

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري المعمق

تحت إشراف :

أ. د. بلقاسم دايم

من إعداد الطالبة:

ابتسام فاطمة الزهراء شقاف

لجنة المناقشة:

| | | | |
|--------------|--------------|--------|---------------------------|
| رئيسا | جامعة تلمسان | أستاذ، | أ. د. مراد بدران |
| مشرفا و مقرا | جامعة تلمسان | أستاذ، | أ. د. بلقاسم دايم |
| مناقشا | جامعة تلمسان | أستاذ، | أ. د. بن علي بن سهلة ثاني |

السنة الجامعية: 2015-2016

شكر و تقدير

أحمد الله تعالى حمدا كثيرا على توفيقى لإنجاز هذا العمل المتواضع .

أتقدم بالشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور بلقاسم دايم على احتضانه لهذه المذكرة ،

و على نصائحه و توجيهاته لي طيلة إنجاز هذا العمل .

كما أتوجه بالشكر إلى الأستاذ الدكتور مراد بدران ، و الأستاذ الدكتور بن علي بن

سهلة ثاني على قبولهما مناقشة هذه المذكرة ، و تحملهما عناء قراءاتها ، فلهما مني عظيم

شكري و امتناني.

و في الأخير لا يفوتني أن أتقدم بالشكر و العرفان لكل من ساعدني في إعداد هذا

البحث.

إهداء

إلى روح والدي ، رحمه الله .

إلى أمي أطال الله في عمرها .

إلى أخي وأختي .

إلى كل الاهل والأقارب .

إلى كل الأساتذة وموظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان .

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع .

قائمة بأهم المختصرات

1-باللغة العربية:

ب.ب.ن : بدون بلد النشر.

ب.د.ن : بدون دار النشر.

ب.س.ن : بدون سنة النشر.

ج.ر : الجريدة الرسمية .

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية .

ص : الصفحة .

ط : الطبعة .

ع : العدد .

قا.إ.م : قانون الإجراءات المدنية .

قا.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

2-باللغة الفرنسية:

-C.E.F : Conseil d'Etat Français.

-Op. cit : Ouvrage précédemment cité.

-P : page.

-Rec : Recueil du conseil d'Etat .

مقدمة

إن الحذر الذي راود كثير من رجال الفقه والإدارة في فرنسا لم يكن من القضاء العادي فحسب، بل كان التخوف مركزاً أكثر على قواعد القانون الخاص. لذا فإن تخصيص قضاء مستقل للإدارة كان الهدف منه إحداث نواة لقانون متميز يحكم نشاطها. وكانت هذه المهمة في غاية من الصعوبة خاصة من ناحية تعليل عدم صلاحية قواعد القانون الخاص لأن تحكم صور نشاط الإدارة. إذ أن الانتقال النوعي تجسد في القرار التاريخي المتعلق بقضية " بلانكو "، غيرت بحيثياتها مجرى التاريخ إذ كشفت النقاب عن عجز صريح للقانون المدني في فض هذا النزاع، فالتخوف كان سيد الموقف و الحذر راود كثير من رجال الفقه في فرنسا.

فالقضية طرحت إشكالات إجاباتها أحدثت هزة لا مثيل لها.

أول هذه الإشكالات: إذا نأى القاضي العادي بنفسه في حل هذا النزاع بحجة أن القانون المدني غير مختص، فهل يتوجب إذن إنشاء قانون أكثر اختصاصاً؟ وإذا عجز القانون العادي في إرساء العدالة فهل يعجز القاضي هو أيضاً في إرسائها؟

أول الإجابات نعم، و ثانيها لا.

نعم، فقواعد القانون المدني لا تواكب نشاط الإدارة و لا تليق بطبيعة عملها، لذلك وجب استبعادها لعدم صلاحيتها، و قصر تطبيقها فقط على الأفراد ومن ثم إقتضي المنطق القانوني التفكير في قواعد بديلة و هي ما تعرف الآن بقواعد القانون الإداري لقد رسخ هذا القرار ازدواجية القانون فعرف القانون الإداري و رسم نطاقه و حدد أسسه.

فإتسم كنظام قانوني باستقلاليته و ذاتية خاصة فهذا القانون الذي جاء وليد الحاجة لم يصغ في منظومة مقننة، جاء مرناً، دائم الحركة كثير التطور متكيف مع متطلبات الإدارة متماشياً و وظيفتها في إشباع الحاجات العامة للأفراد، هو قانون ذو منشأ قضائي⁽¹⁾ باعتبار أن القضاء الإداري لعب

¹ - و هو ما أكدته صراحة المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم 165 لسنة 1955، " أن القانون الإداري يفتقر عن القوانين الأخرى كالتقنين المدني أو التجاري في أنه غير متقن و أنه ما زال في مستهل نشأته و ما زالت طرقه و عرّة غير معبدة، لذلك يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالتقنين المدني بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة و بين الأفراد و هي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص".

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

دورا بارزا في تشييد بنيانه ، حتى اشتد عوده ، و استقامت أحكامه ، و رسّخت معاملة ليضحى بذلك رغم حداثة نشأته يتصف بالأصالة .

لا، عجز القانون لا يعني عجز القاضي فميزة المنشأ القضائي للقانون الإداري تدفعنا إلى التمييز بين القاضي العادي و القاضي الإداري .

القاضي الإداري تعدى كونه قاضيا تطبيقيا فقط، فمهمته تتجلى في التأسيس و الإبداع و الإنشاء، فهو يصنع القاعدة القانونية في حالة إنعدام النص القانوني و في حالة وجود نقص في التشريع القائم . طبيعة عمل القاضي الإداري يحكمه وجود النص القانوني أو غيابه.

في حالة وجود نص قانوني صريح و واضح يقتصر دور القاضي الإداري على تطبيقه أي ينطق بالقانون القائم في خصوصية النزاع المعروض عليه ، أما إذا كان النص غامضا يتولى القاضي الإداري مهمة تفسيره و تبيان مضمونه و تحديد مقصوده مستخلصا الحلول المناسبة لفض النزاع المعروض عليه، فالقاضي من خلال قيامه بالتفسير يتمكن من سد الثغرات التي تشوب قواعد التشريع دون أن يخالفها ، و عملية التفسير ليست عملية ميكانيكية تتم أوتوماتيكيا دون جهد من قبل القاضي الإداري المطبق للنص ، فهي عملية معقدة و شاقة ، يبين من ثناياها مدى الدور الذي يساهم به القاضي الإداري في تحديد مضمون معين للنص .

غياب النص القانوني لم يقيد القاضي الإداري و لم يثبط عزيمته في فض النزاع المعروض عليه و لم يثنيه عن أداء مهامه بل كان له حافزا ليجتهد مظهرًا بذلك جانبه الخلاق و المبدع في إرساء القاعدة القانونية.

إن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري و ظروف نشأته من الناحية التاريخية ، و عدم تقنين كل قواعده و زيادة و تعدد مجالات النشاط الإداري ، أدى كل ذلك إلى أن أصبح القضاء الإداري يلعب

و هذا ما أكدته أيضا المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها الصادرة بتاريخ 1956/6/2 فقالت : " و يتميز القضاء الإداري في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما ، بل هو الأغلب قضاء إنشائي ، لا مندوحة له من خلق الحل المناسب ، و بهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ، ينبثق من طبيعة روابط القانون العام و احتياجات المرافق العامة و مقتضيات حسن سيرها ، و إيجاد مركز التوازن و الموازنة بين ذلك و بين المصالح الفردية فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن ، أو سبق بها القانون الخاص ، سواء في علاقة الحكومة بالموظف ، أو في المرافق العامة و ضرورة استدامها و حسن سيرها ، أو في العقود الإدارية ، أو في المسؤولية ، أو في غير ذلك من مجالات القانون العام " ، مقتبس عن محمد رفعت عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، ب.ب.ن ، 2009 ، ص.76.

دورا مميزا في ابتداء قواعد القانون الإداري في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه ، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعا" يحل قضاؤه محل القانون (1)، و من هنا أصبح يطلق -و بحق- على القانون الإداري أنه قانون قضائي أساسا .

Droit fondamentalement jurisprudentiel.

من أجل ذلك يتمتع القاضي الإداري بوظائف أوسع من القاضي العادي ، ووظائف من شأنها أن تساعد على إقرار قاعدة عادلة تحكم النزاع الذي بين يديه خاصة و أن أحد أطراف النزاع سلطة عامة و تتمتع هي الأخرى بامتيازات و سلطات .

إن هذا الاجتهاد الذي يتغنى به القاضي الإداري كأحد أعمدة مهامه لم يكن مرحبا في البداية⁽¹⁾. و نبرهن على ذلك من المصادر التاريخية بحيث نادى بعض مفكري الثورة الفرنسية إلى إلغاء كل دور للاجتهاد القضائي في إنتاج القاعدة القانونية ، و بضرورة قصر عمل القاضي على تطبيق مقتضيات التشريع بصورة آلية ، و هكذا جاء في كتاب " روح القوانين " لمونيسكيو قوله: " إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع ، فهم أشخاص لا يمكنهم التخفيف من قوة أو صرامة القانون"، و قد ذهب روبسيير أبعد من ذلك بتصريحه في البرلمان سنة 1790 : " إن كلمة اجتهاد يجب أن تمحي في لغتنا ، ففي دولة لها دستور و تشريع فإن اجتهاد المحاكم ما هو إلا قانون". و لكن هذا الرأي لم يكتب له النجاح ، و مكان ليكتب له أن ينجح فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي الإداري من سلطة الاجتهاد و إلا تعطل عمله و تعذر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان ، فالاجتهاد القضائي في مجال القانون الإداري دور بالغ الأهمية و الأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه فهو الذي يضيف على القانون تاطبع العملي الحي و يحدد مداه و أبعاده .

¹ - حنان براهمي ، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق و الحريات في ظل الاتفاقيات الدولية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، كلية الحقوق ، جامعة محمد حيدر ، بسكرة ، الجزائر ، 4،ع ، 2009 ، ص. 330 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

الأصل أن القاضي الإداري يختص بتفسير القانون و تطبيقه على المنازعات التي تعرض أمامه، دون أن يتجاوز ذلك إلى إنشاء القاعدة القانونية بنفسه ، و هي المهمة التي توكل وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات إلى السلطة التشريعية .

يبد أنه نظرا لأن القواعد القانونية يشوبها النقص حتما باعتبارها عملا إنسانيا لا يمكن أن يتصف بالكمال ، فإنه من المتصور أن تعرض منازعات لا يكون لها حكم في التشريع أو في مصادر القانون الوضعي الأخرى ، و مع ذلك فإنه يتعين على القاضي الإداري أن يفصل في النزاع و لا يتهرب من الحكم فيه بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه ، و إلا فإنه يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة ، و يكون أيضا قد خرج على مقتضى وظيفته ، و هي أن يحكم بالعدل ، فهي وظيفة يلزم أن يباشرها القاضي دوما حتى و لو لم يجد نصا في القانون يمكن تطبيقه.

و القاضي الإداري عندما يحكم بالعدل في نزاع لا يوجد بشأنه حكم في قواعد القانون ، فهو يستوحي في الواقع نفس المرجع الذي يستهدي به المشرع في وضع القوانين ، و من ثم فهو يقرر الحكم الذي كان يقرره المشرع لو تولى تنظيم موضوع النزاع ، مما يعني أن القاضي يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع ، و أنهما في كل الأحوال يستلهمان نفس الجوهر ليستمد منه المشرع قواعده القانونية⁽¹⁾ .

إن القاضي الإداري باجتهاده يبتدع حلولا قانونية ، إذا كان المراد منها فض النزاع المعروض عليه دون نية التمسك بها مستقبلا فإننا نكون أمام حكم فردي لا يرتقي إلى قاعدة قانونية ، لا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع بالذات .

أما إذا توافرت لدى القاضي نية الالتزام بالاجتهاد لحظة إنشائه و العمل به في القضايا المشابهة فإننا أمام قاعدة قضائية تتمتع بقوة إلزامية يكون القاضي الإداري فيها مشرعا و يتجسد ذلك من خلال القرار المبدئي و المبادئ العامة للقانون.

¹ - سامي جبال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1992 ، ص. 75 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

بالرغم أن هذه الأخيرة مستنبطة من الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي و القانون للدولة و المجتمع ، فدرجة الخلق فيها لا تقل عن القرار المبدئي ، إذ يرجع الفضل أولا و أخيرا للقاضي الإداري في البحث عن هذه القاعدة في المحيط القانوني و إيجاد الصيغة المناسبة لها ثم تجريبها بإعلانها و إدخالها حيز العلم القانوني و في النهاية إدماجها في القانون الوضعي القائم ، و فرض الجزاء القانوني على كل من يخالفها⁽¹⁾.

و إذا كان القاضي الإداري بصدده استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت في الدعوى المنظورة أمامه فيكون قد أقرّ قرينة قضائية ، و إذا لوحظ استقرار القضاء الإداري و إضطراده على الأخذ بها ، فإن المشرع يرفع هذه القرينة القضائية إلى قرينة قانونية بالنص عليها بتعميمها⁽²⁾.

جاء هذا البحث إعترافا و عرفانا بالجهد الذي يبذله القاضي الإداري في ترسيخه روح القانون و إرساء العدالة.

فنقص التشريع، غموض النص أحيانا، عدم التوازن بين أطراف النزاع عوائق طرحتها المنازعات الإدارية و تحطها القاضي الإداري بنجاح .

إن اجتهاد القاضي الإداري يؤكد على دوره الفعال و الحيوي و المتجدد فهو يلهم العقول القانونية الفتية لتغوص في أعماق القانون الإداري و تتشبع بنظرياته .

فهذا القانون أبي أن يكون ثابتا جامدا بل منح ثقته لقضاته في إثرائه من خلال اجتهاداتهم التي ترقى إلى قواعد قانونية كفيلة بحل نزاعات مشابها مستقبلا .

هذا العمل يرافق القاضي الإداري من لحظة توليه النزاع إلى غاية فضه له مرورا بتفاصيل اجتهاداته لتكون المحصلة قاعدة قانونية لنؤكد بهذا العمل على الجانب التطبيقي .

إن اجتهادات القاضي الإداري لا تبقى حكرًا على الوسط القضائي ، بل تعلن و تنشر ليكون هدفها تثقيف الأفراد .

¹ - محمد رفعت عيد الوهاب ، المبادئ العامة للقانون كصدر للمشروعية في القانون الإداري ، دار الجمعية الجديدة ، ب.ب.ن ، 2009 ، ص. 76 .
² - أحمد كمال الدين موسى ، نظرية الإثبات في القانون الإداري ، -دراسة مقارنة - دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2012 ، ص. 412 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

و ما ينبغي الإشارة إليه أن فرنسا هي مهد القانون الإداري و يعود الفضل لها في إرساء العديد من نظرياته لذا لا يمكن إنكارها كمرجعية ، و لكن هذا لا يمنع أن قواعد القانون الإداري قواعد عامة ليست حكرا على فرنسا لوحدها دون غيرها .

و عليه و بناء على ما سبق ، تعد وظيفة خلق القواعد القانونية جزء من وظيفة القاضي⁽¹⁾ ذلك أن محدودية التشريع و صعوبة إحاطة نصوصه بما سيحدث من وقائع و نوازل تجعله في حاجة دائمة لمصدر آخر من مصادر القانون يكمله و يبعث الروح فيه ، و هذه هي وظيفة القضاء ، لأنه يحتك بالواقع و يتفاعل بسرعة مع سيرورة الزمن ، فالقاضي الإداري يعتمد الواقع أكثر ما يعتمد القانون⁽²⁾ و يستنبط أحكامه من واقع الأحداث و من الظروف المحيطة بالنازلة المعروضة على أنظاره ، و يقول الفقيه Marcel WALINE : " لولا الإجتهدات القضائية لمجلس الدولة لما كان هناك وجود للقانون الإداري في فرنسا أو على الأقل سينحصر في مجموعة من الأجهزة و تجميع إختصاصاتها فإجتهدات مجلس الدولة كانت وراء صياغة و تشكيل أعمال فقهية كبرى في القانون العام الفرنسي"⁽³⁾ ، و بذلك تظهر أهمية و ضرورة دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد اللازمة لحل المنازعات الإدارية التي تطرح عليه .

و بالتالي و على ضوء هذه النظرية العامة، فإن هذا الموضوع يثير مجموعة من التساؤلات و الإشكاليات و التي تتمثل في : هل يقتصر دور القاضي الإداري على تطبيق القانون أم يقوم بإنشائه ؟ ما هي المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية ؟ و ما هي الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ؟ و من أهم الصعوبات التي واجهتنا عند إعداد هذا الموضوع، هي قلة المراجع المتخصصة خاصة منها الجزائرية و المتعلقة بدور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية .

و تم الإعتماد لإنجاز هذه المذكرة على المنهج التحليلي من خلال دراسة و تحليل عناصر موضوع

¹- عادل عبد الله ، مكانة الإجتهد القضائي الإداري في التأسيس لدولة القانون ، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة الكويت ، الكويت ، ع.3 ، 2006 ص. 171 .

²- مايا محمد نزار أبودان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، - دراسة مقارنة - ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2010 ، ص . 38 .

³ - Marcel WALINE, traite élémentaire de droit administratif, 6^{ème} édition, librairie de recueil, Paris ,1950. P. 160.

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

البحث، إضافة إلى ذلك ضمن التكامل المنهجي تم الأخذ بالمنهج التاريخي لكون طبيعة الموضوع تقتضي الرجوع إليه .

- و في هذا السياق ، ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي :
- الفصل الأول: وظيفة القاضي الإداري في الفصل في المنازعة الإدارية و حدودها .
- الفصل الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية .

الفصل الأول:

وظيفة القاضي الإداري في

الفصل في المنازعة الإدارية

و حدودها .

إنّ النظام القانوني يشتمل على العديد من القواعد القانونية و هذه القواعد لا تحتمل مرتبة واحدة و لا تتساوى في القيمة و إنما تشكل ما يعرف بتدرج القواعد القانونية. و النتيجة المرتبة على هذا التدرج وجوب خضوع كل قاعدة -شكلا و موضوعا- للقواعد التي تسمو عليها في المرتبة، فكل قاعدة في الهرم القانوني تكون مقيدة بما يعلوها و تقيد هي القاعدة التالية لها أو الأدنى منها .

فيتوجب على القاضي الإداري الفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص القانونية القائمة و إن حدث تناقض بين القواعد القانونية ، فإن ذلك لن يؤثر على إختصاصه ، ما دام أن فكرة تدرج القواعد القانونية تفرض عليه ترجيح أعلى قاعدة ، و هذا يفترض أن تكون النصوص موجودة أي قائمة، و لكن قد يعرض على القاضي الإداري منازعات و لا يجد النص الذي يطبقه عليها فيتعين عليه أن يفصل في النزاع و لا يتهرب من الحكم بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه و في هذه الحالة فإنه يجد نفسه مضطرا للاجتهاد (المبحث الأول) ، و في كلتا الحالتين الفصل في النزاع بموجب النص أو الاجتهاد يتعين على القاضي أن يحترم بعض الضوابط (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

وظيفة القاضي الإداري

إن التحليل الصحيح لحقيقة دور القاضي ، و هو يفصل في المنازعات المعروضة عليه ، و يجتهد في البحث عن قاعدة القانون الواجبة التطبيق عليها ، ليصدر على أساسها حكمه النهائي ، يتبين لنا مهام القاضي المتعددة و التي تمليها عليه طبيعة عمله كحكم عدل وقت أن تنشأ الخلافات ، و الأمر لا يخلو من أحد فرضين ، تتحدد طبيعة عمل القاضي الإداري و تختلف في الفرض الأول عنه في الفرض الثاني .

في الفرض الأول يكون هناك نص يحكم النزاع المعروض على القاضي و هو ما يمكن تسميته بالوظيفة القضائية (*la fonction juridictionnelle*) (المطلب الأول) ، أما الفرض الثاني يتخلف النص فيصبح النزاع بلا قاعدة تحكمه فهنا القاضي يمارس وظيفة أخرى و التي يمكن تسميتها بوظيفة الاجتهاد (*la fonction jurisprudentielle*) (المطلب الثاني) .

المطلب الأول:

الوظيفة القضائية

إن القاضي الإداري الذي يفصل في المنازعة المطروحة عليه يجب عليه أن يؤسس قراراته وفق النصوص القانونية القائمة ، ذلك إذا كان الحل الذي يطبق على تلك المنازعة قد حددته النصوص القانونية القائمة ، و يجب عليه الأخذ بها ، و بالتالي فلا يزيد دوره عن أن ينطق بالقانون القائم في خصوصية النزاع المعروض عليه .

و عندئذ فهو لا يصدر إلا حكما عاديا ، ليس أكثر من مجرد تطبيق القانون و بالتالي فإن القاعدة القانونية التي يستند إليها في مثل هذه الأحكام لا ترتد مطلقا إلى القاضي نفسه بل ترتد إلى مصدرها النهائي الذي لجأ إليه القاضي و استنبطها منه⁽¹⁾.

أما إذا كان الحل الذي يطبق على النزاع قد حددته نصوص غامضة أو غير واضحة ، فالقانون المكتوب مهما كان جلاؤه و وضوحه كثيرا ما تستخدم الخلافات بشأن معناه و مقاصده ، فالألفاظ التي كتب بها النص كثيرا ما لا تعبر عن إرادة المشرع الباطنية الحقيقية ، لذلك يقوم القاضي بتفسير تلك النصوص من أجل استنباط الحكم⁽²⁾.

و في هذه الحالة هل يمكن القول بأن القاضي الإداري قد أنشأ قاعدة قضائية ؟ و للإجابة عن هذه الإشكالية سيتم التطرق في هذا المطلب إلى مفهوم التفسير القضائي (الفرع الأول) ، ثم إلى مدارس التفسير القضائي (الفرع الثاني) و أخيرا إلى حالات و طرق التفسير القضائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مفهوم التفسير القضائي

التفسير القضائي هو التفسير الذي يقوم به القضاة و هم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يجسدوا حكم القانون على الوقائع التي بين أيديهم و يقومون بهذا العمل دون حاجة لان يطلب منهم الخصوم ذلك لأن التفسير من صميم عمل القضاة⁽³⁾.

¹- طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، دار النهضة العربية ، ب ، ب ، ن ، 1976 ، ص . 65.

² - « lorsque le Juge constatera une lacune du droit, il y suppléera » le pouvoir normatif de la jurisprudence, in la technique et les principes du droit public, Mélanges Georges Scelle, 1950, P. 616.

³ - محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، - القاعدة القانونية-، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 394.

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

فالتفسير عند القضاء ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة يستخدمها بقصد الفصل في المنازعات⁽¹⁾، وبناء على ذلك فلا يمكن أن يطلب من القاضي تفسير نص قانوني استقلالا عن وجود نزاع معروض عليه⁽²⁾.

و يلعب التفسير القضائي دورا مهما في فهم النصوص القانونية و محتواها الحقيقي، و يساعد على استجلاء إرادة المشرع الحقيقية الكامنة في فهم النصوص القانونية .

ان القاضي الإداري يتولى في -العالم الاعم- ، قبل النطق بالنص أو القانون تحديد مدلول هذا النص و مواءمة حروفه و نصوصه مع روح و مع مقاصد المشرع الحقيقية والتي قد تتوارى خلف الفاظ النص، فالتفسير عمل سابق للتطبيق⁽³⁾.

و إذا كان عمل المشرع يتمثل في سن القواعد التشريعية ، و أن هذه القواعد تتسم بطابع العمومية و التجريد ، فإن دور القاضي يتمثل في انزال الوقائع المعروضة عليه و إسقاطها على قواعد القانون و هي عملية يتخللها جهدا شاقا⁽⁴⁾ . فليس من السهل ربط الوقائع بحكم القانون لأن القاضي تعترضه عوائق كثيرة أخرى كإختلاف حكم القاعدة القانونية الواحدة بين النص العربي و النص الفرنسي ، هذا فضلا عن الأخطاء المادية التي لازمت بعض من القواعد القانونية .

و من خلال ما تقدم يتبين لنا أن دور القاضي أوسع من عمل المشرع نفسه لأن السلطة المختصة بالتشريع حين تسن القاعدة القانونية تصغها دون النظر للحالات الخاصة ، و الوقائع العملية و هذا أمر في غاية طبيعته ، فالتشريع ينبغي أن يراعى فيه العمومية و التجريد ، بينما القاضي و هو يفصل في المنازعات المعروضة عليه يواجه وقائع خاصة ، و حالات عملية قد تخلفت في موضوعها و قد تتشابه و يطلب منه الفصل فيها بما تقره قواعد القانون .

وإذا كان التفسير القضائي صادرا من مجلس الدولة فإنه يساهم في إرساء المبادئ القضائية التي تستهدي بها قضاة الدرجات الأدنى و يحاولون السير على مداها ، مما يساعد على توحيد تفسير

¹ - عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2012 ، ص. 210 .

² - محمد سليم العوا ، تفسير النصوص الجنائية ، - دراسة مقارنة - ، شركة مكاتب عكاظ للنشر و التوزيع ، ب.ب.ن ، 1981 ، ص. 47 .

³ - حنان براهي ، المرجع السابق ، ص. 335 .

⁴ - عثمانة لخيسي ، التفسير في المادة الجزائية و أثره على حرية التشريع ، مجلة التحكيم ، ع. 1 ، مارس 2004 ، ص. 28 .

القانون و تطبيقه على نسق واحد في جميع محاكم البلد ، و التناسق بين الأحكام القضائية الصادرة في مواضيع متماثلة و قضايا مشابهة ، و هو مقتضى العدل ، الأمر الذي يؤدي إلى استمرار التناسق الفكري في أحكام القضاء ، و يكفل توحيد المبادئ القضائية⁽¹⁾ .

و يلاحظ أن قضاء مجلس الدولة لا يتمتع في الكثير من دول العالم بقوة إلزام لا بالنسبة له و لا بالنسبة لما دونه من المحاكم ، فهو ملزم لأطراف النزاع الذي صدر التفسير بصددهم فقط ، فلا يوجد مانع قانوني يحول دون أن يرجع عن تفسير سابق في قضية مشابهة حتى ولو إستقر عليه⁽²⁾ .

و مثال على ذلك ما تجسد في عدة قرارات صادرة عن القضاء الإداري الجزائري بخصوص تفسير المادة 283 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية الملغى ، حيث وردت ضمن "القسم الخاص بالتحقيق في الدعوى" أمام الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا و التي تنص : "... و يسوغ لرئيس الغرفة أن يأمر بصفة استثنائية، و بناءا على طلب صريح من المدعي ، إيقاف تنفيذ القرار المطعون فيه ، بحضور الأطراف أو من أبلغ قانونا بالحضور" .

لقد اختلف القضاء في تفسير هذه المادة انطلاقا من عبارة "القرار المطعون فيه" التي تشكل لفظا عاما و شاملا ، قد يشير إلى قرار إداري كما يشير إلى قرار قضائي⁽³⁾ .

1-القرارات التي ترى أن المادة 283 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية تتعلق بوقف تنفيذ القرارات القضائية :

جاء تأسيس قرار المحكمة العليا في غرفتها الإدارية المؤرخ في 10/02/1990 على المادة 283 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية بقولها : " حيث أن ولاية قسنطينة طلبت من رئيس الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة إيقاف تنفيذ القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي المذكور بتاريخ 17/05/1986 و المتضمن الحكم عليها بأن تدفع للسيد الطاعن (ب.ح) مبلغ

¹ صالح محسوب ، السوابق القضائية و دورها في الاستقرار القضائي ، مجلة القضاء ، بغداد ، 4.ع ، 2002 ، ص. 35 .

² عبد الجليل مفتاح ، مصطفى بخوش ، دور القاضي الإداري في صنع القاعدة القانونية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، 2.ع ، 2005 ، ص. 124 .

³ عبد الغني بلعابد ، الدعوى الاستعجالية و تطبيقها في الجزائر ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2007-2008 ، ص. 102 .

179,949,48 دج ... حيث أنه إذا كان لا الاستئناف و لا المعارضة عملا بالمادة 171 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية يوقفان تنفيذ القرارات الصادرة في المواد الإدارية ، فإنه عملا بالمادة 283 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية ، يسوغ لرئيس الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا وحده أن يأمر بناء على طلب صريح من المدعي بإيقاف تنفيذ قرار مستأنف فيه...⁽¹⁾

نفس الاتجاه تبناه مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 1999/01/21 حيث جاء في منطوقه أنه بالاستناد إلى المادة 283 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية ، فإنه يستخلص من هذا النص بأن رئيس مجلس الدولة وحده المختص للأمر بوقف تنفيذ قرار قضائي⁽²⁾.

2-القرارات التي ترى أن المادة 283 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية تتعلق بوقف تنفيذ القرارات الإدارية : فإنها تستند إلى المادة 170 و 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية .

قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى أوقف فيه تنفيذ قرار إداري بالاستناد إلى نص المادة 283 الفقرة الثانية في قرارها المؤرخ في 1982/7/10⁽³⁾.

و بالمقابل نجد قرار الغرفة الإدارية (المحكمة العليا) المؤرخ في 1991/12/29 و الذي جاء فيه أن كلتا المادتين 170 و 171 مكرر تعطي صلاحية الأمر بوقف تنفيذ قرار إداري إذا توافرت الشروط و لا فرق بين تطبيقهما⁽⁴⁾:

و في قرار مجلس الدولة نجد أن رئيس مجلس الدولة أمر بوقف تنفيذ قرار إداري استنادا إلى أحكام المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية⁽⁵⁾، و قوله إن مقتضيات المادة 283 تعد نظاما لوقف تنفيذ القرارات الإدارية في قرار آخر له⁽⁶⁾.

¹ - المجلة القضائية ، ع.3 ، 1991 ، ص. 177، أشار اليه ، بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع قربي ، الجزائر ، 2004 ، ص . 169.

² - مجلة مجلس الدولة ، ع.1 ، 2002 ، ص. 105 ، أشار اليه ، بلعيد بشير، المرجع السابق ، ص . 179 .

³ - المجلة القضائية ، ع.2 ، 1985 ، ص. 193 ، أشار اليه ، عبد الغني بلعابد ، المرجع السابق ، ص . 103

⁴ - المجلة القضائية ، ع.2 ، 1993 ، ص. 127 ، أشار اليه ، بلعيد بشير، المرجع السابق ، ص . 179 .

⁵ - مجلة إدارية ، مجلد 9.1 ، 1999 ، ص. 193 ، أشار اليه ، عبد الغني بلعابد ، المرجع السابق ، ص . 104 .

⁶ - المؤرخ في 2002/11/19 ، مجلة مجلس الدولة ، ع.3 ، 2003 ، ص. 173 ، أشار اليه ، بلعيد بشير، المرجع السابق ، ص . 104 .

غير أن قرار مجلس الدولة رقم 188163 المؤرخ في 1/12/1997 جاء فيه إن المقصود بالقرار المطعون فيه في المادة 283 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية يمكن أن يكون قرار قابل للإستئناف و إما قرار إداريا مطعون فيه عن طريق الطعن بالإبطال⁽¹⁾.

على عكس النظام الأنجلوسكسوني ، فيأخذ بنظام السوابق القضائية فلا تعد السابقة القضائية مجرد تفسير لقواعد القانون ، و إنما هي مصدر يكسب القاعدة القانونية قوة الإلزام ، و بذلك يكون القاضي ملزم بهذه القاعدة فيما يصدره من أحكام لا يجوز الإنحراف عنها في القضايا المماثلة .

مهما كانت درجة الصعوبة و طبيعتها يلزم القاضي بأن يتخطى هذا الحاجز ، و يتوج الدعوى المرفوعة أمامه بحكم و لا يجوز له أن يمتنع عن الفصل في النزاع بحجة عدم وجود النص الذي يطبقه على النزاع أو بحجة غموضه ، يمكن أن يتابع بجرمة إنكار العدالة⁽²⁾، على أن هذا الحكم الذي يخضع له كل من القاضي العادي و الإداري لم يشر صراحة إلى إمكانية قيام القاضي بتأسيس حكمه على النصوص القانونية القائمة . و لكن على الرغم من ذلك ، يمكن القول بأن ذلك الحكم يؤكد بطريقة ضمنية بأنه عندما يكون النص واضحا و غير غامض ، فإنه يجب على القاضي أن يؤسس حكمه عليه .

