنه في كثير من الأحكام يتعمد ذكر " المبادئ العامة " بصيغة الجمع.

ولكن هناك تحفظ على اعتبار المبادئ العامة للقانون مجموعة قانونية واحدة، يتصل بمجموعة المبادئ العامة منظور إليها في داخلها أي في العلاقة بين العناصر والمبادئ التي تكونها، ولا يتصل بالمبادئ العامة في علاقتها بالمصادر العامة للمشروعية أو في علاقتها بالرقابة القضائية على قرارات وأعمال السلطة الإدارية.¹

الفرع الثاني: حدود المبادئ العامة للقانون

إن المبادئ العامة للقانون، برغم عموميتها ودوامها وارتباطها العميق بأسس التنظيم الديمقراطي الحر لها حدود تقف عندها وتقيد من نطاق تطبيقها، فهناك قدر من النسبية في أي نظام قانوني، فما هي إذن حدود نظرية المبادئ العامة للقانون؟

1- استبعاد تطبيق المبادئ العامة بنص قانوني خاص:

إن مجلس الدولة الفرنسي مستقر في أحكامه منذ أن أعلن نظرية المبادئ العامة على أن النظرية تجد حدودها الطبيعية في نص القانون. فالمجلس يصرح دائما بأن المبادئ العامة واجبة التطبيق طالما لم يخالفها المشرع بنص صريح، ففي ذلك الفرض يطبق النص ويستبعد المبدأ القانوني العام.² ومثال ذلك حكم David dame الذي أعلن مبدأ علانية المناقشات القضائية، نجد مجلس الدولة بعد أن قرر المبدأ القانوني العام يستخلص هذه النتيجة التالية: " إن من حق المشرع وحده أن يحدد أو يوسع أو يضيق من مبدأ العام".

"Il n'appartient qu'au législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites".

ولكن لا بد من الإشارة إلى بعض الملاحظات على هذا القيد الهام الذي يحد من نطاق نظرية المبادئ العامة للقانون:

1-يلاحظ بادئ ذي بدء أن أهمية المبادئ العامة للقانون وارتباطها بأسس التنظيم الاجتماعي و السياسي و بالقيم الاجتماعية و القانونية من ناحية أولى ، و كذلك تكرار النص عليها و تأكيدها في أحكام مجلس الدولة من ناحية ثانية ، هذان الاعتباران يجعلان من الصعب جدا على المشرع مخالفة المبادئ العامة ، فهو يتردد أكثر من مرة قبل الإقدام على مخالفة مبدأ قانوني عام، و هو لا يفعل ذلك إلا لضرورة مؤكدة.³

2-لكي يخالف القانون المبدأ العام و يستبعده من التطبيق ، يتطلب مجلس الدولة أن يكون النص التشريعي صريحا و واضحا ، فلا يكفي استنتاج مخالفة المبدأ من النص بطريقة ضمنية و هناك أحكام تؤكد ذلك بطريقة مباشرة ، قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم أن النصوص موضوع القرار المطعون فيه تمثل إهدار لمبدأ حرية التجارة و الصناعة ، و لا يمكن بالتالي بأن تنقرر "الا بتطبيق لنص تشريعي صريح

3-إذا كان النص القانوني المخالف للمبدأ القانوني العام نصا صريحا واضحا لا شبهة فيه فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر النص استثناء على المبدأ العام ، و من ثم يعمل على تفسيره تفسيرا ضيقا تطبيقا للقاعدة

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 46.

² مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 65.

³ مصطفى أبو زيد، المرجع السابق، ص36

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

العامّة في التفسير القائلة بأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره ، و من ثم يصل القاضي الإداري إلى الإبقاء على المبدأ العام خارج نطاق الحالات التي يواجهها النص صراحة¹.
4- وأخيراً وصل مجلس الدولة الفرنسي أحياناً إلى حد إهدار نص القانون المخالف للمبدأ العام وذلك بصدد مبادئ اعتبرها جوهرية إلى أبعد حد وعلى وجه الإطلاق ، و من ثم رغم صراحة نص القانون المخالف لها عمل المجلس على استخدام أسلوب جريء في التفسير بهدف إعلاء المبدأ العام وإهدار القانون المخالف له ، و أشهر حكم في هذا الصدد هو حكم "Lamotte dame" ، رغم أن القانون كان صريحاً في أن القرارات الإدارية موضوع النص "لا يمكن أن تكون محلاً لأي طعن إداري أو قضائي" بواسطة أصحاب الشأن، إلا أن مجلس الدولة برغم ذلك قرر أن هذا النص "لم يستبعد الطعن لتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة (ضد هذه القرارات) ، ذلك الطعن الذي يبقى مفتوحاً حتى بدون نص ضد كل قرار إداري... وفقاً للمبادئ العامة للقانون.."

يجب أن نتعرض في نهاية الأمر إلى التساؤل التالي: هل يمكن للقانون إلغاء المبادئ العامة كلية؟ في الحقيقة كثير من الفقهاء الذين عالجوا المبادئ العامة للقانون، اكتفوا بالقول بأن المشرع له أن يخالف أي من المبادئ العامة باستبعاد تطبيقه في حدود نطاق نص القانون، لكنهم لم يذهبوا إلى حد تأكيد إمكانية إلغاء المبدأ العام كلية بنص تشريعي، وهذا الموقف الذي يتفق في الواقع مع تفسير أحكام مجلس الدولة الفرنسي².

ولكن لا يمكن التسليم بحق المشرع بإلغاء مبدأ قانوني عام، والسبب الرئيسي هو طبيعة المبادئ العامة ذاتها، فقد سبق أن رأينا عند عرض خصائصها أنها تتميز فوق عموميتها الكبرى ودوامها تمثل "القوانين الأساسية" أو النظريات الأساسية التي تحل محل التقنيين الغائب و من ثم هناك استحالة نظرية و أيضاً عملية أن يقوم المشرع بإلغاء مبدأ قانوني عام هو أصلاً لا يستطيع بحكم انتشار الإطار الإشعاعي للمبدأ العام في أكثر من ميدان ، و الأقرب ب للواقع بأن يقوم المشرع بوضع "استثناءات" على المبدأ العام ، بحيث يستبعد تطبيق المبدأ في خصوص الحالات التي يواجهها النص المخالف مع بقاء المبدأ العام قابلاً للتطبيق في غيرها من المجالات الأخرى³.

فالعلاقة بين المبدأ العام والقانون المخالف له هي علاقة قانون عام بقانون خاص، فالمبدأ العام هو بمثابة القانون العام من حيث إطار التطبيق، والقانون المخالف له الذي أقره المشرع هو مجرد قانون خاص له أن يستثنى على المبدأ العام في حدود الحالات التي يواجهها هذا التشريع. وتأكيداً على ذلك العبارة التي استخدمها مجلس الدولة الفرنسي في حكم David dame المشار إليه سابقاً بعد الاعتراف بالمبدأ العام ان "من حق المشرع وحده أن يحدد أو يوسع أو يضيق من نطاق المبدأ العام".

فالمشرع قد يقيد المبدأ العام - كما يقول مجلس الدولة - ولكن الإلغاء غير وارد إطلاقاً.
2- جواز مخالفة الإدارة للمبادئ العامة في الظروف الاستثنائية:

إن الحد الثاني يتمثل في أنه إذا طرأت على الدولة ظروف استثنائية فإن السلطات الإدارية - وبدون أي نص يجيز لها ذلك - لها أن تخالف المبدأ القانوني العام ولكن لكي تصبح هذه المخالفة مشروعة نتيجة الظروف الاستثنائية، يجب أن تتوافر الشروط التالية:

نكون بصدد ظرف استثنائي إذا كنا أمام تصرف اضطراري للإدارة نتيجة ظرف غير عادي ذو خطر على المصلحة العامة بحيث لا يسمح باحترام قواعد المشروعية العادية.

¹ لحسن بن الشيخ ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 336.

² فاتح خلوفي، سلطات القاضي الإداري في التفسير المرجع السابق، ص 60.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 67.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

وإذا أردنا أمثلة قضائية على مخالفة الإدارة لمبدأ عام في ظروف استثنائية فإننا نذكر ذلك القضاء المستمد من حكم مجلس الدولة الفرنسي " cuitas " ففي هذا الحكم قضى المجلس بمشروعية قرار الإدارة السلبي بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي صدر لمصلحة السيد " cuitas " ويقضي بطرد الأهالي المعتدين على أرض يملكها في جنوب تونس قبل الاستقلال. فهنا امتناع الإدارة عن استعمال القوة في سبيل تنفيذ الحكم يمثل مخالفة وإهدار لمبدأ قانوني عام هو مبدأ قوة الشيء المقضي به، ومع ذلك اعتبر مجلس الدولة هذا الامتناع مشروعاً لوجود ظروف استثنائية تبرر مخالفة الإدارة للمبدأ العام، وتمثلت هذه الظروف في أن تنفيذ الحكم بالقوة من شأنه تهديد الأمن جدياً في هذه المنطقة وإثارة القبائل في جنوب تونس. هل تمثل الظروف الاستثنائية في ذاتها مبدأ عاماً للقانون؟¹

بالرغم أن مجلس الدولة لم يصفها كذلك صراحة، إلا أن هناك من الفقهاء من رأى أنه بالنظر أهمية نظرية الظروف الاستثنائية تستحق وصف مبدأ القانوني العام ومثال ذلك الفقيه RIVERO نادى بذلك في مقاله الشهيرة:

"le juge administratif français: un juge qui gouverne" ?

فهو يقول ما يلي:

" بين نظرية الظروف الاستثنائية وبين إعلاء المبادئ العامة للقانون، توجد علاقة انتماء واضحة، حينما يعلن القاضي، بالنظر لهذه الظروف، مشروعية قرار إداري من الواضح مخالفته للقاعدة المكتوبة، هو لا يقوم إلا بتطبيق مبدأ عام، ذلك المبدأ الذي صاغه أحد مفوضي الحكومة في هذه العبارة " 2 " ظروف استثنائية في وقت أو مكان معين يمكن أن تضيء الشرعية على قرارات لا تكون مشروعة في الأوقات العادية وبالنظر للتشريع القائم".

فنظرية الظروف الاستثنائية لها كل مقومات المبدأ القانوني العام، فهي لها طبيعة المبادئ العامة من حيث درجة عموميتها، نظرية الظروف الاستثنائية تخلق مشروعية استثنائية تخالف المشروعية العادية، وأثر ذلك هو أن إجراءات السلطة العامة تكون مشروعة في إطار المشروعية الاستثنائية التي حددها مجلس الدولة ولو خالفت هذه الإجراءات نصوص القوانين أو المبادئ العامة للقانون الأخرى، ومن حيث دوامها، نظرية الظروف الاستثنائية هي تنظيم قانوني استثنائي دائم مستقر يظل في حركة السكون في الأوضاع العادية، ولكنه ينشط كاملاً فور حدوث الأزمات بهدف الإبقاء على الدولة.³

وإذا افترضنا نظرية الظروف الاستثنائية مبدأ قانونياً عاماً لها طبيعة المبادئ العامة للقانون فيثور التساؤل كيف يمكن لمبدأ عام للقانون أن يعطل غيره من المبادئ العامة الأخرى؟

إن فكرة قيام نزاع أو تصارع في التطبيق بين المبادئ العامة للقانون هي فكرة ممكنة الحدوث وتحدث فعلاً أحياناً أمام القاضي الإداري، فإذا وقع صدام بين المبدأ الذي يعبر عن نظرية الظروف الاستثنائية وبين أي مبدأ عام آخر، يقوم القاضي الإداري بحل هذا التنازع لصالح نظرية الظروف الاستثنائية، لأن الإبقاء على وحدة الدولة وسلامتها يجب أن يعلو على كل قانون أو كل مبدأ عام للقانون.⁴

المطلب الثاني: المبادئ العامة للقانون تطبق مستقبل على المنازعات المشابهة

¹ نور الدين زرقون، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاقر السياسة والقانون، ع 08 جانفي 2013، ص 60.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 74.