غير أن الحكم الذي يتوصل إليه القاضي الإداري في المنازعة المعروضة عليه بعد تفسيره للقاعدة القانونية أثار بشأنه خلاف فهناك من اعتبر أن الاجتهاد ينهض بسبب غموض و عدم وضوح النصوص القانونية ، مما يستلزم إعمال الفكر و المنطق القانوني للوصول إلى أبعاد النص و بالتالي يكون قد أنشأ قاعدة قضائية⁽³⁾ غير أنه هناك رأي معاكس يرى أنه رغم الدور الذي يلعبه القاضي المفسر للنص ، فإنه رغم أهميته لا يتعد عن النص و عند الحكم يؤكد القاضي على استناده إليه⁽⁴⁾.

1- مجلة مجلس الدولة ، 1، ع. 2002 ، ص. 32 ، اشار اليه ، عبد الغني بلعابد ، المرجع السابق ، ص . 104 .

2- المجلس الأعلى ، الفرقة الإدارية ، القرار الصادر في 1972/12/7 ، مجلة مجلس الدولة ، 1ع ، 2002 ، ص . 59 و ما بعدها .

3- من أصحاب هذا الموقف نذكر على سبيل المثال : لحسن بن الشيخ ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج1 ، ط4 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص . 15 ، محمد أمقران

بوشير تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني univ-ouragla.dz .

4- من أنصار هذا الموقف نذكر على سبيل المثال :

و تبقى هذه الإشكالية قائمة و سنحاول الإجابة عنها في نهاية هذا المطلب .

الفرع الثاني:

مدارس التفسير القضائي

يقوم القاضي الإداري عند فصله في النزاع المعروض عليه بتفسير القاعدة القانونية قبل تطبيقها إذا كانت غامضة أو غير واضحة ، فوجدت عدة مدارس للتفسير لها نظريات و إتجاهات مختلفة في كيفية تفسير القانون ، و تختلف نظريات و إتجاهات هذه المدارس على أساس إختلاف مذهب كل مدرسة عن الأخرى بخصوص أصل القانون و أساسه ، و بخصوص دور المشرع في وضع القواعد القانونية و كذا بخصوص نطاق قواعد التشريع.⁽¹⁾

و في هذا الشأن وجد في الفقه عدة مدارس في التفسير هي مدرسة الشرح على المتون و المدرسة التاريخية و المدرسة العلمية .

1-مدرسة الشرح على المتون : l'Ecole de l'Exègèse

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا على يد مجموعة من الفقهاء⁽²⁾ الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنيين نابليون (code NAPOLEON) ، و قد أطلق هذا الإسم على هذه المدرسة نظرا للطريقة التي جرى عليها فقهاؤها في شرح تقنيين نابليون متنا متنا ، أي نصا تلو الآخر ، بنفس الترتيب الذي وردت به نصوص هذا التقنيين ، و لذلك عرفت هذه المدرسة أيضا بإسم مدرسة إلتزام النص.⁽³⁾

و مراد بدران ، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون ، مجلة العلوم القانونية الإدارية و السياسية كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ع . 10 ، 2010 ، ص ص . 179-178 .

¹- عمار عوادي ، قضاء التفسير في القانون الإداري ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص . 174 .

²- من أبرز أنصار مدرسة الشرح على المتون التي سادت في فرنسا في الفترة ما بين 1830 إلى نهاية عام 1880 ، كل من : "MELAVILLE" ، "TROPLONY" ، هذا في فرنسا ، أما في بلجيكا فكان من أشهر أنصار هذه المدرسة "François LAURANT" .

³- و ذلك يتجلى بشكل خاص ، من كتاب للفقهاء " DURANTON " عنوانه : " cours de droit français suivant le code civil " الذي جاء في 22 مجلد ، و كذلك في الكتاب الشهير للفقهاء " DEMOLOMBE " الذي عنوانه " cours de code napoléon " الذي ورد في 31 مجلد.

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

ذهب أنصار هذه المدرسة إلى أن وظيفة التفسير تنحصر في البحث عن إرادة المشروع⁽¹⁾ فهي ترى أن القانون بكل قواعده مصدره التشريع ، أي هو مصدر القانون الوحيد⁽²⁾ ، فالنظام القانوني كله يتضمن في التشريع⁽³⁾ ، لذا حوت النصوص كل القواعد القانونية ، و يتضمن الحل لكل مشكلة تعرض ، و على القاضي أن يستعرض نصوص التشريع و يفسرها واحدا واحدا بحثا عن الحكم الواجب التطبيق ، أما إذا عجز عن استخلاص القاعدة لحل المسألة المعروضة عليه ، فالعيب ليس عيب المشرع و ذلك راجع إلى ذكائه و فطنته و قوة تبصره ، كما أن المشرع متمكن من اللغة القانونية ، فهو ينتقي الألفاظ و المصطلحات و يحدد دلالاتها و مفهومها بعناية و دقة ، كما أنه يبني الحمل و التراكيب و الصياغات اللغوية و الاصطلاحية بمهارة فائقة ، بل عيب القاضي الذي لم يحسن التفسير⁽⁴⁾ ، فالقاضي يجب عليه الكشف من خلال التفسير عن نية المشرع الحقيقية عند وضع النص القانوني ، فإذا لم يهتد القاضي إلى التعريف على النية الحقيقية فيجب عليه أن يلجأ إلى المصادر التاريخية خاصة أقوال الفقهاء الذين كانوا قبل وضع التقنيات ، حتى يمكن استخلاص الإدارة المفترضة للمشرع⁽⁵⁾ . و يلجأ القاضي للكشف عن الإرادة المفترضة إلى جميع الوسائل التي يمكن أن تساعد ، و على سبيل المثال أسلوب المشرع في التنظيم القانوني و كذلك الظروف المختلفة من سياسية و إجتماعية و اقتصادية التي وضع الشارع النصوص في ظلها⁽⁶⁾ .

و إذا كان في بداية الأمر ينظر إلى أن مذهب هذه المدرسة يؤدي إلى ضمان استقرار القانون و ثباته و وضوحه و ما يترتب على ذلك من مزايا نفسية و عملية بالنسبة للمخاطبين به و القائمين على

¹ - و في هذا المعنى يقول "DEMOLOMBE" ما يلي :

« En théorie l'interprétation, c'est l'explication de la loi, interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi, ce n'est pas changer, modifier, innover, c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse ou subtile, elle peut même parfois prêter au législateur des vues des intentions qu'il n'avait pas, meilleurs ou moins bonnes, mais enfin il faut qu'elles n'aient pas prétention d'avoir inventé : autrement elle ne serait plus de l'interprétation ».

مقتبس عن : محمد سعيد جعفر ، مدخل إلى العلوم القانونية ، - الوجيز في نظرية القانون - ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص . 289 .

² - تعتبر هذه النظرية انعكاسا مباشرا للمذاهب الشكلية في أصل القانون و نشأته التي اعتبرت القانون مجرد تعبير عن إرادة الدولة و مشيئة المشرع ، و لا تبحث فيما وراء هذه الإرادة أو المشيئة من حقائق مثالية أو واقعية تكون جوهر القانون و تعتبر بمثابة مصدر المادي ، مقتبس عن حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة للعرف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص . 397 .

³ - و قد بلغ انبهار أنصار هذه المدرسة بنصوص التشريع إلى حد تصريح الفقيه "DEMOLOMBE" بما يلي :

"...Ma devise, ma profession de for est aussi : les textes avant tout , voir, DEMOLOMBE , cours de code napoléon, t,1, traite de la publication, des effets et de l'application des lors en général, P. 4.

⁴ - جميل الشرفاوي ، دروس في أصول القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص . 199 .

⁵ - توفيق حسن فرح ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1981 ، ص . 66 .

⁶ - حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2000 ، ص . 399 .

تطبيقه و بالتالي إلى تحقيق الاستقرار الواجب للعلاقات القانونية بتوحيد الحلول القانونية للوقائع المماثلة و يؤدي ذلك إلى احترام نصوص القانون⁽¹⁾ ، و هذه المدرسة تمنع تحكم القضاة حيث يقتصر دورهم على إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة .

و رغم ذلك فقد تعرضت هذه المدرسة إلى عيوب بدأت تظهر بحلول القرن العشرين، و ما صاحبه من سرعة تطور و تعقد الحياة العامة و الخاصة و بروز و ترشح فلسفات و مذاهب اجتماعية و اقتصادية و سياسية و قانونية ، و مناهج و طرق و أساليب هيمنت على مسار الحياة في كافة المجالات .

و من بين العيوب التي وجهت إلى هذه المدرسة : أنها جعلت التشريع المصدر الأول للقانون أو أصل القانون ، و من المعروف أن هناك مصادر أخرى تستقي منها القاعدة القانونية ، و حصر القانون الوضعي في التشريع يجعل قواعد القانون عملاً تحكيميا محضاً و يصبح عمل القاضي عملاً آلياً هو الكشف عن قصد المشرع ، و تتمسك هذه المدرسة بشكل القانون و المظاهر و الصياغة ، و تصرف النظر عن البحث و التعمق في تحليل طبيعة القانون و أساسه ، و حصر القانون في التشريع و في نية المشرع و قصده يحول دون تطور القانون⁽²⁾ .

إن نظرية هذه المدرسة تؤدي إلى تخنيط دور القضاء في التفسير ، بحيث تجعل القاضي يطبق و يفسر القانون بصورة جامدة مطلقة تتنافى حتماً مع متغيرات الحياة و روح العدالة و مناهج الحياة العلمية الحديثة و المعاصرة⁽³⁾ .

2 - المدرسة التاريخية⁽⁴⁾ l'école historique

ظهرت المدرسة التاريخية في كل من ألمانيا و فرنسا، ثم بدأ إشعاعها ينتشر في بقية أنحاء العالم بدرجات مختلفة .

¹ - محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص. 398 .

² - عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع السابق ، ص. 206 .

³ - عمار عوابدي ، قضاء التفسير في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص. 177 .

⁴ - من أبرز المدرسة التاريخية في تفسير القانون كل من الفقيه " SAVIGNY " و الفقيه " BACHTA " في ألمانيا ، أما في فرنسا الفقيه " SALEILLES " و الفقيه " Fut " "MERLIN"

القانون في نظر هذه المدرسة وليد البيئة الاجتماعية⁽¹⁾ لذلك ليس صحيحا أنه نتيجة التفكير و الإرادة الإنسانية الواعية ، فالقانون كائن حي ينشأ مع الشعب و ينمو و يتطور مع تطور هذا الشعب فالقانون روح الشعب .

تقتصر وظيفة المشرع على ملاحظة تطور القانون في ضمير الجماعة، و أن تقنين القانون في مجموعة دائمة يتعارض مع تطوره و يفرض عليه الجمود و من ثم فلا يجوز حبسه في نصوص حتى لا يمنعه من التطور الحر التلقائي⁽²⁾.

لذلك فإن القاضي عند قيامه بالتفسير -وفقا لأنصار هذه المدرسة- لا يتجه إلى البحث عن نية المشرع عند وضع النص ، و لكن إلى التعرف على هذه النية لو أن المشرع وضع النص في ضوء الظروف الحاضرة وقت التفسير . أي أنه يجب عدم البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة ، وإنما يجب البحث عن إرادة المشرع المحتملة التي كان من المحتمل أن يتجه إليها لو أنه وضع النص في ظل الظروف المحيطة بالمفسر وقت التفسير .

و إذا كان لهذه المدرسة فضل التنبيه إلى ضرورة مواكبة التفسير لحاجات المجتمع ، حيث يؤدي مذهبها في التفسير إلى إكتساب النصوص التشريعية مرونة تجعلها قادرة على مواجهة ظروف المجتمع الجديدة .

و مع ذلك فلم تسلم هذه النظرية في العيوب فالقانون وفقا لهذه المدرسة ، يتكون دون أي جهد أو كفاح و لا تفكير ، بل ينساب في هدوء و يتطور و ينمو كاللغة ، و لكن الواقع يخالف ذلك إذ كثير ما يكون القانون نتيجة كفاح متواصل ، فأى قانون جديد يمس مصالح فردية في قانون قديم ، مما يستوجب أن يكون هناك كفاح بين الماضي و الحاضر ، و تأريخ القانون حافل بأنواع الكفاح و مثال ذلك إلغاء الرق و حرية العقائد و الملكية العقارية ، ثم إن هذه المدرسة تلغي التفكير الإنساني في توجيه الإصلاح القانوني، فالقانون لا يمكن أن يصلح ذاته . و أخذ عليها أيضا أنها تؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات ، حيث يؤدي مذهبها في التفسير إلى الاعتراف بحق القاضي في

¹ - إنا يطلق على هذه المدرسة اسم المدرسة الاجتماعية "l'école sociologique"

² - محمد سعيد جعفر ، مدخل إلى العلوم القانونية ، -الوجيز في نظرية القانون- ، ج1 ، ط19 ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص. 295.

تعديل النصوص أو تغييرها و إحلال قواعد جديدة محلها ، و هذا يعني عدم الالتزام بالتشريع من جانب القاضي ، و هو أمر خطير لا يتصور التسليم به⁽¹⁾.

3- مدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر:

L'école scientifique ou de la libre recherche scientifique :

نشأت هذه المدرسة على يد "François GENY" الذي دعا إلى ضرورة تطبيق مضمون هذه النظرية ، و ذلك في كتابة : "منهجية التفسير و المصادر في القانون الخاص الفرنسي"

la méthode d'interprétation et sources en droit privé "français

في طبعته عام 1899 ، و عام 1954 ، و شايعه بعد ذلك الفقه في مختلف الفروع و التخصصات القانونية مثل القانون العام ، و القانون الخاص ، في كل من فرنسا و بلجيكا . جاءت هذه المدرسة كإتجاه وسط بين المدرستين السابقتين. فنظرة هذه المدرسة في التفسير تقوم على أساس البحث عن إرادة المشرع مع عدم إغفال العوامل المختلفة التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية.

يتكون القانون من وجهة نظر "françois GENY" من عنصرين و هما العلم و الصياغة ، و أن العوامل المكونة لجوهر القاعدة القانونية عنده، أن المادة الأولية للقانون هي يمكن الوصول إليها عن طريق العلم ، و هذه المادة الأولية تتكون من أربعة أنواع من الحقائق ، هي الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، و الحقائق التاريخية ، و الحقائق العقلية و الحقائق المثالية ، فكل ذلك يمثل عنصر العلم الذي يمد القانون الوضعي بتوجيهات عامة غير واضحة ، لذلك فإن "françois GENY" يقرر أن تكمل هذه التوجيهات حتى يمكن أن يكون لها الأثر الفعال بصياغتها في قالب عملي حتى تصلح للتطبيق ، فهذا العنصر لا يتعلق بجوهر القاعدة القانونية ، و لكنه يتعلق بالشكل و يدخل في نطاق الفن التشريعي ، و يرى "françois GENY" أنه يجب على القاضي إذا لم يجد حكما في

¹ - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص. 403 .

التشريع ينطبق على الحالة المعروضة عليه ، فلا يجوز البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع (كما ذهب مدرسة الشرح على المتون) بل ينبغي التسليم بأن التشريع لا يتضمن حلاً لهذه الحالة⁽¹⁾. و يتعين البحث في المصادر الرسمية الأخرى للقاعدة القانونية فإن لم يجد القاضي قاعدة لحكم الحالة المعروضة عليه في المصادر الأخرى فلا يبقى إلا إتباع "البحث العلمي الحر" ، و يقصد بذلك الرجوع إلى جوهر القانون، أي المادة الأولية التي يتكون منها بما تشتمل عليه من حقائق طبيعية و تاريخية و عقلية و مثالية و هي التي يستلهمها القاضي ليضع القاعدة القانونية ليطبقها على الحالة المعروضة في حالة عدم وجود نص تشريعي، فالقاضي سلطته مقيدة بأصول فنية و عملية ليست مطلقة⁽²⁾ .

و يشيد الفقه بسلامة الأساس التي تقوم عليه المدرسة العلمية . فهي تعتد بإرادة المشرع الحقيقية ، بما يؤدي إليه ذلك من الإحتفاظ بالإحترام الواجب لهذه الإرادة . و حيث يتخلف النص التشريعي يجب الرجوع إلى المصادر الرسمية الأخرى ، فإذا لم توجد قاعدة في هذه المصادر وجب الرجوع إلى جوهر القانون لإستلهم القاعدة القانونية .

الفرع الثالث :

حالات و طرق التفسير القضائي

يقصد بحالات التفسير الأسباب التي تجعل القاضي الإداري يبحث عن التعرف على معنى النص المراد تفسيره، و تتمثل هذه الأسباب في بعض المشاكل التي تتسم بها النصوص القانونية التي تلحقها بسمة عدم الوضوح التي يستدعي الوقوف على قصد وضعها منها .

أما طرق التفسير فهي الأدوات أو الوسائل التي يستعين بها القاضي لبلوغ مقصده، و هو مغزى النص الذي ينبغي تفسيره .

¹- علي هادي عطية الهاللي ، النظرية العامة في تفسير الدستور ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، مصر ، 2011 ، ص. 42

²- عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع السابق ، ص. 207 .

أولاً: حالات التفسير القضائي

إذا كان النص القانوني غامضاً أو غير واضحاً فإن القاضي يضطر قبل تطبيقه إلى الاستكشاف عنه والإحاطة بمعناه، إذ قد يكون معيياً إما لوجود خطأ به أو لغموض صياغته أو لنقص في عباراته، وأولتعارضه في أحكامه، ويمكن الإشارة إلى هذه الحالات على النحو التالي :

1- حالة الخطأ :

الخطأ الذي يشوب نصاً قانونياً قد يكون مادياً أو قانونياً، وحينئذ يجب تصحيح هذا الخطأ على هدي القواعد العامة في القانون حتى يستقيم معنى النص القانوني .

* الخطأ المادي: هو تضمن النص القانوني لعبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح.

* الخطأ القانوني: هو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة بحيث لا توجد أدنى شك في وجود تصحيحه.

2- حالة الغموض⁽¹⁾:

يكون النص غامضاً أي مبهماً إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عباراته يحتمل التأويل بأن يكون له أكثر من معنى، بحيث يتعين على القاضي، وهو يفسر النص قصد تطبيقه، أن يختار من المعاني التي يراها أقرب إلى مقصود المشرع .

3- حالة النقص:

يكون النص ناقصاً إذا أغفل المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يستقيم النص بدونها، أو إذا سكت المشرع عن إيراد حالات كان يلزم ذكرها، ففي الحالة بتعين على القاضي تكملة النقص لتطبيق النص .

و مثال ذلك المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث إكتفى المشرع بأن يشمل التكليف بالحضور إسم المدعي و لقبه، اسم و لقب المدعي عليه، و طبيعة الشخص المعنوي

¹- لا تتوقف ظاهرة الغموض على النص القانوني بل تتجاوز ذلك لتمس الأحكام و القرارات القضائية، لذا جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الاجتماعية في 1993/3/22 ما يلي: "أن الدعوى التفسيرية بناء قانوني للإجتهد القضائي أحدثت لتدارك الغموض الذي قد يشوب منطوق الأحكام و القرارات على شرط أن تمس بجوهر ما قضت به"، أنظر نشرة القضاء، ع . 49، ص . 247 .

و ممثله القانوني ومقره و تاريخ الجلسة و بيانات المحضر القائم بالتبليغ ليغيب مع هذا كله عنصر في غاية من الأهمية ألا و هو الجهة القضائية المطلوب الوقوف و المثول أمامها .

4- حالة التعارض:

يقصد بالتعارض وجود تناقض بين نصين قانونيين يحمل كل منها حكما يخالف الآخر، حيث يستحيل الجمع بينهما ، و التعارض قد يكون بين نصوص تشريع واحد ، و قد يكون بين نصوص تشريعيين أو أكثر .

أ-التعارض بين نصين من تشريع واحد :

إذا كان التعارض بين نصين من تشريع واحد ، فإنه إذا لم يمكن التوفيق بينهما ، يجب على القاضي إختيار أحد النصين ، و ذلك بإهدار أحدهما و إعمال الآخر .

ب-التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين:

إذا كان التعارض واقعا بين نصين من تشريعين مختلفين، فإن التفسير حينئذ تحكمه القواعد الآتية :

*التعارض بين نصين تشريعيين مختلفين متساويين في القوة:

في هذه الحالة يمكن القاضي أن يفعل أحد أمرين:

الأول : أن يعتبر أحد النصين عاما فيطبقه كأصل عام ، ويعتبر الثاني خاصا فيواجه به حالات خاصة يستثنيها من هذا الأصل إعمالا للقاعدة المعروضة " الخاص يفيد العام المساوي له أو الأدنى منه في القوة " .

الثاني: أن يعتبر النص الأحدث ناسخا و ملغيا للنص الأقدم ، إعمالا للمبدأ القاضي بأن "التشريع

اللاحق يلغى التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة " .

*التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين متفاوتين في القوة:

إذا وقع تعارض بين نصين من تشريعين مختلفين يتفاوتان في القوة، فإنه يجب على القاضي أن يراعي

حينئذ مبدأ تدرج القواعد القانونية تفرض عليه ترجيح أعلى قاعدة.

ثانيا : طرق التفسير القضائي

طرق التفسير هي الأدوات أو الوسائل التي يستعين بها القاضي للتعرف على مغزى النص الذي يتصدى لتفسيره. فمتى كانت صياغة النص واضحة و كان معناه جليا، فإن دور القاضي حينئذ يقتصر على تطبيق النص دون تأويله إذ لا إجتهد مع وضوح النص .

و عليه فإن مسألة طرق التفسير تنصرف إلى النص المعيب المتمثل في إحدى حالات التفسير التي عرضناها فيما سبق، و ينقسم طرق التفسير إلى نوعين : طرق داخلية و أخرى خارجية .

1- طرق التفسير الداخلية:

يقصد بهذه الطرق الوسائل التي بها يستخلص القاضي من داخل النص ذاته مدلول هذا النص و حكمه، دون اللجوء إلى أية وسيلة خارجية عن ذات النص . و يعتبر تفسير النص القانوني بالاستعانة بالإستنتاج من مفهوم الموافقة و من مفهوم المخالفة من أهم طرق التفسير الداخلية.

أ- الاستنتاج من مفهوم الموافقة :

يقصد به إعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لإتحاد العلة في الواقعتين . و يطلق على الاستنتاج بهذه الطريقة مصطلح القياس الذي يقوم على فكرة ان ما يتشابه من مسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة . و هو نوعان : قياس عادي و قياس من باب أولى⁽¹⁾ .

● القياس العادي:

هو إعطاء واقعة غير منصوص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم، إذ أن الحكم يوجد حيث توجد علته .

● القياس من باب أولى :

يتحقق هذا النوع من القياس حيث توجد حالة منصوص على حكمها، و تكون علة الحكم متوافرة بشكل أوضح و أظهر في حالة أخرى غير منصوص عليها ، فيثبت لها الحكم من باب أولى .

¹ - محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص . 304.

ب-الإستنتاج من مفهوم المخالفة :

يعني التفسير بواسطة الإستنتاج بمفهوم المخالفة إعطاء حالة غير منصوص عليها حكماً عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، بسبب اختلاف العلة في الحالتين ، أو لأن الحالة المنصوص عليها هي جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، حيث أن إستقلالها و إنفرادها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون غيرها من الجزئيات الأخرى ، فتخصيص حكم حالة أو حالات معينة بذاتها، أو بذواتها يستوجب بالمنطق تطبيق عكس هذا الحكم على الحالة أو الحالات الأخرى التي يشملها هذا الحكم، ويمكننا أن نعبر عن الإستنتاج من مفهوم المخالفة بالمقولة التالية : "كل ما ليس محظوراً فهو مباح".

2- طرق التفسير القضائي الخارجية:

إذا لم تسعف طرق التفسير الداخلية لتفسير النص المراد تفسيره سواء كان ذلك بإزالة الغموض الذي يكتنفه أو بتكملة النقص الذي يعتبره ، أو بإستبعاد الخطأ أو التعارض الذي يشوبه ، و ذلك بالإستعانة بطرق الإستنتاج المنطقي المذكورة ، فلا مناص أمام القاضي من الرجوع إلى المصادر الخارجية التي يسترشد بها في سبيل التعرف على قصد المشرع .

و يقصد بطرق التفسير الخارجية الوسائل الخارجية عن ذات النص التي يستعين بها القاضي للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية ، بحيث لا تعتمد هذه الطرق على تحليل عبارات النص و ألفاظه ، بل على عناصر خارجية عنه ، و تتمثل هذه الطرق بالرجوع إلى كل من : حكمة التشريع ، الاعمال التحضيرية ، والمصادر التاريخية.

أ-حكمة التشريع:

الأصل أن القاضي لا يلجأ إلى حكمة التشريع لتفسير النص القانوني إلا كان هناك مبرر لذلك ، أما إذا كانت دلالة ألفاظ النص على المعنى قطعية و واضحة ، بعد عملية التفسير ، بحيث يفهم مضمون القاعدة القانونية فهما كاملاً ، فعلى القاضي الالتزام بالمعنى الذي استخلص من النص .

يقصد المشرع من وضع النص القانوني غاية معينة لتحقيقها و هي التي تطلق عليها حكمة التشريع التي تمثل المصالح التي استهدف المشرع حمايتها، و الاعتبارات الاجتماعية و الاقتصادية و الأخلاقية التي دعت إليه⁽¹⁾.

إن القانون هدفه تحقيق مطالب اجتماعية و اقتصادية للجماعة، لذلك على القاضي أن يستلهم الحاجات التي من أجلها وضع النص القانوني لإشباعها و دراستها دراسة عميقة ، فالتفسير يبحث مطالب الحياة العملية و الحقائق الاجتماعية. و تتغير الحكمة التشريعية مع الزمن ، فلا يتعين على القاضي أن يبحث عن السبب الذي دفع المشرع إلى وضع القاعدة وقتئذ، بل يجب أن يبحث عن أساسها العقلي الوقت الذي يفسرها فيه ، فالحكمة التشريعية هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة ما دام النص قائما ، و بذلك يستطيع النص أن يكسب مع الزمن معنى جديد أو ينطبق على حالات جديدة، هذا المبدأ هو أساس التفسير المتطور.

ب-المصدر التاريخي للنص القانوني :

لكي يتعرف القاضي على إرادة التشريع، يجب عليه دراسة القاعدة القانونية من حيث أصلها التاريخي فمن الضروري لفهم النص القانوني ، الرجوع إلى الأصل التاريخي له . و هذا يؤدي إلى أن يفهم القاضي مضمون النص فهما عميقا كاملا على أساس وضعه النهائي الذي استقر النص عليه وقت إجراء تفسيره .

ج-الأعمال التحضيرية⁽²⁾:

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق الرسمية التي أعدت أثناء إعداد التشريع، و مناقشات الهيئات أو اللجان التي قامت بتحضيره أو باعتماده⁽³⁾ ، و لهذه الوثيقة قيمة كبيرة في التعرف على نية المشرع ، ليس بالنسبة إلى ما نص عليه التشريع ، بل أيضا بالنسبة إلى ما لم ينص عليه التشريع بشرط أن لا يؤدي الأمر إلى الخروج عن أحكام القانون أو مخالفة نصوصه .

¹- عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع السابق ، ص. 220.

²- رغم أهمية الأعمال التحضيرية في تفسير النصوص القانونية ، فإن المشرع الجزائري لم يعمد إلى نشر الأعمال التحضيرية التي تتعلق بكل من التقنين المدني و التقنين التجاري و تقنين الأسرة ، و غيرها .

³- خليل أحمد حسن قدارة ، شرح النظرية العامة للقانون الجزائري ، ط4 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 ، ص. 182 .

الأصل في النصوص القانونية ألا تفسر عباراتها بما يخرج عن معناها أو بما يؤول إلى الالتواء عن سياقها أو يعتبر تشويها لها سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها ، و المحكمة حين تعمل سلطتها في التفسير القضائي للنصوص فإن ذلك يقتضيها ألا تعزل عن إرادة المشرع ، بل عليها أن تستظهر هذه الإرادة مستعينة في ذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها مثل ما دار عند مناقشة القانون في اللجان الفنية المختصة أو عاصرتها ، و ذلك كله للوقوف على إرادة المشرع . و في الأخير يمكن القول رغم الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي الإداري المفسر للنص ، فإنه -رغم أهميته- لا يبتعد عن النص ، حيث لا يزال النص قائما و عن الحكم يؤكد القاضي على استناده إليه ، فالحل الذي نطق به القاضي لا يردده القاضي لنفسه ، حيث يختفي المفسر و يبقى النص و معناه الناتج من عملية التفسير منتسبون لمصدره الأصلي .

"comme c'est normal, l'interprète le traducteur s'efface son travail achevé ne subsiste que l'œuvre traduite qui n'est pas la sienne ⁽¹⁾"

و هذه هي المهمة الدنيا للقاضي الإداري ، و في هذه الحالة لا يمكن القول بأن القضاء قد أنشأ قاعدة قضائية بالمعنى الفني لهذا المصطلح ، ما دام أن سلطته في التفسير تختلط هنا بالنص المفسر .

« Lorsque la solution du litige peut se déduire d'un texte de loi ou de règlement, le juge administratif, comme le juge judiciaire et le juge constitutionnel, procède à l'interprétation de ce texte. Dans ce cas, il n'y pas, de se part, création d'une règle jurisprudentielle proprement dite. L'autorité de son interprétation se confond avec celle du texte interprété.

Mais le juge administratif a souvent fait preuve d'une très grande liberté dans son rôle d'interprète »⁽²⁾.

و بناء على ذلك توجب علينا التركيز أكثر على وظيفة الإجتهد باعتباره إنشاء القاعدة القانونية بصريح العبارة .

1 - René CHAPUS, op. cit, P. 54.

2 - Jean RIVERO, jean WALINE,op.cit , P. 263

المطلب الثاني :

وظيفة الإجتهد

نحن هنا بصدد الفرض الثاني، أي يجد القاضي الإداري نفسه أمام منازعة لا يجد لها الحل القانوني لغياب النص الذي يستند عليه ، و هذا بسبب عدم قيام المشرع بممارسة وظيفته التشريعية. فإن القاضي مطالب بل ملزم بالفصل في النزاع فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة القانونية التي تحكم المنازعة المعروضة عليه ، و ذلك من خلال قيامه بالإجتهد .

تقتضي دراسة وظيفة الإجتهد وجوب التطرق إلى مفهوم الإجتهد القضائي (الفرع الأول) ، ثم إلى أسباب الإجتهد القضائي (الفرع الثاني) ، و أخيرا إلى مصادر الإجتهد القضائي (الفرع الثالث) .

الفرع الأول :

مفهوم الإجتهد القضائي

بالنظر إلى أهمية موضوع الإجتهد القضائي في بحثنا لابد من تعريفه باعتبار التلازم الوصفي بين الإجتهد والقضاء ، فالإجتهد منعت ، و مصطلح القضاء نعت ، وصولا إلى تعريفه بإعتباره لقبا مركبا .

أولا: تعريف الإجتهد

لغرض إعطاء فكرة واضحة عن الاجتهاد لابد من تعريف الاجتهاد لغة ، ثم فقها ، ثم تشريعا، و أخيرا قضاء و هذا ما سنتناوله تباعا في الفقرات الآتية .

أ- التعريف اللغوي: يقصد بالإجتهد لغة: "بذل الجهد و هو الطاقة و استفراغ الوسع في تحصيل المطلوب و لا يطلق إلا على ما فيه من مشقة".⁽¹⁾

و الإجتهد مأخوذ من الجهد و هو المشقة و الطاقة ، فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه ، و اختلف في ضم الجيم أو فتحها و كلامها يحمل الوسع و الطاقة ، قيل المضموم الجهد : الطاقة ، أما الجهد بالفتح : المشقة.⁽²⁾

ب- التعريف الفقهي:

لقد ذكر الفقهاء للإجتهد العديد من التعاريف ، رغم أنها تختلف في المبنى إلا أنها توشك أن تتفق في المعنى .