³ الأستاذ RIVERO يعني تقرير مفوض الحكومة TOURNEUR LE في حكم مجلس الدولة الفرنسي SIREY LANGIER بتاريخ 16 أبريل 1948

⁴ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 74.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

كان القاضي الإداري قبل عام 1945، يستلهم في قضاؤه عددا من المبادئ العامة ويؤسس عليها أحكامه، ولكن دون أن يفصح عنها ويذكرها صراحة في حيثيات تلك الأحكام. إلا أن تحليل هذه الأحكام كان يكشف أن الأمر لا يخرج عن كونه مجرد "حيلة" قضائية حتى يؤمن نفسه ضد كل نقد محتمل قد يوجه إليه، ولكن في عام 1945 وجد القاضي الإداري أن الوقت أصبح ملائما للإعلان عن الميلاد الرسمي لنظريته القضائية التي ظلت لمدة طويلة في بطون الأحكام دون إشارة صريحة لها، حيث أعلن أن "المبادئ العامة للقانون واجبة التطبيق حتى بدون نص".¹

وبالتالي عندما يصيغ القاضي الإداري مبدأ قانوني عام فإنه يتصرف ويظهر كمشروع (الفرع الأول)، فهو يعدل القانون الوضعي بتضمينه قاعدة جديدة لم تكن به قبل عمل القاضي الإداري فما هي قيمتها القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القاضي الإداري مشرع المبادئ العامة للقانون

يرى جانب من الفقه أنه إذا كان للقاضي الإداري دور في تقرير وتحديد المبادئ العامة للقانون، إلا أنه ليس هو نفسه المصدر الحقيقي لقوتها الإلزامية، وإنما مصدرها الحقيقي هو النصوص الوضعية مثل مقدمات الدساتير، المواثيق، الدستور، التشريع، وهنا لا يكون القاضي الإداري "مشرعا" لهذه المبادئ التي لا تستمد قوتها الإلزامية من الحكم وإنما تترد إلى مصادرها الوضعية المقررة، فدور القاضي هنا لا يتعدى مجرى التطبيق للمبدأ شأن تطبيقه للقاعدة القانونية التشريعية. ويعتمد هذا الاتجاه من الناحية النظرية على فكرة أن القواعد القانونية مصدرها الرسمي هو القانون المكتوب بدرجاته. ومن ثم فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا لقواعد القانون.²

ولكن هذا الاتجاه الفقهي في رأي كثير من الفقهاء لا يقدم التفسير الحقيقي لمصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون فهي " واجبة التطبيق حتى بدون نص" لهو إشارة صريحة للدور الخلاق لمجلس الدولة نفسه، لأن تلك المبادئ تستقيم بنفسها ولو لم ينص عليها في أي تشريع. فمن أين تجد قوتها الملزمة إذن إن لم يكن من الأحكام ذاتها التي تعلنها؟ فحقيقة الواقع هي أن القضاء الإداري وحده هو الذي خلق أو أنشأ المبادئ العامة للقانون هو نفسه بالتالي المصدر الحقيقي لقوتها الملزمة. والاتجاه الفقهي السابق حينما يحصر دور القاضي الإداري في مجرد تفسير نصوص التشريع وفي مجرد تطبيق القانون فهو يتجاهل الدور الإيجابي الخلاق للقاضي الإداري.³

وفي هذا الاتجاه يقول الدكتور طعيمة الجرف " هنا يتجاوز القاضي الإداري دوره التقليدي باعتباره سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون ، كما يتجاوز حكمه مهمته العادية باعتباره فضلا في خصومة معينة و يتحول القاضي الإداري من خلال الحكم الذي يصدره ، مصدرا إنشائيا للمبدأ العام الذي يضعه ، و للقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ ، و بالتالي فإن حكم القاضي الإداري في هذه الحالة ، سوف يتجاوز حدود مبدأ النسبية المقررة لحجية الأحكام القضائية ليكون بمثابة القاعدة القانونية ذات القوة الإلزامية العامة ، و الواجبة التطبيق مستقبلا في الحالات المشابهة ، و معناه أن تلتزم الإدارة ، فتراعيها في تصرفاتها حتى لا تقع هذه التصرفات باطله حقيقية بالإلغاء إذا ما طعن فيها أمام القضاء كما لا يجوز لها أن تصدر لوائح تنظيمية عامة بالمخالفة لأحكامها".⁴

وأیضا بقول الفقيه DUPUIS

¹ ابراهيم عبد العزيز شبحا، مبادئ واحكام القضاء الاداري اللبناني، الدار الجامعية، ب. ب. ن. 2009. ص 94

² ابراهيم عبد العزيز شناوي، المرجع السابق، ص 96،

³ محمد: رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 77.

⁴ رأفت فودة، المرجع السابق، ص 116.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

« Techniquement, le juge, quand il formule un principe général du droit, se comporte en législateur, il modifie le droit positif en y introduisant une norme de plus ».

"فمن الناحية الفنية، فإن القاضي عندما يصيغ مبدأ قانوني عام، فإنه يتصرف ويظهر كمشرع فهو يعدل القانون الوضعي يتضمنه قاعدة قانونية جديدة لم تكن به قبل عمل القاضي".

"Les principes généraux du droit résultent d'une œuvre constructive de la jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens"¹

"إن المبادئ العامة للقانون تعد نتاج عمل القاضي البناء ، أنشأها لدوافع و أسباب عليا مستمدة من فكرة العدالة و ذلك هدف ضمان و حماية الحقوق الفردية للمواطنين".

وكما يقول الأستاذ " VEDEL: إن المبادئ العامة للقانون ليست سوى مجرد تطبيق للسلطة الخلاقة لمجلس الدولة". وحتى في الحالات التي يستقي فيها مجلس الدولة المبدأ من بعض النصوص التشريعية المتأثرة كتطبيقات جزئية للمبدأ، السلطة الخلاقة ليست غائبة لأن القاضي الإداري هو الذي يعلن المبدأ العام من خلال تلك التطبيقات ليسود عليها جميعا، وليحيا حياة جديدة مستقلة يصل إشعاعها لكل مجال لا ينص فيه على تطبيق المبدأ أو يطبق فيها بشكل مبتور.²

وهنا يكون القاضي الإداري "مشرعا" لقاعدة قانونية جديدة، وكل قاعدة يقررها القاضي تعتبر -وبحق - جزء لا يتجزأ من كتلة النظام القانوني.

إذ يرجع الفصل أولا و أخيرا للقاضي الإداري في البحث عن هذه القاعدة في المحيط القانوني و إيجاد الصيغة المناسبة لها، ثم تجربتها بإعلانها و إدخالها حيز العلم القانوني و في النهاية إدماجها في القانون الوضعي القائم، و أكثر من ذلك فرض الجزاء القضائي على كل من يخالفها من أشخاص أو أفعال تكون الإدارة قد أصدرها على عكس ما تقتضيه القاعدة القضائية باختصار تصبح القاعدة التي ابتدعها -فالأمر يستوي- القاضي مصدر إلزام للإدارة كالقاعدة التشريعية حال وجودها ، إذ تتولى القاعدة القضائية ملء الفراغ التشريعي و تصبح حسب هؤلاء الفقهاء التشريع الواجب التطبيق و المفروض احترامه و نفاذه.³ إذن مهما كان من أمر الخلاف الفقهي حول السلطة الخلاقة للقضاء، فإنه من المسلم به أن القضاء الإداري يعتبر في حقيقة الأمر مصدرا رسميا للقانون الإداري الذي من خصائصه الأساسية أنه قضائي، إذن في هذا الإطار القضائي الإداري العام يجب أن نضع نظرية المبادئ العامة للقانون باعتبارها أقوى مظهر من مظاهر تلك السلطة الخلاقة للقضاء الإداري، ولا يقل إطلاقا من هذه الصفة الخلاقة أن مجلس الدولة يستلهم و يستوحي في إنشائه للمبادئ العامة الأفكار الأساسية التي تكشف عنها بعض النصوص الدستورية أو التشريعية أو التي تكشف الفلسفة السياسية الحرة أو طبيعة النظم السائدة ، فهذا أمر طبيعي و غير ذلك يكون أمرا مستهجنا ، و القاضي الإداري في ذلك مثل المشرع الذي لا يشرع من فراغ بل من خلال و على ضوء الواقع السياسي و الاجتماعي و المشكلات المحددة القائمة و الأفكار السائدة. وبناء على ذلك ليس صحيحا القول بأن المبادئ العامة هي امتداد أو تطبيق للتشريع بمرد أن مجلس الدولة يستقي أ "حيانا" بعض المبادئ العامة من "روح" بعض النصوص المتناثرة لأن المبدأ العام في هذه الحالة " يحيي حياة مستقلة " جديدة أعلى من مستوى هذه النصوص.⁴

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص36.

² عمار معاشو، المرجع السابق، ص70.

³ رأفت فودة، المرجع السابق، ص116.

⁴ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 79.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

وإذا شئنا التمثيل بالمبادئ العامة التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي، فالأمثلة لا حصر لها. معظم المبادئ التي استقاها مجلس الدولة من المعتقدات الراسخة في الضمير الاجتماعي تترد إلى الأفكار الواردة في إعلان حقوق الإنسان أو في مقدمة دستور 1946، باعتبارها يمثلان "ترجمة" أو "مرآة" للمعتقدات الدفينة في ضمير الأمة وليس باعتبارهما وثائق وضعية دستورية ملزمة بصورة مباشرة. ولكن بعض تلك المبادئ العامة التي تعبر عن هذه الأفكار أو المعتقدات لا تجد أساسا في مبادئ إعلان الحقوق أو مقدمة الدستور كما سنرى في الفقرات التالية:

أولاً: المبادئ العامة التي استقاها مجلس الدولة من إعلان الحقوق ومقدمة الدستور:

هي المبادئ العليا التي ترتبط بفكرة المساواة أو فكرة الحرية، تلك المبادئ التي سماها مفوض الحكومة " LETOURNEUR المبادئ الكبرى"، ووضعها الأستاذ RIVERO أبناً "تمثل الفلسفة السياسية للأمة" والتي عبر عنها المستشار ODENT بأنها "أساس نظامنا وحضارتنا القانونية"¹. ولقد وجد مجلس الدولة الفرنسي في نصوص إعلان حقوق الإنسان لعام 1789 ومقدمة دستور 1946 خير معين له في إنشاء نظرية المبادئ العامة للقانون فلقد كانت هذه النصوص تجسيدا للأفكار السياسية الحرة التي تؤسس الدولة الديمقراطية. ولكن مهما كانت قوة ضغط هذه الأفكار الموضوعية على ضمير القاضي، فإنه مع ذلك بجهد الخلاق الذي ينتزع منها المبدأ ويمنحه القوة الملزمة الوضعية، وتلك الأفكار ما هي إلا مصادر مادية التي يستقي منها مجلس الدولة المبدأ القانوني العام. سوف نقسم الأمثلة إلى مجموعتين تجمع المبادئ المتصلة بفكرة الحرية وتلك المتصلة بفكرة المساواة: 1- المبادئ المتصلة بفكرة الحرية:

أولى هذه المبادئ وأكثرها عموما هو مبدأ ضرورة احترام الحريات العامة للأفراد. وهو من أهم المبادئ العامة للقانون على الإطلاق، لأن الحريات العامة تمثل الحقوق الأساسية للصيقة بالإنسان وهي أسس كل مجتمع ديمقراطي. وقد كفلت جميع الدساتير الحريات الشخصية والعامة، ونصت عليها الدساتير الجزائرية وكفلت ممارستها لجميع الأفراد.

ولقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ الأساسي في أحد أحكامه بخصوص السلطة اللائحية التي تتمتع بها نقابات المهن الحرة، فقرار مجلس أن لائحة آداب المهنة التي يضعها مجلس النقابة طبقاً للقوانين يجب أن تحترم الحريات الفردية التي تثبت لأعضاء النقابة مثل كل المواطنين العاديين. وقضاء مجلس الدولة المصري صريح في تقرير هذا المبدأ الجوهري ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري: "إن الحرية الشخصية هي ملاك الحياة الإنسانية كلها لا تخلفها الشرائع، بل تنظمها ولا توجد القوانين بل توفق بين شتى مناحيها ومختلف توجيهاتها تحقيقاً للخير المشترك للجماعة ورعاية الصالح العام، فهي لا تقبل من القيود إلا ما كان هادفاً إلى هذه الغاية مستوحياً تلك الأغراض"². وإلى جانب هذا المبدأ العام الرئيسي، هناك مبادئ عامة أخرى متفرعة عنه وتتصل بمفردات تلك الحريات: مثل الحرية الشخصية، حرية الرأي، حرية العقيدة.³

3- المبادئ المتصلة بفكرة المساواة:

أولى هذه المبادئ وأكثرها عموما هو مبدأ المساواة أمام القانون، قد تضمنها إعلان حقوق الإنسان بالذات في مادته السادسة، كما نصت عليه الدساتير في الدولة المختلفة ومنها دساتير الجزائر، فقد نصت المادة 32

¹ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص 97.

² عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص. 36.

³ - لحسن بن شيخ ايت ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 226.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

من دستور 2016 بقولها: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".
ولكن بجانب الصفة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القانون فهو يعتبر مبدأ قانوني عام هكذا اعتبره ويعتبره مجلس الدولة الفرنسي ينظر إليه كمبدأ عام يمكن أن يستقيم بذاته بجانب كونه نصا دستوريا.
وإلى جانب هذا المبدأ العام الرئيسي، هناك مبادئ عامة أخرى متفرعة عنه وهنا يتضح بصورة أقوى الدور الإنشائي للقاضي الإداري، لأن تلك المبادئ ليست نتائج تترتب بذاتها وببساطة على المبدأ الرئيسي الذي يقضي بالمساواة أمام القانون، ولكنها تعبر عن عمل ابتكاري خلاق من مجلس الدولة.
وأهم هذه المبادئ الأخرى للمساواة: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.¹

ثانياً: المبادئ الأخرى التي تعبر عن " المعتقدات الدفينة في ضمير الأمة: "

هنا يقفز الدور الإنشائي والخلاق للقاضي الإداري إلى أعلى درجة، لأنه يستقي تلك المبادئ ليس من أصول محددة بل من أفكار فلسفية وسياسية غير محددة بل مبهمة، ويضفي عليها القاضي الإداري التحديد ويبلورها في مبادئ عامة محددة وصيغتها ومباشرة.
و نعطي مثال لهذه المبادئ الجوهرية: مبدأ خضوع كل قرار إداري للطعن بالإلغاء (أو لتجاوز السلطة) هذا المبدأ قد قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير Lamotte Dame السابق الإشارة إليه فإزاء أحد قوانين حكومة VICHY الرجعية الصادر عام 1943 الو الذي تضمن في أحد نصوصه بل أهمها تحصين بعض القرارات الإدارية بطبيعتها ضد كل طعن إداري أو قضائي عمل مجلس الدولة على تفسير هذا النص الصريح تفسيراً ضيقاً يصل إلى حد إهداره تماماً فقرر المجلس أن هذا النص رغم ظاهر عبارته " لم يستبعد الطعن لتجاوز السلطة (الطعن بالإلغاء) أمام مجلس الدولة .
واستطرد المجلس واضحا المبدأ العام، فقال: " إن الطعن لتجاوز السلطة يبقى مفتوحاً وممكناً حتى بدون نص ضد كل قرار إداري ليضمن -طبقاً للمبادئ العامة للقانون -احترام مبدأ المشروعية " .²
وهكذا نحن أمام مبدأ قانوني عام أنشأه مجلس الدولة " بدون نص" استلهاما من الأفكار الفلسفية والسياسية العليا التي تؤسس كل دولة قانونية تخضع فيها الدولة مثل الأفراد لإدارة القانون ورقابة القضاء.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

إن مسألة تحديد القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون لم تكن تثير مشكلة حقيقة قبل سنة 1958 فمعظم الفقهاء الفرنسيون قالوا إنها تتمتع بقيمة التشريع العادي، إلا أن موقف القضاء الفرنسي في تلك الفترة لم يكن واضحاً، كان يعطيها مرة مرتبة التشريع العادي ومرة أخرى يتخذ موقفاً مغايراً.
ولكن بعد صدور الدستور الفرنسي لسنة 1958، انتهى عهد الاستقرار وبدأت مسألة القيمة القانونية للمبادئ العامة تثير في فقه القانون العام مشكلة حقيقية. وجوهر هذه المشكلة هو أنه نتيجة لعوامل مختلفة بعضها يرجع للتجديدات الدستورية في إطار العلاقة التقليدية بين القانون واللائحة، وبعضها يرجع لصياغة بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي. فظهرت عدة اتجاهات فقهية ولعل أبرزها:

¹ لحسين بن شيخ ايث ملويا، المرجع السابق، ص 226.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 121.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

الاتجاه الأول: يرى ان لهل القيمة التقليدية التي كان الفقه مجمع عليها من قبل وهي قيمة التشريع العادي، وكان هذا الرأي يستند على عدد من الأدلة أهمها:¹

- إن أحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير لذلك صراحة ، فهناك أحكام تؤكد باللفظ الصريح "المبادئ العامة للقانون ذات القيمة التشريعية " و قد استخدم المجلس هذا التعبير الذي لا لبس فيه في حكم²

"Syndicat des propriétaires de forêts de chênesliège D'Algérie"

الصادر في 7 فبراير 1958، ثم استخدمه في حكم لاحق على صدور دستور 1958 وهو حكم "Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants"

الصادر في 19 فبراير 1960.

ويضاف لذلك إن مفوض الحكومة أكدوا صراحة تلك القيمة المعادلة للتشريع العادي، فيقول الأستاذ " LETOURNEUR إن المبادئ العامة للقانون لها على وجه الخصوص قيمة القانون المكتوب، أي قيمة التشريع العادي."³

الاتجاه الثاني: يرى أن مستواها أقل من القانون وأعلى من التنظيم، وحسب هذا الاتجاه تؤسس هذه القيمة القانونية للمبادئ العامة على دليلين أساسيين:

من ناحية أولى في القانون العام قيمة القاعدة القانونية أو مرتبتها تحدد تبعا لقيمة أو مرتبة السلطة التي أصدرتها ، و نظرا لأن القاضي يخضع للقانون و لكنه يراقب اللوائح ، لذلك تكون المبادئ العامة التي يصدرها مجلس الدولة لها قيمة معادلة لمصدرها القضائي أدنى من القانون و أعلى من اللائحة ، و من ناحية أخرى يؤكد هذا الاتجاه و جهة نظره بالقول بأنه في كل مرة يتعارض فيها نص تشريعي مع مقتضيات مبدأ قانوني عام بشكل مؤكد تكون الغلبة و الأولوية دائما للنص التشريعي أو للقانون ، و بالتالي لا يمكن أن يكون القضاء الإداري معادلا للمشرع بل أدنى منه .⁴

الاتجاه الثالث: لها قيمة مساوية للدستور.

الاتجاه الرابع: لها قيمة مساوية للدستور بالنسبة للمبادئ التي تجد أصولها في إعلان حقوق الإنسان وفي مقدمة الدستور، أما الأخرى فلها قيمة التشريع العادي.

القيمة الدستورية للمبادئ العامة يتنازعها إذن فريقان من الفقهاء ، و إذا جئنا للاتجاه الثالث الذي يعطي القيمة الدستورية لكافة المبادئ العامة للقانون نجد من نادى بهذا الرأي بوجه خاص الأستاذين DRAGO و AUBY ، و الدكتور FROMENT ، و هم يؤسسون القيمة الدستورية من ناحية أولى بناء على أن بعض هذه المبادئ قد قررها إعلان الحقوق لعام 1989 و مقدمة دستور 1946 و من ناحية أخرى و بالنسبة لباقي المبادئ التي لم تذكرها هذه الوثائق صراحة مثل مبدأ حقوق الدفاع و مبدأ الطعن لتجاوز السلطة فقيمتها الدستورية تأتي أنها تمثل " نتيجة للمبادئ الأولى " .⁵

أما الاتجاه الرابع فهو يضم الجانب الأكبر من الفقهاء RIVERO , VEDEL , DELAUBADERE ، الذي أصدر عدة أحكام حديثة أقر فيها هذا الاتجاه السائد تأثر أساسا بموقف المجلس الدستوري الفرنسي ، الذي أصدر عدة أحكام حديثة أقر فيها القيمة الدستورية لعدد من المبادئ المستمدة من إعلان حقوق الإنسان و مقدمة دستور ، كما سنرى ، هذا الموقف أدى بكثير من الفقهاء المعاصرين إلى الاعتراف بانفصال المبادئ العامة للقانون إلى مجموعتين :

¹ مصطفى ابو زيد، المرجع السابق، ص 753،

² ابراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص 176.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 176.

⁴ محسن خليل. القضاء الإداري ورقابته على الاعمال الادارية.ب.ب. د.ن.ب.ب. ن ج ، 1 ص 37.

⁵ محسن خليل. المرجع السابق، ص 37.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

مجموعة ذات قيمة دستورية بالنظر لمصدرها و مجموعة أخرى ذات قيمة تسريعية تمثل المبادئ التي لا تجد أساسا في مقدمة الدستور و النصوص التي أحالت إليها ، و هذا هو الرأي المطبق في الجزائر.¹ وفيما يلي سنعرض الأسباب التي دفعت الاتجاه الغالب في الفقه الحديث إلى تأكيد القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون كلها أو بعضها.

أول الأسباب التي دفعت الفقه إلى الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون في أن تلك " الترقية للمبادئ العامة " ضرورة " لا بد منها حتى تضمن رقابة موضوعية فعالة من مجلس الدولة على كل من اللوائح المستقلة التي نص عليها الدستور في المادة 37 وفيما يلي تفصيلا لذلك:² وهذا الوضع الجديد يعتبر ثورة على الفكرة التقليدية السائدة قبل ذلك، والتي كان مقتضاها أن البرلمان هو السيد الأعلى في ميدان التشريع.

وكانت المسألة التي شغلت الفقه هي كيفية ضمان رقابة موضوعية على محتوى ومضمون تلك اللوائح من جانب القاضي الإداري، ووجد الفقه بحق في نظرية المبادئ العامة للقانون الأساس الحقيقي لرقابة موضوعية وفعالة، فبدون ذلك هناك خطر حقيقي من إفلات اللوائح من الرقابة القضائية لقاضي الإلغاء.³ ولكن المشكلة التي واجهت الفقه هي أن القيمة القانونية المعادلة للتشريع العادي، التي كان من المتفق على الاعتراف بها للمبادئ العامة للقانون، لم تعد كافية لكي تحقق المبادئ العامة هذا الدور وذلك لأن السلطة التنفيذية في نطاق اللوائح المستقلة تبدو وكأنها ذات سيادة مثلما كان المشرع الذي أخذت مكانه ومن ثم إذا ظلت المبادئ العامة في مستوى القانون فليس ما يمنع السلطة التنفيذية في لوائحها المستقلة من أن تخالف أو تعدل هذه المبادئ و من ثم أصبح " من الضروري " أن ترتفع القيمة القانونية للمبادئ العامة إلى مستوى القواعد الدستورية فتلك القيمة الدستورية هي وحدها التي تضمن عدم جواز مخالفتها من جانب كل لائحة مستقلة و هي بالتالي التي تكفل تحقيق الرقابة القضائية الفعالة على تلك اللوائح المستقلة على نحو يمنع سيادتها و يبقياها في حظيرة رقابة المشروعية.⁴ وكذلك استند الفقه المدافع عن القيمة الدستورية للمبادئ العامة إلى صيغ و عبارات بعض الأحكام التي بدت لهم مؤكدة، وأهم حكم على الإطلاق يذكره كل الفقهاء.

هو حكم " syndicat général des ingénieurs-conseils " ب تاريخ 26/06/1959 وفي صياغة الحكم عبارات اعتبرها الفقه المعني هنا إعلانا من مجلس الدولة للقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون. فالمجلس قرر في هذا الحكم بأن رئيس مجلس الوزراء في ممارسته لسلطته اللائحية في المستعمرات الفرنسية يلزم بمراعاة " المبادئ العامة للقانون التي، بالنظر لأنها تستخلص بوجه خاص مقدمة الدستور، تفرض احترامها على سلطة لائحية حتى في غياب النصوص التشريعية وهكذا مجلس الدولة في نظر الفقه يؤكد المصدر الدستوري

للمبادئ التي تستخلص من مقدمة الدستور " وذلك يعني أن تلك المبادئ تصبح ذات قيمة دستورية بالنظر لمصدرها، سيما وأن القوة الوضعية الدستورية لمقدمة دستور 1946 الذي صدر في ظل ذلك الحكم سبق وأن أكدها مجلس الدولة في أحكام سابقة.⁵

ويضيف BRAIBANT إلى أن هناك دلالة أخرى في الحكم المشار إليه نحو القيمة الدستورية للمبادئ العامة، وهي أن رئيس الوزراء في شؤون المستعمرات يملك سلطة التشريع مثل البرلمان ومن ثم إخضاع

¹ مراد بدران، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية، ألفت على طلبه الماجستير تخصص القانون الإداري المعمق، دفعة 2013/2014

² عبد الغني بسبوني عبد الله ، المرجع السابق ، ص 37.

³ عبد الغني بسبوني عبد الله، المرجع نفسه، ص 38.