فقد عرف الإمام الغزالي الإجتهد بأنه : " بذل المجتهد و سعه في طلب العلم بأحكام الشريعة " أما سيف الدين الأمدى عرفه : "إستفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه"⁽³⁾ و عرفه أيضا القاضي البيضاوي بأنه : استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية"⁽⁴⁾ و عرفه الرازي بقوله : "هو إستفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع إستفراغ الوسع فيه".⁽⁵⁾

ج- التعريف التشريعي:

إن المشرع الجزائري لم يعرف الإجتهد ، و هذا شيء طبيعي ، إذ لطالما ترك المشرع الخوض في الجدال الذي يتمخض عن التعريفات للفقهاء و رجال القضاء .

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

² - علي بن الحسن الهنائي ، المنجد في اللغة العربية المعاصرة ، ط2 ، دار المشرق ، لبنان ، 2001 ، ص. 65 .

³ - سيف الدين الأمدى ، الاحكام في أصول الأحكام ، ط3 ، دار الفكر للنشر و التوزيع ، الرياض ، 1998 ، ص. 197 .

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

⁵ - فخر الدين الرازي ، المحمول في علم أصول الفقه ، ط1 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت 1996 ، ص. 26 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

و حتى لا يتدرع القضاة بعدم وجود نص بحكم المنازعة التي بين أيديهم ألزم المشرع هؤلاء بالرجوع لقواعد أخرى حددها ، فمثلا نصت المادة 1 من القانون المدني⁽¹⁾ في حالة غياب النص القانوني يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، تحت طائلة ارتكاب جريمة إنكار العدالة⁽²⁾ إذا لم يفصل في النزاع⁽³⁾ على أن هذا الحكم يخضع له كل من القاضي العادي و القاضي الإداري .

و لقد كان المشرع الفرنسي سابقا في ذلك حيث نصت المادة 4 من القانون المدني الفرنسي : "إذا كان القاضي الذي يمتنع الإجراءات عن الحكم متدرعا بسكوت أو غموض أو قصور القانون يمكن متابعة جريمة إنكار العدالة " .

و بالرجوع إلى نص المادة 171 الفقرة الثالثة من الدستور الجزائري حولت لمجلس الدولة مهمة توحيد الاجتهاد القضائي بمعنى جعل الحلول القضائية واحدة بالنسبة لنفس المسائل القانونية.

كما نصت المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة⁽⁴⁾ "يضمن مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد و يسهر على احترام القانون". كما فرضت المادة الثامنة من نفس القانون على أن يقوم مجلس الدولة بنشر قراراته و السهر على نشر كل التعاليق و الدراسات القانونية.

د- التعريف القضائي:

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

¹ - الأمر 58-75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج.ررقم 78 لسنة 1975 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتم بالقانون رقم 10-05 ، المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج.ررقم 44 لسنة 2005.

² - نصت المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري على أنه : " يجوز محاكمة كل قاضي أو مظف إداري يتمتع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك و يصر على امتناعه بعد التنبيه عليه من 750 إلى 3000 دج و بالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمسة سنوات إلى عشرين سنة "

³ ظهر هذا الإشكال في القرنين 18 و 19 ، حيث منح القانون النمساوي للقاضي في حالة الفراغ التشريعي حق أن يحكم بالمبادئ العامة للقانون الطبيعي و قواعد العدالة بينما أعطى القانون السويسري للقاضي صلاحية التصرف و كأنه مشرع .

Anne Marie HODINHLE « vide juridique » et le « besoin de loi » Etude d'un enjeu politique, juridique et social, mémoire pour l'obtention du master » de recherche en sociologie du droit, session de septembre 2006, Université Panthéon, Assas, Paris, P.15.

⁴ - القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998 ، المتعلق بمجلس الدولة ، ج.ررقم 37 لسنة 1998 .

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

عرّفت نظرية التعدي في قضية "شركة المولود الجديد "sté nouveau-né" على أنها " تصرف لا يمت بأي صلة إلى السلطات المخولة للإدارة"⁽¹⁾

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

لقد ساهمت الغرفة الإدارية في إرساء قواعد المسؤولية المدنية للدولة و هيئاتها 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 و الإحجام عن إجراء العملية الجراحية للمدعو (ب.ب)⁽²⁾.

3-قرار مجلس الدولة بتاريخ 2000/10/23⁽³⁾:

ذهب مجلس الدولة إلى إقرار إجتهاد مفاده أن إخطار الخبير للخصوم إجراء جوهري " حيث أنه بموجب عريضة مودعة لدى كتابه ضبط مجلس الدولة طعنت بالإستئناف... ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة و الذي قضى بالمصادقة على تقرير الخبير...

حيث أن الخبير لم يستدع ممثل الإدارة و لذا يلتمس المستأنف إلغاء القرار ...

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

حيث أن الخبير الذي يسهى عن هذا الإجراء الذي هو وجوبي يعرض خبرته للبطلان و بالتالي

و دون الالتفات إلى الدفوع الأخرى ينبغي إذن إلغاء القرار المستأنف و بعد التصدي للدعوى بإبطال

تقرير الخبير ... و تعيين الخبير ... للقيام بنفس المهمة "

¹ -cour d'Alger, chambre administrative, 10 décembre 1970, sté nouveau -né c/wall d'alger, H, bouchahda et R, khelloufi,

R.Aj,A,O.P.U, 1979, Alger, P. 38.

² - المجلة القضائية ، ع.1 ، 1992 ، ص. 119 ، اشار اليه ، محمد امقران بوشير ، المرجع السابق ، ص. 31 .

³ -أشار إليه ، الحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج1 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص. 369 .

4- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/7/15⁽¹⁾:

عَرَّف مجلس الدولة القرار الإداري بعدما اعترف الفقهاء الإداريون بصعوبة إعطاء تعريف ثابت له : " و بما أنه ما يسمى بالقرار الإداري في الفقه و الإجتهد القضائي أنه يقصد به إفصاح الإدارة عن إدارتها المنفردة بقصد إحداث أثر قانوني أو بأعمال مادية و إجراءات تنفيذية و تستخلص هذه العناصر بالنظر إلى طبيعة القرار الذاتية "

ثانيا: تعريف القضاء

للبحث عن مقصود القضاء يقتضى منا تعريفه لغة ، ثم فقها و هذا ما نتناوله تباعا في الفقرات التالية:

أ- التعريف اللغوي:

القضاء لغة : الحكم و أصله قضاي ، لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت و الجمع الأفضية ، و القاضي معناه في اللغة القاطع للأمر المحكم لها ، و استقضى فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس ، و القضايا : الأحكام ، و احدها قضية ، و أصله القطع و الفصل ، يقال: قضى يقضي قضاء ، فهو قاض إذا حكم و فصل⁽²⁾ .

ب- التعريف الفقهي:

لقد عرّف العديد من الفقهاء القضاء ، إذ عرّفه الدكتور عاطف البنا: " للقضاء عدة معان ، و لا يقصد بالقضاء كمصدر للقانون ، المعنى العضوي الذي ينصرف إلى أعضاء الهيئات القضائية . و إنما المقصود هو القضاء بمدلولاته الموضوعية التي تنصرف من ناحية إلى الحكم في نزاع معين معروض على القاضي وينصرف من ناحية أخرى إلى إطراد الأحكام و استقرارها في إتجاه معين"⁽³⁾ .

و بهذا المدلول الموضوعي للقضاء يقول الدكتور طعيمة الجرف " أما القضاء " فله دور آخر أكثر خطورة وأهمية ، بحكم أن المحاكم تعتبر من سلطات الدولة صاحبة الولاية ، دستوريا في نظر الدعاوى

¹ -قرار مجلس الدولة ، الغرفة الرابعة ، رقم 005038 ، فهرس رقم 398 ، أشار إليه ، فضيل كوسة ، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة . دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص. 14 .

² - أحمد بن فارس أبو الحسين ، معجم مقاييس اللغة ، دار الفكر ، بيروت ، 2005 ، ص. 68 .

³ - عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، ط2 ، دار النهضة العربية ، ب.ب.ن ، 1992 ، ص. 83 .

و فض المنازعات رسمياً عن طريق تطبيق القانون ، و من ثم فـالأحكام القضاء و للمبادئ التي تقرها صفة رسمية، إذ هي تتمتع بقوة ملزمة ، و لكن القاضي - و هو يصدر حكمه- لا يصدر لائحة عامة و لا يخلق قاعدة قانونية جديدة يضيفها إلى القواعد المكونة للنظام القانوني في الدولة...⁽¹⁾

و غالبية الفقه المصري تحدد مدلول القضاء كمصدر للقانون الإداري تحديدا موضوعيا محصورا في أحكامه وما ينشئه من مبادئ عامة أو على حد قول البعض، ما يستشفه و يكتشفه من مبادئ قانونية موجودة سلفا في ضمير الجماعة .

" و من ثم يقتصر مفهوم القضاء الإداري كمصدر لقواعد الإداري على الأحكام الإنشائية أو المنشئة دون الأحكام التفسيرية أو المفسرة ، فالأحكام الإنشائية و حدها ، أو أحكام المبادئ ، هي التي تعبر مصدرا لأحكام القانون الإداري...⁽²⁾

و قد ذهب الدكتور رأفت فودة إلى القول أن : " و إن كنا نتفق مع جمهور الفقه المصري ، حول المدلول الموضوعي لكلمة القضاء ، إلا أننا لا نتبناه على إطلاقه ، و إنما داخل هذا المعنى الموضوعي يجب تحديد و حصر كلمة القضاء في نواة هذا المعنى الموضوعي ، إذ لا ينصرف المعنى إلى كل ما يتعلق بعمل القاضي، من أحكام ، و مبادئ قانونية عامة و حجية الشيء المقضي به ، و إنما فقط إلى ما يبتدعه القاضي -أثناء فصله في النزاع- ، من حلول قانونية ملزمة للإدارة و الأفراد على السواء أي لأطراف النزاع"⁽³⁾ .

في حين عرّفه الدكتور ماجب راغب الحلو على أنه : " مجموعة القواعد القانونية غير المقننة التي يستنبطها القاضي من ضمير الجماعة و روح التشريع و مبادئ العدالة عند غياب القواعد التشريعية التي تحكم المنازعات المعروضة عليه"⁽⁴⁾ .

بعد هذا العرض المفهومي لمصطلحي الاجتهاد و القضاء يمكن تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي على النحو الآتي :

¹ - طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص. 62.

² - يحيى الجمل ، القضاء الإداري 1990 ، ص . 38 و محمود حافظ ، القضاء الإداري 1989 ، ص. 35 و ما بعدها.

³ - رأفت فودة ، مصادر المشروعية الإدارية و منحياتها ، - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 ، ص. 99 .

⁴ - ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، ب.ب.ن ، ب.د.ن ، 1987 ، ص. 627.

إن عبارة الاجتهاد القضائي *la jurisprudence* تعود إلى أصل لاتيني *jurisprudencia* وتعني علم القانون ذلك أن *juris* تعني القانون ، في حين تعني *prudencia* المعرفة أي العلم⁽¹⁾.

و مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالبا الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية و الذي يقتضي به.

و يقصد به : مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة⁽²⁾ أي رأي المحاكم و اجتهادها في المسائل القانونية المعروضة عليها ، و على هذا يقال : اجتهادات المحاكم ، بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها عند غياب النص القانوني .
و يطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء و كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم و إنما الأحكام التي تتضمن إجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيها⁽³⁾.

الفرع الثاني:

أسباب الاجتهاد القضائي

هناك عدة أسباب لإجتهاد القاضي الإداري و تتمثل أهمها فيما يلي :

1-نقص التشريع :

لا يختلف إثنان 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 .

¹ - محمد المجني ، مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة محمد الخامس ، المغرب ، ع2، 2011 ، ص. 4.

² - عبد المنعم البدرأوي ، مبادئ القانون ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1972 ، ص. 244.

³ - ياسين محمد يحيى ، مبادئ العلوم القانونية ، ط6 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987 ، ص. 141.

إلا أن هذا لا يتحقق في كثير من الحالات في مجال القانون الإداري نظرا لحدائته النسبية و مرونته و عدم تقنيته⁽¹⁾، فقد تعرض على القاضي الإداري منازعة لا يوجد بصدها قاعدة قانونية يطبقها فهل يفصل في هذه المنازعة أو يتوقف و علما أنه إذا توقف و لم يفصل فيها يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة ، أما إذا فصل و اجتهد و وجد 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 و السلطة التنفيذية ، فدوره هو الفصل في المنازعات طبقا للقواعد الموجودة فهذا يفترض وجود قاعدة قانونية تطبق على الحالة المعروضة عليه ، و لكن هناك ما يسمى بنظرية نقص التشريع⁽²⁾ ، 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 . و لكن على الرغم من هذا الوضع فإن القاضي الإداري - شأنه شأن القاضي العادي - ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة عليه ، و في 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 .

2-عدم المساواة بين طرفي الدعوى الإدارية:

إذا كانت الصفة الإتهامية هي الغالبة في القانون الخاص ، فلا يجوز للقاضي العادي أن يحل محل الخصوم في الإتيان ببياناتهم و وسائل إثباتهم ، فالقاضي حكم بين خصمين أو أكثر، و لا يجوز أن يخفف عن كاهل أحدهما أو يثقل على كاهل آخر ، خصوصا في مجال عبء الإثبات⁽³⁾، بخلاف

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

² - مراد بدران ، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية ، أقيمت على طلبه الماجستير ، تخصص قانون إداري معمق ، دفعة 2013/2014 ، غير منشورة .

³ - إن الواجب الأول الذي يتعين على الخصوم في الدعوى أن يقوموا به هو تحمل عبء إثبات صحة ما يدعونه ، و الأساس القانوني لذلك هو أنهم هم من أقاموا الدعوى أمام القضاء من أجل الحصول على حكم قضائي يحمي مراكزهم القانونية ، و بالتالي فإنه يتعين عليهم أن يكونوا القاضي من القيام بمهمته القضائية المتمثلة في الفصل في النزاع ، و هذا الأخير لن يفصل فيه إلا إذا قدمت له أداة كافية لتكوين عقيدته و اقتناعه .

الإجراءات القضائية الإدارية التي توصف بأنها تحقيقية (تنقيبية - تعسفية) في الغالب الأعم⁽¹⁾ والمقصود بالصفة التحقيقية تولى القاضي الإداري عبء سير الإجراءات من بدايتها حتى نهايتها ، فهو الذي يأمر بالتحقيق و يفحص الوثائق والأوراق المقدمة متى تعتبر الدعوى جاهزة للفصل فيها ويقدر ما يقدم له من وسائل الإثبات فالمدعي لا يكلف نفسه عناء العديد من الإجراءات⁽²⁾ فيكتفي بإيداع عريضة الدعوى لدى أمانة ضبط الجهة القضائية الإدارية المختصة بشرط ان تكون مستوفية الشروط.

و بهذه الصفة تفترق هذه الإجراءات التحقيقية عن الإجراءات المدنية الإتهامية⁽³⁾ .
و المبرر الرئيسي للطابع التحقيقية هو أن طرفي المنازعة الإدارية غير متساوين في مركزها فأحدهما الإدارة العامة غالبا ما تكون (مدعى عليها) ، الحائزة للأوراق الإدارية المتسلحة بإمتيازات 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 امتيازاتها التي تباشرها عليه⁽⁴⁾ ، التدخل لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين.

فإذا كان الأصل في عبء الإثبات يقع على المدعي (الفرد) تطبيق للقاعدة " البينة على من ادعى " و من بين الأحكام الإدارية المؤكدة لهذه القاعدة القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا⁽⁵⁾

¹ - ليلدة عزوز ، تطور المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، الجزائر ، 2002-2003 ، ص. 29.

² - وهيبه بلباقي ، الإثبات في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر 2009 - 2010 ، ص. 19 .

³ - « le caractère accusatoire ou inquisitoire a longtemps permis de définir le rôle du juge et des parties dans le déroulement d'une instance, les procédures contentieuses administratives sont de type inquisitoire dans la mesure ou c'est le juge qui va conduire les débats au vu des éléments qui lui sont soumis. l'application d'une procédure inquisitoire s'explique essentiellement par le fait que les intérêts en présence sont soumis à un rapport inégalitaire, et surtout que le notion d'intérêt général rentre en ligne de compte dans ce type de contentieux. le juge administratif comme le juge pénal, dirige le procès et donc la recherche de la vérité ». pour plus détail, voir : julien PALASECKI, l'office du juge administratif des référés entre mutations et continuité jurisprudentielle, thèse pour le doctorat en droit public, faculté de droit, université du sud toulon var, 2008, P. 21

⁴ - خميس السيد إسماعيل ، قضاء مجلس الدولة و إجراءات و صيغ الدعوى الإدارية ، ط4 ، دار الكتاب الحديث ، ب.ب.ن ، 1995 ، ص. 12.

⁵ - القرار المؤرخ في 19/1/1997 في قضية ورثة (ج، أ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي ليس لولاية باتنة و من معه قرار منشور بالجملة القضائية ، ع2 ، 1997 ، ص 144 ، و ما بعدها ، أشار إليه ، الحسين بن شيخ آث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، ط4 ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص. 84 .

" حيث طالب المستأنفون بإرجاع القطعة الأرضية التي بنيت عليها مدرسة ، و كانت محل هبة للبلدية من طرف المرحوم (ج.أ) جد المدعين ، و أنه تدعيما لطلبهم يتمسكون بأن المدرسة مغلقة منذ مدة لنقص التلاميذ و أصبحت آيلة للسقوط . و لكن بناء على شهادة محررة في 1970/2/20 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 تقديرا سليما فإنه يتعين تأييد قرارهم " .

و من ثم فإن القاضي الإداري الجزائري قد طبق القاعدة العامة تطبيقا صارما ، 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 .

و هذا ما أكده أيضا مجلس الدولة في أحد قراراته⁽¹⁾ ، على أن الإثبات يقع على عاتق المدعي و قد جاء في أسباب القرار ما يلي : " حيث أن الدفوع يتعين رفضها لكون العارض لم يقدم دليلا 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 الإدعاء " .

و هذا ما قرره أيضا في أحد قراراته⁽²⁾ : " القاعدة هي أن يكون عبئ الإثبات على عاتق المدعي فالمدعي ملزم بالإتيان بالإثبات على ما يصدر عنه من إدعاءات 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 ، و بالتالي فإن معنى إلزام الفرد المدعي بعبء الإثبات يقصد به أن يرشد القاضي الإداري عن المستندات ، و الملفات ، و هذا ما يجعله ينقل عبء الإثبات من عاتقه إلى عاتق

¹ - القرار المؤرخ في 1999/5/31 في قضية (د.م) ضد و إلى ولاية سطيف ، قرار غير منشور ، لمزيد من التفاصيل حول هذا القرار ، راجع لحسين بن شيخ أت ملوفا ، المرجع السابق ، ص. 87 وما بعدها.

² - القرار المؤرخ في 1999/6/14 في قضية والي ولاية تلمسان ضد (ا.م) ، الغرفة الثانية ، فهرس رقم 228 ، لمزيد من التفاصيل حول هذا القرار راجع لحسين بن شيخ آت ملوفا المنتمي في قضاء مجلس الدولة ، ج2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2005 ، ص 63 وما بعدها.

الإدارة⁽¹⁾ ، فالأصل العام المتعلق بوقوع عبء الإثبات على عاتق المدعي في الدعوى يخضع من حيث تطبيقه لظروف و طبيعة الدعوى الإدارية ، بحيث يطبق أمام القاضي الإداري بما يتكيف معها. و في مقدمة هذه الظروف اللصيقة بهذه الدعوى و التي تؤثر على تطبيق القاعدة العامة ، هي إمتيازات ومركز السلطة الإدارية في المنازعة و احتفاظها 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 المدعي⁽²⁾ .

و قد جرى القضاء الإداري⁽³⁾ على أنه بما أن الإجراءات القضائية تسير قبل القاضي الإداري ، و من أجل التخفيف من عبء الإثبات في المواد الإدارية ، فإن هناك التزاما يجب على الإدارة أن تحققه ، يتمثل في انها يجب أن لا تعرقل العمل القضائي .

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

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

¹ إبراهيم المنجي ، المرافعات الإدارية ، دراسة عملية لإجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندية ، مصر ، 1999 ، ص . 519.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الإثبات امام القضاء الإداري ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008 ، ص . 86 .

³ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 1059 جلسة 1986/12/2 الذي جاء فيه أن : " و من حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي ، إلا ان الاخذ بهذا الأصل على اطلاقه في مجال المنازعات الإدارية و الطعون التأديبية لا يستقيم مع واقع الحال بالنظر إلى احتفاظ الإدارة ، أو الجهة التي يتبها العامل في غالب الأمر بالوثائق و الملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات لذا فإنه من المبادئ المستقرة في هذا المجال ان الجهة التي يتبعها العامل تلتزم بتقديم سائر الأوراق و المستندات المتعلقة بموضوع النزاع ، و المنتجة في إثبات إيجابا أو نفيما متى طلب منها ذلك فإذا نكلت الجهة عن تقديم الأوراق المتعلقة بالنزاع ، فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي تلقى عبء الإثبات على عاتق الجهة المذكورة ... " لمزيد من التفاصيل حول الأحكام ، راجع : إبراهيم المنجي ، المرجع السابق ، ص . 522 و ما بعدها .

و بالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الإداري متى امتنعت الإدارة المدعي عليها عن تمكينه به⁽¹⁾.
و بالرجوع إلى المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول وقت صدور القرار نجد أنها قد
إشترطت على رافع دعوى الإلغاء أن يصحب بدعواه نسخة من القرار المطعون فيه .
فكأنما المادة المذكورة سلمت تسليماً 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 خوفاً
من مقاضاتها وهذا ما تأكد عملياً و خلال مرحلة طويلة ، و هو ما يجعل المعني بالقرار في وضع جد
صعب . و نفس الموقف إتخذه مجلس الدولة في غرفته الرابعة بتاريخ 28/06/2006 أقر نفس
المبدأ و حول للقاضي الإداري سلطة إلزام الإدارة بتمكين المعني بنسخة من القرار⁽²⁾.
فيقع على المدعي إثبات واقعة الإمتناع لبيادر القاضي الإداري بإلزام جهة الإدارة بتمكين المعني
بنسخة من القرار تحت اشراف قضائي .
يبدو واضحاً أن إجتهد مجلس الدولة المذكور كان له عظيم الأثر في صياغة المادة 819 من قانون
الإجراءات المدنية و الإدارية : " 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 .
و إذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى إمتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها
القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة " .
و من هنا يبرز بجلاء دور مجلس الدولة في تقنين قواعد القانون الإداري .

الفرع الثالث:

مصادر الاجتهاد القضائي

مصدر الشيء يعني أصله أو ما يتسبب في وجوده، و المقصود بمصادر الاجتهاد القضائي هي تلك
الطرق و الوسائل التي تتكون بواسطتها مجموعة من القواعد التي يتضمنها القانون الإداري .

¹ - مجلة مجلس الدولة ، ع.1 ، 1999 ، ص.73 ، أشار إليه ، عمار بوضيف ، المرجع في المنازعات الادارية ، جسر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص . 279 .
² - مجلة مجلس الدولة ، ع.8 ، 2007 ، ص.221 ، أشار إليه ، عمار بوضيف ، المرجع في المنازعات الادارية ، المرجع السابق ، ص . 278 .

الحقيقة إذا سلمنا بأن القاضي الإداري يلعب دورا إنشائيا لقواعد القانون الإداري ، فإن ذلك لا يعني و في كل الحالات و بصفة مطلقة أن يتتبع القاعدة القانونية و ينشئها من العدم ، فقد يكون المصدر الذي يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية موجود بحيث يندرج ضمن القانون الوضعي (أولا) ، و قد تكون القاعدة القضائية من إجتهد القاضي يستقيه من جوهر القانون (ثانيا) .

أولا : المصادر الوضعية

قد يكون المصدر الذي يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية يتمثل في المصادر الوضعية كالمواثيق و إعلانات الحقوق، و مقدمات الدساتير و الدساتير. على أن معظم الحلول القضائية التي استخرجها القاضي الإداري من هذه المصادر، تشعبت من مبدأين أساسيين هما مبدأ المساواة و مبدأ الحرية ، فعلى سبيل المثال ، قرّر مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال: (1)

- حرية التنقل
 - حرية التجارة و الصناعة
 - مبدأ المساواة أمام القانون بصوره المختلفة
 - المساواة أمام الأعباء العامة.
 - المساواة أمام الضرائب
 - المساواة أمام المرافق العامة
 - المساواة بين مستخدمي الدومين
 - المساوات بين المترشحين في المسابقة
- و قد يكون المصدر الذي يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية يتمثل في التشريع و هنا لا بد أن نميز بين أسلوبين يتبعهما القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القضائية .

¹ - رأفت فودة ، المرجع السابق ، ص. 115 .

1- إنشاء القاعدة القضائية بطريق التعميم ابتداء من نصوص جزئية :

هذا الأسلوب الذي يتبعه القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القضائية يتمثل في تعميم أحد الحلول أو أحد القواعد الجزئية التي قررتها نصوص متفرقة في حالات خاصة ، فالقاضي الإداري يرى في الحل الذي قرره هذه النصوص الخاصة مجرد تطبيقات جزئية لقاعدة أعم و أشمل تتعدى تلك النصوص لتطبق خارجها على حالات جديدة غير محدودة النطاق . فكأن الحل القضائي كان مختلفا في طيات التطبيقات التشريعية فيقوم القاضي الإداري باستخراجه ليحيا حياة جديدة مستقلة عن النصوص و تتعدى إطارها بكثير .

و قد استخدم مجلس الدولة الفرنسي هذا الأسلوب في إنشاء "مبدأ احترام حقوق الدفاع" بناء على تعميم حل تضمنته نصوص جزئية متناثرة⁽¹⁾ سواء كانت تشريعية أو لائحية. و من هذه النصوص قانون 4 أوت لعام 1839 بشأن إحالة الضباط من رتبة جنرال إلى المعاش على سبيل التأديب كذلك مرسوم بتاريخ 29 جوان 1878 الخاص بإجراءات مجالس التحقيق المتعلق بالضباط التي تطلب مواجهة الضابط بما هو مسند إليه و السماح له بتقديم ملاحظاته . و هناك أيضا القانون الهام الصادر في 22 أبريل 1905 الذي تضمن نصا عاما في ضرورة احترام حقوق الدفاع قبل إتخاذ أي جزاء تأديبي ، و ذلك بالنسبة لكل موظف أو مستخدم عام في أية إدارة حكومية .

و قد ورد هذا النص العام في المادة 65 من ذلك القانون التي تطلبت تمكين كل موظف أو مستخدم عام من الإطلاع على ملف خدمته و ما يتضمنه من كافة التقارير و المستندات قبل أي اجراء تأديبي و ذلك بهدف تقديم أوجه دفاعه . فإستنادا على هذه النصوص التي تطبق فكرة حقوق الدفاع في شأن الجزاءات التأديبية الموقعة على الموظفين العموميين أو بعض فئاتهم ، قام مجلس الدولة بإستخلاص مبدأ قانوني عام واسع النطاق عام التطبيق يتطلب ضرورة إحترام حقوق الدفاع في كل قرار إداري يتضمن فكرة الجزاء ، أو بالأحرى يتضمن فكرة تقدير سلوك شخصي أو حالة شخصية و سواء أكان القرار يمس موظف عام أم مواطنا عاديا .

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 84 .

و ذلك طالما أن هذا القرار يتضمن قدر من الخطورة أو يمس المصالح المادية أو المعنوية لصاحب الشأن.

و ما تجدر الإشارة إليه إلى أن النصوص الجزئية التي على أساسها قام القاضي الإداري بإنشاء مبدأ حقوق الدفاع ، هي ليست فقط تلك النصوص المتعلقة بالموظفين أو بعض فئاتهم بل قطاعا أيضا تلك النصوص التي تنظم المحاكمات الجنائية فمنذ أن ظهر القضاء الجنائي تقرر ضرورة تمكين كل متهم من الدفاع عن نفسه .

و الصلة واضحة بين الجزاءات الإدارية و الجزاءات الجنائية برغم إستقلالها ، لأن الجزاء الإداري يتضمن في كثير من الحالات أضرار كبرى بالموظفين أو الأفراد مثل القرار بإنهاء خدمة موظف لعدم صلاحيته بأي وجه أو القرار بغلق محل أو سحب ترخيص بمزاولة مهنة على سبيل الجزاء.

2-إنشاء القاعدة القضائية من روح نص قانوني معين أو مجموعة من النصوص :

هذا الأسلوب الثاني في إنشاء الحل القضائي يقترب من الأسلوب السابق، لأنه في الحالتين كانت النصوص مادة أولية ساعدت القاضي الإداري في إدراك الحل القضائي و استخراجها . و لكن هناك فارق مع ذلك بين الأسلوبين، ففي الأسلوب الأول ، إنشاء الحل القضائي قد تحقق عن طريق إضفاء وصف القاعدة العامة الكلية على حل أو حكم جزئي قرره نصوص متناثرة في هذا المجال أو ذلك . أما الأسلوب الثاني فإنشاء الحل القضائي يحتاج لجهد فكري أكبر في تفسير النص أو النصوص على نحو خلاق و استنباط الحل القضائي من روحها و جوهرها ، فالأمر هنا لا يتعلق بتعميم حكم قاطع تقرر بظاهر النصوص ولكن يتعلق بالبحث في باطن النص أو النصوص و إنشاء الحل القضائي من روحها و حكمتها .

و قد استخدم مجلس الدولة الفرنسي هذا الأسلوب بالذات في شأن المبادئ التي استعرضها القاضي الإداري من نصوص القانون الخاص لكي تطبق كمبادئ عامة في نطاق القانون العام " كمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية " ⁽¹⁾ قد استخلصه القاضي من روح نص المادة الثانية من القانون المدني

1- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق ، ص. 90 و ما بعدها .

الفرنسي التي تنص على أن " القانون لا ينطبق إلا بالنسبة للمستقبل ، و لا يمكن أن يكون له أثر رجعي " .

إن مجلس الدولة عندما أنشأ هذا المبدأ "استدلهم روح" نص المادة الثانية من القانون المدني بشأن عدم رجعية القوانين ، نظرا للحكمة العميقة التي تؤسس فكرة عدم الرجعية في ذاتها ، ألا و هي " ضرورة ضمان التأمين و الاستقرار للعلاقات القانونية و الحياة الاجتماعية " ، فليس صحيحا القول القاضي الإداري "طبق" القانون المدني ، لأنه غير ملزم بأحكام القانون المدني أو غيره من أحكام القانون الخاص منذ أن تقرر إستقلال القانون الإداري .

ثانيا : جوهر القانون كمصدر يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية :

قد يكون الحل القضائي الذي يضعه القاضي الإداري من إجتهاده المطلق، لا يستند في وضعه إلى مصادر محددة ، بل يعتمد في إستنباطه على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي و القانوني للدولة . أو بتعبير آخر يستمد من جوهر القانون الذي هو القانون الطبيعي أو العدل ذلك أن المادة الأولى القانون المدني الجزائري لا تعتبر قواعد القانون الطبيعي ، و قواعد العدالة من مصادر القانون ، لأن القانون الطبيعي هو جوهر القانون .

و يجب هنا عدم الخلط بين جوهر القانون، و مصدر القانون . فالقانون الطبيعي أو العدل هو جوهر القانون الذي يستلهمه المشرع و هو بصدد وضع القاعدة القانونية. و هو كذلك ، أي القانون الطبيعي أو العدل ، جوهر القانون الذي يستلهمه القاضي بصفة عامة و هو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه و التي لم يجد بصددها نصا في مصادر القانون ليطبقه عليه ⁽¹⁾ فالحل القضائي هنا إذن ، و إن لم يجد له القاضي الإداري مصدرا رسميا محدد ، فهو يرتد أساسا إلى الضمير القانوني العام للجماعة ، و ما يحتويه من مبادئ القانون الطبيعي و المبادئ العليا للعدالة . و إلى ما يقدره القاضي الإداري ملائما لتحقيق التوازن بين مصالح الجماعة و المصالح الفردية .

¹ - مراد بدران ، القرار المبدي في المجال الإداري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، ع.3 ، 2009 ، ص.