⁴ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص 181.

⁵ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، 150.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

اللوائح التي يتخذها لاحترام المبادئ العامة للقانون يعني أن تلك المبادئ لها قيمة دستورية، وإلا فكيف نفسر إلزام المشرع في المستعمرات باحترامها إذا كان تلك المبادئ مجرد قيمة معادلة للتشريع العادي. وأخيرا السبب الثالث الذي يسند القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون، يتمثل في بعض الأحكام الحديثة للمجلس الدستوري الفرنسي التي راقبت دستورية مشروعات بعض القوانين بالنظر لعدد من المبادئ العامة للقانون الهامة.

تلك المبادئ محل البحث أعلن المجلس الدستوري قيمتها الدستورية حيث أنها تجد أساسها كما أشار المجلس في نصوص لها قيمة دستورية وضعية وملزمة للمشرع، مبادئ مستمدة إما من إعلان حقوق الإنسان، وإما من مقدمة دستور 1946، ومعروف أن مقدمة دستور 1958 قد اعتبرت هذه النصوص الدستورية جزءا لا يتجزأ منها¹.

وفيما يلي إشارة لأهم تلك الأحكام: حكم المجلس الدستوري بتاريخ 16 جويلية 1971 الذي أعلن القيمة الدستورية لمبدأ "حرية تأسيس الجمعيات «Association'd libertés» المستمد من القانون الجمهوري الصادر في 01 جويلية 1901 و الخاص بتكوين الجمعيات.

حكم المجلس بتاريخ 27 ديسمبر 1973 والذي أكد القيمة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القانون المستمد من المادة 6 من إعلان حقوق الإنسان.

وكذلك حكم المجلس الدستوري بتاريخ 15 جويلية 1976 بشأن القيمة الدستورية لمبدأ المساواة في معاملة الموظفين

« Principe de l'égalité de traitement des fonctionnaires »

الذي يمكن اعتباره أيضا متفرعا من مبدأ المساواة أمام القانون، وإن كان المجلس لم يحدد ذلك صراحة. وهكذا بالنظر لهذه الأحكام الصادرة من المجلس الدستوري يتجه الفقه في غالبية حتى هؤلاء الذين كانوا من قبل هذه الأحكام مع القيمة التشريعية للمبادئ العامة للقانون إلى أن هذه المبادئ العامة موضوع هذه الأحكام أصبحت مبادئ دستورية أو أصبحت ذات قيمة دستورية.

المبحث الثاني:

القرار المبدئي والقرائن القضائية

إذا لم يجد القاضي الإداري النص القانوني الذي يطبقه على المنازعة المعروضة عليه، فإنه يجتهد ويجد لها حلا. فجميع الشرائع تنكر على القاضي الادعاء بعدم الفصل بحجة غياب النص، وأكثر من ذلك تجرم هذا الادعاء وتجعله ناكرا للعدالة معرضا للعقاب، فإذا اجتهد القاضي وقصد التمسك بهذا الحل مستقبلا فإننا سوف نكون أمام قرار مبدئي (المطلب الأول).

وإذا كان القاضي يؤسس حكمة على القرائن التي يستنتجها باجتهاده من موضوع الدعوى وظروفها عندما يخلو ملف الدعوى من الأدلة وعندما يستحيل على المدعي والذي هو الفرد في الغالب أن يقدم كافة المستندات من أجل اثبات ما يدعيه فإننا نكون أمام القرائن القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

القرار المبدئي

¹ ابراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص 181.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

إذا لم يجد القاضي الإداري النص القانوني الذي يطبقه على المنازعة المعروضة عليه فإنه لا ينشئ في كل الحالات القاعدة القانونية التي تمكنه من إيجاد حل لتلك المنازعة فقد يلجأ القاضي إلى البحث عن الحل من خلال القضايا المشابهة المعروضة على قضاة آخرين فيعطي لهذه الأخيرة حكم القضية السابقة. ولكن في حالات أخرى، وأمام انعدام النص القانوني، فإن القاضي ملزم بالفصل في النزاع فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة التي تحكم المنازعة المعروضة عليه، ذلك أنه عندما ينظر في القضية، أو في مستجدات قضية سابقة لها -حكمها القضائي- ولا يجد بصددها نصاً، فإنه يجتهد، ويحد لها حلاً.

إن هذا الاجتهاد إذا لم يقصد القاضي التمسك به في المستقبل فلا يمكن الحديث عن دوره في وضع القاعدة القضائية فهو مجرد حل فردي لا ينوي التمسك به في المستقبل أما إذا قصد القاضي الإداري التمسك به في المستقبل في قضايا مشابهة معروضة عليه فإننا سوف نكون أمام قرار مبدئي (un principe de arrêt) مع العلم أن القرار المبدئي في الجزائر ليس حكر على قضاة مجلس الدولة فبإمكان قاضي الدرجة الأولى (محكمة إدارية) أن يضعه هو أيضاً.

ولا يتميز القرار المبدئي بأية صفة خارجية تميزه عن غيره من القرارات القضائية، بل الذي يجعله معروفاً هو مقالات، وتعليق كبار الفقهاء عليه.

وأخيراً تقتضي دراسة القرار المبدئي إلى وجوب التطرق إلى كيفية وضع القرار المبدئي (الفرع الأول)، ثم إلى القيمة القانونية للقرار المبدئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراحل وضع القرار المبدئي

إن المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله لا يستطيع أن يحيط بكل شيء وأن يضع مسبقاً الحلول اللازمة لكل القضايا التي قد تعرض على القضاء، فقد يحصل أن الحالة المعروضة على أنظار القاضي هي خارج توقعات المشرع نتيجة تطور الحياة الإدارية وبالتالي فإن اهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول للقضية المعروضة عليه.¹

إن عمل القاضي الإداري في وضع القاعدة القضائية يمر بمراحل متعددة وهي:

1-مرحلة الاكتشاف المزدوج:

وتسمى أيضاً بالوعي والعلم بالنقص الذي يشوب النظام القانوني القائم، يلاحظ القاضي الإداري أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ويكتشف ثانياً الحل الذي يسد ويكمل العجز في النظام القانوني القائم، وهذا الاكتشاف المزدوج لا يأتي فجأة وإنما نتيجة تفكير طويل وخبرة طويلة لدى القاضي الإداري وشفافية إدراكه بكل جوانب النظام القانوني القائم.

والأمثلة على هذه المرحلة كثيرة يمكن أن نذكر منها: خلق أعمال السيادة، حيث أن القاضي الإداري قد اكتشف الخطر الذي يحيط به وهو في مهده الأول من التصدي لأعمال سياسية ومواجهة الحكومة وتبع هذا الاكتشاف إيجاد الحل القضائي القاعدي لهذه الفئة من الأعمال وجعلها بمنأى عن رقابة القضاء.

أيضاً يمكن أن نذكر " التعويض عن الضرر المعنوي" وبالتحديد عن " الألم المعنوي LA MORAL " DOULEUR حيث فطن القاضي الإداري في قضية LE tisserand إلى عجز القانون القائم ونقصانه لعلاج هذه المسألة وضرورة وضع قاعدة قانونية قضائية لعلاج هذا العجز.

¹ - محمد الجني، المرجع السابق، ص 107.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

وأخيرا تقرر دعوى الرجوع l'action récursoire في المسؤولية الإدارية، حيث اكتشف القاضي في مرحلة لاحقة أن القضاء مستقر على عدم مسؤولية العاملين في الدولة ومدى اجحاف هذا القضاء وتيقن من ضرورة إيجاد حل يتمثل في تقرير حق الإدارة في الرجوع على الموظف حيث تتولى هي التعويض عن ضرر ناتج من خطأ شخصي للموظف.¹

-2- مرحلة التجريب:

تعتبر من أدق مراحل صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري ، يتولى فيها القاضي إظهار نيته في إيجاد حل معين لمشكلة معينة لم يتناولها المشرع ، و هنا تنكشف السرية التي اكتنفت عمل القاضي في المرحلة الأولى و تتحقق العلانية لميلاد القاعدة الجديدة و التي لم يطلق عليها بعد " قاعدة " بل مجرد "حل" حيث أنها لم تدخل بعد كعنصر من عناصر النظام القانوني أو في حيز الكتلة القانونية القائمة ، و هناك وسائل عديدة تستخدم في إنجاز هذه المرحلة و ذلك من خلال المقالات التي يكتبها القضاة أنفسهم في المجلات و الوثائق القانونية .²

ويمكن للقاضي التلميح بميلاد القاعدة الجديدة في حكم نفسه ولكن في نزاع آخر، فهذه المرحلة هو إخراج الحل القضائي إلى الوجود والتعريف به، حتى يتلقى القاضي الإداري رأي المختصين في هذا الحل المحتمل أن يصبح قاعدة قانونية، فيؤكد من سلامته، فكما يقول الفقيه BERNARD.A " إن تقديم اتجاه أو حل جديد يكون دائما مسبقا بمرحلة لتجريبه."

و من ابرز الأمثلة عن هذه الوسيلة الأخيرة للإعلام بالقاعدة الجديدة القضائية، و ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية الدولة عن القوانين ، فمن المعروف أنه قد قرر هذه المسؤولية بشروطها الخاصة في حكمه الشهير fleurette la société و لكن الحقيقة غير ذلك إذا حكم " لا فلوريت" لم يكن إلا مصغيا الصفة الرسمية للقاعدة القانونية القضائية بتقرير المسؤولية عن القوانين و التي سبق أن لمح بها مجلس الدولة نفسه في العديد من الاحكام تتجاوز في عددها الخمس عشرة حكما على مدار خمسة عشر سنة سابقة على حكم "لا فلوريت". ولقد اعتمدت الجمعية العمومية للمجلس تفسيرا واسعا للنص التشريعي المانع من المسؤولية، وذلك بقولها إنه وإن كانت ألفاظ النص التشريعي وحروفه تمنع المسؤولية عن القوانين إلا أن روح النص وغايته لا تمنع من تقرير هذه المسؤولية أو عدم تقريرها لم يكن لصورة مطلقة.³

-3- مرحلة الإدماج:

بعد كشف السرية وإظهار القاعدة القضائية وتناول المختصين لها بالنقد والتعليق وخصوصا من جانب الفقه، وتبادل الصيغ الأمثلة لها من خلال تعليقات الفقه ووعي القاضي بالصورة والشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل قانوني عادل وكعلاج للفراغ التشريعي يتولى القاضي إدماج incorporation وإدخال هذه القاعدة في حيز النظام القانوني القائم لتصبح بذلك عنصرا من عناصر المشروعية وعلى أساسها تقاس مشروعية أعمال الإدارة، صحة وبطلانها، فقبل عملية الإدماج هذه، يكون للقاعدة القضائية قوة و سلطة تفرض نفسها على العاملين في الوسط القانوني ، و لكن تنقصها هذه القوة la force التي تفرض احترامها في داخل النظام القانوني الوضعي. ولذلك يتولى القاضي الإداري بأساليبه السرية والملتوية وبيطية متعقل -تجنبنا لأي صدام -فرض احترام هذه القاعدة ووجودها داخل النظام القانوني الوضعي، ولقد عبر العلامة HAURIU عن ذلك أدق تعبير بقوله:

« Comme il arrive presque toujours, pour opérer son évolution, la jurisprudence du conseil a exécuté un mouvement tournant, c'est à dire qu'elle a modifié ses

¹ رأفت فودة، المرجع السابق، ص.106

² محمد الجني، المرجع السابق، ص.110.

³ ، عمار عوادي، نظرية المسؤولية الادارية، د. م. ج، الجزائر، 2007. ص.241.

positions sur des points éloignés, enveloppant ainsi peu à peu la position centrale ».

وللوصول إلى هذه المرحلة النهائية يحاول القاضي الإداري، التلميح بهذا الحل القانوني الجديد في أحكام متعددة تدور حول ذات الموضوع، وبعد فترة زمنية معينة يأتي في حكم وبصورة صريحة مباشرة ويعلن عن تبنيه للقاعدة الجديدة، ويتم نشرها والتعليق عليها لتصبح عنصرا من عناصر المشروعية الإدارية.¹ و خير مثال على هذه المرحلة الأخيرة، نظرية الظروف الطارئة l'imprévision فلقد حاول مجلس الدولة الفرنسي التلميح بها و التعويض على أساسها في احكام كثيرة سبقت حكمه الشهير و الذي عمدتها كجزء من النظام القانوني الوضعي و هو حكم de gaz Bordeaux فلقد تلقى القانونيين هذا الحكم بصدور رطب و دون أدنى منازعة و ذلك لكونه ليس إلا حلقة في سلسلة من الاحكام التي سبقت و أعلنت عن قرب قدوم هذه النظرية.