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 ، و عليه إذا ما وضع المشرع حكما معينا لمنازعة معينة فيجب على القاضي أن يتقيد بتلك القواعد و يطبقها على المنازعة المعروضة عليه و التي 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 اجل 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 الإختصاص ، أو مخالفته لقواعد اعلى منه ؟ (الفرع الأول) ، و إذا فصل القاضي الإداري في المنازعة المعروضة عليه و خالف النصوص القانونية القائمة ما هي النتائج المترتبة على ذلك؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

القيود الواردة على إختصاص القاضي

إن الإشكالية التي نريد التطرق إليها هنا تتعلق بمدى إمكانية مخالفة القاضي الإداري للنصوص القانونية القائمة ، التي لا يعد أصلا مختصا بإلغائها ، كوجود نص تشريعي صادر عن المشرع أو وجود نص تنظيمي صادر عن السلطة التنظيمية ، و التي 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 العدل⁽²⁾، و التي تتلخص وقائعها فيما يلي :

أحيل القاضي (ب.ع) على المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي ، بعدة تهم أهمها الإخلال بواجب التحفظ ، و التراجع عن منطوق الحكم بعد التصريح به ، و إبداء نقص في كفاءته المهنية عند إصداره حكم قضي بتوقيع غرامة تتجاوز الحد الأقصى المسموح به قانونا في جلسة علنية و بتاريخ 2001/02/19 ، أصدر المجلس الأعلى للقضاء مقرا يقضي بعزله من سلك القضاء .
رفع المعنى بالأمر طعنا بالإلغاء أمام مجلس الدولة مؤكدا من حيث الشكل إستفتاء شرط التظلم الإداري المسبق ومثيرا من حيث الموضوع و جهتين اثنتين ، يتعلق أولهما بعبء الإجراءات لفساد

¹- مراد بدران ، ضوابط انشاء القاضي الإداري للقانون ، المرجع السابق ، ص 180 .

²- مجلس الدولة ، الغرف المجتمعة ، القرار رقم 016889 ، الصادر في 7 جوان 2005 ، قضية ب.ع ضد وزير العدل ، القرار غير منشور .

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 قراراً قضائياً في 2005/06/07 يقضي : " في الشكل : قبول الطعن بالنقض⁽¹⁾ ، و في الموضوع : رفض الطعن " .

هذا و تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد إعتبر في إحدى حثياته ، بأن قرارات المجلس الأعلى القضاء المنعقد كمجلس تأديبي ، تخضع للنقض ، بإعتبارها صادرة عن جهات قضائية إدارية مختصة طبقاً للمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة ، و هنا يمكن القول بان مجلس الدولة لم يعتبر المقررات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء في جلساته التأديبية بمثابة قرارات إدارية تنفيذية.⁽²⁾

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 الإجتهد ؟ متى يجوز للقضاء أن يتراجع عن اجتهاده ؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن هذه القضية تعد تراجعاً عن إجتهاد قضائي سابق لمجلس الدولة و ذلك أن المادة 99 من القانون الأساسي للقضاء⁽³⁾ - 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 ، مسايراً بذلك ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي ، الذي إعتبر بأن دعوى تجاوز

¹ - تجدر الإشارة إلى أن المدعي لم يطعن في المقرر بالنقض ، بل طعن بدون تجاوز السلطة ، كما أن مجلس الدولة قد خالف مبدأ جوهرياً من مبادئ القاضي ، ألا و هو مبدأ الطلب ، فالمدعي لم يطعن بالنقض ، بل طعن بدعوى تجاوز السلطة ضد مقرر المجلس التأديبي ، في حين أن منطوق القرار القضائي الصادر عن مجلس الدولة جاء فيه : " في الشكل قبول الطعن بالنقض " و بالتالي يكون خالف قاعدة أمرة من قواعد الإجراءات القضائية .

² - لقد أكد مجلس الدولة (الغرفة الثانية) على هذا الإتجاه الجديد في قرارات قضائين آخرين هما ، القرار رقم 025039 الصادر في 2006/04/09 و القرار رقم 037228 الصادر في 2005/07/11 ، المنشورين في مجلة مجلس الدولة ، ع.09. 2009 ، ص.57 و ما بعدها .

³ - القانون رقم 89-21 ، المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 ، المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، ج.ررقم 53 لسنة 1989 ، المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي رقم 92-05 ، المؤرخ في 24 أكتوبر 1992 ، في ج.ررقم 77 لسنة 1992.

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

السلطة تنتمي للشيعة العامة ، لأنها مبدأ من مبادئ العامة للقانون ، لذلك فإنها لا تحتاج لتقرير ضد القرارات الإدارية إلى نص قانوني مكتوب.⁽¹⁾

الحقيقية أن التراجع عن الإجتهد القضائي مقيد بمسألة أساسية تتمثل أن القضاء بإمكانه أن يتراجع عن الاجتهادات التي صدرت عنه ، بشرط أن يكون إجتهاده 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 تأسيسي ، 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 ومخالف 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 بها مجلس الدولة ذاته ، فهذه الهيئة الإدارية تفصل في المسائل التأديبية بمقررات إدارية قابلة للطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة و هذا تماشياً مع ما هو سائد قانوناً في الجزائر في تكييف الأعمال الإدارية⁽²⁾ .

فما هي المبررات التي دفعت بمجلس الدولة أن يصف المجلس الأعلى للقضاء بالجهة القضائية الإدارية و أن ما يصدر عنه يعتبر بمثابة "حكم قضائي نهائي"⁽³⁾ .

تمكن مجلس الدولة في حيثة 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 و أن تشكيلته و إجراءات المتابعة أمامه والصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند إنعقاده كمجلس تأسيسي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر "احكاماً نهائية" تكون قابلة للطعن فيها عن طريق النقض أمام مجلس الدولة عملاً

¹ - مراد بدران ، ضوابط انشاء القاضي الإداري للقانون ، المرجع السابق ، ص. 182 .

² - المادة 7 من ق.ا.م الملغى و المادة 800 من القانون رقم 98-09 ، المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.بررقم 21 لسنة 2008 .

³ - رمضان غناني ، تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، ع. 10 ، 2012 ، ص. 64 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

بأحكام المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة و بالتالي ، فإن الطعن في هذه الحالة لا يكون إلا طعنا بالنقض".

إن القراءة لهذه الحيثية، تبين بأن مجلس الدولة إستند تدعيما لموقفه الجديد على ثلاثة معايير حسب الترتيب الذي جاء به في هذا القرار.
أ-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 إنطلق من طبيعة الأشخاص الذين يتشكل منهم المجلس الأعلى للقضاء.

إستعان مجلس الدولة في هذا الشأن بفكرة كانت رائجة في فقه القانون بفرنسا⁽¹⁾ و التي يبدو أنه تم التحلي عنها من طرف مختصي القانون العام بإستثناء ما يتعلق بدراسة تاريخ المدارس الفقهية المهمة بتمييز القرارات القضائية عن القرارات الإدارية أو تمييز الجهات القضائية الإدارية عن السلطات الإدارية .

هل المجلس الأعلى للقضاء مشكل من القضاة وفق ما تقتضيه الأحكام التشريعية المنظمة لسلك القضاء ؟
يتشكل المجلس الأعلى للقضاء حسب القانون العضوي رقم 04-12⁽²⁾ من واحد و عشرين عضوا من بينهم إثني عشر قاضيا⁽³⁾ أما باقي الأعضاء يتم اختيارهم خارج سلك القضاء مثلما تنص عليه المادة الثالثة فقرة الخامسة من ذات القانون⁽⁴⁾.

تجدر الإشارة أيضا بأن المادة 11 فقرة 4 من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء تنص على أن وزير العدل يعين بقرار قاضيا يتولى الأمانة العامة للمجلس الأعلى

¹ - أمثال دومالبر و مرسيل فالين و هوريو .

² - القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 ، المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء و عمله و صلاحياته ، ج. رقم 57 لسنة 2004.

³ - هؤلاء القضاة موزعون على النحو التالي :

- عشر قضاة ينتخبون من قبل زملائهم.

- قاضيان أعضاء بقوة القانون (الرئيس الأول للمحكمة العليا و النائب العام للمحكمة العليا المادة 3) .

⁴ - باقي أعضاء المجلس الأعلى للقضاء هم :

- رئيس الجمهورية (تنص المادة 3 فقرة 1 ، على أن رئيس الجمهورية برأس المجلس الأعلى للقضاء).

- وزير العدل (تنص المادة 3 فقرة 2 ، على أن وزير العدل هو نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء ، و تنص المادة 10 فقرة 2 ، على ان المكتب الدائم للمجلس الأعلى للقضاء يرأسه نائب المجلس) .

- ست شخصيات يختارهم رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم من خارج سلك القضاء (المادة 3 فقرة 5).

- المدير المكلف بتسيير سلك القضاة بالإدارة المركزية لوزارة العدل و الذي يشارك في أعمال المجلس الأعلى للقضاء و لا يشارك في المداورات (المادة 3 فقرة 6) .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

للقضاء كما تمنح المادة 10 فقرة 2 من نفس القانون لوزير العدل سلطة تعيين موظفين إثنين من وزارته لمساعدته في المكتب الدائم للمجلس الأعلى للقضاء.

هذا القاضي و هذان الموظفان الإداريان ليسوا أعضاء في المجلس الأعلى للقضاء و لا يمكنهم المشاركة في أشغاله على عكس المدير المكلف بتسيير سلك القضاة بالإدارة المركزية للوزارة الوصية الذي يحق له المشاركة في أشغال المجلس دون المداولات ، حسب المادة الثالثة فقرة 6 من القانون العضوي رقم 04-12 .

هل تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تآديبي تتكون بصورة خاصة من عنصر القضاة ؟ بالرجوع إلى المادة 14 من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء تنص بشكل خاص على أنه لا تصح مداولات المجلس الأعلى للقضاء إلا بحضور ثلثي (3/2) أعضاء المجلس على الأقل ، فلا يحتوي القانون العضوي رقم 04-12 على أي نص يسمح التأكيد بأن الأعضاء غير القضاة لا يشاركون في أشغال المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تآديبي .

لا جدل في أن العضوية في المجلس الأعلى للقضاء لا تمثل ممارسة لوظيفة قضائية ، فتتص المادة الثانية من القانون العضوي رقم 04-11⁽¹⁾ المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء على أن سلك القضاء يشمل قضاة الحكم و النيابة العامة للمحكمة العليا و المجالس القضائية و المحاكم التابعة للنظام القضائي العادي و قضاة الحكم و محافظي مجلس الدولة و المحاكم الإدارية إلى جانب القضاة العاملين في :

- الإدارة المركزية لوزارة العدل .
 - أمانة المجلس الأعلى للقضاء.
 - المصالح الإدارية للمحكمة العليا و مجلس الدولة .
 - مؤسسات التكوين و البحث التابعة لوزارة العدل.
- يتبين من نص المادة أن الأمين العام للمجلس الأعلى للقضاء، مع انه ليس عضوا في ذات المجلس ، هو الوحيد الذي يعتبر قاضيا في وضعية نشاط .

¹- القانون العضوي رقم 04-11 ، المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 ، المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، الصادر في ج.ر رقم 57 لسنة 2004.

دور القضاة الإداريين في إنشاء القاعدة القانونية

من جهة أخرى، لا تشير المادتان 49 و 50 من نفس القانون العضوي المصنفين لجميع الوظائف القضائية الخاصة بسلك القضاء إلى وجود "وظيفة قضائية" لعضو المجلس الأعلى للقضاء.

ب- معيار طبيعة الإجراءات المطبقة :

ما هي الأسباب التي دفعت مجلس الدولة إلى تبني هذا المعيار ؟

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

و لكن مهما كانت درجة هذا التشابه ، فإن هذا لا يشكل سبب كافيا في حد ذاته لإضفاء الطابع القضائي على جميع الهيئات التأديبية التي تطبق إجراءات ممتثلة للإجراءات المعمول بها أمام القضاء . و يتأكد هذا 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 و ليس حجة لتأكيد طابعها القضائي .

أقرّ المجلس الدستوري الفرنسي في هذا المعنى بأن المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المحاكمة العادلة كمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات و مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية و مبدأ احترام حقوق الدفاع⁽¹⁾ هي ليست شروط خاصة بالعقوبات الصادرة عن الجهات القضائية الجزائية فقط بل تمتد إلى كل جزاء طابع عقابي حتى و إن سمح المشرع صدوره من قبل سلطة ذات طبيعة غير قضائية .

ج- معيار الصلاحيات الخاصة للمجلس الأعلى للقضاء :

قرر مجلس الدولة ، اعتبار صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء الموصوفة من قبله بأنها "خاصة" تبرير كافيا يجعل من هذا المجلس جهة قضائية إدارية متخصصة. فما هي الضوابط التي تجعل من هذه الصلاحيات صلاحيات "خاصة" لدرجة أنها تضي على المجلس الأعلى للقضاء الطابع القضائي ؟

¹ هذه المبادئ وردت في الميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد بتونس في ماي 2004 ، و المصادق عليه في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 62-06 المؤرخ في 11 فبراير 2006 (ج.ر. رقم 08 سنة 2006 ، ، ص 3 و ما بعدها) ، على سبيل المثال المادة 16 عدت مالا يقل عن ثمانية ضمانات كحد أدنى .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

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 حولها له كل من القانونين العضويين 11-04 و 12-04 .

كرّست المادة 21 من القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بتنظيم المجلس الأعلى للقضاء إختصاص هذا الأخير للنظر و الفصل كمجلس تأديبي في المتابعات القائمة ضد القضاة . تحقيقا لهذا الغرض ، يتمتع المجلس بسلطة تحري و مناقشة تؤدي عند الإقتضاء إلى إدانة القضاة تأديبيا . إن العقوبات المطبقة هي محدد أساسا في القانون العضوي رقم 11-04 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء⁽¹⁾ .

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

إن السلطة التنظيمية المخولة للمجلس الأعلى للقضاء لتكملة عمل المشرع بالتنصيص في المدونة الأخلاقية على أخطاء مهنية غير مكرسة قانونا . إن التشكيلة التأديبية مدعوة بالضرورة لتطبيق الاحكام الواردة في هذه المدونة التي يعدها و يصادق عليها المجلس الأعلى للقضاء مشكلا من جميع الأعضاء بما فيهم أعضاء المجلس التأديبي .

هذا الترتيب لا يتماشى مع فكرة أن المجلس الأعلى للقضاء المنعقد في تشكيلته التأديبية يعتبر جهة قضائية لأن مفهوم الجهة القضائية يتعارض كليا مع فكرة أن يكون لهذه الأخيرة سلطة تنظيمية و إنه من غير المعقول إضفاء الطابع القضائي على هيئة تجمع بين سلطة تطبيق القانون و سلطة إعداده .

¹ - المادة 68 من القانون العضوي رقم 11-04 تميز بين أربع أنواع من العقوبات : عقوبات من الدرجة الأولى : التوبيخ و النقل التلقائي ، عقوبات من الدرجة الثانية : التنزيل من درجة واحدة إلى ثلاثة درجات ، سحب بعض الوظائف ، الفهرة بمجموعة أو بمجموعتين ، عقوبات من الدرجة الثالثة : التوقيف لمدة أقصاها إثني عشر (12) شهرا مع الحرمان من كل المرتب أو جزء منه باستثناء التعويضات ذات الطابع العائلي ، عقوبات من الدرجة الرابعة: الإحالة على التقاعد التلقائي و العزل .

دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية

و تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض النصوص القانونية تتعارض مع وصف القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بأنها ذات طابع قضائي ، أكدت المادة 33 من القانون العضوي رقم 12-04 بأن المجلس الأعلى للقضاء "ينطق بالعقوبات المنصوص عليها في القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء" و نصت المادة 70 من ذات القانون على ان "عقوبي العزل و الإحالة على التقاعد التلقائي" المنصوص عليها في المادة 68 " تثبت بموجب مرسوم رئاسي" و أن العقوبات الأخرى "يتم تنفيذها بقرار من وزير العدل" .

بالنظر إلى كل ما سبق يتضح بان المعايير الثلاثة التي إعتمدها مجلس الدولة غير مؤسسة تأسيس سليما من الناحية القانونية .

و من جهة أخرى ، فإن المادة 11 من القانون العضوي رقم 98- 01 المتعلق بمجلس الدولة والتي أسس هذا الأخير قراره عليها في هذه القضية ، صريحة في هذا الصدد ، كما أنها جاءت على سبيل الحصر ، فلقد نصت على أن مجلس الدولة يفصل في الطعون بالنقض ضد القرارات القضائية الإدارية ، أي ضد القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية ، و بما ان المجلس الأعلى للقضاء لا يعتبر محكمة إدارية فإن مقرراته لا يمكن أن يتم الطعن فيها بالنقض.

إن كل هذه الملاحظات تؤكد لنا بأن مجلس الدولة قد خالف التزاما مفروضا عليه و المتمثل في عدم تأسيس قراراته على القواعد القانونية القائمة .

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على مخالفة القاضي للالتهزام المفروض عليه

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

و اعتبارا لكون مصادر القاعدة القانونية متعددة ، إذ لا يقتصر انشاء القواعد القانونية على سلطة أو هيئة عامة واحدة في الدولة ، فإنه يكون محتملا وقوع التعارض بين هذه القواعد ، و بالتالي يصبح من الضروري البحث عن قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط و الانسجام بين كافة القواعد القانونية التي يتكوّن منها التنظيم القانوني للدولة.

و حل إشكالات و احتمالات وقوع التعارض فيما بين هذه القواعد ، قد توصل الفقه و القضاء إلى مبدأ 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 و بالتالي فإن كل هذه القواعد التي تكون أقل مرتبة منه ، يجب ألا تخالفه و إلا كانت محل جزاء .

و إذا كان الأمر كذلك ، فإنّ ما يمكن إستنتاجه من فكرة تدرج القواعد القانونية هو أن مجموع القواعد القانونية القائمة في الدولة ، و مهما كانت مرتبتها في التدرج ، لها مجالها للتطبيق كما أنها تتمتع بقوة قانونية ، ما دام أنها مطابقة للقواعد الأعلى منها . و يترتب 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 .
فالقوة القانونية تتواجد بالضرورة داخل الهرم القانوني ، مادام أن أعلى قاعدة في الدولة تتمتع بهذه
القوة . و بناء على ما سبق ، يجب أن يظهر كل النظام القانوني في الدولة و كأنه مشكل من قواعد
منسجمة مع بعضها البعض .

فإن القاضي الإداري يجب عليه أن يفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص
القانونية القائمة ، و إذا حدث من الناحية العملية 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.

و في القضية السابقة رأينا أن مجلس الدولة سمح لنفسه بمخالفة القواعد القانونية القائمة ،
و مع ذلك فإنه لا توجد هيئة قضائية أعلى منه بإمكانها أن تلغي القرار الذي اتخذه ، و هنا
قد يبدو بأن الجزاء غير موجود .

إلا أن هذا الاعتقاد لا يعد في الحقيقة صحيحا على إطلاقه ، فعندما يقوم مجلس الدولة
بالفصل في النزاع المعروض عليه بمخالفة النص القانوني القائم ، فإنه يكون قد خالف إلتزاما مفروضا
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⁽¹⁾ .

فهل يمكن للمتضرر مطالبة الدولة بتعويض على أساس الخطأ القضائي ؟ عملا 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 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء

¹ - مراد بدران ، ضوابط انشاء القاضي الإداري للقانون ، المرجع السابق ، ص. 185 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

بقولها : " لا يكون القاضي مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي ، لا يتحمل القاضي مسؤولية خطئه المرتبطة بالمهنة إلا عن طريق دعوى الرجوع التي تمارسها هذه الدولة " (1).

و بالإضافة إلى ذلك يجب التأكيد بأن القضاة هو موظفون عموميون ، حتى و لو خضعوا لقانون أساسي خاص بهم ، بالنظر إلى ما تتطلبه وظيفتهم من ضرورة توفير الاستقلالية لهم (2). و في هذا الصدد إذا ارتكب القاضي خطأ تأديبياً ، فإنه يتعرض لتوقيع العقوبة التأديبية عليه ، طبقاً لأحكام القانون الأساسي للقضاء (3) ، و في هذا الصدد ، يجب أن نؤكد بأن الأخطاء التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون جاءت على سبيل المثال (4).

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

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

و فيما 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 ، و الذي من خلاله يتعين على القاضي أن يفصل في المنازعات المعروضة عليه طبقاً للنصوص القانونية القائمة ، و ليس بالمخالفة لها يتمتع بطابع قانوني ، ما دام أنه يتمتع بجزاء قضائي .

¹ - على أن صياغة هذا النص باللغة الفرنسية أكثر دلالة في هذا الصدد ، بحيث تنص على ما يلي :

"le magistrat n'est reconnu responsable que pour ses erreurs personnelles il n'est pas responsable des erreurs liées à la profession sauf si l'état intente une action afférente à ses erreurs ."

² - المادة 3/2 في الأمر 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 ، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة ، ج.ر.رقم 46 لسنة 2006 التي تنص : "... لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة..."

³ - المادة 163 من الأمر رقم 03-06 ، سابق الإشارة إليه .

⁴ - المادتين 60 و 61 من القانون العضوي رقم 11-04 ، سابق الإشارة إليه ، فقد نصت المادة 60 : " يعتبر خطأ تأديبياً في مفهوم هذا القانون العضوي ، كل تقصير يرتكبه القاضي إخلالاً بواجباته المهنية ، و يعتبر أيضاً خطأ تأديبياً بالنسبة إلى قضاة النيابة العامة و محافظي الدواية ، الإخلال بالواجبات الناتجة عن التبعية التدريجية " ، كما نصت المادة 61 : " يعتبر خطأ تأديبياً جسماً كل عمل أو امتناع صادر عن القاضي شأنه المساس بسمعة القضاء أو عرقلة حسن سير العدالة " .

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 فرضين⁽¹⁾ ، و ذلك 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.

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

الفرض الثاني : في حالة إتخاذ إجراء تأديبي ضد القاضي :

و هنا يمكننا أن نشير إلى حالتين:

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

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

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

¹ - مراد بدران ، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون ، المرجع السابق ، ص 186.

القائمة ، أو بتعبير آخر لا يجوز للهيئات القضائية حتى و لو تعلق الأمر بمجلس الدولة بإعتبره أعلى هيئة قضائية في المجال الإداري ، و يصدر قرارات قضائية غير قابلة للإلغاء أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها بمخالفة النصوص القانونية القائمة .

يجب إعتبار القاضي - حتى و لو 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 و لو 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

إن الإجتهد القضائي هو حق⁽¹⁾ محفوظ للقاضي الإداري غير أنه مقيد بعوامل تحد من بروزه (الفرع الأول).

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

¹- و مع ذلك يجب أن لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، هذا المبدأ الذي "يتطلب" حسب رأي المجلس الدستوري أن " تمارس سلطة صلاحيتها في المجال الذي يخوله لها الدستور" و ان "كل سلطة يجب أن يتبقى في حدود هذه الصلاحيات من أجل ضمان التوازن الدستوري" انظر القرار 892 DL cc ، المؤرخ في 30 اوت 1989 ، المتعلق بالقانون الاساسي للنائب في المجلس الدستوري ، الفقه القضائي الدستوري 1977 ، ص 16 .

الفرع الأول :

العوامل المعيقة لبروز الاجتهاد القضائي

هناك عوامل من شأنها أن تعرقل القاضي الإداري الجزائري عن القيام بدوره الإنشائي على

أكمل وجه و تتمثل اهم هذه العوامل فيما يلي :

1-زيادة الثقل و العبء على مجلس الدولة :

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

و بخصوص مجلس الدولة يكون إختصاصه القضائي على النحو الآتي : كقاضي أول و آخر درجة وكقاضي استئناف ، و كقاضي نقض .

و يختص مجلس الدولة كقاضي أول و آخر درجة وفقا للمادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية و الوطنية . و يختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة ، و المادة في شكلها الحالي تتطابق تماما مع المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

إن إختصاص مجلس الدولة كأول و آخر درجة من شأنه أن يثقل و يزيد العبء على مجلس الدولة و بالتالي لا يتفرغ للقيام بوظيفته الأساسية و الرئيسية المنصوص عليها في المادة 152 من الدستور و المادة 2 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة⁽¹⁾ و المتمثلة في وظيفة التقويم و الإجتهد .

وبخصوص اختصاص مجلس الدولة كقاضي استئناف ، فطبقا لنص المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة "يختص بمجلس الدولة في إستئناف الأحكام و الأوامر الصادرة

¹ - نص المادتين متطابقتان : "مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية و هو تابع للسلطة القضائية ، يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد و يسهر على احترام القانون بمتتبع مجلس الدولة ، حين ممارسة اختصاصاته القضائية بالاستقلالية ."

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

عن الجهات القضائية الإدارية ، و يختص أيضا كجهة إستئناف 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 بالإستئناف لمجلس الدولة ، أحدث تغيير وظيفيا وموضوعيا فيما يخص أداء مجلس الدولة و حوله من محكمة قانون إلى محكمة وقائع يهتم بها و هو يفصل في الطعون بالاستئناف . و بذلك خالف هذا الدور منطوق المادة 152 من الدستور التي جعلت من مجلس الدولة جهة قضائية عليا تمارس دور التقويم و الاجتهاد .

إن الربط و المقارنة بين مضمون المادة 152 من الدستور و المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة يثير تساؤلات جوهرية : لماذا عهد قانون 98-01 لمجلس الدولة وظيفة القضاء الابتدائي و النهائي و وظيفة الاستئناف في حين اعترفت المادة 152 من الدستور لنفس الهيئة بمهمة تقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية و ضمان توحيد الاجتهاد القضائي؟ لا شك أن وظيفة الاستئناف تمكن مجلس الدولة من ممارسة وظيفة التقويم ، و بالتالي 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 و الذي يكون فقط من خلال وظيفة النقض . خاصة و أن كل من مجلس الدولة و المحكمة العليا محكومان بنص دستوري واحد .

و لا شك أيضا إن إلغاء مهمة الإستئناف بالنسبة لمجلس الدولة و تحويل ذات الاختصاص إلى محاكم استئناف مستقلة كما هو في فرنسا كفيل بتوحيد الدور القضائي بين قمة هرمين هي المحكمة العليا ومجلس الدولة⁽¹⁾.

¹- عمار بوضيف ، القضاء الإداري بين نظام الوحدة و الازدواجية ، ط1 ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص.58 .

و قد إقترح الأستاذ عمار بوضيف وجهة نظر تتمثل أنه لو أسند المشرع قضاء الاستئناف لجهة قضائية مستقلة و لو كانت جهوية و يعمل على تحويل الغرف الجهوية الخمسة التي كانت موجودة في كل من الجزائر و وهران و قسنطينة و بشار و ورقلة إلى محكمة إستئناف إدارية بحكم ما إكتسبته من خبرة .

لا شك أن هذا الإصلاح من شأنه أولا التخفيف على مجلس الدولة بإعفائه من وظيفة الطعن بالاستئناف و ثانيا بإحداث نسق واحد على مستوى جهات القضاء الإداري و العادي معا ، و بنفس النمط والكيفية فيصبح هرم القضاء الإداري يتشكل من ثلاثة خلايا بنفس عدد خلايا القضاء العادي و هي المحاكم الإدارية الابتدائية و محاكم الإستئناف و مجلس الدولة كهيئة قضائية عليا⁽¹⁾.

و بخصوص إختصاص مجلس الدولة كقاضي نقض نصت المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة المعدلة و المتممة سنة 2011 على أن: " يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية. و يختص 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 الإجتهد القضائي في المادة الإدارية فإن ممارسة هذه الوظيفة و حسن آدائها يفرض إعادة النظر في الإختصاصات المعهودة لهذه الهيئة القضائية العليا ، ذلك انه بقدر ما يكون الإختصاص محصورا و محدد دقيقا و ضيق النطاق بقدر ما يتمكن هذا المجلس من تقديم مردودية و أداء قضائي في المستوى المنتظر و المطلوب ، إذ كيف يتسنى لمجلس الدولة أن يمارس وظيفة الإجتهد على الصعيد الإداري ، و يساهم في تقنين و تطوير أحكام و مبادئ القانون الإداري في مرحلة الإزدواجية و في مرحلة الثورة التشريعية التي عاشتها البلاد منذ 1990 إذا كانت الإختصاصات القضائية المعهودة

¹ عمار بوضيف ، المعيار العضوي و اشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، 2012 ، ع . 10 ، ص . 38 .

إليه كثيرة و متنوعة ، فضلا عن النقض و هي وظيفة مألوفة و طبيعية لمجلس الدولة ، و لا يمكن أن يمارسها غيره ، فهو جهة قضاء ابتدائي و نهائي و جهة لقضاء الإستئناف .

و على ذلك يمكننا القول أن قيام مجلس الدولة بوظيفة الإجتهد القضائي بما يتبعها من تصويب القرارات القضائية في المادة الإدارية الصادرة عن المحاكم الإدارية الابتدائية يستوجب تحريره و إعفائه من مهمة القضاء الابتدائي و النهائي و الإستئناف على حد سواء و الإعفاء بوظيفة النقض دون سواها ، و هذا الأمر يفرض لا شك نقل الاختصاص بالنظر في القضايا ابتدائيا و نهائيا موضوع المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 إلى المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة و لو بتشكيلة خاصة مع تغيير طبيعية القرار الصادر عنها ليصبح إبتدائيا بما يجوز الطعن فيه بإستئناف . كما يفرض هذا التصور الجديد لدور مجلس الدولة إعفائه من مهمة الإستئناف و نقل الإختصاص إلى محاكم الاستئناف يتم إنشائها 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 إختصاص مجلس الدولة كأول و آخر درجة ، من شأنه توسيع مجال إختصاص مجلس الدولة و تضيق مجال إختصاص المحاكم الإدارية (توسيع مجلس الدولة على حساب الولاية العامة للمحاكم الإدارية) فهذا ما يقلل من فرص قضاة المحكمة الإدارية في الإجتهد.

إن السؤال المطروح ما الضرر الذي يلحق بالهيئات المركزية أو الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية إذا مثلت أمام القاضي الإبتدائي أو محكمة ابتدائية إدارية فهل يقلل ذلك من شأنها أو يمس كرامتها أو يضعف سلطتها ؟ بالتأكيد لا ، فمكائنها محفوظة و سلطتها قائمة⁽¹⁾.

¹ - علي قصير ، نادبة بونعاس ، تفعيل دور القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة الفكر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، ع. 11 ، 2011 ، ص. 224 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

إن ظاهرة التقليل من الولاية العامة للمحاكم الإدارية موجودة حتى في قوانين أخرى⁽¹⁾ غير قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فعلى سبيل المثال قانون الأحزاب السياسية⁽²⁾ الصادر بموجب القانون العضوي رقم 12-04 فإن المنازعات المتعلقة بالقرارات الراضة لتأسيس الحزب السياسي و كذا القرارات الراضة لاعتماده أصبحت تؤول لاختصاص مجلس الدولة كأول و آخر درجة و ذلك طبقا للمادتين 22 و 30⁽³⁾ من هذا القانون . و مجلس الدولة يفصل في هذه المنازعات كأول و آخر درجة لقرار قضائي غير قابل للطعن بالاستئناف و بالتالي توسيع لإختصاص 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 إعتبر نفسه غير مختص بالنظر في بعض تصرفات السلطة التنفيذية في حين ليس هناك أي قانون يمنعه من ذلك ، و بالتالي فإن الفصل في النزاعات التي تمس أعمال السيادة لا يدخل ضمن اختصاص القاضي الإداري فإن كان الفصل فيها لا يعد من صلاحياته فإن الإجتهد في هذا الصدد لا يعد من صلاحيته أيضا .

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

¹ - ياسين ربيع ، الأحزاب السياسية في الجزائر ، دار بلقيس ، الجزائر ، ص. 81 .

² - القانون العضوي رقم 12-04 الصادر بتاريخ 2012/01/22 ، المتعلق بالأحزاب السياسية ، في ج.ر.رقم 02 لسنة 2012.

³ - نصت المادة 22 : " عندما يتأكد الوزير المكلف بالداخلية من أن شروط التأسيس المطلوبة بموجب أحكام هذا القانون العضوي غير متوفرة ، يبلغ قرار رفض التصريح بالتأسيس معللا فيل إنتضاء الأجل المذكور في المادة 20 ، و يكون قرار الرفض قبلا للطعن أمام مجلس الدولة ، و يمارس هذا الطعن الأعضاء المؤسسون " . و نصت المادة 30 : " يمنح الوزير المكلف بالداخلية الاعتماد أو يرفضه ، بعد دراسته الملف المودع ، وفقا لأحكام هذا القانون العضوي ، و يجب أن يكون قرار الرفض معللا قانونيا وفقا للأجال المحددة في المادة 29 ، و يكون هذا القرار قابلا للطعن أمام مجلس الدولة " .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

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

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

أما في الجزائر هناك قرارات قضائية جاءت وقائعها بعد الإستقلال مباشرة و أقرّ فيها القاضي الجزائري أن نظرية أعمال الحكومة هي نظرية قضائية⁽³⁾ .