وفي مقالة الشهير المعبر بوضوح عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري والذي يحمل عنوان يحكم قاضي، الإداري القاضي

"Le juge administratif : un juge qui gouverne ? "

وكلمة الحكم يقصد بها الحكم بمعناه السياسي والدستوري والمشتق من حكومة GOUVERNER عبر RIVERO عن كل هذه المراحل التصورية لعملية وضع القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري ، و بصفة أساسية ركز الكاتب على التكييف القانوني لهذه القاعدة بأنها " قانونية " بمعنى ان الكلمة تنطوي على جزء يوقع على كل عمل مخالف لها لتصبح بذلك جزءا لا يتجزأ من القانون الوضعي إذ يقول :

« Peut-être est on fondé à dire sans trahir la pensée de en opposition avec la 'ses plus fidèles analystes qu formule continentale du règne de la loi, œuvre de la volonté nationale, l'effort du juge pour affirmer l'existence d'un corps de principes, indépendants dela .toute règle écrite, qui constitue, en quelque sorte philosophie politique de la nation, et dont, se disant le gardien, il s'institue, en fait, le créateur, puisque c'est lui qui en leur donnant une sanction, les faits passer dans le droit positif »²

الفرع الثاني: القرار المبدئي قاعدة قضائية تطبق مستقبلا على المنازعات المشابهة

إن القاضي الإداري من خلال القرار المبدئي قد تجاوز مهمة التقليدية المنوطة به بنص الدستور والمتمثلة في الفصل في المنازعات، لتتسع وتشمل خلق معظم القواعد القانونية الإدارية، وفي هذا الصدد، قد قام بعملية مشابهة لعملية التشريع (أولا)، الشيء الذي يترتب عليه ضرورة الالتزام بها سواء من طرف القاضي، الإدارة والأفراد (ثانيا).

أولا: عملية مشابهة للتشريع

إن المشرع عند وضعه لتشريع معين، لا يتعدى في كثير من الأحيان أن يكون مجرد مكتشف للقاعدة القانونية، فالقوة في كثير من الأحيان قد يطالب بتعديلات قانونية معينة، وتقتصر مهمة المشرع على إفراغ هذه الحلول، ومع ذلك لم يقل أحد أن المشرع هنا ليس إلا مكتشف للقاعدة ولماذا عندما يقوم القاضي الإداري

¹ رافت فودة ، المرجع السابق ، ص . ص . 109-108

² رافت فودة، المرجع السابق، ص 110.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

بنفس العمل الذي يقوم به المشرع، يسارع البعض إلى القول إن دوره يقتصر على مجرد اكتشاف لتلك القواعد واستنباطها وليس اختراعها وابتكرها¹؟

غير ان التساؤل حول صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري وممارسة هذا الأخير لعملية مشابهة للتشريع سرعان ما يزول، لأن القاضي الإداري قد يجد نفسه امام منازعة بدون نص يحكمها، فلا يمكنه الادعاء بعدم الفصل بحجة غياب النص، وأكثر من ذلك فجميع الشرائع تجرم هذا الادعاء وتجعله ناكرا للعدالة معرضا للعقاب، والشيء الذي يضطره إلى الفصل عن طريق إيجاد حل لها. ومن الناحية الفنية، فإن القاضي الإداري عندما يضع القرار المبدئي، فإنه يتصرف ويظهر كمشرع ذلك أنه يعدل القانون الوضعي، من خلال وضع أو إنشاء قاعدة قانونية جديدة لم تكن موجودة من قبل وهنا يتجاوز القاضي الإداري دوره التقليدي باعتباره سلطة مختصة بالفصل في المنازعات، كما أن قراره يتجاوز مهمته التقليدية باعتباره فصلا في خصومة معينة ويتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد القانونية، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعا" بحل قضاؤه محل القانون.²

ثانيا: القوة القانونية للقرار المبدئي

من خلال القرار المبدئي يتجاوز القاضي الإداري مهمته العادية، ويتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد القانونية، وبالتالي فإن القرار المبدئي باعتباره حكما قضائيا، سيتجاوز حدود الحجية المقررة للأحكام القضائية، ليتحول إلى قاعدة قانونية ذات قوة إلزامية عامة، وواجبه التطبيق مستقبلا على الحالات المشابهة فالقاضي الإداري عند وضعه للقرار المبدئي يستطيع تعديله والخروج عليه.

هل تتمتع القاعدة القضائية التي وضعها القاضي الإداري بنفس خصائص القاعدة القانونية؟ وما هي مرتبة القرار المبدئي ضمن الهرم القانوني للقواعد القانونية؟

أ- نستبعد الحكم الفردي لأن إرادة القاضي الإداري اتجهت لإنشائه وفي نيته عدم الارتباط به مستقبلا، فالقاضي حر في النزاع الجديد في عدم التقيد بالحل الذي وضعه في النزاع السابق، ذلك أنه عندما يخلق حلا للنزاع في حالة وجود نقص في مصادر القانون الوضعي، فإنه لا يخلق بذلك قاعدة قانونية ولكنه يخلق حلا فرديا، والحكم الذي يصدره هو حل صالح خصيصا لفض النزاعات المفصول فيها دون سوارها إذ لا يجوز التمسك به مستقبلا أمام نفس القاضي أو أمام قاضي آخر.³

ب- قد يقال بأن القرار المبدئي لا يتمتع بخصائص القاعدة القانونية، ما دام أن القاضي الإداري بإمكانه أن يخالفه فهو لا يرقى إلى مستوى القاعدة القانونية إلا أن هذا الرأي غير صحيح فالقرار المبدئي يتمتع بكل خصائص القاعدة القانونية فهو اجتماعي أي نابع من ظروف اجتماعي وهو عام ومجرد لأن القرار المبدئي سوف يطبق مستقبلا على أشخاص غير معروفين بذواهم وهو ملزم حتى لو خالفه القاضي مستقبلا ذلك أن المشرع عندما يضع نصا مكتوبا فإنه لا يضعه ليبقى طول الدهر. فالنص قابل للتعديل ونفس الشيء يقال بالنسبة للقرار المبدئي الذي يقبل هو الآخر التعديل إذا كانت هناك ضرورة ملحة للتعديل فيتخذ القاضي الإداري سلوكا أكثر تعقلا وأكثر حذرا من الذي يسلكه حيال القواعد التي هي مجرد حلول تطبيقية، إذ

¹ مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المرجع السابق، ص 172.

² احمد مدحت علي، الظروف الاستثنائية، الهيئة العامة للكتاب، ب. ب. ن. 1978، ص 19.

³ مجلة الدولة، ع 66، 2005. ص 75، اشار اليه، رمضان غناي، المرجع السابق، ص 77.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

لا يقوم بتعديلها بصورة مباشرة فعليا ما يتبنى تفسيراً واسعاً أو ضيقاً للقاعدة القديمة المراد تعديلها مع الاحتفاظ بصلب القاعدة القديمة، أو أنه يأتي بنص إضافي يمش جنباً إلى جنب مع القاعدة خاصة إذا علمنا بأن للقاعدة القضائية في المجلس الإداري خاصيتين أساسيتين هما:¹

خاصية المرونة: إن القاضي الإداري لا يحبذ الصيغ الجامدة التي تقيده في المستقبل وهذا أمر بديهي مادام أن القانون الإداري قانون غير مقنن.

صبغة الفهم: إن القاعدة القضائية هي ثمرة إجتهد القاضي الإداري فقد صاغها لتعبر عنه كمشروع في القانون الإداري مما جعله مفعمة بمصطلحات إدارية صعبة الفهم موجهة لأهل الاختصاص دون غيرهم لتكسب خاصية تضاف إليها ألا وهي صعوبة الفهم فهي تعكس كفاءات القاضي الإداري في إثراء القانون الإداري مضموناً.

كما أن القرار المبدئي مقترن بجزء، أي أن الأفراد و الإدارة ملزمين باحترام القاعدة التي جاء بها القرار المبدئي، ذلك أنهم إذا خالفوها، فسيطبق عليهم القاضي الإداري نفس الجزاءات التي يطبقها على مخالفة القواعد المكتوبة، بل قد يكون أكثر صرامة هنا، طالما أن تلك القواعد قد صدرت عنه، وفي مخالفتها زعزعة لمركزه و من هنا سينتج عند الإدارة و الأفراد الشعور بالزامية القرار.

المطلب الثاني: القرائن القضائية

إن القرائن القضائية يكثر استعمالها في مجال الإثبات في القانون الإداري، على اعتبار أنه في أساسه قانون قضائي، وعلى ذلك فإنه القرائن القضائية هي المصدر الرئيسي والتاريخي للقرائن القانونية في القانون الإداري. فالمشرع يقرر القرائن إذا ما لاحظ استقرار القضاء الإداري أو اضطرابه على الأخذ بها.² وبالتالي فإنه يتعين تبيان سلطة القاضي الإداري في استخلاص القرينة القضائية (الفرع الأول)، تطبيقات القرائن القضائية في الاجتهاد القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في استخلاص القرينة القضائية

لقد تعددت التعاريف الخاصة بالقرائن القضائية، فهناك من يعرفها على أنها: " تلك القرائن التي يستنتجها القاضي باجتهاده ودكائه من موضوع الدعوى وظروفها."³ وهناك من يعرفها على أنها " القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي الإداري، التي يستنبطها من ظروف القضية وملابساتها"، أما الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري فعرفها بأنها: " القرائن التي تترك لتقدير القاضي، ويستخلصها من ظروف القضية وملابساتها."⁴

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا بأن القرينة القضائية تعتبر دليلاً غير مباشر لأن الإثبات لا يقع على الواقعة المدعي بها، وإنما على واقعة أخرى. فهي تعتبر وسيلة هامة في الإثبات الإداري. فيستطيع القاضي الإداري في ضوء ما يتمتع به من حرية في الإثبات أن يستعين بواقعة معلومة من أجل إثبات أخرى مجهولة.⁵ إلى جانب هذا، فالقرينة القضائية تقف في مقدمة طرق الإثبات أمام القاضي الإداري، وهذا لأنه عندما يخلو ملف الدعوى من الأدلة، أو عندما يستحيل على المدعي والذي هو الفرد في الغالب أن يقدم كافة المستندات من أجل إثبات ما يدعيه، يتجه القاضي الإداري إلى تأسيس حكمه على القرائن المستقاة من

¹ مراد بدران، محاضرات في مقياس المنازعات الادارية، ألفت على طلبية الماجستير تخصص قانون اداري معمق، دفعة 2013/2014

² علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الاداري، ج 1، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008، ص 669.

³ علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الاداري، المرجع السابق ص. 669.

⁴ عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الادارية، المكتب الجامعي الجديد، 2008، ص. 199.

⁵ توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1982، ص 207.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

الشواهد التي تنبئ عنها أوراق الملف والتي تشكل قرائن قضائية، ففي بعض الحالات تزرع قرينة الصحة التي تتمتع بها الإدارة.¹

وبالتالي فإن الهدف الرئيسي من الاستعانة بالقرائن في مجال الإثبات هو تخفيف عبء الإثبات عن كاهل المدعي بنقله إلى جانب الإدارة وإن كان ذلك بصفة مؤقتة. إلا أنه قد يؤدي في بعض الحالات إلى إنهاء الدعوى لصالح المدعي إذا تقاعست أو فشلت في إثبات عكس هذه القرينة، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق التوازن فيما بين المتقاضين الذي هو الطرف الضعيف والإدارة.

وبالتالي فإن الهدف الرئيسي من الاستعانة بالقرائن في مجال الإثبات هو تخفيف عبء الإثبات عن كاهل المدعي بنقله إلى جانب الإدارة وإن كان ذلك بصفة مؤقتة. إلا أنه قد يؤدي في بعض الحالات إلى إنهاء الدعوى لصالح المدعي إذا تقاعست أو فشلت في إثبات عكس هذه القرينة، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق التوازن فيما بين المتقاضين الذي هو الطرف الضعيف والإدارة.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن القرائن القضائية تعتبر وسائل الإثبات في غاية الخطورة وهذا لكونها لا تمثل في أغلب الأحيان الحقيقة الكاملة، لأنه باستطاعة القاضي الإداري أن يقع في غلط في استنباطه واستنتاجاته ولهذا يجب عليه أن يتقطن وأن يتصف بالحذر في هذا المجال. وله كذلك السلطة التقريرية في رفضها، وحتى وأن كان الأفراد هم الذين استنبطوها فيمكن له أن يرفضها ولا يأخذها، وعليه هنا أن يبين الأسباب التي جعلته يتخذ هذا الموقف، ومع ذلك فإن اللجوء إليها يؤدي إلى تحقيق التوازن فيما بين المتقاضين والإدارة.²

وحتى يأخذ القاضي الإداري بتلك القرينة، فلا بد أن تتوافر في هذه الأخيرة شروطا معينة. إن الشرط الأول يتمثل في وضوح القرينة، فحتى يعتمد القاضي الإداري عليها، يتعين وضوحها بصورة تسهل على الخصوم استبيان حقيقتها، ويستطيع القاضي الإداري أن يعتمد عليها في إصدار حكمه. أما الشرط الثاني فيتمثل في سلامة استخلاص القاضي الإداري للقرينة، وهنا يجب أن يكون استخلاص القرينة من الوقائع والحوادث استخلاصا سائغا، بمعنى أنه يؤدي فعلا إلى النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه. أما فيما يخص الشرط الأخير، فيتمثل في أنه لا بد أن تكون هناك صلة فيما بين القرينة والواقعة محل الإثبات والصلة المطلوبة هنا هي الصلة الوثيقة والمحكمة من أجل قبول القرينة كوسيلة اثبات.³ وتتكون القرينة القضائية من عنصرين:

-العنصر الأول هو عنصر مادي يتكون من وقائع يتحقق القاضي من ثبوتها سواء أكان ذلك بنفسه عن طريق المعاينة أم بغيره ممن ينتقي فيهم كامل الخبرة. وهذه الوقائع هي التي يفسرها القاضي ويستنتج دلالتها على الوقائع المراد إثباتها.

-العنصر الثاني هو معنوي و الذي هو الاستنباط و الاستنتاج الذي يقوم به القاضي الإداري على أساس العنصر المادي و الذي يتطلب فطنة القاضي الإداري و ذكائه و اجتهاده، حيث يستخرج بواسطتها الواقعة المجهولة من الواقعة الثابتة.⁴

وتجدر الإشارة إلى أنه يوجد ما يعرف بالقرينة القانونية والتي تختلف عن القرينة القضائية. فالأولى تستعمل طريق التصريح، في حين أن الثانية تستخدم طريقة الاستنباط والاستنتاج كما أن الأولى هي واقعة

¹ عبد الرزاق حمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام)، 3 ط، 2 ج، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص229.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الإثبات واجراءات التقاضي في المنازعات الادارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص. 389

³ مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لأثبات مشروعية القرار المطعون به، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011، ص55.

⁴ مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص 58.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

منصوص عليها في القانون صراحة ويعتبر وجودها كافياً لإعفاء الطرف الذي قررت لمصلحته من الإثبات، أما القرينة القضائية فهي متروكة لتتوير القاضي وتحت حذره. والمطلوب من القاضي هنا الأخذ بالقرائن الجدية والواضحة والمتناسقة فقط، كما أن القرائن القانونية واردة على سبيل الحصر في نصوص قانونية، أما القرائن القضائية فهي غير محددة، إلى جانب هذا فالقرائن القانونية تعتبر من الأدلة التي لا تتوافق مع حرية القاضي الإداري في الاقتناع بها، وهذا على عكس القرائن القضائية.¹

ويتم الاعتماد على القرائن القضائية أمام القضاء الإداري في كل من دعاوى الإلغاء أو دعاوى القضاء الكامل.

كما تجدر الإشارة، أنه قد يتدخل المشرع لرفع القرينة القضائية إلى منزلة القرينة القانونية، عن طريق النص عليها في القانون ذلك أن المشرع، نتيجة لتكرار استنباط القضاء لقرينة ما، على نحو معين، بشكل يؤدي إلى استقرار المحاكم على العمل بتلك القرينة، عندئذ قد يرى المشرع أنه من المناسب اعتبار هذه القرينة جديرة بتوحيد دلالاتها فبرفعها إلى مرتبة القرينة القانونية. وقد تتحول أحيانا القرينة القضائية إلى القرينة القانونية، دون تدخل المشرع، وذلك باطراد العمل بها، واستقرار المحاكم على أعمالها واستنباطها، مما يؤدي إلى اعتبار القرينة القضائية

بمنزلة القرينة القانونية، من حيث وجوب احترامها إلا أنها مع ذلك تبقى قضائية، لا يتوافر بشأنها عنصر الالتزام، كما هو الحال في القرينة القانونية.²

وفي الأخير نشير إلى الجدل الفقهي الذي ثار حول دور القرائن القضائية باعتبارها دليل إثبات قائم بذاته فهناك من الفقهاء من يقول إن القرائن القضائية لها مخاطر عديدة، وهذا لأنه قد تكون الوقائع ملفقة وضعت بصورة مصنعة من أجل تظليل العدالة إلى جانب عملية الاستنتاج والتي تمثل العنصر المعنوي للقرينة تنطوي على العديد من العيوب والمخاطر فيمكن للقاضي أن يبالغ في تقدير قيمة الوقائع الموجودة لديه أو يسيس فهمها، وبالتالي الخطأ فيها أمراً محتملاً.³

إلا فريقاً آخر من الفقهاء يرى أن الحكم يجوز أن يستند إلى أدلة أو إلى دليل واحد على الأقل ومعزز بقرائن، أما استناده إلى القرائن فقط، فهذا أمر مستحيل وغير جائز. فالقرائن القضائية هنا لا يمكن أن تكون دليلاً كاملاً فهي مجرد استنباطات تقوم على عملية منطقية تحليلية قد تصح وقد تخطئ.⁴ وبالتالي فإنه لا يجوز بناء الحكم على عمليات معروضة للخطأ.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول إنه لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى قرينة واحدة، لأنها غير كافية، فنظر لكونها دليلاً غير مباشر في الإثبات، فإن القدرة البشرية ما تزال تعجز عن الوصول إلى اليقين حتى تستنتج واقعة مجهولة من واقعة معلومة، إلا أنه حسب رأيهم إذا تعددت القرائن في الدعوى فيمكن هنا للقاضي أن يستند إليها في الحكم، ويؤسسه على القرائن مجتمعة.⁵

وهناك فريق آخر من الفقهاء من يقول أنه لا يجوز الالتجاء إلى الإثبات بالقرائن القضائية إلا في حالة ما إذا استحال الإثبات بالأدلة المباشرة.

¹ عابدة الشامي، المرجع السابق، ص 189.

² مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص 68.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 333.

⁴ حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، مركز دلتا للطباعة، مصر، د.س. ن، ص. 195.

⁵ مصطفى عبد العزيز طراونة، المرجع السابق، ص 183.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

إلا أنه لم يعد لهذا الخلاف الفقهي أي أثر عملي كبير، فالقرائن القضائية وإن كانت تركز على الاستنباط الذي يقوم به القاضي الإداري، إلا أنه ينبغي أن يكون الاستنتاج الذي يتوصل إليه عن طريق هذا الاستنباط، مرتكز على الواقعة الثابتة الصحيحة، المثيرة لاحتمال غالب هو احتمال الكشف عن الحقيقة الواقعة المجهولة.

كما يجب أن يكون الاستنتاج متماشيا مع العقل والمنطق، فلا بد للقاضي من أن يستظهر الصلة السببية المنطقية بين الواقعة المعلومة وبين الواقعة المجهولة المراد اثباتها. ويتضح من ذلك أن احتمال الخطأ في الاستنباط الذي تركز عليه القرائن القضائية هو احتمال ضئيل. وما يعترى القرائن القضائية من أوجه النقص والقصور قد يعترى أدلة الإثبات الأخرى.

أما القول: إنه لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه على قرينة واحدة، وإنما يجب عليه أن يستند على قرائن عدة، فهو قول لا يمكن الأخذ به، ذلك أن القاضي قد تقنعه قرينة واحدة ولا تقنعه قرائن متعددة، إن كانت هذه القرائن ضعيفة، وقد انعقد اجماع الفقه على أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن، فالعبرة بقوة القرائن وليس في تعددها.

أما فيما يتعلق بالقول: بعدم جواز الالتجاء إلى الاثبات بالقرائن، إلا حيث ينتفي إمكان الإثبات بالأدلة المباشرة، فهو يشكل قبدا على حرية القاضي في تكوين عقيدته.¹

نخلص مما تقدم أن القرائن القضائية تعتبر من أهم وسائل الاثبات في الدعوى الإدارية وللقاضي الإداري الحرية الكاملة والواسعة في استخلاصها²، فاستخدامها يؤدي إلى تحقيق التوازن بين المتقاضي والذي هو الفرد في أغلب الحالات والإدارة، وهذا عن طريق نقل عبء الاثبات من عائق المدعى إلى المدعي عليه والذي هي الإدارة باعتبارها الطرف القوي في الدعوى الإدارية. فقد يؤدي الاعتماد على القرينة إلى حسم النزاع لصالح المدعي وهذا في حالة ما إذا لم تقم الإدارة بأثبات عكسها.³

فالقرائن القضائية هي قرائن قائمة بذاتها ولا تشبه غيرها من القرائن، كما أنها مؤسسة على أمارات ملموسة، وتختلف حسب الحالات، إلى جانب أنها غير محددة العدد.⁴

الفرع الثاني: تطبيقات القرائن القضائية في الاجتهاد القضائي الإداري.

يتمتع القاضي الإداري بسلطة كبيرة، يتمكن بمقتضاها من التحرك لإعادة التوازن بين الخصوم، وهذه السلطة تخوله لإمكانية التوفيق بين النصوص إذا تضاربت، والقدرة على إنشاء القواعد القانونية، عندما تغيب النصوص عن مسرح النزاع المعروض عليه.

فالقاضي يحمل أمانة تحقيقه العدالة على طرفي الدعوى الإدارية، فيضع نصب عينيه التباين في مركز القوى فتنتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات تضعها في موقف القوى.

هكذا يعد القاضي الإداري أميرا في بحثه عن الحقيقة، المعطاة دورا مميزا في استخلاص القرائن القضائية التي لا تقع تحت حصر، ولعل أشهر هذه القرائن القضائية تطبيقا، امام القاضي الإداري هي:
1- قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية:

¹ مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص 184.

² خالد خلف القطانة، اثبات دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، 1 ط، دار قنديل للنشر والتوزيع، الاردن، 2006، ص 189.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاثبات امام القضاء الاداري، المرجع السابق، ص 188.

⁴ احسن بن شيخ ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 408.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

الخطأ في المسؤولية الإدارية هو التصرف الذي قد تحدثه الإدارة أو أحد موظفيها أثناء القيام بالواجبات الوظيفية أو بسببها وينتج عنه وقوع ضرر للغير، وهو إما أن يكون خطأ مرفقيا أو خطأ شخصيا من طرف الموظف.¹

إن عبء الإثبات في مجال الخطأ في المسؤولية بصفة عامة يقع على عاتق الفرد الذي يطالب الإدارة بالتعويض، إذا عليه أن يلتزم بإثبات عناصر ثلاثة مجتمعة، والتي هي الخطأ المنسوب للإدارة، والضرر، وإثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أي عليه أن يثبت أن الضرر الذي حدث هو نتيجة للخطأ الذي وقع من الإدارة أو أحد موظفيها، فإذا عجز الفرد أو تقاعس عن إثبات أي من هذه العناصر فإن هذا يؤدي إلى خسر دعواه.²

إلا أنه ونظرا لصعوبة إثبات خطأ الإدارة من أجل إقرار مسؤوليتها، وضعف موقف المدعي المضرور في هذه الدعوى، اتجه القضاء الإداري نحو تسهيل شروط انعقاد المسؤولية الإدارية وهذا عن طريق الاستعانة بالقرائن القضائية لإثبات ركن الخطأ، وابتكاره لفكرة قرينة الخطأ المفترض، هذه الأخيرة يقصد بها افتراض خطأ الإدارة المبرر لمسؤوليتها، وهذا عن طريق استنتاجه من الضرر الحاصل، أي الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع هذا الخطأ، وبالتالي الحكم على الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن نشاط معين وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية.³

ومجال أعمال هذه القرينة أمام القضاء الإداري يتعلق بقواعد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإدارية المدنية.⁴

وبالتالي فإن أهمية هذه القرينة تظهر حينما يأخذ القضاء بها، ويجدها بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف الإدارة، أي أنه يلقي عبء إثبات الخطأ على الإدارة وهو عبء صعب للغاية، نظرا لتعلقه بواقعة سلبية، وبالتالي لكي تتمكن الإدارة المدعى عليها من التخلص من هذه المسؤولية، عليها أن تثبت أنها اتخذت جميع الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الأضرار وليس هذا فقط، وإنما عليها كذلك أن تثبت أن الضرر الواقع يرجع إلى سبب أجنبي.