كيف يمكن أن نتعرف على أعمال الحكومة ؟ و ما هو معيار تحديدها ؟ إختلف فقهاء القانون بشأن المعيار الواجب إعماله و تطبيقه للقول هذا العمل من أعمال السيادة و بالتالي يحصن ضد الرقابة القضائية أو أنه عمل إداري عادي يخضع لرقابة القاضي إلغاء و تعويضا ، و يمكن ايجاز هذه المعايير فيما يأتي :

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

² - سليمان محمد الطاري ، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي ، ب.ب.ن ، 2006 ، ص. 135.

³ - إلا ان المقصود بذلك هو أن تلك النظرية هي ذات نشأة قضائية فرنسية لأن الجزائر كانت حديثة العهد بالاستقلال .

أ- معيار الباعث السياسي⁽¹⁾:

هو أول المعايير التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي ، و يقوم هذا المعيار على أساس النظر إلى الباعث الذي أدى إلى إصدار القرار ، فإذا كان الباعث سياسيا أي متعلقا بالسياسة العليا للدولة و يستهدف حماية الدولة داخليا أو خارجيا عُدَّ القرار متعلقا بأعمال السيادة و خرج بالتالي من رقابة القضاء ، أما اذا خلى العمل الإداري من هذا الباعث عُدَّ العمل الإداري عاديا و خضع لرقابة القضاء .

نقد المعيار :

إن هذا المعيار هو معيار ذاتي (شخصي) عيوبه تتمثل في أنه يترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تحديد الأعمال السياسية و بالتالي لا يحقق أي ضمانات لحقوق الأفراد .

ب- معيار طبيعة العمل :

إنقسم دعاة هذا المعيار إلى رأيين :

الرأي الأول: إعتد على نوع القاعدة التي تستند عليها الإدارة في التصرف فإذا إستندت الإدارة على قاعدة دستورية (نص دستوري) إعتبر عملها من أعمال السيادة أما إذا إستندت على نص عادي فعملها يراقبه القاضي⁽²⁾ .

هذا الرأي غير منطقي لأنه يجعل من النصوص الدستورية وسيلة للتهرب من الخضوع للرقابة القضائية على الرغم من أن الدستور هو أعلى القوانين التي يجب احترامها⁽³⁾ .

¹ - إن القاضي الجزائري أخذ بالمعيار السياسي من خلال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 1984/1/7 قضية (ي.ن) صدر وزير المالية ذهبته الغرفة المذكورة إلى القول " متى ثبت أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج وكذا القرار الوزاري المحدد لتواعد الترخيص و التبديل خارج الآجال هما قراران سياسيان يكتسبان طابع أعمال الحكومة ، فإنه ليس من اختصاص المجلس الأعلى فحص مدى شرعيتها أو مباشرة رقابة على مدة التطبيق ... " ثم أضافت الغرفة قولها : " و حيث أن إصدار و تداول و سحب العملة يعد احدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة حيث أن القرار المستوحى من باعث سياسي غير قابل للطعن بأي من طرف الطعن " لمزيد من التفاصيل أنظر قرار المجلة القضائية ، 1995 ، ع 2 ، ص . 43 .

² - Charles DEBBACHE, droit administratif, 6^{ème} édition, Paris, 2003, P.105.

³ - عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 48 .

الرأي الثاني: إعتد فريق آخر على نوع العمل الصادر عن الإدارة و بالتالي ميز بين الأعمال التي تصدرها بوصفها إدارة تخضع للرقابة ، و بين الأعمال التي تصدرها بوصفها حكومة لا تخضع للرقابة القضائية.

إن المعيار منتقد يستحيل معه وضع حد فاصل دقيق بين أعمال الإدارة و أعمال الحكومة⁽¹⁾ .

ج-القائمة القضائية لأعمال الحكومة : إزاء فشل المحاولات السابقة في الوصول إلى معيار جامع مانع لتميز أعمال السيادة ، فقد أقر الفقه بأن أفضل وسيلة لذلك هي اللجوء إلى أحكام القضاء و التعريف من خلالها على أعمال السيادة ، و معنى ذلك أن الفقه أقرّ بأن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي يطبق عليها القضاء هذه الصفة و من ثم يمكن القول أن المرجع لتحديد ما إذا كان عمل ما يعد من أعمال السيادة أم من الأعمال الإدارية هو القضاء⁽²⁾ .
و هي تشمل الأعمال التالية⁽³⁾ :

1-أعمال السلطة التنفيذية التي تتخذها في علاقتها بالسلطة التشريعية ، مثل حق إقتراح القوانين و إصدار القرارات الحكومية و نشر القوانين في الجريدة الرسمية .

2-أعمال السلطة التنفيذية المتصلة بشؤون الدولة الخارجية ، مثل الإعتراف بالحكومات و إنشاء علاقات أو قطعها أو الانضمام أو الانسحاب من معاهدة دولية .

و هذا و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت أعمال الحكومة في الجزائر محصنة كلية من الرقابة القضائية أي لا تخضع لرقابة الإلغاء أو التعويض ، فإنه وقع تطور في فرنسا ابتداء من سنة 1966⁽⁴⁾ فإذا كان الإلغاء مازال مستحيلا فإن التعويض عن أعمال الحكومة أصبح ممكنا و لكن بشروط .

- أن المسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ .

- لا يوجد أي نص صريح أو ضمني يمنع التعويض .

- أن يكون الضرر خاصا و جسيما .

¹ -باية سكاكي ، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية ، أطروحة دكتوراة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2011 ، ص . 69 .

² -إعاد علي حمود القتيبي ، القضاء الإداري ، ط1 ، دار وائل للنشر ، عمان ، 1999 ، ص. 69 .

³ -عدنان عمر ، القضاء الإداري ، - مبدأ المشروعية - ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص. 100.

⁴ - لمزيد من التفاصيل أنظر ، علي محمود ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، ط1 ، مجد المؤسسة لدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2009 ، ص. 41 و ما بعدها .

الفرع الثاني :

القيود الواردة على تراجع إجتهااد القاضي

إن الإشكالية التي نريد معالجتها هنا لا تتعلق بإمكانية مخالفة القاضي الإداري للإجتهااد القضائي القائم ما دام أن هذا الأخير من صنعه ، و بإمكانه التراجع عنه و إنشائه لإجتهااد قضائي جديد بل تتعلق بمدى إلتزامه بإتباع الإجراءات القانونية كلما أراد إحداث تغيير في الاجتهااد القضائي؟ من المؤكد أن إستقرار مجلس الدولة على إجتهااده القضائي يعطي له قوة و يضمن الأخذ به من الجهة القضائية الدنيا (المحكمة الإدارية) ، فلا يوجد تناقض بين تكليف مجلس الدولة بتوحيد الإجتهااد القضائي و الترخيص له في الوقت ذاته بالتراجع عنه و إقرار إجتهااد مغاير و لكن هل الأمر متروك للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي ؟

بالرجوع الي المادة 31 من القانون العضوي رقم 98-01 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 اجتهااد قضائي".

ويتشكل مجلس الدولة في هذه الحالة من رئيس مجلس الدولة ونائب الرئيس ورؤساء الغرف وعمداء رؤساء الاقسام ولا يصح أن ييثر 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 إجتهداد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا و مجلس الدولة حاليا بشأن الغرامة التهديدية⁽¹⁾، فهناك عدة قرارات قضت بعدم جواز الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة ، في حين نجد قرارات أخرى أجازت للقاضي الإداري النطق بها على المنوال التالي :

أولا : القرارات التي أجازت النطق بالغرامة التهديدية

هناك قرارات أقرت فيها المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) و كذا مجلس الدولة النطق بالغرامات التهديدية إكراها للإدارة على تنفيذ إلتزام بعمل أو بالإمتناع عن عمل ينصب على عاتقها .
و على ذلك أقرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا⁽²⁾، 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 علي 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 مابين الأشخاص الخاصة و الأشخاص التابعة للقانون العام في تطبيق الغرامة التهديدية .

¹ -تعرف الغرامة التهديدية بأنها عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير ، يقوم القاضي الإداري بإصدارها من أجل ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد حسن تنفيذ أي إجراءات من إجراءات التحقيق ، و هناك من يعرفها بأنها : " مبلغ من النقود يحكم به القاضي على الإدارة (المدعي عليها) عن كل فترة زمنية معينة لا يتم فيها التنفيذ لالتزاماتها" ، لمزيد من التفاصيل راجع : منصور محمد أحمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادر ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2002 ، ص . 15 . و عز الدين مرداسي ، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص . 13 و ما بعدها .

² -قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) بتاريخ 14/05/1995 ، قضية السيد (ب.م) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سيدي بلعباس ، أشار إليه ، عمار بوضيف ، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الجسر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009 ، ص . 217 .

لا يعد قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أعلاه إجتهادا قضائيا منشئا ، و لا هو بالقرار المبدئي لكونه ليس إلا تطبيقا لنص قانوني و الممثل 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 .

أما مجلس الدولة فنجدده يقضي بتاريخ 1999/3/8⁽¹⁾ 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 الإتفاق من جديد ، و على ذلك فمجلس الدولة هنا لم يقل بعدم قانونية الحكم بالغرامة التهديدية ، بل أجاز ذلك و سبب 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 الإستئناف ، حيث وقع إتفاق بين الطرفين بعد صدور القرار الناطق بالغرامة التهديدية والذي ألغى النزاع فيما بينهما و هذا في 1995/05/11 . حيث أن القرار موضوع الإستئناف حدد مبلغ الغرامة ، و التي تسري من يوم صدور القرار إلى الإتفاق الجديد ، ما دام قد وقع إتفاق جديد أطراف النزاع " .

و كذلك قرار مجلس الدولة الصادر في 2002/06/22 في قضية السيد (د.ب) و والي ولاية عين تموشنت ، و الذي 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 إحتصاص القاضي الإداري في النطق بالغرامات التهديدية ، فإن أغلب قرارات الغرفة الإدارية سابقا و مجلس الدولة ، منعت القاضي

¹ - مجلس الدولة ، الغرفة الثالثة ، قرار غير منشور ، أشار إليه الحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص . 30 .

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

الإداري من النطق بالغرامات التهديدية ضد الإدارة⁽¹⁾ ، على أساس انعدام النص القانوني أو الإجتهد القضائي و من بينها:

-صدر قرار عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/04/24 في قضية رئيس بلدية درقينة ضد (س.ع)⁽²⁾ وصف تطبيق قضاة مجلس قضاء بجاية للغرامة التهديدية ضد بلدية درقينة "بالخطأ في تقدير الوقائع و في تطبيق القانون" ، و قضى بإلغائه .

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

و إذا رجعنا إلى قانون الإجراءات المدنية و المطبق على القضائيين العادي و الإداري معا ، نجد بأن المشرع نص على الغرامة التهديدية بادي ذي بدء في المادة 340 ، و التي تدخل في الباب الثالث من الكتاب السادس المتعلق بتنفيذ أحكام القضاء ، تحت عنوان في " التنفيذ الجبري لأحكام المحاكم و المجالس القضائية و العقود الرسمية " ، كما نص عليها المشرع أيضا في المادة 471 و التي تدخل الكتاب التاسع من القانون الإجراءات المدنية تحت عنوان "أحكام عامة".

فالمادة 340 تدخل إذن في باب التنفيذ الجبري لأحكام و قرارات القضاء ، و يشمل هذا الباب تنفيذ جميع القرارات القضائية دون تمييز سواء صدرت عن المحاكم العادية أم عن الغرفة الإدارية

¹ - عبد القادر عدو ، ضمانات تنفيذ الأحكام الإجبارية ضد الإدارة العامة ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص . 175 .

² - الغرفة الرابعة قرار غير منشور ، فهرس 265 ، أشار إليه حسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص. 327.

و مجلس الدولة فالنص جاء عاما و لم يميز ما بين القرارات القضائية العادية و القرارات القضائية الإدارية ، أضف إلى ذلك كون المادة 471 أعلاه تدخل في كتاب الأحكام العامة ، أي تلك التي هي مشتركة ما بين جميع الهيئات القضائية عادية أم إدارية .

و كذلك قرار مجلس الدولة الصادر في 28/02/2000⁽¹⁾ الذي 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 03-3-1997 يجب إلغاؤها".

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

" الغرامة التهديدية غير منصوص عليها قانونا في المواد الإدارية و الإجتهااد القضائي أبعء تطبيقها ضد الإدارة و عليه 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 و الفصل من جديد برفض الدعوى الأصلية"⁽²⁾.

غير أنه من جهة الإجتهااد القضائي نجد قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 14/5/1995 و قرار مجلس الدولة في 8/3/1999 ، قد أقرأ بجواز بل و بصحة القضاء بالغرامة التهديدية ضد الإدارات العمومية طبقا للمادتين 340 و 471 من قانون الإجراءات المدنية و أن تراجع الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا و كذا مجلس الدولة عن هذين القضائيين غير مستساغ ، إذ كان لابد من

¹ - قرار مجلس الدولة الصادر في 28/02/2000 ، ملف رقم 188258 ، قضية السيد (ب،ب) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سيدي بن عدة ولاية مستغانم ، أشارت إلى هذا القرار : شفيقة بن صاولة ، إشكالية 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 ، أشار إلى هذا القرار ، حمدي باشا عمر ، مبادئ الاجتهاادات القضائية في مادة الإجراءات المدنية ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص . 95 .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

تقرير ذلك التراجع بموجب قرار صادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا سابقا أو لمجلس الدولة حاليا ، و ليس بقرارات صادرة عن غرفة واحدة أو متفرقة (1).

أما من جهة القانون ، فإن نصي المادتين 340 و 471 أعلاه لا يميزان ما بين الخواص و الإدارات العمومية ، في ذكرها للغرامة التهديدية ، خاصة و أنها يتعلقان بوسائل تنفيذ الإلتزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل ، و التي تقضي بها الاحكام او القرارات القضائية مهما كانت الجهة التي أصدرتها سواء كانت عادية أم إدارية . و القول بان النص لا وجود له ، أمر غير مستساغ ، لكون قانون الإجراءات المدنية يطبق على القضايا العادية و كذا على المنازعات الإدارية ، ما لم تستثن من ذلك بنص خاص في القانون ذاته و هو الشيء الذي لم يفعله بالنسبة للنصين المتعلقين بالغرامة التهديدية و الذين جاءا بصفة عامة و يطبقان على جميع القضايا مهما كانت نوعيتها (2).

و لتفادي هذا التغيير الواضح في اجتهادات القضاء الإداري تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصوصا تحول للقضاء الإداري سلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة من أجل إجبارها على التنفيذ ومنعها من التسلط في المواد 980 إلى 985 (3).

رغم الجهود التي يبذلها مجلس الدولة في نشر قراراته (4) لتفادي هذا التضارب و التذبذب في إجتهاداته إلا أن من الناحية العلمية لا يقوم بنشر كل قراراته ، حيث لم يتم إنشاء مجلة (5) لمجلس الدولة سوى في سنة 2001 ليصدر أول اعدادها في سنة 2002 ، و حسب المرسوم المنشئ للمجلة ، فإنه يتم نشر (6) قرارات مجلس الدولة و المحاكم الإدارية و محكمة التنازع التي تعد إجتهادا قضائيا مرجعيا .

¹ - حسن بن الشيخ آت ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص. 336.
² - سهيلة مزياي ، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية ، - مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، الجزائر 2011-2012 ، ص. 29 .
³ - عمار معاشو ، دور القضاء في حماية حقوق الإنسان ، مجلة محبر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ع . 2 ، 2010 ، ص 62.
⁴ - نصت على ذلك المادة 8 من القانون العضوي رقم 98-01 ، المشار إليه سابقا .
⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 01-413 ، المؤرخ في 19/12/2001 ، المتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة و تنظيمها و سيرها ، ج ر رقم 78 لسنة 2001 . كما ينشر المجلس بعض القرارات في موقعه الإلكتروني ، على العنوان "http://www.conseil-état.dz" . و كانت قرارات الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، تنشر في المجلة القضائية للمحكمة العليا التي نصت عليها المادة 33 من القانون رقم 89-22 ، المؤرخ في 12/12/1989 ، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها ، و صدر تطبيقا لذلك المرسوم التنفيذي رقم 90-141 ، المؤرخ في 11/5/1990 ، المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا و سيرها ، ج ر رقم 21 لسنة 1990 .
⁶ - نصت على ذلك المادة 03 من المرسوم التنفيذي ، رقم 01-403 المشار إليه سابقا .

و مع ذلك هناك بعض القرارات تبقى مجهولة من المتقاضين و من المحامين و حتى القضاة ، و لا شك أن هذا يساهم في إحداث تذبذب في الحلول القانونية التي تقدمها مختلف الجهات القضائية للمشاكل المعروضة عليها .

و مع 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 إجتهد مجلس الدولة إذ بقي هذا الإجتهد في إدراجه .

و في الوقت الحالي ، حيث يقوم المشرفون على إعداد المجلة القضائية بغريبة القرارات القابلة للنشر ، يتعين العمل على تفادي نشر قرارات تتضمن إجتهدا قضائيا ثم التراجع عنه ، و من باب أولى تفادي نشر قرارات تتضمن إجتهدين قضائيين متعارضين في المجلة القضائية ، كما تبين في المثال التالي :

إن العدد الأول من مجلة مجلس الدولة لسنة 2002 يتضمن القرار الصادر عن المجلس المذكور بتاريخ 1999/2/1 تحت رقم 149303 ، الذي قرر عدم اكتساب مديرية البريد و المواصلات الصفة في التقاضي⁽¹⁾ ، و العدد الثالث من نفس المجلة لسنة 2003 يتضمن القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/12/3 تحت رقم 012676 ، و الذي قرر عكس ذلك طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 98-143 المؤرخ في 1998/5/10 و المقرر المتخذ تطبيقا له بتاريخ 1998/6/2 و المتضمن منح مديرية البريد و المواصلات الأهلية لتمثيل الإدارة أمام الجهات القضائية .

و تجدر الإشارة إلى أن نشر جميع قرارات مجلس الدولة لا يرمي فقط إلى تحقيق غرض إعلامي و المتمثل في إعلام الكافة ، و لا سيما القضاة و المتقاضين ، بالحلول التي تتضمنها ، بل يرمي إلى تحقيق غرض وقائي يتمثل في حث القضاة على البحث الجدي عن الحل القانوني بخصوص المشاكل القانونية التي تعرض عليهم و إثارة الأوجه التي يمكن لهم استخلاصها من عناصر الملفات المعروضة عليهم ، بالشكل الذي يضمن توحيد الاجتهاد القضائي .

¹ - و قد كان من الأفضل تفادي نشر القرار المذكور في مجلة مجلس الدولة لسنة 2002 ، مادام انه لم يعد ذو فائدة عملية بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 43/98 المؤرخ في 10 ماي 1998 ، و الذي يتضمن منح مديرية البريد و المواصلات الاهلية لتمثيل الإدارة أمام الجهات القضائية .

الفصل الثاني :

الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري
في إنشاء القاعدة القانونية

إنَّ العطاء الذي يستطيع أن يقدمه القاضي الإداري للقانون يكاد لا يقل في أهميته و اتساعه عما يقدمه المشرع نفسه ، فكلما تطور المجتمع و ظهرت فيه حاجات جديدة و أوضاع لم تكن موجودة من قبل كلما اتضحت أهمية الدور الذي يضطلع به القاضي، فهو لا يستطيع أن يقف مكتوف الأيدي إتجاه هذه القضايا ، أو يمتنع عن البث فيها بحجة فقدان النص لأن واجبه هو إحقاق الحق و حسم المنازعات بين الأفراد . فالقاضي الإداري بإجتهاده يبتدع حلولاً قانونية . فما هي هذه الحلول القانونية ذات الأصل القضائي ؟ و ما مدى إلتزام القاضي نفسه بها؟ أو بمعنى آخر ما يدور في ذهن القاضي الإداري لحظة إبتداعه للقاعدة من نية التمسك و الإلتزام بهذه القاعدة في المستقبل ؟

و هو 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 و القرائن القضائية .

المبحث الأول:

المبادئ العامة للقانون

إنّ المبادئ العامة للقانون لا تستند مباشرة لنص قانوني مكتوب ، و إنما 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 و في أبحاث الفقه لم تولد مرة واحدة، بل جاءت ثمرة و نتيجة 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 مستقيلا على المنازعات المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

طبيعة المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية

المبادئ العامة للقانون بإعتبارها 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 و الوظائف التي تؤديها ، تلك النظرية مازالت تثير 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 و الخصائص الأساسية التي تتميز بها المبادئ العامة للقانون (الفرع الأول) ، كما يجدر بنا من ناحية أخرى التعرض إلى الحدود التي تقيد من نطاقها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:

مفهوم المبادئ العامة للقانون (1)

لقد 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"⁽²⁾ و من ذلك أيضا تعريف مقرر الحكومة LETOURNEUR في تقريره عن قضية ⁽³⁾ 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 ظلّه يجب أن تتطور الأمة بما لها من تنظيمات سياسية و اقتصادية وأن

¹-الإصلاح الفرنسي المقابل للمبادئ العامة للقانون هو : les principes généraux du droit

²-André DE LAUBADERE, droit administratif, 6^{ème} éd, 1973, P. 247.

³-C.E 9 Mars 1951, droit social, P. 368 et S. conclusions de M. LETOURNEUR et note du professeur RIVERO.

أشار إليه ، محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 16 .

مخالفة هذه المبادئ الكبرى لها ذات النتائج التي ترتبها مخالفة القانون المكتوب أي إلغاء القرار الصادر على خلافها و إلتزام 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 ، و يعلنها هذا الأخير في أحكامه ، فتكسب قوة الزامية و تصبح بذلك مصدر من مصادر المشروعية " (2).

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

و من 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

وتقريرها 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 و لكن 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

¹ - conclusion précitées, droit social, P. 396 .

أشار إليه المرجع السابق ، ص. 16 .

² - عمار عوابدي ، القانون الإداري ، ج1 ، دم.ج ، الجزائر ، 2002 ، ص. 101

³ - مصطفى أبو زيد ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، ط4 ، ب.د.ن ، القاهرة ، 1989 ، ص. 553 .

السنوات إزاء قلة النصوص المكتوبة في نطاق القانون الإداري ، و إزاء تمسكه باستقلال هذا القانون عن التقنين المدني على إثر حكم محكمة التنازع الشهير "بلانكو".

و لكن 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 و في حكم " dame venvre trompier-Gravier"⁽¹⁾ الذي يذكره الفقه قاطبة كحكم هام نظرية المبادئ العامة للقانون ، لم يذكر مجلس الدولة صراحة مبدأ احترام حق الدفاع في الحكم و إنما يستخلص بطريقة ضمنية ، فهناك إستثناءات قليلة جدا ، نجد فيها مجلس الدولة يخرج عن صمته و يعلن المبدأ العام الذي يتأسس عليه حكمه ، أهم الاستثناءات حكم⁽²⁾ "Abdoulhousssen" 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. و منها أيضا عدم ميل مجلس الدولة عموما لأن يقيد نفسه بصفة نهائية بقاعدة جامدة و لو كانت تلك القاعدة مبدأ قانونيا عاما و لعل السبب الأقوى هو أن مجلس الدولة لم يكن يستشعر ضرورة ذكرها صراحة نظرا لأن مبادئ الحرية والمساواة وغيرها كانت متأصلة في النظام الدستوري و القانوني للجمهورية الثالثة ، إلى درجة تجعل تلك المبادئ الحرة من الوضوح و القوة بحيث لا تحتاج لتأكيد⁽³⁾ .

1 - C.E. 5 Mai 1944, DALLOZ , P.110.

أشار إليه ، خالد الزغيبي ، القانون الإداري و تطبيقاته في الأردن ، ط3 ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 1998 ، ص 51.
2- هذا الحكم الذي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23 نوفمبر 1936 اعتبره LETOURNEUR "حكما ثوريا بالنسبة لعصره" ، حيث أعلن فيه المجلس صراحة مبدأ المساواة أمام الضرائب .

3 -Jean RIVERO, le juge administratif Français : un juge qui gouverne, DALLOZ, 1951, P 21 .

أشار إليه ، علي خطارشطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2004 ، ص. 52 .

تأتي المرحلة الثانية ، تبدأ بالذات منذ 1945 في 26 أكتوبر 1945 أصدر مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من أحكام -sieurs ARAMU-MATTEI-BELLOIR- TABTI⁽¹⁾ و فيها أعلن صراحة "المبادئ العامة للقانون الواجبة التطبيق حتى بدون نص « les principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte » و ذلك لتأسيس مبدأ احترام حق الدفاع و ضرورة تطبيقه على كل قرار إداري يتضمن معنى الجزاء. و منذ ذلك الحين أصبح مجلس الدولة يذكر دائما صراحة المبادئ العامة، و كأمثلة نذكر حكم " clary "⁽²⁾ عام 1946 بخصوص مبدأ حق الدفاع أيضا، و حكم " Sinonet "⁽³⁾ في عام 1949 و حكم " Sornin de leyast "⁽⁴⁾ بخصوص مبدأ المساواة.

و لكن ما الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى الخروج عن صمته و إعلانه للمبادئ العامة للقانون ؟

يجمع الفقه على السبب الرئيسي في ذلك هو الظروف العصبية التي مرت بها فرنسا أثناء الاحتلال في الحرب العالمية الثانية ، ففي أثناء الاحتلال سادت حكومة ليس لها أصل ديمقراطي شرعي و هي حكومة VICHY ، التي اتخذت قوانين تتعارض مع المبادئ الحرة الديمقراطية التي طالما عاشت في ظلها البلاد .

¹ - GeorgVEDEL, droit administratif, 1980, P. 378.

² - C.E 4 Novembre 1946, clary, Rec, P. 252.

اشار اليه ، علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص. 53 .

³ - C.E, 16 Décembre1949, sinonet, Rec, P. 553.

اشار اليه ، موريس نخلة ، المختار في الاجتهاد الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 1998، ص. 64.

⁴ -C.E, 10 Février 1950, Rec, P. 102.

اشار اليه ، موريس نخلة ، المرجع السابق ، ص. 64.

لذلك قام مجلس الدولة بناء على الجهود الكبيرة التي بذلها مفوضوا الحكومة في تقاريرهم الذين لم يتوانوا عن دفع المجلس إلى إعلان المبادئ العامة بإعلاء المبادئ و التصريح بها لكي تكون سنداً له في إلغاء القرارات المخالفة للمبادئ الحرة الكبرى .

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)"⁽¹⁾ .

و يقول مفوض الحكومة LETOURNEUR عن المبادئ العامة للقانون بأنها " المبادئ الكبرى" التي توجد " بجانب و جوار القوانين المكتوبة " ، فهي -أي المبادئ- بطبيعتها ليست مكتوبة في تقريره عن حكم *société des concerts du conservatoire* سابق الإشارة إليه .

حقيقة هناك عدد لا بأس به من المبادئ العامة للقانون استخلصها مجلس الدولة الفرنسي من خلال نصوص ذات صفة دستورية كإعلان حقوق الإنسان لعام 1789 و مقدمة دستور 1946 ، أو من خلال نصوص تشريعية أو لائحية متناثرة ، و لكن في نظر مجلس الدولة الفرنسي إن المبدأ في ذاته في إطاره العام و تطبيقه غير المحدد فهو يستقيم بذاته بدون أي نص .

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

¹ - و في بعض الأحيان ، يستخدم مجلس الدولة الفرنسي عبارات أخرى لكنها تتضمن نفس المعنى من حيث أن المبادئ العامة لا تحتاج لنص يقرها حتى تطبق : على سبيل المثال حكم dame lamotte بتاريخ 17 فبراير 1950 حيث يقرر المجلس أن : "الطعن لتجاوز السلطة متاح و يمكن بدون نص ضد كل قرار إداري وفقاً للمبادئ العامة للقانون و ذلك لهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية".

ملزمة للإدارة ، و الأستاذ LETOURNEUR عندما تصدى لقيمتها كقاعدة وضعية أضاف مباشرة بأنها لها على وجه الخصوص قيمة القانون المكتوب⁽¹⁾ ، 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 والاستقرار تجعلها قابلة للتطبيق اللانهائي من حيث الزمن ، حقيقة التطور قد يقتضي ملاءمات 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 . و إذا كانت عمومية المبادئ العامة و طابعها الدائم تنبعثان عن طبيعتها الأصلية كقواعد جوهرية على وجه الإطلاق ، الأمر الذي يبرر جمعهما في خصيصة واحدة ، إلا أنها مع ذلك نود إعطاء بعض المظاهر التطبيقية لكل من طابع العمومية و طابع الدوام على حدة لتأكيد هذه الخصيصة الأساسية المشتركة للمبادئ العامة .

أ- طابع العمومية :

إن أسلوب مجلس الدولة الفرنسي في إستخلاص 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 و نطاق تطبيق غير محدود يفوق هذه النصوص لأنه ينطبق خارج إطارها و حتى في نطاق النص التطبيقي للمبدأ القاضي يعطي النص تفسيرا أوسع من ظاهره حتى يتفق هذا الأخير مع مضمون المبدأ و مقتضياته ، و مثل هذا الأسلوب واضح في تطبيقات مختلفة من أبرزها مبدأ إحترام حق الدفاع فالقاضي الإداري و قد استخلصه من عدة نصوص

¹ عصام الدبس ، القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة ، - دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2010 ، ص. 58 .

تطبيقية تكشف عن المبدأ في نطاق المسؤولية التأديبية للموظف العام ، قام بتحديد نطاق عام للمبدأ يفوق في درجة إشعاعه و عموم تطبيقه الإطار المحدود للنصوص . فالمبدأ يطبق على كل جزاء يوقع على موظف و لم 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⁽¹⁾ .

ب- طابع الدوام:

حينما ظهرت اللوائح المستقلة في المادة 37 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 التي تستقل الحكومة باتخاذها في ميادين بعيدة عن الرقابة و تدخل أي قانون.

اعتقد الفقه أن الدستور قد هدم الفكرة الأساسية التي سادت منذ الثورة الفرنسية و مقتضاها أن السلطة التشريعية هي وحدها التي تملك السلطة الأصلية في التشريع، و أنه من الآن فصاعدا أصبحت السلطة اللائحية المستقلة تشاركها هذه الصفة الأصلية في التشريع . سيما و أن القانون يمتنع عليه التدخل في ميدان اللوائح المستقلة ، و خطورة ذلك واضحة من حيث عدم إمكانية رقابتها عن طريق الطعن بالإلغاء⁽²⁾ و لكن أخضع مجلس الدولة اللوائح المستقلة لرقابة المشروعية بفضل نظرية المبادئ العامة للقانون وكما بقول الأستاذ VEDEL ، مجلس الدولة الفرنسي برقابته للوائح المستقلة بناء على المبادئ العامة إستطاع أن يبقى و يحمي الأسس الدستورية للقانون الإداري .

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 إعتبارها وحدة قانونية ، أو نظرية وضعية واحدة دون اعتبار لتنوع و تعدد عناصرها ، فمجلس الدولة

¹ -G.VEDEL, droit administratif, op. cit, P. 377.

² - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 45 .

إذا كان يذكر أحيانا في أحكام هذا المبدأ العام بالذات أو ذاك على وجه التحديد ، إلا أنه في كثير من الأحكام يتعمد ذكر " المبادئ العامة " بصيغة الجمع .

و الأمثلة كثيرة: ففي حكم dame lamotte⁽¹⁾ مجلس الدولة يعلن وجود حق كل ذي شأن في استخدام الطعن بالإلغاء (أو لتجاوز السلطة) ، و ذلك إستنادا إلى المبادئ العامة للقانون كمجموعة قانونية . فهو بقول إذن " الطعن لتجاوز السلطة يتقرر حتى بدون نص... وفقا للمبادئ العامة للقانون " .

و لكن هناك تحفظ على اعتبار المبادئ العامة للقانون مجموعة قانونية واحدة، يتصل بمجموعة المبادئ العامة منظور إليها في داخلها أي في العلاقة بين العناصر و المبادئ التي تكونها، و لا يتصل بالمبادئ العامة في علاقتها بالمصادر العامة للمشروعية أو في علاقتها بالرقابة القضائية على قرارات و أعمال السلطة الإدارية.