والنتيجة المستنتجة هنا هي تخفيف عبء الإثبات عن المدعي والذي هو الطرف الضعيف في الدعوى. ومن أهم المجالات التي يستعمل فيها القاضي الإداري تقنية الخطأ المفترض، المنازعات الخاصة بحوادث مرتققي الأشغال العمومية وحوادث المرور فهنا مسؤولية الإدارة تكون قائمة على أساس الخطأ المفترض.⁵ و من بين تطبيقات القضاء الإداري الجزائري قرار مجلس الدولة الصادر في 8/3/1999: قضية رئيس البلدية عين أزال ضد "ط.ع" و من معه، و ترجع وقائعها في أن بلدية عين أزال حفرت حفرة لجمع المياه و التي وقع فيها الطفل بع" د الصمد" و هذا ما أدى إلى وفاته، فقضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سطيف في 18/07/1994 بمسؤولية البلدية عن الحادث و إلزامها بالتعويض فرفعت البلدية استئناف أمام مجلس الدولة الذي قضى بما يلي :

... "بالرجوع إلى أدلة الملف يتبين أن مسؤولية البلدية قائمة، بحيث أن أشغال حفر الحفرة كانت تحت إدارة البلدية، و أن البلدية هي التي رخصت لسكان القرية لجمع القمامة بحيث كان يجب على البلدية أخذ كل الإجراءات لحماية الحفرة، و كان عليها التأكد من أن الحفرة لا تشكل خطرا على الأشخاص، حيث أن هذا

¹ عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الادارية، ط.م، د 3 ج، الجزائر، 2007. ص109

² مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص129.

³ قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضية (دليل) الصادر بتاريخ 07/28 /1951، اشار الى هذا القرار عمار عوايدي. المرجع السابق. ص173.

⁴ عابدة الشامي، المرجع السابق، ص 199.

⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، -المسؤولية اساس الخطاء، 1 ط -، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006،

ص 32.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

التقصير و الإهمال من طرف البلدية أدى إلى غرق الطفل ، و يستنتج أن مسؤولية البلدية ثابتة ، و هي ملزمة بتعويض ذوي حقوق الضحية"¹.

قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر في 22/02/2006 جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "... حيث أن سقوط الشجرة فجأة هو نتيجة عدم قيام البلدية بواسطة عمالها بالصيانة العادية للحديقة، وهذا بتفقدتها وقطع الأشجار الهرمة والتي يكون سقوطها مؤكداً، وما دامت الشجرة سقطت، فإن ذلك يؤكد عدم الصيانة العادية من طرف البلدية، وبما أن البلدية لم تثبت قيامها بالصيانة، فهذا يجعل مسؤوليتها قائمة على أساس الخطأ المفترض"².

2- قرينة إساءة استعمال السلطة:

يعتبر عيب إساءة استعمال السلطة أشد العيوب صعوبة في الدعوى الإدارية، إذ أنه يتعلق بالهدف أو الغاية التي قصدت منها الإدارة إصدار القرار الإداري. وإثبات النوايا والمقاصد مسألة صعبة وعسيرة، فالمسألة تتعلق بأمر خفي يصعب اكتشافه، وتتطلب الكشف عن نية أو نفسية مصدر القرار³.

ويحصل عيب إساءة استعمال السلطة إذا قصد مصدر القرار الإداري تحقيق غاية غير متعلقة بالمصلحة العامة، أو أن الغاية متعلقة بالمصلحة العامة ولكنها تخالف الهدف الذي حدده المشرع لإصدار القرار فيكون في هذه الحالة القرار مخالف لمبدأ تخصيص الأهداف⁴.

وللتخفيف من عبئ إثبات هذا العيب يتم اللجوء إلى القرائن التي يمكن أن يستدل بها على هذا العيب، ولا تقع هذه القرائن الدالة على إساءة استعمال السلطة تحت حصر، إذ يمكن للقاضي الإداري ان يستخلص هذه القرائن من أي وقائع مطروحة امامه في الدعوى⁵.

بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا العيب لا يعتبر متعلقاً بالنظام العام، لذلك يتوجب على المدعي صاحب الشأن أن يثبته، وأن يقدم ما لديه من أدلة على إساءة استعمال السلطة الذي يدعيه. وليس للقاضي أن يثبته من تلقاء نفسه، ونظراً لصعوبة إثباته بدليل قاطع، يمكن للمدعي تقديم قرائن قوية ومحددة تؤدي إلى اقتناع القاضي بجدية ادعاءه حتى يزيل الالتزام الواقع عليه نتيجة تحمله عبء الإثبات، وبموجب دور القاضي الإداري الإيجابي في تقدير قيمة العناصر المقدمة في الإثبات من مضمون القرار الإداري، والمراسلات السابقة واللاحقة المتعلقة بالقرار محل الطعن بهذا العيب، وظروف ملابسات إصداره يمكن الوصول إلى إثبات صحة ادعاءاته⁶.

وتستخلص قرائن إساءة استعمال السلطة من قرينة انعدام الدافع المعقول من اصدار القرار محل الطعن، كأن تكون دوافع اصدار القرار خارجة عن المصلحة العامة وغيرها من الدوافع غير المشروعة، مثل نقل الموظف بقصد العقاب والانتقام، أو عن قرينة عدم الملاءمة الظاهرة في القرار، أي الغلو في العقوبة الإدارية، فلا يكون هناك تناسب بين خطأ الموظف، والعقوبة التأديبية التي صدره ضده⁷.
ومن بين قرائن إساءة استعمال السلطة أيضاً، قرينة عدم المساواة بين المراكز القانونية المتماثلة فيظهر قيام الإدارة بالتمييز بين طائفتين من الأفراد لهم نفس المراكز القانونية

¹ قرار غير منشور، شار اليه لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع السابق، ص34.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الادارية، المرجع السابق، ص48.

³ إبراهيم سالم العقلي، اساءة استعمال السلطة في القرارات الادارية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، الاردن، 2008. ص287،

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص175

⁵ - خالد خلف القطارنة، اثبات دعوى الالغاء، المرجع السابق، ص 191.

⁶ عابدة الشامي، المرجع السابق، ص 195.

⁷ إخالف خلف القطارنة، المرجع السابق، ص 193 . .

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

ومن تطبيقات مجلس الدولة الجزائري، قضية "ط، ك" ضد بلدية أولاد فايت ترجع حيثيات هذه القضية إلى أن السيد "ط، ك" استفاد بقطعة أرض صالحة للبناء بموجب قرار صادر عن رئيس بلدية الشراكة بتاريخ 3 ماي 1983، ثم منحت له رخصة للبناء في 5 ماي 1983 من طرف الهيئة نفسها و لكن بعد التنظيم الإداري لسنة 1984، أصبحت هذه القطعة الأرضية ملك لبلدية أولاد فايت الجديدة.

و بتاريخ 20 مارس 1989 منحت هذه القطعة الأرضية لشخص آخر بموجب قرار أصدرته بلدية أولاد فايت ، فقام السيد "ط ، ك" برفع دعوى تجاوز السلطة ضد قرار البلدية أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البلدية ، إلا ان هذا الأخير رفض الدعوى لعدم التأسيس ، فقام بعد ذلك المعنى بالأمر برفع استئناف أمام مجلس الدولة ، و قال بأن القرار الذي منحه هذه القطعة الأرضية من بلدية الشراكة صحيح و من جهة أخرى قال بأن جيرانه الذين تحصلوا على القطعة الأرضية المجاورة في سنة 1983 و لهم نفس الوضعية لم يتعرضوا لما تعرض له من طرف بلدية أولاد فايت ، و على هذا أصدر مجلس الدولة قراره بإلغاء القرار الذي أصدره رئيس

البلدية أولاد فايت في 20 مارس 1989 مؤسسا ذلك على أن البلدية لا يمكنها أن تحرم المستأنف وحده دون باقي المواطنين المستفيدين من القطعة الأرضية في المكان نفسه ولهم وضعية قانونية واحدة.

3- قرينة التظلم الإداري ضد القرار الإداري:

التظلم الإداري يعني عدم رضا صاحب الشأن بالقرار الذي علم به، بواسطة النشر أو الإعلان أو العلم اليقين، فبادر بكتابة هذا على شكل تظلم وأرسله إلى الإدارة مصدرة القرار، أو إلى رئيس طالب إعادة النظر فيه وسحبه أو الغاءه¹.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الجزائري، قضية "ج، م" ومن معه ضد الوزير المحافظ لمحافظ الجزائر الكبرى، وتتلخص وقائعها:

استفاد السيد "ج، م" ومن معه من مستثمرة فلاحية، وخلال سنة 1996 وصل إلى علمهم بأن والي الجزائر أصدر قرارا ألغى استفادتهم من المستثمرة ومن الأرض الفلاحية الممنوحة لهم من قبل.

قام هؤلاء برفع تظلمين للوالي الأول بتاريخ 29/05/1996 والآخر يوم 15/09/1996 و بتاريخ 14/12/1997 و نظرا لعدم ورود جواب صريح من الوالي قام فريق "ج. م" برفع دعوى قضائية أمام الغرفة الإدارية لمجلس الجزائر فقضى هذا الأخير ب تاريخ 31/03/1998 بعدم قبول دعواهم شكلا لكونها رفعت خارج الأجل المنصوص عليه في المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية لكونهم علموا بالقرار المطعون فيه بالإلغاء والصادر عن محافظ الجزائر من خلال الرسائل التي وجهوا له متظلمين من القرار خلال سنة 1996².

قام ج " م. ومن معه ب استئناف قرار مجلس الجزائر أمام مجلس الدولة فأصدر هذا الأخير قراره القاضي بتأييد القرار المستأنف، على أساس أنهم تظلموا من القرار الإداري الصادر عن محافظ الجزائر والذي أسقط حقهم من الاستفادة من المستثمرة الفلاحية بسبب إهمالهم لواجباتهم وأن التظلم من جهتهم يعتبر بمثابة قرينة على العلم به.

وبالرجوع إلى المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية أوجبت رفع الدعوى الإدارية امام المجلس القضائي، الغرفة الإدارية خلال الأربعة أشهر، تبدأ من تاريخ تبليغ القرار المطعون فيه أو نشره.

¹ مصطفى كامل وصفي، أصول اجراء القضاء الاداري، ط2، مطبعة الامانة، القاهرة، 1980، ص170.

² قرار مجلس الدولة الصادر في 23/04/2001، الغرفة الثالثة، فهرس رقم، 336 قرار غير منشور، شار اليه لحسين بن شيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص403.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

وإذا حبسنا من يوم رفع التظلم وهو 29/05/1996 بالنسبة للأول و 15/09/1996 بالنسبة للثاني إلى يوم رفع دعوى الإلغاء أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر، أي في 14/12/1997 فإننا نجد مرور فترة زمنية تتجاوز السنة (أكثر من 15 شهر)، في حين ان المادة 169 مكرر حددت مدة أربعة أشهر من يوم التبليغ، وعلى ذلك فإن الأجل قد انقضى.

إذ أن تقديم المستأنفين لتظلم من القرار الإداري الصادر في 27/01/1996 عن والي ولاية الجزائر وهذا بتاريخ 29/05/1996 للأول و 15/09/1996 للتظلم الثاني يؤكد دون لبس بأنهم علموا بالقرار الإداري محل الدعوى وكان عليهم أن يرفعوا دعوى إدارية ضده خلال الأربعة أشهر التي تلي يوم التظلم منه. فالمجلس القضائي في قراره المؤيد من مجلس الدولة، يكون بذلك قد خلق قرينة قضائية وأن تلك القرينة قائمة بذاتها ولا تشبه غيرها من القرائن، كما أنها مؤسسة على وقائع ملموسة لا ريب فيها وهي واقعتي التظلم الإداري المرفوع ضد القرار الإداري الصادر عن والي، بل إنها قاطعة ولا تقبل إثبات عكس مدلولها أو لا يمكن لهم إثبات عدم علمهم بالقرار الإداري أعلاه ما داموا انهم تظلموا منه (بالرغم من أن التظلم ألغى بموجب قانون 1990 بخصوص قرارات السلطات اللامركزية).