إن هذا التحفظ يرتبط بالقيمة القانونية الحالية للمبادئ العامة للقانون ، فالفقه قبل الدستور الفرنسي لسنة 1958 كان مستقرا على اعطاء المبادئ العامة قيمة التشريع العادي و قوته ، و لكن بعد صدور الدستور رأى جانب هام من الفقه أنه من الضروري "ترقية" بعض المبادئ للقانون لتصبح ذات قيمة دستورية و مجموعة أخرى ذات قيمة تشريعية تمثل المبادئ التي لا تجد أساسا في مقدمة الدستور ، و هكذا تنفجر نظرية المبادئ العامة للقانون من داخلها إذا صح هذا التعبير إلى قسمين مختلفين في القيمة القانونية.

¹ - C.E, 17 Février 1950, dame lamotte, Rec, P. 110.

اشار اليه، محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 46.

الفرع الثاني:

حدود المبادئ العامة للقانون

إن المبادئ العامة للقانون ، برغم عموميتها و دوامها و إرتباطها العميق بأسس التنظيم الديمقراطي الحر لها حدود تقف عندها و تقيدها 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 . فالجلس يصرح دائما بأن المبادئ العامة واجبة التطبيق طالما لم يخالفها المشرع بنص صريح ، ففي ذلك الفرض يطبق النص و يستبعد المبدأ القانوني العام .

و مثال ذلك حكم ⁽¹⁾ dame David 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".

و لكن لا بد من الإشارة إلى بعض الملاحظات على هذا القيد الهام الذي يجد من نطاق نظرية المبادئ العامة للقانون :

¹-arrêt du 4 Octobre 1974, Rec. P. 464.

اشار اليه ، موريس نخلة ، المرجع السابق ، ص. 65 .

1- يلاحظ بادئ ذي بدء أن أهمية المبادئ العامة للقانون و إرتباطها بأسس التنظيم الاجتماعي والسياسي و بالقيم الاجتماعية و القانونية من ناحية أولى ، و كذلك تكرار النص عليها و تأكيدها في أحكام مجلس الدولة من ناحية ثانية ، هذان الإعتباران 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⁽¹⁾.

2- لكي يخالف القانون المبدأ العام و يستبعده من التطبيق ، يتطلب مجلس الدولة أن يكون النص التشريعي صريحا و واضحا ، فلا يكفي إستنتاج 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 تتقرر " إلا بتطبيق لنص تشريعي صريح"⁽²⁾.

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 العامة في التفسير القائلة بأن الإستثناء لا يقاس عليه و لا يتوسع في تفسيره ، و من ثم يصل القاضي الإداري إلى الإبقاء على المبدأ العام خارج نطاق الحالات التي يواجهاها النص صراحة .

4- و أخيرا وصل مجلس الدولة الفرنسي أحيانا إلى حد إهدار نص القانون المخالف للمبدأ العام و ذلك بصدد مبادئ إعتبرها جوهرية إلى أبعد حد و على وجه الإطلاق ، و من ثم رغم صراحة نص القانون المخالف لها عمل المجلس على إستخدام أسلوب جريء في التفسير بهدف

¹- أنظر في هذا النص :

René CHAPUS de la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, Dalloz. P. 102.

د. مصطفى أبو زيد ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص. 537 ، طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة ، ب.د.ن. القاهرة ، 1960 ، ص ، 37 .
2 -C.E. 17 Novembre 1922 « sieur le legillon » , Rec. P.850.

إعلاء المبدأ العام و إهدار القانون المخالف له ، و أشهر حكم في هذا الصدد هو حكم " dame lamotte " ، رغم أن القانون كان صريحا في أن القرارات الإدارية موضوع النص " لا يمكن أن تكون محلا 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 مفتوحا حتى بدون نص ضد كل قرار إداري... وفقا 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 عاجلوا المبادئ العامة للقانون ، إكتفوا بالقول بأن المشرع له أن يخالف أي من المبادئ العامة بإستبعاد تطبيقه في حدود نطاق نص القانون ، لكنهم لم يذهبوا إلى حد تأكيد إمكانية إلغاء المبدأ العام كلية بنص تشريعي ، و هذا الموقف الذي يتفق في الواقع مع تفسير أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

و لكن الذي يطرح التساؤل بإلحاح هو أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن من حق المشرع ليس فقط الاستثناء على المبدأ العام ، بل يجوز له أيضا إلغاءه تماما من كل تطبيق⁽¹⁾ ، و تفسير ذلك في منطق هذا الفقه هو أن الإعتراف بأن المبادئ العامة لها قيمة قانونية معادلة للقانون يعني أن المشرع له ليس فقط الإستثناء على المبدأ العام بل يمكنه أيضا أن يلغيه تماما ، مثلما يفعل إتجاه أي قانون عادي أصدره . فالمشرع يمكنه دائما بقانون لاحق أن يعدل أو يلغي قانونا سابقا .

و لكن لا يمكن التسليم بحق المشرع بإلغاء مبدأ قانوني عام ، و السبب الرئيسي هو طبيعة المبادئ العامة ذاتها ، فقد سبق أن رأينا عند عرض خصائصها أنها تتميز فوق عموميتها الكبرى و دوامها تمثل " القوانين الأساسية " أو النظريات الأساسية التي تحل محل التقنيين الغائب

1- Andrés DELAUBADERE, droit administratif, op. cit, P. 264.

و من ثم هناك استحالة نظرية و أيضا عملية أن يقوم المشرع بإلغاء مبدأ قانوني عام هو أصلا لا يستطيع بحكم انتشار الإطار الإشعاعي للمبدأ العام في أكثر من ميدان ، و الأقرب للواقع بأن يقوم المشرع بوضع "إستثناءات" على المبدأ العام ، بحيث يستبعد تطبيق المبدأ في خصوص الحالات التي يواجهها النص المخالف مع بقاء المبدأ العام قابلا للتطبيق في غيرها من المجالات الأخرى⁽¹⁾ .

فالعلاقة بين المبدأ العام و القانون المخالف له هي علاقة قانون عام بقانون خاص ، فالمبدأ العام هو بمثابة القانون العام من حيث إطار التطبيق ، و القانون المخالف له الذي أقره المشرع هو مجرد قانون خاص له أن يستثنى على المبدأ العام في حدود الحالات التي يواجهها هذا التشريع . و تأكيدا على ذلك العبارة التي استخدمها مجلس الدولة الفرنسي في حكم dame david المشار إليه سابقا 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 - و لكن الإلغاء غير وارد إطلاقا .

2-جواز مخالفة الإدارة للمبادئ العامة في الظروف الاستثنائية:

إن الحد الثاني يتمثل في أنه إذا طرأت على الدولة ظروف استثنائية فإن السلطات الإدارية - و بدون أي نص يجيز لها ذلك - لها أن تخالف المبدأ القانوني العام و لكن 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 بإحترام قواعد المشروعية العادية .

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص.67.

و إذا أردنا أمثلة قضائية على مخالفة الإدارة لمبدأ عام في ظروف استثنائية فإننا نذكر ذلك القضاء المستمد من حكم مجلس الدولة الفرنسي " cuiteas " ⁽¹⁾ ففي هذا الحكم قضى المجلس بمشروعية قرار الإدارة السليبي بالإمتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي صدر لمصلحة السيد " cuiteas " و يقضي بطرد الأهالي المعتدين على أرض يملكها في جنوب تونس قبل الاستقلال . فهنا إمتناع الإدارة عن استعمال القوة في سبيل تنفيذ الحكم يمثل مخالفة و إهدار لمبدأ قانوني عام هو مبدأ قوة الشيء المقضي به ، و مع ذلك اعتبر مجلس الدولة هذا الامتناع مشروعاً لوجود ظروف استثنائية تبرر مخالفة الإدارة للمبدأ العام ، و تمثلت هذه الظروف في أن تنفيذ الحكم بالقوة من شأنه تهديد الأمن جدياً في هذه المنطقة و إثارة القبائل في جنوب تونس .

هل تمثل الظروف الاستثنائية في ذاتها مبدأ عاماً للقانون ؟

بالرغم أن مجلس الدولة لم يصفها كذلك صراحة ، إلا أن هناك من الفقهاء من رأى أنه بالنظر على أهمية نظرية الظروف الإستثنائية تستحق وصف مبدأ القانوني العام و مثال ذلك الفقيه

RIVERO نادى بذلك في مقالته الشهيرة:

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

فهو يقول ما يلي :

" بين نظرية الظروف الاستثنائية و بين إعلاء المبادئ العامة للقانون ، توجد علاقة إنتماء 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

¹- لمزيد من التفاصيل راجع :

Marceau LONG, prosper WEIL, guy BR AIBANT, pierre DELVOLLE. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} édition, DALLOZ, 2007, P. 142.

الحكومة في هذه العبارة " (1) : "ظروف استثنائية في وقت أو مكان معين يمكن أن تضيء الشرعية على قرارات لا تكون مشروعة في الأوقات العادية و بالنظر للتشريع القائم".
فنظرية الظروف الإستثنائية لها كل مقومات المبدأ القانوني العام ، فهي لها طبيعة المبادئ العامة من حيث درجة عموميتها ، نظرية الظروف الإستثنائية تخلق مشروعية إستثنائية تخالف المشروعية العادية ، و أثر ذلك هو أن إجراءات السلطة العامة تكون مشروعة في إطار المشروعية الإستثنائية التي حددها مجلس الدولة و لو خالفت هذه الاجراءات نصوص القوانين أو المبادئ العامة للقانون الأخرى ، و من حيث دوامها ، نظرية الظروف الإستثنائية هي تنظيم قانوني إستثنائي دائم مستقر يظل في حركة السكون في الأوضاع العادية ولكنه ينشط كاملا فور حدوث الأزمات بهدف الإبقاء على الدولة .

و إذا إفترضنا نظرية الظروف الإستثنائية مبدأ قانونيا عاما 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 و تحدث فعلا أحيانا أمام القاضي الإداري ، فإذا وقع صدام بين المبدأ الذي يعبر عن نظرية الظروف الإستثنائية و بين أي مبدأ عام آخر ، يقوم القاضي الإداري بجل هذا التنازع لصالح نظرية الظروف الإستثنائية ، لأن الإبقاء على وحدة الدولة و سلامتها يجب أن يعلو على كل قانون أو كل مبدأ عام للقانون (2) .

و حكم CUI TEAS سالف الذكر ، يمثل تطبيقا لهذه الفكرة ، فمجلس الدولة الفرنسي إزاء التصارع بين قوة الشيء المقضي به الذي يتطلب قيام الإدارة بتنفيذ كل حكم قضائي نهائي ، و بين مبدأ الظروف الاستثنائية الذي يتطلب ضرورة الحفاظ على الأمن العام على إقليم الدولة قد قام بتغليب مبدأ الظروف الإستثنائية و إستبعد مبدأ قوة الشيء المقضي من التطبيق .

¹- الأستاذ RIVERO يعني تقرير مفوض الحكومة LE TOURNEUR في حكم مجلس الدولة الفرنسي LANGIER SIREY بتاريخ 16 أبريل 1948.

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

المطلب الثاني:

المبادئ العامة للقانون تطبيق مستقبلا

على المنازعات المشابهة

كان القاضي الإداري قبل عام 1945 ، يستلهم في قضاؤه عددا من المبادئ العامة و يؤسس عليها أحكامه، و لكن دون أن يفصح عنها و يذكرها 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 و لكن 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)

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

¹ - إبراهيم عبد العزيز شيجا، مبادئ و أحكام القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، ب.ب.ن . 2009 . ص. 94 .

الفرع الأول:

القاضي الإداري مشرع المبادئ العامة للقانون

يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنه إذا كان للقاضي الإداري دور في تقرير و تحديد المبادئ العامة للقانون ، إلا أنه ليس هو نفسه المصدر الحقيقي لقوتها الإلزامية ، وإنما مصدرها الحقيقي هو النصوص الوضعية مثل مقدمات الدساتير ، المواثيق ، الدستور ، التشريع ، و هنا لا يكون القاضي الإداري "مشرعاً" لهذه المبادئ التي لا تستمد قوتها الإلزامية من الحكم و إنما ترتد إلى مصادرها الوضعية المقررة ، فدور القاضي هنا لا يتعدى مجرى التطبيق للمبدأ شأن تطبيقه للقاعدة القانونية التشريعية . و يعتمد هذا الإتجاه من الناحية النظرية على فكرة أن القواعد القانونية مصدرها الرسمي هو القانون المكتوب بدرجاته . و من ثم فلا يعتبر القضاء مصدراً رسمياً لقواعد القانون .

و لكن هذا الإتجاه الفقهي في رأي كثير من الفقهاء⁽²⁾ لا يقدم التفسير الحقيقي لمصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون فهي " واجبة التطبيق حتى بدون نص " هو إشارة صريحة للدور الخلاق لمجلس الدولة نفسه ، لأن تلك المبادئ تستقيم بنفسها و لو 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 . و الإتجاه الفقهي السابق حينما يحصر دور القاضي الإداري في مجرد تفسير نصوص التشريع و في مجرد تطبيق القانون فهو يتجاهل الدور الإيجابي

¹ - من أصحاب هذا الموقف نذكر على سبيل المثال : ابراهيم عبد العزيز شيجا ، مبادئ و احكام القضاء اللبناني ، المرجع السابق ، ص. 96 ، علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص. 53 .

² - و من أصحاب هذا الموقف نذكر على سبيل المثال : محمد رفعت عبد الوهاب ، المبادئ العامة لقانون كصدر للمشروعية في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص. 77 ، رأفت فودة ، مصادر المشروعية الإدارية و منحتها ، المرجع السابق ، ص. 117 .

الخلاق للقاضي الإداري . و في هذا الإتجاه يقول الدكتور طعيمة الجرف " هنا يتجاوز القاضي الإداري دوره التقليدي بإعتباره سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون ، كما يتجاوز حكمه مهمته العادية بإعتباره فصلا في خصومة معينة و يتحول القاضي الإداري من خلال الحكم الذي يصدره ، مصدرا لإنشائها 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 باطلة حقيقية بالإلغاء إذا ما طعن فيها أمام القضاء كما لا يجوز لها أن تصدر لوائح تنظيمية عامة بالمخالفة لأحكامها"⁽¹⁾ .

و أيضا بقول الفقيه DUPUIS

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

"فمن الناحية الفنية ، فإن القاضي عندما يصيغ مبدأ قانوني عام ، فإنه يتصرف و يظهر 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"⁽²⁾

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

¹ - أشار إليه ، رأفت فودة ، المرجع السابق ، ص. 116 .

² - أشار إليه : عبد الغني بسويوني عبد الله ، القضاء الإداري اللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2001 ، ص. 36 .

و كما يقول الأستاذ VEDEL: " إن المبادئ العامة للقانون ليست سوى مجرد تطبيق للسلطة الخلاقة لمجلس الدولة"⁽¹⁾. و حتى 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 ، و ليحيا حياة جديدة مستقلة يصل إشعاعها لكل مجال لا ينص فيه على تطبيق المبدأ أو يطبق فيها بشكل مبتور.

و هنا يكون القاضي الإداري "مشرعا" لقاعدة قانونية جديدة ، و كل قاعدة يقرها القاضي تعتبر -و بحق- 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 أصدرتها على عكس ما تقتضيه القاعدة القضائية⁽²⁾. بإختصار تصبح القاعدة التي إبتدعها -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 .

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 بإعتبارها أقوى مظهر من مظاهر تلك السلطة الخلاقة للقضاء الإداري، و لا

¹ -George VEDEL, droit administratif, op. cit, P .283.

² -رأفت فودة ،، المرجع السابق ، ص.ص. 116- 177 .

يقلل إطلاقاً 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 وغير ذلك يكون أمراً مستهجننا ، 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. و بناء على ذلك ليس صحيحاً القول بأن المبادئ العامة هي امتداد أو تطبيق للتشريع لمجرد أن مجلس الدولة يستقي "أحياناً" بعض المبادئ العامة من "روح" بعض النصوص المتناثرة لأن المبدأ العام في هذه الحالة "يحيا حياة مستقلة" جديدة أعلى من مستوى هذه النصوص⁽¹⁾.

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

أولاً : المبادئ العامة التي استقهاها مجلس الدولة من إعلان الحقوق و مقدمة الدستور:

هي المبادئ العليا التي ترتبط بفكرة المساواة أو فكرة الحرية ، تلك المبادئ التي سماها مفوض الحكومة LETOURNEUR "المبادئ الكبرى" ، و وضعها الأستاذ RIVERO بأنها "تمثل الفلسفة السياسية للأمة" و التي عبر عنها المستشار ODENT بأنها "أساس نظامنا و حضارتنا القانونية" ⁽²⁾.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 79 .
² - إبراهيم عبد العزيز شيحا ، المرجع السابق ، ص. 97 .

و لقد وجد مجلس الدولة الفرنسي في نصوص إعلان حقوق الإنسان لعام 1789 و مقدمة دستور 1946 خير معين له في إنشاء نظرية المبادئ العامة للقانون فلقد كانت هذه النصوص تجسيدا للأفكار السياسية الحرة التي تؤسس الدولة الديمقراطية . و لكن مهما كانت قوة ضغط هذه الأفكار الموضوعية على ضمير القاضي ، فإنه مع ذلك يجهد الخلاق الذي ينتزع منها المبدأ و يمنحه القوة الملزمة الوضعية ، و تلك الأفكار ما هي إلا مصادر مادية التي يستقي منها مجلس الدولة المبدأ القانوني العام.

سوف نقسم الأمثلة إلى مجموعتين تجمع المبادئ المتصلة بفكرة الحرية و تلك المتصلة بفكرة المساواة :

1-المبادئ المتصلة بفكرة الحرية :

أولى هذه المبادئ و أكثرها عموما هو مبدأ ضرورة احترام الحريات العامة للأفراد. و هو من أهم المبادئ العامة للقانون على الإطلاق، لأن الحريات العامة تمثل الحقوق الأساسية للصيقة بصفة الإنسان و هي أسس كل مجتمع ديمقراطي .

و قد كفلت جميع الدساتير الحريات الشخصية و العامة، و نصت عليها الدساتير الجزائرية و كفلت ممارستها لجميع الأفراد .

و لقد عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ الأساسي في أحد أحكامه بخصوص السلطة اللائحية التي تتمتع بها نقابات المهن الحرة ، فقرّر المجلس أن لائحة آداب المهنة التي يضعها مجلس النقابة طبقا للقوانين يجب أن تحترم الحريات الفردية التي تثبت لأعضاء النقابة مثل كل المواطنين العاديين⁽¹⁾ .

و قضاء مجلس الدولة المصري صريح في تقرير هذا المبدأ الجوهري ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري : " إن الحرية الشخصية هي ملاك الحياة الإنسانية كلها لا تخلقها الشرائع ، بل تنظمها

¹لمزيد من التفاصيل أنظر :

و لا توجد القوانين بل توفق بين شتى مناحيها و مختلف توجيهاتها تحقيقا للخير المشترك للجماعة و رعاية الصالح العام ، فهي لا تقبل من القيود إلا ما كان هادفا إلى هذه الغاية مستوحيا تلك الأغراض " (1) .

و إلى جانب هذا المبدأ العام الرئيسي ، هناك مبادئ عامة أخرى متفرعة عنه و تتصل بمفردات تلك الحريات : مثل الحرية الشخصية ، حرية الرأي، حرية العقيدة (2) .

2-المبادئ المتصلة بفكرة المساواة :

أولى هذه المبادئ و أكثرها عموما هو مبدأ المساواة أمام القانون ، قد تضمنها إعلان حقوق الإنسان بالذات في مادته السادسة ، كما نصت عليه الدساتير في الدولة المختلفة و منها دساتير الجزائر ، فقد نصت المادة 32 من دستور 2016 بقولها : " كل المواطنين سواسية أمام القانون ، و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق ، أو الجنس ، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي " .

و لكن بجانب الصفة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القانون فهو يعتبر مبدأ قانوني عام هكذا إعتبره و يعتبره مجلس الدولة الفرنسي ينظر إليه كمبدأ عام يمكن أن يستقيم بذاته بجانب كونه نصا دستوريا .

و إلى جانب هذا المبدأ العام الرئيسي ، هناك مبادئ عامة أخرى متفرعة عنه و هنا يتضح بصورة أقوى الدور الإنشائي للقاضي الإداري ، لأن تلك المبادئ ليست نتائج تترتب بذاتها و ببساطة على المبدأ الرئيسي الذي يقضي بالمساواة أمام القانون ، و لكنها تعبر عن عمل ابتكاري خلاق من مجلس الدولة .

¹ - حكم بتاريخ 1951/03/08 ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الخامسة، ص 699 ، أشار إليه : عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري اللبناني المرجع السابق ، ص. 36 .

² - لحسن بن شيخ أت ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية ، ط2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص. 226 .

و أهم هذه المبادئ الأخرى للمساواة : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة ، مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة ، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ⁽¹⁾.

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

هنا يقفز الدور الإنشائي و الخلاق للقاضي الإداري إلى أعلى درجة، لأنه يستقي تلك المبادئ ليس من أصول محددة بل من أفكار فلسفية و سياسية غير محددة بل مبهمة، ويضفي عليها القاضي الإداري التحديد و يبلورها في مبادئ عامة محددة وصيغة و مباشرة " .

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 " Dame lamotte " السابق الإشارة إليه فإزاء أحد قوانين حكومة VICHY الرجعية الصادر عام 1943 والذي 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 تفسيرا ضيقا يصل إلى حد إهداره تماما فقرّر المجلس أن هذا النص رغم ظاهر عبارته " لم يستبعد الطعن لتجاوز السلطة (الطعن بالإلغاء) أمام مجلس الدولة .

و استطرد المجلس واضحا المبدأ العام ، فقال : " إن الطعن لتجاوز السلطة يبقى مفتوحا وممكنا حتى بدون نص ضد كل قرار إداري ليضمن -طبقا للمبادئ العامة للقانون- إحترام مبدأ المشروعية " ⁽²⁾.

و هكذا نحن أمام مبدأ قانوني عام أنشأه مجلس الدولة " بدون نص " إستلهاما من الأفكار الفلسفية و السياسية العليا التي تؤسس كل دولة قانونية تخضع فيها الدولة مثل الأفراد لإدارة القانون و رقابة القضاء.

¹ - حسين بن شيخ اث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص. 226 .
² محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 121.

و نفس الموقف اتخذ مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر 2000/01/17 إذ قرّر أن : " الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود و حتى و لو يكن هناك نص " (1) .

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 أنها تتمتع بقيمة التشريع العادي ، إلا أنّ موقف القضاء الفرنسي في تلك الفترة لم يكن واضحا ، كان يعطيها مرة مرتبة التشريع العادي و مرة أخرى يتخذ موقفا مغايرا .

و لكن بعد صدور الدستور الفرنسي لسنة 1958 ، إنتهى عهد الاستقرار و بدأت مسألة القيمة القانونية للمبادئ العامة تثير في فقه القانون العام مشكلة حقيقية . و جوهر هذه المشكلة هو أنه نتيجة لعوامل مختلفة بعضها يرجع للتجديدات الدستورية في إطار العلاقة التقليدية بين القانون و اللائحة ، و بعضها يرجع لصياغة بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي . فظهرت عدة إتجاهات فقهية و لعل أبرزها :

الإتجاه الأول : يرى أنّ لها القيمة التقليدية التي كان الفقه يجمع عليها من قبل و هي قيمة التشريع العادي (2) ، و كان هذا الرأي يستند على عدد من الأدلة أهمها :

¹ - مجلة مجلس الدولة ، ع.2 ، 2002 ، ص.9 .

² - مصطفى أبو زيد ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 753 ، محمد رفعت عبد الوهاب ، المبادئ العامة للقانون كصدر للمشروعية في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص 175 و ما يليها ، محمد فؤاد مهنّا ، القانون الإداري العربي ، ج1 ، ب.د.ن.، ب.س.ن.، ص 90 ، محسن خليل القضاء الإداري و رقابته لأعمال الغدّارة ، ج1، ب.د.ن.، ب.س.ن.، ص.37 .

- إن أحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير لذلك صراحة ، فهناك أحكام تؤكد باللفظ الصريح "المبادئ العامة للقانون ذات القيمة التشريعية"⁽¹⁾ و قد استخدم المجلس هذا التعبير الذي لا لبس فيه في حكم

Syndicat des propriétaires de forêts de chênesliège
"d'Algérie

الصادر في 7 فبراير 1958⁽²⁾، ثم استخدمه في حكم لاحق على صدور دستور 1958
و هو حكم

"⁽³⁾ Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants"
الصادر في 19 فبراير 1960.

و يضاف 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 " .

- إن المبادئ العامة تفرض احترامها على اللوائح الإدارية ، مما يفيد أن لها قيمة أعلى منها أي
قيمة تشريعية.

الإتجاه الثاني : يرى أن مستواها أقل من القانون و أعلى من التنظيم⁽⁴⁾ ، و حسب هذا الإتجاه
تؤسس هذه القيمة القانونية للمبادئ العامة على دليلين أساسيين :

¹ - إبراهيم عبد العزيز شيجا ، المرجع السابق ، ص. 105 .

² - أشار إليه ، محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 176 .

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

⁴ - من أصحاب هذا الموقف نذكر على سبيل المثال : الأستاذ CHAPUS شرح وجمحة نظره في المقالة :

De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, D. 1966, P. 99 et S
و من الفقه المصري محمود حافظ ، القضاء الإداري ، - دراسة مقارنة -، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1979 ، ص. 40 .

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 الإتجاه 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 للمشروع بل أدنى منه .

و لكن ما يعاتب على هذا الإتجاه أنه يطبق على القاضي الإداري النظرية الرسمية لمصادر القانون، و يستخلص نتيجة هي أن المبادئ العامة تأخذ قيمتها من مستوى القاضي الإداري في تدرج مصادر القانون بحيث لا يستطيع حتى هذا القاضي نفسه أن يضيفي على المبادئ العامة قيمة أعلى من مستواه أي قيمة معادلة للتشريع العادي و لكن أساس الاستدلال ذاته خاطئ لأن القاضي الإداري مثل القاضي العادي تبعا للنظرية الرسمية لمصدر القانون التي يبدأ منها هذا الإتجاه ، و هو أصلا ليس من السلطات الرسمية التي تخلق قواعد القانون ، لأن النظام القانوني الفرنسي و كذلك الجزائري لا يأخذ رسميا بنظام السوابق القضائية ، ضمن الناحية النظرية الرسمية كما يقول الفقيه VEDEL القانون بالكامل هو "قانون مكتوب تشريعي دون مشاركة من القاضي" ⁽¹⁾ ، و من ثم لا يجوز القول بأن قيمة المبادئ العامة تستمد من مستوى القاضي بين السلطات الرسمية التي تنشئ رسميا قواعد القانون .

الإتجاه الثالث : لها قيمة مساوية للدستور .

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

1 - George VEDEL, droit administratif, op.cit, P. 288 .

القيمة الدستورية للمبادئ العامة يتنازعها إذن فريقان من الفقهاء ، و إذا جئنا للإتجاه 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 " .

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

و فيما يلي سنعرض الأسباب التي دفعت الإتجاه الغالب في الفقه الحديث إلى تأكيد القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون كلها أو بعضها .

إنّ أول الأسباب التي دفعت الفقه إلى الإعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون في أن تلك " الترقية " للمبادئ العامة " ضرورة " لا بد منها حتى تضمن رقابة موضوعية فعالة من

¹ - مراد بدران ، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية ، ألفت على طلبة الماجستير تخصص القانون الإداري المعق ، دفعة 2013/2014 ، غير منشورة .

مجلس الدولة على كل من اللوائح المستقلة التي نص عليها الدستور في المادة 37 و فيما يلي تفصيلا لذلك⁽¹⁾:

إن الثورة التي أحدثها دستور 1958 في العلاقة التقليدية بين القانون الصادر من البرلمان و بين اللائحة ذلك أن الدستور في المادة 34 قد حدد الوظيفة التشريعية للبرلمان في عدد من المسائل المعينة على سبيل الحصر ، بحيث لا يستطيع البرلمان التصدي و التشريع في غيرها ، فإختصاصه التشريعي أصبح محدد بها ، ثم جاءت المادة 37 من الدستور لتقرر أن المسائل الأخرى التي تخرج عن نطاق القانون تنظمها اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية.

و هكذا قلبت تلك النصوص الدستورية العلاقة التقليدية السابقة بين نطاق القانون و اللائحة فقد أصبحت اللائحة ذات اختصاص عام في ميدان التشريع كقواعد عامة مجردة ، أصبحت هي القاعدة في أمور التشريع ، بينما أصبح القانون ذات اختصاص استثنائي .

و هذا الوضع الجديد يعتبر ثورة على الفكرة التقليدية السائدة قبل ذلك ، و التي كان مقتضاها أن البرلمان هو السيد الأعلى في ميدان التشريع .

و كانت المسألة التي شغلت الفقه هي كيفية ضمان رقابة موضوعية على محتوى و مضمون تلك اللوائح من جانب القاضي الإداري ، و وجد الفقه بحق في نظرية المبادئ العامة للقانون الأساس الحقيقي لرقابة موضوعية و فعالة ، فبدون ذلك هناك خطر حقيقي من إفلات اللوائح من الرقابة القضائية لقاضي الإلغاء.

و لكن 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 و ذلك لأن السلطة التنفيذية في نطاق اللوائح المستقلة تبدو و كأنها ذات سيادة مثلما كان المشرع الذي أخذت مكانه و من ثم إذا ظلت المبادئ العامة في مستوى القانون

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السابق ، ص. 37 .

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 يقيها في حظيرة رقابة المشروعية .

و كذلك إستند الفقه المدافع عن القيمة الدستورية للمبادئ العامة إلى صيغ و عبارات بعض الأحكام التي بدت لهم مؤكدة ، و أهم حكم على الإطلاق يذكره كل الفقهاء.

هو حكم "syndicat général des ingénieurs-conseils" بتاريخ 1959/06/26⁽¹⁾ و في صياغة الحكم عبارات اعتبرها الفقه المعني هنا إعلانا من مجلس الدولة للقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون . فالجلس قرّر 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 إحترامها على سلطة لائحية حتى في غياب النصوص التشريعية و هكذا مجلس الدولة في نظر الفقه يؤكد المصدر الدستوري للمبادئ التي تستخلص من مقدمة الدستور " و ذلك يعني أن تلك المبادئ تصبح ذات قيمة دستورية بالنظر لمصدرها ، سيما و أن القوة الوضعية الدستورية لمقدمة دستور 1946 الذي صدر في ظل ذلك الحكم سبق و أن أكدها مجلس الدولة في أحكام سابقة .

و يضيف BRAIBANT إلى أن هناك دلالة أخرى في الحكم المشار إليه نحو القيمة الدستورية للمبادئ العامة ، و هي أن رئيس الوزراء في شؤون المستعمرات يملك سلطة التشريع مثل البرلمان و من ثم إخضاع اللوائح التي يتخذها لإحترام المبادئ العامة للقانون يعني أن تلك

¹ - أشار إليه : محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 150.

المبادئ لها قيمة دستورية ، و إلا فكيف نفسر إلزام المشرع في المستعمرات بإحترامها إذا كان تلك المبادئ مجرد قيمة معادلة للتشريع العادي .

و أخيرا 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 و ملزمة للمشرع ، مبادئ مستمدة إما من إعلان حقوق الإنسان ، و إما من مقدمة دستور 1946 ، و معروف أن مقدمة دستور 1958 قد اعتبرت هذه النصوص الدستورية جزءا لا يتجزأ منها .

و فيما يلي إشارة لأهم تلك الأحكام : حكم المجلس الدستوري بتاريخ 16 جويلية 1971 الذي أعلن القيمة الدستورية لمبدأ " حرية تأسيس الجمعيات

« liberté d'association » المستمد من القانون الجمهوري الصادر في 01 جويلية 1901 و الخاص بتكوين الجمعيات .

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

و أيضا حكمه بتاريخ 23 جويلية 1975 الذي أبرز القيمة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القضاء باعتباره متفرعا من المبدأ الأصلي الأساسي و هو مبدأ المساواة أمام القانون .

و كذلك 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 ، و إن كان المجلس لم يحدد ذلك صراحة .