الخاتمة

وفي الأخير يمكن القول أن القضاء الإداري قد ساهم إلى جانب السلطة المختصة بالتشريع في إرساء قواعد للقانون الإداري وهي ضرورة فرضتها الخصائص التي نسبت للقانون الإداري من نشأة تاريخية ومرونة وسرعة في التطور، إضافة إلى خاصيته القضائية حيث برز للوجود عن طريق المبادئ والقواعد الإدارية الذي وضعها القضاء الفرنسي بإرسائه لمجموعة من النظريات وامتدت هذه الأساليب حد الاعتماد عليها من قبل نظيره الجزائري.

وبما أن القانون الإداري حديث النشأة فإن القاضي الإداري يجد نفسه مطالب بإيجاد حلول للفصل في المنازعة الإدارية المعروضة عليه في نقص القانون الإداري أو ما يكتنفه من غموض، أو في حال وجود فراغ تشريعي، وتجنب الوقوع في ارتكاب جريمة نكران العدالة، وتجنباً لهذا يعمل وفق التفسير القضائي في حال تصادفه والحالات التي تستوجب التفسير القضائي، والانتقال إلى الاجتهاد القضائي والمسببات التي تستدعي أعمال هذه الآلية الأخيرة وذلك بإحداث قواعد قانونية إدارية يطبقها القاضي فيما يعرض عليه من نزاع إداري ويلتزم بإعمالها والوقوع في حالات مشابهة لهذا النزاع والتوفيق بين متطلبات المرفق العام وحسن سيره وحقوق المواطنين، وفي هذا الصدد أوكل المؤسس الدستوري في الجزائر مجلس الدولة بمهمة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وهذا التأسيس كان نتيجة منطقية في رغبة المشرع الجزائري في تطوير قواعد العدالة وتكريس حماية أكثر للمتقاضين.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث:

- إن آليات إيجاد الحلول من طرف القاضي الإداري فيما يطرح عليه من منازعات يمس بشكل واضح بمبدأ الفصل بين السلطة المكرس دستورياً
 - انتقال كاهل مجلس الدولة الجزائري بالمهام القضائية التي قد تؤدي به إلى الحياد عن مهامه الأساسية المتعلقة بتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد
 - القاضي الإداري الجزائري لم يأخذ بعد دوره الحقيقي في إنشاء القواعد القانونية مقارنة بقاضي الإداري الفرنسي والمصري
- و من توصلنا أيضا إلى توصيات الآتية :
- تخفيف العبء على مجلس الدولة الجزائري خاصة في جانب اختصاصاته القضائية، ليتفرغ لمهمة الدستورية المتمثلة في توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، وذلك مت خلال منح هداها الصلاحيات للمحاكم الإدارية للاستئناف.
 - اعطاء مساحة أكبر للقاضي الإداري لممارسة دوره الإيجابي في إنشاء القواعد القانونية التي تساهم في تطوير و تسيير الحياة الأدرية وذلك في خلال محاولة تقنين الاجتهادات القضائية وتوحيدها في كامل أنحاء الوطن.
 - لعمل على إنشاء قضاء اداري متخصص من حيث تأهيل القضاة الإداريين و تدريبهم وهو ما يمكنان يساعد بشكل فعال في تطوير الحياة الادارية

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القوانين والأوامر

- الأمر 58-75 المتضمن للقانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر، 1975، والمتمم بالقانون رقم 10-05، جريدة الرسمية عدد 5 مؤرخة في 20 جوان 2005
- نص المادة الأولى من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم القانون 21-89 المؤرخ في 12 ديسمبر، 1989، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجزء، 53 لسنة 1989
- المادة 8 من القانون العضوي، 98-01 المؤرخ في 3/5/1998، المتعلق باختصاص مجلس الدولة وعمله، الجريدة الرسمية ال عدد 37، 1998/06/01.
- المادة 06 من القانون العضوي 98-03 المؤرخ في 30/5/1998، المتعلق باختصاص المحكمة العليا وعملها، الجريدة الرسمية العدد، 39، 1998/6/7
- المادة السابعة من قانون المنازعات الإدارية الملغى والمادة 800 من القانون رقم، 89-09 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لسنة 2008.
- المادة 68 من القانون العضوي رقم، 04-11 تميز بين أربع أنواع من العقوبات.
- المادة 3/2 من الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جولية، 2006، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، جزء 46.2006.
- القانون العضوي رقم 04-12 الصادر بتاريخ، 22/01/2012، المتعلق بالأحزاب السياسية، 2012،
المراسيم التنفيذية
- المرسوم التنفيذي 01-417 المؤرخ في 19/11/2001، المتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة وتنظيمها وتسييرها، الجزء 78، 2001.
- المرسوم الرئاسي 09-403 المؤرخ في 26 نوفمبر، 2002، عدد 71، صادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في 1 ديسمبر 2002.

ثانياً: المراجع

الكتب

- إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.
- حسن محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004.

- عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، العراق 2012.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2008.
- عبد القادر الشبخلي، الحكم القضائي من النظرية إلى التطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2014.
- عبد القادر الشبخلي، الصياغة القانونية تشريعاً وفقها وقضاء، دار ثقافة للطباعة والنشر، عمان 2018.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الجزائر 1991.
- علي خطار الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، طبعة 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008.
- علي بن الحسن المنائي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، طبعة 2، دار المشرق، لبنان 2001.
- عمار بوضياف، القضاء الإداري بين نظام الوحدة والازدواجية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2010.
- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2013.
- عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقها في التشريع الجزائري، ريحانة للنشر، الجزائر 2000.
- عمار عوابدي، القضاء التفسيري في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر 2002.
- عصام الدين، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010.
- فخر الدين الرازي، المحمول في عالم أصول الفقه، الطبعة الأولى، مؤسسة رسالي، بيروت 1996.
- فارس حامد عبد الكريم، الإدارة العامة والتفسير المرجعي للقانون الجزء الثاني، منشور على موقع، www.iroker.dk بتاريخ 2005/5/17.

- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر 2004.
- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة السالمية، دراسة مقارنة، القاهرة 1977.
- محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، الجزء الأول، 2002.
- محيي الدين القيسي، مبادئ القانون الإداري العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1999.
- مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، القاهرة 1989.
- مصطفى كامل وصفي، أصول الإجراءات القضاء الإداري، طبعة 2، مطبعة الأمانة، القاهرة 1980.
- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، المطبعة الجديدة، دمشق 2000.
- عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإجبارية ضد الإدارة العامة، دار هومة، الجزائر 2004.
- ياسين ربوع، الأحزاب السياسية في الجزائر، دار اليقين، الجزائر، دون سنة النشر.

أطروحات ومذكرات

أطروحات الدكتوراه

- كاظم الشمري، تفسير النصوص الجزائرية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد 2001.

رسائل الماجستير

- الحولي محمد كمال، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية القانون، غزة، فلسطين 2017.
- شقاق ابتسام فاطمة الزهراء، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بالقائد، الجزائر. 2016.
- نور الهدى غنيمي، دور القاضي الإداري في إنشاء قاعدة قانونية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خضير، بسكرة، الجزائر 2014.

مذكرات الماستر

- سهيلة مزياي، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة ماجستير في قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، الجزائر 2011-2012.
- ليندا عزوز، تطور المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون عام، كلية الحقوق، عنابة 2002-2003.
- المقالات
- عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكاليته القانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، 21 العدد الجزائر 2012.
- رمضان عناي، تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، الجزائر 2012.
- مسعود جندلي، القاضي الإداري وتأويل النصوص القانونية، المجلة التونسية للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس 2014، العدد 17 المجلد.
- نور الدين زرقون، سلطة القاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاتر السياسة والقانون 2013. مكان صدور لمجلة مجلس الدولة ، العدد 45،

قرارات مجلس الدولة

- مجلس الدولة، الغرفة الإدارية قرار رقم 188258 الصادر في 28/02/2000 ملف رقم 188258.

الفهرس

الصفحة	العنوان
6-4	المقدمة
50-7	الفصل الاول: سلطة القاضي الاداري في خلق القاعدة القانونية
31-7	المبحث الاول: اساليب القاضي الاداري في صنع القاعدة القانونية
22-8	المطلب الاول: دور التفسير القضائي في صنع القاعدة القانونية
17-9	الفرع الاول: مفهوم تفسير القضائي
22-17	الفرع الثاني: مبررات رجوع القاضي الاداري الى التفسير القضائي وطرقه
30-22	المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في صنع قواعد القانون
27-22	الفرع الاول: مفهوم الاجتهاد القضائي
30-27	الفرع الثاني: اسباب الاجتهاد القضائي
50-31	المبحث الثاني: حدود وظيفة القاضي الاداري
39-31	المطلب الاول: حدود وظيفة القاضي الاداري
38-31	الفرع الاول: القيود الواردة على اختصاص القاضي ص
39-38	الفرع الثاني: الاثار المترتبة على مخالفة القاضي لالتزاماته
50-39	المطلب الثاني: حدود وظيفة الاجتهاد القضائي
44-39	الفرع الاول: العوامل المعيقة لبروز الاجتهاد القضائي
50-44	الفرع الثاني: القيود الواردة على تراجع العمل القضائي
85-50	الفصل الثاني: الاثار المترتبة على دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية
69-51	المبحث الاول: المبادئ العامة للقانون
60-51	المطلب الاول: طبيعة المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية
60-56	الفرع الاول مفهوم المبادئ العمل للقانون
65-60	الفرع الثاني: حدود مبادئ العامة للقانون
68-60	المطلب الثاني: المبادئ العامة للقانون تطبق مستقبلا على المنازعات المشابهة
65-60	الفرع الاول: القاضي الاداري مشرع المبادئ العامة للقانون
68-65	الفرع الثاني: القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون
85-68	المبحث الثاني: القرار المبدئي والقرار القضائي

76-69	المطلب الاول: القرار المبدئي
73-70	الفرع الاول: مراحل وضع القرار المبدئي
76-73	الفرع الثاني: القرار المبدئي قاعدة قضائية تطبق مستقبلا على المنازعات المشابهة
85-76	المطلب الثاني: القرائن القضائية
80-76	الفرع الاول: سلطة القاضي الاداري في استخلاص القرينة القضائية
85-80	الفرع الثاني: تطبيق القرائن القضائية في الاجتهاد القضائي الاداري
88-86	الخاتمة
92-89	قائمة المصادر والمراجع
94-93	الفهرس
96-94	الملخص

الملخص

القاضي الإداري له دور محوري في إنشاء القاعدة القانونية. من خلال الفصل في المنازعات الإدارية، يساهم القاضي في تطوير وتفسير القواعد القانونية المنظمة للعلاقة بين الإدارة والأفراد. فعندما يواجه القاضي الإداري قضايا جديدة أو غامضة، يقوم بتفسير النصوص القانونية وإصدار أحكام تشكل سوابق قضائية تصبح مرجعًا للقواعد القانونية المطبقة.

كما أن للقاضي الإداري سلطة إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، مما يساهم في ترسيخ المبادئ القانونية الحاكمة للنشاط الإداري. بالإضافة إلى ذلك، يمكن للقاضي الإداري إصدار أحكام تفرض على الإدارة التزامات معينة، مما ينعكس على توجيه السلوك الإداري نحو الالتزام بالقواعد القانونية.

وبذلك، يلعب القاضي الإداري دورًا حيويًا في صياغة القاعدة القانونية من خلال تفسير النصوص القانونية، إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، وفرض التزامات على الإدارة. هذا الدور يساهم في تطوير وتعزيز سيادة القانون في النشاط الإداري.

The administrative judge plays a pivotal role in the creation of the legal rule. Through the settlement of administrative disputes, the judge contributes to the development and interpretation of the legal rules governing the relationship between the administration and individuals. When the administrative judge faces new or ambiguous cases, they interpret the legal texts and issue rulings that establish judicial precedents which become a reference for the applicable legal rules.

The administrative judge also has the authority to annul unlawful administrative decisions, which helps to entrench the legal principles governing administrative activity. Additionally, the administrative judge can issue judgments that impose certain obligations on the administration, which is reflected in guiding the administrative behavior towards compliance with the legal rules.

Thus, the administrative judge plays a vital role in shaping the legal rule through the interpretation of legal texts, the annulment of unlawful administrative decisions, and the imposition of obligations on the administration. This role contributes to the development and reinforcement of the rule of law in administrative activity.