و أيضا حكمه بتاريخ 23 نوفمبر 1977 بشأن القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعليم بإعتباره أحد المبادئ الأساسية للقوانين الجمهورية ، و قد إستمدده المجلس من المادة 91 من القانون المالي الصادر في 31 مارس 1931 .

و نذكر أيضا حكم المجلس الدستوري بتاريخ 12 جويلية 1979 الذي قرّر القيمة الدستورية لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ، الذي إعتبره المجلس نتيجة لازمة لمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة 6 من إعلان حقوق الإنسان .

و أخيرا حكمه الأحدث بتاريخ 25 جويلية 1979 الذي أكدّ القيمة الدستورية لحق الإضراب المستمد من مبادئ مقدمة دستور 1946 ، و كذلك القيمة الدستورية لمبدأ دوام سير المرافق العامة و لكن بدون تحديد واضح للنص الدستوري الذي تستند إليه تلك القيمة الدستورية .

و هكذا 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 و القرائن القضائية

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

و إذا كان القاضي يؤسس حكمة على القرائن التي يستنتجها بإجتهاده من موضوع الدعوى و ظروفها عندما يخلو ملف الدعوى من الأدلة و عندما يستحيل على المدعي و الذي هو الفرد في الغالب أن يقدم كافة المستندات من أجل اثبات ما يدعيه فإننا نكون أمام القرائن القضائية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول :

القرار المبدئي

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 . و لكن في حالات أخرى ، و أمام إنعدام 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 - و لا يجد بصدها نصا ، فإنه يجتهد ، و يجد لها حلا .

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 امام قرار مبدئي⁽¹⁾ (un arrêt de principe) مع العلم أن القرار المبدئي⁽²⁾ في الجزائر ليس حكر على قضاة مجلس الدولة فبإمكان قاضي الدرجة الأولى (محكمة إدارية) أن يضعه هو أيضا.

و لا يتميز القرار المبدئي بأية صفة خارجية تميزه عن غيره من القرارات القضائية ، بل الذي يجعله معروفا هو مقالات ، و تعاليق كبار الفقهاء عليه .
و أخيرا تقتضي دراسة القرار المبدئي إلى وجوب التطرق إلى كيفية وضع القرار المبدئي (الفرع الأول) ، ثم إلى القيمة القانونية للقرار المبدئي (الفرع الثاني) .

¹ -Jean RIVERO jean WALINE, op, cit, P 263.

² و مثال ذلك القرار الذي صدر في قضية "BLANCO" الشهيرة و التي فصلت فيها محكمة النزاع الفرنسية في 8 فبراير 1873 و تلخص وفائهما ، إن بذت السيد بلانكو أصابها سيارة تابعة لمصنع التبغ فألحقت بها أضرار فقام والدها برفع دعوى أمام القضاء العادي ضد الدولة باعتبارها مسؤولة مدنيا على الخطأ الذي ارتكبه عال المصنع تطبيقاً للمواد 1382 ، 1383 ، 1384 من القنين المدني ، إلا أن ممثل الدولة دفع بعدم اختصاص القضاء العادي فأحيل النزاع أمام محكمة النزاع و لقد قررت هذه الأخيرة أن هذا النوع من النزاع لا يمكن أن يكون من اختصاص القضاء العادي و عليه فإن هذه القضية أثارت مشكلتين أساسيتين : 1- تتعلق باختصاص القضاء الإداري و أن قواعد القانون الإداري قواعد أصيلة و متميزة عن القانون المدني . 2- تحمل الدول مسؤولية الأفعال و الأخطاء التي تسببت فيها أفرادها و لمزيد من التفاصيل أنظر :

Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVE, op.cit, P 15.

و هذا ما أخذت به الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قضية "Bardies-Montfa" بتاريخ 1996/12/16 ، و تشبه هذه حيتياتها القضية في الأساسية ، الحيثية الجوهرية لقضية "BLANCO" .

الفرع الأول :

مراحل وضع القرار المبدئي

إن المشرع مهما توخى الدقة و الكمال في عمله لا يستطيع أن يحيط بكل شيء و أن يضع مسبقا 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 و بالتالي فإن إهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول للقضية المعروضة عليه .

إن عمل القاضي الإداري في وضع القاعدة القضائية يمر بمراحل متعددة⁽¹⁾ و هي:

1-مرحلة الاكتشاف المزدوج :

و تسمى أيضا بالوعي و العلم بالنقص الذي يشوب النظام القانوني القائم ، يلاحظ القاضي الإداري أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، و يكتشف ثانية الحل الذي يسد و يكمل العجز في النظام القانوني القائم ، و هذا الاكتشاف المزدوج لا يأتي فجأة و إنما نتيجة تفكير طويل و خبرة طويلة لدى القاضي الإداري و شفافية إدراكه بكل جوانب النظام القانوني القائم .

و يظل عمل القاضي في ظل هذه المرحلة في كنف السرية التامة حتى يكتشف أمره عندما يصل إلى المرحلة الأخيرة و المتعلقة بإدخال هذا الحل القضائي حيز التنفيذ و إدراجه في النظام القانوني القائم .

و الأمثلة على هذه المرحلة كثيرة يمكن أن نذكر منها : خلق أعمال السيادة ، حيث أن القاضي الإداري قد إكتشف الخطر الذي يحيط به و هو في مهده الأول من التصدي لأعمال سياسية

1- محمد المجني ، المرجع السابق ، ص. 07 .

و مواجهة الحكومة و تبع هذا الإكتشاف إيجاد الحل القضائي القاعدي لهذه الفئة من الأعمال و جعلها بمنأى عن رقابة القضاء .

أيضا يمكن أن نذكر " التعويض عن الضرر المعنوي" و بالتحديد عن " الألم المعنوي" LA DOULEUR MORAL حيث فطن القاضي الإداري في قضية

LE tisserand⁽¹⁾ إلى عجز القانون القائم و نقصانه لعلاج هذه المسألة و ضرورة وضع قاعدة قانونية قضائية لعلاج هذا العجز.

و أخيرا تقرر دعوى الرجوع l'action récursoire في المسؤولية الإدارية ، حيث إكتشف القاضي في مرحلة لاحقة أن القضاء مستقر على عدم مسؤولية العاملين في الدولة و مدى اجحاف هذا القضاء و تيقن من ضرورة إيجاد حل يتمثل في تقرير حق الإدارة في الرجوع على الموظف حيث تتولى هي التعويض عن ضرر ناتج من خطأ شخصي للموظف⁽²⁾ .

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.

و يمكن للقاضي التلميح بميلاد القاعدة الجديدة في حكم نفسه و لكن في نزاع آخر ، فهدف هذه المرحلة هو إخراج الحل القضائي إلى الوجود و التعريف به ، حتى يتلقى القاضي الإداري

¹ -تتلخص وقائع القضية التي فصل مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24 نوفمبر 1916 : إن سيارة حكومية اصطدمت بدراجة فقتلت راكبها و ابنه الذي كان معه فرغ والد صاحب الدراجة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن وفاة ابنه و حفيده ، القضاء هنا استجاب له و منحه التعويض لأنه رأى في وفاة الابن و الحفيد تكبد ضرر معنوي.

² - رأفت فودة ، المرجع السابق ، ص. 106 .

رأي المختصين في هذا الحل المحتمل أن يصبح قاعدة قانونية ، فيتأكد من سلامته ، فكما يقول الفقيه A.BERNARD "إن تقديم إتهام 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⁽¹⁾ *société la fleurette* و لكن الحقيقة غير ذلك إذا حكم " لافلوريت " لم يكن إلا مصيغا 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 "لافلوريت". و لقد اعتمدت الجمعية العمومية للمجلس تفسيرا واسعا للنص التشريعي المانع من المسؤولية، و ذلك بقولها أنه و إن كانت ألفاظ النص التشريعي و حروفه تمنع المسؤولية عن القوانين إلا أن روح النص و غايته لا تمنع من تقرير هذه المسؤولية أو عدم تقريرها لم يكن لصورة مطلقة.

3-مرحلة الإدماج :

بعد كشف السرية و إظهار القاعدة القضائية و تناول المختصين لها بالنقد و التعليق و خصوصا من جانب الفقه ، و تبادل الصيغ الأمثلة لها من خلال تعليقات الفقه و وعي القاضي بالصورة و الشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل قانوني عادل و كعلاج للفراغ التشريعي يتولى القاضي إدماج *incorporation* و إدخال هذه القاعدة في حيز النظام القانوني القائم لتصبح بذلك عنصرا من عناصر المشروعية و على أساسها تقاس مشروعية أعمال الإدارة ، صحة و بطلانها ، فقبل عملية الإدماج هذه ، يكون للقاعدة القضائية قوة

¹ - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 14/01/1938 في قضية شركة المنتجات الحليبية "la fleurette".

اشار اليه ،عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الادارية، د. م.ج، الجزائر، 2007، ص. 241.

و سلطة تفرض نفسها على العاملين في الوسط القانوني ، و لكن تنقصها هذه القوة la force التي تفرض احترامها في داخل النظام القانوني الوضعي . و لذلك يتولى القاضي الإداري بأساليبه السرية و الملتوية و ببطء متعقل -تجنباً لأي صدام- فرض احترام هذه القاعدة و وجودها داخل النظام القانوني الوضعي ، و لقد عبر العلامة HAURIOU 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 positions sur des points éloignés, enveloppant ainsi peu à peu la position centrale ».(1)

و للوصول إلى هذه المرحلة النهائية يحاول القاضي الإداري ، التلميح بهذا الحل القانوني الجديد في أحكام متعددة تدور حول ذات الموضوع ، و بعد فترة زمنية معينة يأتي في حكم و بصورة صريحة مباشرة و يعلن عن تبنيه للقاعدة الجديدة ، و يتم نشرها و التعليق عليها لتصبح عنصراً من عناصر المشروعية الإدارية .

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 gaz de bordeaux⁽²⁾ فلقد تلقى القانونيين هذا الحكم بصدر رحب و دون أدنى منازعة و ذلك لكونه ليس إلا حلقة في سلسلة من الاحكام التي سبقتها و أعلنت عن قرب قدوم هذه النظرية .

¹ -مقتبس عن رأفت فودة ، المرجع السابق ، ص.ص. 108-109 .

² -موجب القرار الصادر عن المجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1916/03/30 وضع نظرية الحوادث الطارئة التي تسمح باستمرارية و دوام العقود الإدارية في حالة اضطراب توازنها الاقتصادي بفعل أحداث لم يتوقعها الأطراف و تتلخص و قانع هذه القضية : إن الشركة العامة في بوردو كانت تريد أن تتحمل بلدية بوردو زيادة الكلفة التي ترتبت عليها بفعل الارتفاع الكبير في أسعار الفحم منذ إبرام عقد الامتياز بين الطرفين في 1916 ، ذلك أنه بسبب الحرب العالمية الأولى سقط معظم المناطق المنتجة للفحم في يد الألمان ، و بمناسبة هذه القضية قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه من المفروض أن عقد الامتياز يحدد بصفة نهائية التوامات الطرفين ، و تكون تغيرات أسعار المواد الأولية بسبب الظروف الاقتصادية من بين مخاطر السوق التي يتعين على الملتزم أن يتكفل بها ، و لكن عندما يضرب التوازن الاقتصادي للعقد إلى درجة كبيرة جداً لم يكن يتوقعها الأطراف ، فإنه لا يمكن للملتزم أن

و في مقالة الشهير المعبر بوضوح عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري و الذي يحمل عنوان
"القاضي الإداري ، قاضي يحكم " le juge administratif : un juge qui
gouverne ?

و كلمة الحكم يقصد بها الحكم بمعناه السياسي و الدستوري و المشتق 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 de
la .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 » (1)

يضمن سير المرفق في الظروف المتفق عليها في البداية ، و لهذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر بأن الشركة تبقى ملزمة بضمان سير المرفق و لكن يجب تعويضها عن النتائج المالية
المتربة عن هذا الاضطراب و التي تتجاوز المخاطر الاقتصادية العادية .
¹ - مقتبس عن رأفت فودة ، المرجع السابق ، ص. 110.

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 و المتمثلة في الفصل في المنازعات ، لتتسع و تشمل خلق معظم القواعد القانونية الإدارية ، وفي هذا الصدد ، قد قام بعملية مشابهة لعملية التشريع (أولا) ، الشيء الذي يترتب عليه ضرورة الإلتزام بها سواء من طرف القاضي ، الإدارة و الأفراد (ثانيا) .

أولا : عملية مشابهة للتشريع

إن المشرع عند وضعه لتشريع معين ، لا يتعدى في كثير من الأحيان أن يكون مجرد مكتشف للقاعدة القانونية ، فالفقه في كثير من الأحيان قد يطالب بتعديلات قانونية معينة ، و تقتصر مهمة المشرع على إفراغ هذه الحلول ، و مع ذلك لم يقل أحد أن المشرع هنا ليس إلا مكتشف للقاعدة و لماذا عندما يقوم القاضي الإداري بنفس العمل الذي يقوم به المشرع ، يسارع البعض إلى القول أن دوره يقتصر على مجرد إكتشاف لتلك القواعد و إستنباطها و ليس إختراعها و إبتكرها ؟⁽¹⁾

غير ان التساؤل حول صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري و ممارسة 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 ، و أكثر من ذلك فجميع

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

الشرائع تجرم هذا الادعاء و تجعله ناكرا للعدالة معرضا للعقاب ، و الشيء الذي يضطره إلى الفصل عن طريق إيجاد حل لها .

و من الناحية الفنية ، فإن القاضي الإداري عندما يضع القرار المبدئي ، فإنه يتصرف و يظهر 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 بإعتباره فصلا في خصومة معينة و يتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد القانونية⁽¹⁾ ، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعا" بجل قضاؤه محل القانون.

ثانيا : القوة القانونية للقرار المبدئي

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

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

أ- نستبعد الحكم الفردي لأن إرادة القاضي الإداري اتجهت لإنشائه و في نيته عدم الارتباط به مستقبلا ، فالقاضي حر في النزاع الجديد في عدم التقييد 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 و لكنه يخلق حلا فرديا ، و الحكم الذي يصدره هو حل صالح خصيصا

¹ - أحمد مدحت علي ، الظروف الاستثنائية ، الهيئة العامة للكتاب ، ب.ب.ن. ، 1978 ، ص. 19 .

لفض النزاعات المفصول فيها دون سوارها إذ لا يجوز التمسك به مستقبلا أمام نفس القاضي أو أمام قاضي آخر .

و هذا ما قصى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/05/08 في قضية يونين بنك ضد محافظة بنك الجزائر الذي أبطل حين فصله في دفع آثاره بونين بنك يتعلق بعدم مشروعية المادة 15 من تنظيم مجلس النقد و القرض رقم 95-07 أبطل المادة المطعون في شرعيتها و صرح بأنها عديمة الأثر مؤكدا على مستوى الأسباب و المنطوق معا ، بأن هذا الإلغاء لا يخص إلا الدعوى المفصول فيها ، جاء في هذا القرار " حيث أنه ... يتعين التصريح بأن مقتضيات المادة 15 من النظام المذكور أعلاه باطلة و عديمة الأثر فيما يخص الدعوى الحالية فقط" (1).

يتضح من هذا المثال حرص مجلس الدولة على أن لا يعطي لقراره بعدا يخرج عن إطار النزاع المفصول فيه ، هذا الموقف صائب لأن للحكم الفردي آثار تلحق في لأصل مراكز أطراف النزاع و هي غير ملزمة التطبيق على الحالات المماثلة ، و بالتالي فإن الحل الفردي لا يمكن أن يتحلى بطابع العموم و التجديد .

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 (2).

فالقرار المبدئي يتمتع بكل خصائص القاعدة القانونية فهو إجتماعي أي نابع من ظروف المجتمع و هو عام و مجرد لأن القرار المبدئي سوف يطبق مستقبلا على أشخاص غير معروفين بذواتهم و هو ملزم حتى لو خالفه القاضي مستقبلا ذلك أن المشرع عندما يضع نصا مكتوبا فإنه لا

¹ - مجلة الدولة ، 6، 2005 ، ص 75 و ما بعدها ، اشار اليه ، رمضان غناني ، المرجع السابق ، ص.77.

² - مراد بدران ، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية ، ألفت على طلبة الماجستير تخصص قانون إداري معمم ، دفعة 2013/2014 ، غير منشورة .

يضعه ليقبى طول الدهر ، فالنص قابل للتعديل و نفس الشيء يقال بالنسبة للقرار المبدئي الذي يقبل هو الآخر التعديل إذا كانت هناك ضرورة ملحة للتعديل فيتخذ القاضي الإداري سلوكا أكثر تعقلا و أكثر حذرا من الذي يسلكه حيال القواعد التي هي مجرد حلول تطبيقية، إذ لا يقوم بتعديلها بصورة مباشرة فغالبا ما يتبنى تفسيرا واسعا أو ضيقا للقاعدة القديمة المراد تعديلها مع الاحتفاظ بصلب القاعدة القديمة ، أو أنه يأتي بنص إضافي يمش جنبا إلى جنب مع القاعدة القديمة⁽¹⁾ ، خاصة إذا علمنا بأن للقاعدة القضائية في المجال الإداري خاصيتين أساسيتين هما:⁽²⁾

- خاصية المرونة : إن القاضي الإداري لا يجذب الصيغ الجامدة التي تقيده في المستقبل و هذا أمر بديهي مادام أن القانون الإداري قانون غير مقنن .

« Le juge administratif n'aime pas les formules rigides, qui auraient l'inconvénient de le lier pour l'avenir de façon trop étroite : il entend se réserver la possibilité de tenir compte, dans les arrêts qu'il rendra plus tard sur la même questions, des particularités de chaque espèce. Aussi se borne-t-il parfois à définir des standards, qui lui laissent une grande liberté d'appréciation. Cette volonté de souplesse répond au souci constant d'équilibre qui guide le juge : la conciliation entre les nécessités de l'action administrative et les droits et libertés des citoyens, qui est la directive générale dont il s'inspire, interdit les formules tranchées et réclame de nuances »⁽³⁾

¹ - رأفت فودة ، المرجع السابق ، ص. 120 .

² - محمد المجدي ، المرجع السابق ، ص. 5 .

3- Jean RIVERO, Jean WALINE, op.cit, P. 264

● 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 و هي صعوبة الفهم فهي تعكس كفاءات القاضي الإداري في إثراء القانون الإداري مضمونا .

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 ، و في مخالفتها زعزعة لمركزه و من هنا سينتج عند الإدارة و الأفراد الشعور بإلزامية القرار المبدئي ، شأنه في ذلك شأن القاعدة المكتوبة ، نظرا للجزاء الذي يتمتع به⁽¹⁾ .

و على هذا الأساس يمكن القول بأن القرار المبدئي يشكل غالبية القواعد القانونية التي ينشئها القاضي الإداري فهو ليس مجرد حل فردي ، و إنما تشكل كل قاعدة منه على حدة أو مجتمعة مع قواعد أخرى صلب القانون الإداري الحديث ، فهو ينفصل شيئا فشيئا عن القضاء الإداري كمصدر له لتصبح القانون الإداري الذي يحكم نشاط الإدارة و العلاقات بين الإدارة و المتعاملين معها .

و مع ذلك قد تثور إشكالية هنا و المتعلقة بمعرفة ما هي القوة القانونية للقرار المبدئي في مواجهة القضاة الإداريين ؟ أو بتعبير آخر لو صدر القرار المبدئي من قاضي الدرجة الأولى هل هو ملزم لقضاة الدرجة الأولى الآخرين ؟ و لو صدر القرار المبدئي عن مجلس الدولة فهل هو ملزم لقضاة الدرجات الأدنى ؟

¹ - مراد بدران ، القرار المبدئي في المجال الإداري ، المرجع السابق ، ص. 175 .

إن هذا القرار ملزم للقضاة الذين هم بنفس الدرجة و مع ذلك بإمكان أي قاض أن يعدله أو يخالفه إذا تغيرت الظروف⁽¹⁾.

أما إذا صدر القرار المبدئي من مجلس الدولة ، إن القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة قد تصدر إما من غرفة واحدة أو تصدر من الغرفة المجتمعة ، فلو صدر القرار المبدئي من غرفة واحدة فالحكم السابق هو الذي يطبق و يستطيعوا أن يخالفوه إذا تغيرت الظروف.

أما إذا صدر القرار المبدئي من الغرفة المجتمعة (الغرفة المجتمعة تجتمع في الحالات التي يمكن أن يشكل القرار المتخذ تراجعاً عن الإجتهد القضائي) ، تكون قوته كاملة ، سواء في مواجهة الأفراد أو في مواجهة القضاة المتواجدين لدى المحكمة الإدارية أو القضاة المتواجدين لدى مجلس الدولة . فالأفراد مطالبون باحترام ما جاء في القرار المبدئي ، و إلا تعرضوا لتوقيع الجزاء عليهم ، أما القضاة على إختلاف مراكزهم في الهيكل القضائي ، فإنهم ملزمون بتطبيقه على النزاعات التي لا يوجد بصدها حل في القواعد القانونية الموجودة ، و هذا عملاً بما جاء في المادة 171 من الدستور ، و التي أكدت على أن مجلس الدولة يضمن توحيد الإجتهد القضائي و مع ذلك تجدر الإشارة على أن هذا الحكم لا يحول دون قيام قضاة المحكمة الإدارية بإتخاذ قرار مبدئي جديداً أو تعديل القرار المبدئي القائم ، حتى و لو كان صادراً عن الغرفة المجتمعة

و هذا في حالة ما إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى صدور القرار المبدئي ، محل الإلغاء أو محل التعديل إن السبب في ذلك ، إذ يتمثل في أن النظام الجزائي لا يأخذ بنظام السوابق القضائية . مرتبة القرار المبدئي في الهرم القانوني :

ذهب البعض⁽²⁾ إلى القول بأن القرار المبدئي يحتل مكانة وسطى بين التشريع و بين التنظيم فهو أدنى من التشريع مادام أن القاضي الإداري ليس بإمكانه رقابة دستورية القوانين فهو إذن لا يستطيع أن يلغي القانون و عليه فإن عمله لا يمكن أن يساوي أو يسمو على القانون، و هو

¹ - مراد بدران ، القرار المبدئي في المجال الإداري ، المرجع السابق ، ص. 176 .

² - René CHAPUS, droit administratif général, op.cit, P. 112.

أعلى من التنظيم ما دام ان القاضي الإداري بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية ، حتى لو كانت صادرة عن أصحاب المجال التنظيمي (المرسوم الرئاسي أو المرسوم التنفيذي) ، و عليه فإن عمله هنا يسمو على التنظيمات . و من هنا فإن القرارات المبدئية تحل مكانة أدنى من التشريعات مادام أن القاضي الإداري ليس بإمكانه تعديلها أو إلغائها ، و اسمى من التنظيمات مادام أن القاضي الإداري بإمكانه تعديلها أو إلغائها .

غير أن هذا الرأي غير صحيح ، ذلك أن القاضي الإداري إذا كان بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية حتى التنظيمية منها ، فإن ذلك مشروط بأن تكون تلك القرارات غير مشروعة لذلك لا يمكن اعتبار حقه في إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة سبب في إعتبار عمله يسمو على تلك القرارات ، و من جهة أخرى فإن القرار المبدئي لا يصدر إلا في حالة إنعدام النص المكتوب فلا يمكن للقاضي الإداري أن ينشئ القرار المبدئي في حالة وجود القاعدة القانونية المكتوبة التي يمكن تطبيقها في النزاع المعروض عليه ، و مادام الأمر كذلك فلا يمكن مقارنة القرار المبدئي من حيث مرتبته في الهرم القانوني ، مع النصوص القانونية المكتوبة مادام أن هذه النصوص غير موجودة أصلا ، فمكانته إذن متميزة⁽¹⁾.

المطلب الثاني :

القرائن القضائية

إن القرائن القضائية يكثر استعمالها في مجال الإثبات في القانون الإداري ، على اعتبار أنه في أساسه قانون قضائي ، و على ذلك فإنه القرائن القضائية هي المصدر الرئيسي و التاريخي

¹ - مراد بدران ، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية ، ألفت على طلبه المنجستير تخصص قانون إداري معمق ، دفعة 2014/2013 ، غير منشور .

للقرائن القانونية في القانون الإداري . فالمشرع يقرر القرائن إذا ما لاحظ إستقرار القضاء الإداري و إضطراده على الأخذ بها⁽¹⁾.

و بالتالي فإنه يتعين تبيان سلطة القاضي الإداري في إستخلاص القرينة القضائية (الفرع الأول) ، تطبيقات القرائن القضائية في الإجتهد 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 بإجتهاده و ذكائه من موضوع الدعوى و ظروفها"⁽²⁾ .

و هناك من يعرفها على أنها " القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي الإداري ، التي يستنبطها من ظروف القضية و ملابساتها"⁽³⁾ ، أما الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري فعرفها بأنها : " القرائن التي تترك لتقدير القاضي ، و يستخلصها من ظروف القضية و ملابساتها"⁽⁴⁾

و من خلال هذه التعاريف يتضح لنا بأن القرينة القضائية تعتبر دليلا غير مباشر لأن الإثبات لا يقع على الواقعة المدعي بها ، و إنما 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 .

إلى جانب هذا ، فالقرينة القضائية تقف في مقدمة طرق الإثبات أمام القاضي الإداري ، و هذا لأنه عندما يخلو ملف الدعوى من الأدلة ، أو عندما يستحيل على المدعي و الذي هو الفرد

¹ علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج2 ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص. 669 .

² - عابدة الشامي ، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية ، المكتب الجامعي الجديد ، اليمن ، 2008 ، ص. 199 .

³ - توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد التجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1982 ، ص. 207 .

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام ، آثار الالتزام) ، ج2 ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص.

في الغالب أن يقدم كافة المستندات من أجل إثبات ما يدعيه ، يتجه القاضي الإداري إلى تأسيس حكمه على القرائن المستقاة من الشواهد التي تنبئ عنها أوراق الملف و التي تشكل قرائن قضائية ، ففي بعض الحالات تزعزع قرينة الصحة التي تتمتع بها الإدارة⁽¹⁾ . و بالتالي فإن الهدف الرئيسي من الإستعانة بالقرائن في مجال الإثبات هو تخفيف عبء الإثبات عن كاهل المدعي بنقله إلى جانب الإدارة و إن 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 ، و هذا ما يؤدي إلى تحقيق التوازن فيما بين المتقاضين الذي هو الطرف الضعيف و الإدارة.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن القرائن القضائية تعتبر وسائل الإثبات في غاية الخطورة و هذا لكونها لا تمثل في أغلب الأحيان الحقيقة الكاملة ، لأنه باستطاعة القاضي الإداري أن يقع في غلط في استنباطه و استنتاجاته و لهذا يجب عليه أن يتفطن و أن يتصف بالحذر في هذا المجال . و له كذلك السلطة التقديرية في رفضها ، و حتى و أن كان الأفراد هم الذين استنبطوها فيمكن له أن يرفضها و لا يأخذ بها ، و عليه هنا أن يبين الأسباب التي جعلته يتخذ هذا الموقف⁽²⁾ ، و مع ذلك فإن اللجوء إليها يؤدي إلى تحقيق التوازن فيما بين المتقاضين و الإدارة . و حتى يأخذ القاضي الإداري بتلك القرينة ، فلا بد أن تتوفر في هذه الأخيرة شروطا معينة. إن الشرط الأول يتمثل في وضوح القرينة ، فحتى يعتمد القاضي الإداري عليها ، يتعين وضوحها بصورة تسهل على الخصوم إستبيان حقيقتها ، و يستطيع القاضي الإداري أن يعتمد عليها في إصدار حكمه .

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الإثبات و إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 2008 ، ص. 389 .
² - لحسن بن شيخ آث ملويا ، مبادئ الثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومة ، 2005 ، الجزائر ، ص. 308 .

أما الشرط الثاني فيتمثل في سلامة إستخلاص القاضي الإداري للقرينة ، و هنا يجب أن يكون إستخلاص القرينة من الوقائع و الحوادث إستخلاصا 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 و الواقعة محل الإثبات و الصلة المطلوبة هنا هي الصلة الوثيقة و المحكمة من أجل قبول القرينة كوسيلة اثبات (1).

و تتكون 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 ينتفي فيهم كامل الخبرة . و هذه الوقائع هي التي يفسرها القاضي و يستنبط دلالتها على الوقائع المراد إثباتها .

- العنصر الثاني هو معنوي و الذي هو الإستنباط و الإستنتاج 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 (2).

و تجدر الإشارة إلى أنه يوجد ما يعرف بالقرينة القانونية و التي تختلف عن القرينة القضائية . فالأولى تستعمل طريق التصريح ، في حين أن الثانية تستخدم طريقة الإستنباط و الإستنتاج كما أن الأولى هي واقعة منصوص عليها في القانون صراحة و يعتبر وجودها كافيا لإعفاء الطرف الذي قررت لمصلحته من الإثبات ، أما القرينة القضائية فهي متروكة لتنوير القاضي

و تحت حذره . و المطلوب من القاضي هنا الأخذ بالقرائن الجدية و الواضحة و المتناسقة فقط (3)، كما أن القرائن القانونية واردة على سبيل الحصر في نصوص قانونية ، أما القرائن

¹ - مصطفى عبد العزيز الطراونة ، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به ، -دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2011 ، ص. 55 .

² - مصطفى عبد العزيز الطراونة ، المرجع السابق ، ص. 57-58 .

³ - حسين بن شيخ آث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص. 283 .

القضائية فهي غير محددة⁽¹⁾، إلى جانب هذا فالقرائن القانونية نعتبر من الأدلة التي لا تتوافق مع حرية القاضي الإداري في الاقتناع بها⁽²⁾، و هذا على عكس القرائن القضائية .
و يتم 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 إستقرار المحاكم على العمل بتلك القرينة ، عندئذ قد يرى المشرع أنه من المناسب إعتبار هذه القرينة جديرة بتوحيد دلالاتها فيرفعها إلى مرتبة القرينة القانونية .
و قد تتحول أحيانا القرينة القضائية إلى القرينة القانونية ، دون تدخل المشرع ، و ذلك بإطراد العمل بها ، و إستقرار المحاكم على إعمالها و إستنباطها ، مما يؤدي إلى إعتبار القرينة القضائية بمنزلة القرينة القانونية ، من حيث وجوب إحترامها إلا أنها مع ذلك تبقى قضائية، لا يتوافر بشأنها عنصر الإلزام ، كما هو الحال في القرينة القانونية⁽³⁾ .

و في الأخير نشير إلى الجدل الفقهي الذي ثار حول دور القرائن القضائية باعتبارها دليل إثبات قائم بذاته فهناك من الفقهاء⁽⁴⁾ من يقول أن القرائن القضائية لها مخاطر عديدة ، و هذا لأنه قد تكون الوقائع ملفقة وضعت بصورة مصنعة من أجل تظليل العدالة إلى جانب عملية الإستنتاج و التي تمثل العنصر المعنوي للقرينة تنطوي على العديد من العيوب و المخاطر فيمكن للقاضي أن يبالغ في تقدير قيمة الوقائع الموجودة لديه أو يسبى فهمها، و بالتالي الخطأ فيها أمرا محتملا .

¹ - عابدة الشامي ، المرجع السابق ، ص. 189 .

² - مسعود زبدة ، القرائن القضائية ، مرفق للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001 ، ص. 37 .

³ - مصطفى عبد العزيز الطراونة ، المرجع السابق ، ص. 68 .

⁴ - من بينهم عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص. 333 .

إلا أن فريقا آخر من الفقهاء⁽¹⁾ يرى أن الحكم يجوز أن يستند إلى أدلة أو إلى دليل واحد على الأقل و معزز بقرائن ، أما إستناده إلى القرائن فقط ، فهذا أمر مستحيل و غير جائز . فالقرائن القضائية هنا لا يمكن أن تكون دليلا كاملا فهي مجرد إستنباطات تقوم على عملية منطقية تحليلية قد تصح و قد تخطئ .

و بالتالي فإنه لا يجوز بناء الحكم على عمليات معروضة للخطأ .
و يذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ إلى القول أنه لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى قرينة واحدة ، لأنها غير كافية ، فنظر لكونها دليلا 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 ، و يؤسسه على القرائن مجتمعة .

و هناك فريق آخر من الفقهاء⁽³⁾ من يقول أنه لا يجوز الإلتجاء إلى الاثبات بالقرائن القضائية إلا في حالة ما إذا استحال الإثبات بالأدلة المباشرة .

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

كما يجب أن يكون الإستنتاج متمشيا مع العقل و المنطق ، فلا بد للقاضي من أن يستظهر الصلة السببية المنطقية بين الواقعة المعلومة و بين الواقعة المجهولة المراد اثباتها . و يتضح من ذلك

¹ - من بين هؤلاء الفقهاء : عز الدين الديناصوري و حامد عكاز ، التعليق على قانون الاثبات ، مركز الدلتا للطباعة ، مصر ، د.س.ن ، ص. 195 ، نجم محمد صبحي ، قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ، ط1 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، 1998 ، ص. 274 .

² - لمزيد من التفاصيل حول هؤلاء الفقهاء راجع : مصطفى عبد العزيز طراونة ، المرجع السابق ، ص. 183 .

³ - من بينهم سرور محمد شكري ، موجوز أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1986 ، ص. 349 .

أن إحتمال الخطأ في الإستنباط الذي تركز عليه القرائن القضائية هو احتمال ضئيل . و ما يعترى القرائن القضائية من أوجه النقص و القصور قد يعترى أدلة الإثبات الأخرى .

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

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

نخلص مما تقدم أن القرائن القضائية تعتبر من أهم وسائل الاثبات في الدعوى الإدارية و للقاضي الإداري الحرية الكاملة و الواسعة في استخلاصها⁽²⁾ ، فإستخدامها يؤدي إلى تحقيق التوازن بين المتقاضي و الذي هو الفرد في أغلب الحالات و الإدارة ، و هذا عن طريق نقل عبء الاثبات من عائق المدعى إلى المدعي عليه و الذي هي الإدارة بإعتبارها الطرف القوي في الدعوى الإدارية . فقد يؤدي الإعتماد على القرينة إلى حسم النزاع لصالح المدعي و هذا في حالة ما إذا لم تقم الإدارة بإثبات عكسها⁽³⁾ .

فالقرائن القضائية هي قرائن قائمة بذاتها و لا تشبه غيرها من القرائن ، كما أنها مؤسسة على أمارات ملموسة ، و تختلف حسب الحالات ، إلى جانب أنها غير محددة العدد⁽⁴⁾.

¹ - مصطفى عبد العزيز الطراونة ، المرجع السابق ، ص. 184 و ما بعدها .

² - خالد خلف القطانة ، اثبات دعوى الإلغاء ، - دراسة مقارنة - ، ط1 ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2006 ، ص. 189 .

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الإثبات أمام القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص. 188 .

⁴ - لحسن بن شيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص. 408 .

الفرع الثاني :

تطبيقات القرائن القضائية في الإجتهااد القضائي الإداري.

يتمتع القاضي الإداري بسلطة كبيرة ، يتمكن بمقتضاها من التحرك لإعادة التوازن بين الخصوم ، و هذه السلطة تخوله لإمكانية التوفيق بين النصوص إذا تضاربت ، و القدرة 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 فتمتع الإدارة بسلطات و إمتيازات تضعها في موقف القوى .

هكذا يعد القاضي الإداري أميرا في بحثه عن الحقيقة ، المعطاة دورا مميذا في استخلاص القرائن القضائية التي لا تقع تحت حصر ، و لعل أشهر هذه القرائن القضائية تطبيقا ، امام القاضي الإداري هي :

1- قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية :

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

إن عبء الاثبات في مجال الخطأ في المسؤولية بصفة عامة يقع على عاتق الفرد الذي يطالب الإدارة بالتعويض ، إذا عليه أن يلتزم بإثبات عناصر ثلاثة مجتمعة ، و التي هي الخطأ المنسوب للإدارة ، و الضرر ، و إثبات العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، 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 خسران دعواه (2).

¹ - لمزيد من التفاصيل حول ركن الخطأ في المسؤولية الإدارية ، راجع : عمار عوادي ، نظرية المسؤولية الإدارية ، ط3 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2007 ص. 109 و ما بعدها .
² - مصطفى عبد العزيز الطراونة ، المرجع السابق ، ص. 129 .

إلا أنه و نظرا لصعوبة إثبات خطأ الإدارة من أجل إقرار مسؤوليتها ، و ضعف موقف المدعي المضرور في هذه الدعوى ، إتجه القضاء الإداري⁽¹⁾ نحو تسهيل شروط انعقاد المسؤولية الإدارية و هذا عن طريق الاستعانة بالقرائن القضائية لإثبات ركن الخطأ ، و إبتكاره لفكرة قرينة الخطأ المفترض ، هذه الأخيرة يقصد بها إفتراض خطأ الإدارة المبرر لمسؤوليتها ، و هذا عن طريق إستنتاجه من الضرر الحاصل ، أي الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع هذا الخطأ ، و بالتالي الحكم على الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن نشاط معين وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية.

و مجال أعمال هذه القرينة أمام القضاء الإداري يتعلق بقواعد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإدارية المادية⁽²⁾ .

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

و النتيجة المستنتجة هنا هي تخفيف عبء الإثبات عن المدعي و الذي هو الطرف الضعيف في الدعوى . و من أهم المجالات التي يستعمل فيها القاضي الإداري تقنية الخطأ المفترض ، المنازعات الخاصة بحوادث مرتفقي الأشغال العمومية و حوادث المرور فهنا مسؤولية الإدارة تكون قائمة على أساس الخطأ المفترض⁽³⁾ .

¹ - قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضية (دليل) الصادر بتاريخ 1951/07/28 ، و التي تتلخص وقائعها في أن السيد دفييل و هو سائق لسيارة حكومية تابعة لوزارة الإنشاء و التعمير ، أصاب السيد للكارون في حادث سيارة ، و قد استخلص مجلس الدولة قرينة الخطأ من حالة سكر التي كان فيها السائق من جهة ، و فساد فرامل السيارة من جهة أخرى ، وأشار إلى هذا القرار عبار عوايدي ، نظرية المسؤولية الإدارية ، المرجع السابق ، ص. 173 .

² - عايدة الشامي ، المرجع السابق ، ص. 199

³ - حسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في المسؤولية الإدارية ، - المسؤولية أساس الخطأ - ، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص. 32.

و من بين تطبيقات القضاء الإداري الجزائري قرار مجلس الدولة الصادر في 1999/3/8 :
قضية رئيس البلدية عين آزال ضد "ع.ط" و من معه ، و ترجع وقائعها في أن بلدية عين آزال
حفرت حفرة لجمع المياه و التي وقع فيها الطفل "عبد الصمد" و هذا ما أدى إلى وفاته ،
فقضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سطيف في 1994/07/18 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 بها 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 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 2006/02/22 جاء في حيثيات هذا القرار ما
يلي : "... حيث أن سقوط الشجرة فجأة هو نتيجة عدم قيام البلدية بواسطة عمالها بالصيانة
العادية للحديقة ، و هذا بتفقدتها و قطع الأشجار الهرمة و التي يكون سقوطها مؤكدا ، و ما
دامت الشجرة سقطت ، فإن ذلك يؤكد عدم الصيانة العادية من طرف البلدية ، و بمأن 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 . و إثبات النوايا و المقاصد

¹ - قرار غير منشور ، أشار إليه الحسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في المسؤولية الإدارية ، المرجع السابق ، ص. 34 .

² - مزيد من التفاصيل حول هذا القرار راجع : الحسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في المسؤولية الإدارية ، المرجع السابق ، ص. 48 .

مسألة صعبة و عسيرة ، فالمسألة تتعلق بأمر خفي يصعب إكتشافه ، و تتطلب الكشف عن نية أو نفسية مصدر القرار⁽¹⁾ .

و يحصل عيب إساءة استعمال السلطة إذا قصد مصدر القرار الإداري تحقيق غاية غير متعلقة بالمصلحة العامة ، أو أن الغاية متعلقة بالمصلحة العامة و لكنها تخالف الهدف الذي حدده المشرع لإصدار القرار في هذه الحالة القرار مخالفا لمبدأ تخصيص الأهداف⁽²⁾ .

و للتخفيف من عبئ إثبات هذا العيب يتم اللجوء إلى القرائن التي يمكن أن يستدل بها على هذا العيب ، و لا تقع هذه القرائن الدالة على إساءة استعمال السلطة تحت حصر ، إذ يمكن للقاضي الإداري أن يستخلص هذه القرائن من أي وقائع مطروحة أمامه في الدعوى⁽³⁾ .

بالإضافة إلى ذلك ، فإن هذا العيب لا يعتبر متعلقا بالنظام العام ، لذلك يتوجب على المدعي صاحب الشأن أن يثبته ، و أن يقدم ما لديه من أدلة على إساءة استعمال السلطة الذي يدعيه . و ليس للقاضي أن يثبته من تلقاء نفسه ، و نظرا لصعوبة إثباته بدليل قاطع ، يمكن للمدعي تقديم قرائن قوية و محددة تؤدي إلى إقناع القاضي بجدية إدعاءه حتى يزيل الالتزام الواقع عليه نتيجة تحمله عبء الإثبات ، و بموجب دور القاضي الإداري الإيجابي في تقدير قيمة العناصر المقدمة في الإثبات من مضمون القرار الإداري ، و المراسلات السابقة و اللاحقة المتعلقة بالقرار محل الطعن بهذا العيب ، و ظروف ملائمت إصداره يمكن الوصول إلى إثبات صحة إدعاءاته⁽⁴⁾ .

و تستخلص قرائن إساءة استعمال السلطة من قرينة إنعدام الدافع المعقول من اصدار القرار محل الطعن ، كأن تكون دوافع اصدار القرار خارجة عن المصلحة العامة و غيرها من الدوافع غير المشروعة ، مثل نقل الموظف بقصد العقاب و الانتقام ، أو عن قرينة عدم الملاءمة الظاهرة في

¹ - إبراهيم سالم العقيلي ، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية ، ط 1 ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص . 287 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الإثبات و إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 174-175 .

³ - خالد خلف القطارنة ، إثبات دعوى الإلغاء ، المرجع السابق ، ص . 191 .

⁴ - عائدة الشامي ، المرجع السابق ، ص . 195 .

القرار ، أي الغلو في العقوبة الإدارية ، فلا يكون هناك تناسب بين خطأ الموظف ، و العقوبة التأديبية التي صدرت ضده (1).

و من بين قرائن إساءة استعمال السلطة أيضا ، قرينة عدم المساواة بين المراكز القانونية المتماثلة فيظهر قيام الإدارة بالتمييز بين طائفتين من الأفراد لهم نفس المراكز القانونية .

ومن تطبيقات مجلس الدولة الجزائري (2) ، قضية " ط ، ك " ضد بلدية أولاد فابت ترجع حيثيات هذه القضية إلى أن السيد " ط ، ك " استفاد بقطعة أرض صالحة للبناء بموجب قرار صادر عن رئيس بلدية الشراقة 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 فابت الجديدة .

و بتاريخ 20 مارس 1989 منحت هذه القطعة الأرضية لشخص آخر بموجب قرار أصدرته بلدية أولاد فابت ، 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 إستئناف أمام مجلس الدولة ، و قال بأن القرار الذي منحه هذه القطعة الأرضية من بلدية الشراقة 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 فابت ، و على هذا أصدر مجلس الدولة قراره بإلغاء القرار الذي أصدره رئيس البلدية أولاد فابت 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 و لهم وضعية قانونية واحدة .

¹ - خالف خلف القطارنة ، اثبات دعوى الإلغاء ، المرجع السابق ، ص 193 . .

² - قرار مجلس الدولة الصادر في 1999/04/19 ، الغرفة الأولى ، فهرس رقم 270 ، في قضية " ط ، ك " ضد بلدية أولاد فابت ، قرار غير منشور أشار إليه الحسن بن شيخ آت ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص 109 . و ما بعدها .

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 و أرسله إلى الإدارة مصدرة القرار ، أو إلى رئيسة طالب إعادة النظر فيه و سحبه أو إلغاه⁽¹⁾.

و من بين تطبيقات مجلس الدولة الجزائري⁽²⁾ ، قضية " ج ، م " و من معه ضد الوزير المحافظ لمحافظ الجزائر الكبرى ، و تلخص وقائعها :

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

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

قام " ج . م " و من معه بإستئناف قرار مجلس الجزائر أمام مجلس الدولة فأصدر هذا الأخير قراره القاضي بتأييد القرار المستأنف ، على أساس أنهم تظلموا من القرار الإداري الصادر عن محافظ

¹- مصطفى كامل وصفي ، أصول إجراءات القضاء الإداري ، ط2 ، مطبعة الأمانة ، القاهرة ، 1980 ، ص 170 .

²- قرار مجلس الدولة الصادر في 2001/04/23 ، الغرفة الثالثة ، فهرس رقم 336 ، قرار غير منشور ، أشار إليه الحسين بن شيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 403 و ما بعدها .

الجزائر و الذي أسقط حقهم من الإستفادة من المستثمرة الفلاحية بسبب إهمالهم لواجباتهم وأن التظلم من جهتهم يعتبر بمثابة قرينة على العلم به .

و بالرجوع 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 .

و إذا حسنا من يوم رفع التظلم و هو 1996/05/29 بالنسبة للأول

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

إذ أن تقديم المستأنفين لتظلم من القرار الإداري الصادر في 1996/01/27 عن والي ولاية الجزائر وهذا بتاريخ 1996/05/29 للأول و 1996/09/15 للتظلم الثاني يؤكد دون لبس بأنهم علموا بالقرار الإداري محل الدعوى و كان 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 و أن تلك القرينة قائمة بذاتها و لا تشبه غيرها من القرائن ، كما أنها مؤسسة على وقائع ملموسة لا ريب فيها و هي واقعي التظلم الإداري المرفوع ضد القرار الإداري الصادر عن الوالي ، بل إنها قاطعة و لا 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

إن إجتهد القاضي الإداري قد ساهم بشكل رئيسي في إنشاء وتطوير القانون الإداري ، من خلال بحثه عن الحلول المناسبة للتطبيق على المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، وذلك بسبب عدم وجود التنظيم القانوني المتكامل لموضوعات القانون الإداري ، مما فتح معه الباب للإجتهد القضائي الذي وضع النظريات والمبادئ والأحكام التي تفصل في موضوع النزاع تطبيقا للعدالة وتحقيقا للتوازن المنشود بين المصالح العامة والمصالح الخاصة .

لقد إستنتجنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع، أن عمل القاضي الإداري يتمثل شأنه شأن القاضي العادي في إيجاد حل ملزم للنزاع المعروض عليه ، و لكن هذا الحل قد يجده القاضي في مصدر قانوني آخر بعيدا عن خلقه و إبداعه ، فيعتبر هذا الحل و المصدر المستقى منه هو المنبع للقاعدة القانونية التي نطق بها القاضي الإداري ، و أما إذا لم يجد القاضي الإداري نصا معيناً ، و هذا أمر كثير الوجود لحدثة القانون الإداري النسبية و مرونته و عدم تقنية كان لزاما عليه خلق قاعدة آمرة لتسوية النزاع المعروض عليه بما يتفق و العدالة و مصالح الأطراف ، و من مجموع هذه الحلول ، تتكون القواعد القضائية التي تقاس عليها مشروعية سلوك الإدارة و تصرفاتها .

و بالتالي يُقوّم القاضي الإداري إعوجاج العمل الإداري لا بالإستناد إلى نص -لغيابه- و لكن بالإستناد لقاعدة و معيار هو وحده مبدعها و منشئها ، أي هو وحده مصدرها . و تعتبر هذه القاعدة مصدرا لتقويم و لتصحيح العمل الإداري .

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

موقف القاضي الإداري حيال هذه القواعد ، هو ذاته حيال القواعد التشريعية حتى و هو في مرحلة إنشائها ، إذا توافرت لديه الإلتزام بها لحظة إنشائها . و حتى عندما تكون هناك ضرورة ملّحة لتعديلها فهو يتخذ سلوكا أكثر تعقلا و أكثر حذرا ، فغالبا ما يتبنى تفسيرا واسعا أو ضيقا للقاعدة القديمة المراد تعديلها مع الإحتفاظ بصلب القاعدة القديمة ، أو يأتي بنص إضافي يمشي جنبا إلى جنب مع القاعدة القديمة .

تتمتع القواعد القضائية بمزايا و خصائص معينة ، فهي قواعد مرنة ، إذ أن هناك عداوة بين القاضي الإداري و فكرة الجمود ، فهو قاضي " متحرر " يسعى دائما لإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، و يكره أن يكبل نفسه بقيود مسبقة ، إذ تتطلب ممن يتعامل معها التخصص في فهم القضاء .

فتشكل هذه القواعد صلب القانون الإداري ، فهي تنفصل شيئا فشيئا عن القضاء الإداري لتصبح قاعدة قانونية يلتزم بها القاضي الإداري في المنازعات المشابهة مستقبلا ، كما يقع على عاتق كل من الإدارة و الأفراد احترامها ، و إلا تعرضوا لتوقيع الجزاء عليهم .

و في الأخير الإستنتاج الذي يمكن أن نختتم به " دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية " هي ما أصبح اليوم محل اجماع فقهي ، فلم يعد القاضي الإداري مجرد أداة تطبيق أو تنفيذ لإرادة المشرع في كثير من الأحيان فطبيعة النشاط الإداري المتغير و ضرورة مواكبة التطور

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

و مساندة الركب الحديث ، جعلت من القاضي الإداري " صانعا" للقاعدة القانونية في الأغلب الأعم من الحالات .

قائمة المراجع

أولا : الكتب العامة

I- باللغة العربية

- 1- إبراهيم المنجي، المرافعات الإدارية -دراسة عملية لإجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية 1999 .
- 2- إبراهيم سالم العقيلي، إساءة إستعمال السلطة في القرارات الإدارية ، ط1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، الأردن، 2008 .
- 3- إبراهيم عبد العزيز شيحا ، ، مبادئ و أحكام القضاء الإداري اللبناني ، الدار الجامعية، ب.ب.ن ، 2009.
- 4- أحمد بن فارس أبو الحسين ، معجم مقاييس اللغة ، دار الفكر ، بيروت، 2005 .
- 5- أحمد كمال الدين موسى ، نظرية الإثبات في القانون الإداري ، - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي القاهرة، 2012.
- 6- أحمد مدحت علي ، الظروف الاستثنائية ، الهيئة العامة للكتاب ، ب.ب.ن ، 1978 .
- 7- إعاد علي حمود القيمي ، القضاء الإداري ، ط1 ، دار وائل للنشر، عمان، 1999 .
- 8- بلعيد بشير ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع قربي ، الجزائر ، 2004.
- 9- توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافية الجامعية ، الإسكندرية، 1981.
- 10- توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد التجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1982.
- 11- جميل الشرقاوي ، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 .
- 12- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000.
- 13- خالد الزغبي ، القانون الإداري و تطبيقاته في الأردن ، ط3، دار الثقافة للنشر، عمان، 1998.
- 14- خالد خلف القطارنة ، إثبات دعوى الإلغاء ، - دراسة مقارنة -، ط1 ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، الأردن، 2006 .

- 15- خليفة سالم المهجمي ، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة و الجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009 .
- 16- خليل أحمد حسن قداد ، شرح النظرية العامة للقانون الجزائري ، ط4 ، د.م.ج ، الجزائر، 2005.
- 17- خميس السيد إسماعيل ، قضاء مجلس الدولة و إجراءات و صيغ الدعوى الإدارية ، ط4 ، دار الكتاب الحديث ، ب.ب.ن ، 1995 .
- 18- رأفت فودة ، مصادر المشروعية الإدارية و منحياتها ، -دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 19- سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1992.
- 20- سرور محمد شكري ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الفكر العربي، مصر، 1986 .
- 21- سليمان محمد الطماوي ، عاطف البنا ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي ، ب.ب.ن ، 2006.
- 22- سيف الدين الأمدي ، الإحكام في أصول ، ط3 ، دار الفكر للنشر و التوزيع ، الرياض، 1998.
- 23- شفيقة بن صاولة ، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية ، دار هومة ، الجزائر، 2010.
- 24- طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، دار النهضة العربية، ب.ب.ن ، 1976 .
- 25- عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، ط2 ، دار النهضة العربية ، ب.ب.ن ، 1992.
- 26- عبد الرزاق أحمد الشهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، -نظرية الإلتزام بوجه عام -، ج2 ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 1998.
- 27- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الإثبات أمام القضاء الإداري ، ط1 ، دار الفكر العربي ، مصر، 2008 .

- 28- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الوجيز في الإثبات و إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 2008 .
- 29- عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري اللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2001.
- 30- عبد القادر عدو ، ضمانات تنفيذ الأحكام الإجبارية ضد الإدارة العامة ، دار هومة ، الجزائر، 2004 .
- 31- عبد المنعم البدرابي ، مبادئ القانون ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة، 1972 .
- 32- عدنان عمر ، القضاء الإداري ، -مبدأ المشروعية -، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2004 .
- 33- عصام الدبس ، القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2010.
- 34- عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت، 2012 .
- 35- علي بن الحسن الهنائي ، المجدد في اللغة العربية المعاصرة ، ط2 ، دار المشرق ، لبنان، 2001.
- 36- علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2004 .
- 37- علي محمود ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، ط1 ، مجد المؤسسة لدراسات النشر و التوزيع، بيروت، 2009 .
- 38- علي هادي عطية الهلالي ، النظرية العامة في تفسير الدستور ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، مصر، 2011.
- 39- عمار عوابدي ، القانون الإداري ، ج1 ، د.م.ج ، الجزائر، 2002.
- 40- عمار عوابدي ، قضاء التفسير في القانون الإداري ، دار هومة ، الجزائر، 2004.
- 41- عمار عوابدي ، نظرية المسؤولية الإدارية ، ط3 ، د.م.ج ، الجزائر، 2007.
- 42- عمار بوضياف ، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2009 .

- 43- عمار بوضياف ، القضاء الإداري بين نظام الوحدة و الإزدواجية ، ط1 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2010.
- 44- عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2013.
- 45- فخر الدين الرازي ، المحمول في علم أصول الفقه ، ط1 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1996.
- 46- فضيل كوسة ، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة ، دار هومة ،الجزائر، 2013.
- 47- حسين بن شيخ آث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومة ،الجزائر، 2005.
- 48- حسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج1 ، دار هومة ، الجزائر، 2006 .
- 49- حسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في المسؤولية الإدارية ، -المسؤولية على أساس الخطأ- ، ط1 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2007 .
- 50- حسين بن شيخ آث ملويا ، دروس المنازعات الإدارية ، - وسائل المشروعية -، ط1 ، دار هومة ، الجزائر، 2009 .
- 51- ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، ب.ب.ن ، ب.ب.د.ن ، 1987.
- 52- مايا محمد نزار أبودان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، - دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2010.
- 53- محمد الشيرازي البيضاوي ، الإبهاج في شرح المناهج ، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1998.
- 54- محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون، -القاعدة القانونية- ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2009.
- 55- محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، -الوجيز في نظرية القانون- ، ج1 ، ط19، دار هومة ، الجزائر، 2012.
- 56- محمد سليم العوا ، تفسير النصوص الجنائية ، -دراسة مقارنة- ، شركة مكنتبات عكاظ للنشر والتوزيع ، ب.ب.ن ، 1981.

- 57- محمود حافظ ، القضاء الإداري ، -دراسة مقارنة - ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1979.
- 58- محي الدين القيسي ، مبادئ القانون الإداري العام ، منشورات الحقوقية ، بيروت ، 1990.
- 59- مصطفى أبو زيد ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، ط4 ، ب.د.ن ، القاهرة ، 1989.
- 60- مصطفى كامل وصفي ، أصول إجراءات القضاء الإداري ، ط1 ، مطبعة الأمانة ، القاهرة، 1980.
- 61- ياسمين محمد يحيي ، مبادئ العلوم القانونية ، ط6 ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1987.

II – باللغة الفرنسية :

Les ouvrages généraux :

- 1- André DELAUBADERE, droit administratif, 6^{ème} éd, 1973.
- 2- Charles DEBBACH, droit administratif, 6^{ème} éd , Paris, 2003.
- 3- Georges VEDEL, droit administratif , 1980.
- 4- Jean RIVERO, Jean WALINE, droit administratif , 21^{ème} éd, DALLOZ, 2006.
- 5- Marcel WALINE, traite élémentaire de droit administratif, 6^{ème} éd, libraire de recueil, Paris ,1950.
- 6- Mélange Georges Scelle, le pouvoir normatif de la jurisprudence, in la technique et les principes du droit public ,1950.
- 7- René CHAPUS, droit administratif , Paris, 1998.

ثانيا : المراجع المتخصصة

I – باللغة العربية :

- 1- عمر حميدي باشا ، مبادئ الإجتهاادات القضائية في مادة الإجراءات المدنية ، دار هومة الجزائر، 2004.
- 2- محمد رفعت عبد الوهاب ، المبادئ العامة للقانون كمصدر التشريعية في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة ، ب.ب.ن ، 2009.
- 3- مسعود زبدة ، القرائن القضائية ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2001.
- 4- مصطفى عبد العزيز الطراونة ، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به، -دراسة مقارنة- ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2011.
- 5- موريس نخلة ، المختار في الإجتهاد الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 1998.

II – باللغة الفرنسية :

Ouvrage spécial :

- Marceau LONG, Prosper WEIL , Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVE, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} éd, DALLOZ, 2007.

ثالثا : المقالات

- 1- حنان براهيمى ، إجتهد القاضي في مجال الحقوق و الحريات في ظل الإتجاهات الدولية ، مجلة الإجتهد القضائي ، مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، ع .4، 2009 .
- 2- رمضان غناي ، تراجع إجتهد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، ع .10 ، 2012 .
- 3- صالح محسوب ، السوابق القضائية و دورها في الاستقرار القضائي ، بغداد ، ع .4 ، 2002 .
- 4- عادل عبد الله ، مكانة الإجتهد القضائي الإداري في التأسيس لدولة القانون ، مجلة الإجتهد القضائي ، جامعة الكويت ، ع .3 ، 2006 .
- 5- عبد الجليل مفتاح ، مصطفى بخوش ، دور القاضي الإداري في صنع القاعدة القانونية ، مجلة الإجتهد القضائي ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، ع .2 ، 2005 .
- 6- عثمانية لحميسي ، التفسير في المادة الجزائية و أثره على حركة التشريع ، مجلة التحكم ، ع 1. 2004 .
- 7- عمار بوضياف ، المعيار العضوي و إشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، ع .10 ، 2012 .
- 8- عمار معاشو ، دور القضاء في حماية حقوق الإنسان ، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، ع .2 ، 2010 .
- 9- علي قيصر ، نادية بونعاس ، تفعيل دور القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة الفكر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر، ع .11 ، 2011 .
- 10- محمد المجني ، مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية ، مجلة العلوم القانونية جامعة محمد الخامس ، المغرب ، ع .2 ، 2011 .
- 11- مراد بدران ، القرار المبدئي في المجال الإداري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية

- و السياسية، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون الجزائر ، ع. 3 ، 2009 .
12-مراد بدران ، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون ، مجلة العلوم القانونية الإدارية
والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ع. 10 ، 2010.

رابعاً : الرسائل و المذكرات

I- باللغة العربية :

- 1- باية سكاكني ، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية ، أطروحة دكتوراة
، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2011 ،
-2012 .
- 2- سهيلة مزياياني ، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية
الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، الجزائر ، 2011-2012 .
- 3- شهرزاد قوسط ، مدى إمكانية توجيه القاضي الإداري ، الأوامر للإدارة ، -دراسة مقارنة- ،
مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، الجزائر 2009 -
2010 .
- 4- عبد الغني بلعيد ، الدعوى الإستعجالية و تطبيقها في الجزائر ، مذكرة ماجستير في القانون
العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة الجزائر ، 2007-
2008 .
- 5- ليندة عزوز ، تطور المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون
العام ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة، الجزائر ، 2002-2003 .
- 6- وهيب بلباقي ، الاثبات في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة
ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ،
تلمسان، الجزائر ، 2009-2010 .

I I – باللغة الفرنسية :

1–Anne Marie HODINHLE, vide juridique, et le besoin de loi, Etude d'un enjeu politique, juridique et social, mémoire du master de recherche en sociologie du droit, session de septembre 2006, université Planthéon, Paris.

2– Julien POLASCKI, l'office du juge administratif des référés entre mutations et continuité jurisprudentielle, thèse du doctorat en droit public, faculté de droit, université du sud Toulon–var, 2008.

خامسا : المصادر

- 1- دستور الجزائر لسنة 2016.
- 2- القانون العضوي رقم 98-01 ، المؤرخ في 30 ماي 1998 ، المتضمن إختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله ، ج . ر ، رقم 37 لسنة 1998 .
- 3- القانون العضوي رقم 04-11 ، المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 ، المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، ج . ر . رقم 57 لسنة 2004 .
- 4- القانون العضوي رقم 04-12 ، المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 ، المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء و صلاحياته ، ج . ر . رقم 57 لسنة 2004 .
- 5- القانون العضوي رقم 12-04 ، المؤرخ في 22 جانفي 2012 ، المتعلق بالأحزاب السياسية ، ج . ر . رقم 2 لسنة 2012 .
- 6- القانون رقم 89-21 ، المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 ، المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، ج . ر . رقم 53 لسنة 1989 ، المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي رقم 92-05 المؤرخ في 24 أكتوبر 1992 ، ج . ر . رقم 77 لسنة 1992 .

- 7- القانون رقم 02-98 ، المؤرخ في 30 ماي 1998 ، المتعلق بالمحاكم الإدارية ، ج. ر. رقم 37 لسنة 1998 .
- 8- القانون رقم 09-08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، ج. ر. رقم 21 لسنة 2008 .
- 9- الأمر رقم 156-66 ، المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، ج. ر. رقم 49 لسنة 1966 .
- 10- الأمر رقم 58-75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج. ر. رقم 78 لسنة 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-05 ، المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج. ر. رقم 44 لسنة 2005 .
- 11- الأمر رقم 03-06 ، المؤرخ في 15 جويلية 2006 ، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة ، ج. ر. رقم 46 لسنة 2006 .
- 12- المرسوم الرئاسي رقم 62-06 ، المؤرخ في 11 فبراير 2006 ، المتضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان ، ج. ر. رقم 08 لسنة 2006 .
- 13- المرسوم التنفيذي رقم 413-01 ، المؤرخ في 19 ديسمبر 2001 ، المتضمن مجلس الدولة و تنظيمها و سيرها ، ج. ر. رقم 78 لسنة 2001 .

سادسا : المواقع الإلكترونية

- www.conseil-état.dz.
- Univ-ouragla.dz.

الفهرس

| | |
|----|--|
| 1 |: مقدمة |
| 9 | الفصل الأول : وظيفة القاضي الإداري في الفصل في المنازعات الإدارية و حدودها |
| 11 | المبحث الأول : وظيفة القاضي الإداري |
| 11 | المطلب الأول : الوظيفة القضائية |
| 12 | الفرع الأول : مفهوم التفسير القضائي |
| 17 | الفرع الثاني : مدارس التفسير القضائي |
| 17 | أولا : مدرسة الشرح على المتون |
| 19 | ثانيا : المدرسة التاريخية |
| 21 | ثالثا : مدرسة البحث العلمي الحر |
| 22 | الفرع الثالث : حالات و طرق التفسير القضائي |
| 23 | أولا : حالات التفسير القضائي |
| 25 | ثانيا : طرق التفسير القضائي |
| 29 | المطلب الثاني : وظيفة الإجتهد |
| 29 | الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي |
| 29 | أولا : تعريف الاجتهاد |
| 33 | ثانيا : تعريف القضاء |
| 35 | الفرع الثاني : أسباب الاجتهاد القضائي |
| 35 | أولا : نقص التشريع |
| 36 | ثانيا : عدم المساواة بين طرفي الدعوى الإدارية |
| 40 | الفرع الثالث : مصادر الاجتهاد القضائي |
| 41 | أولا : المصادر الوضعية |
| 44 | ثانيا : جوهر القانون كمصدر يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية |
| 45 | المبحث الثاني : حدود وظيفة القاضي الإداري |
| 45 | المطلب الأول : حدود الوظيفة القضائية |

| | |
|-----|--|
| 46 | الفرع الأول : القيود الواردة على اختصاص القاضي |
| 54 | الفرع الثاني : الآثار المترتبة على مخالفة القاضي للالتزام المفروض عليه |
| 58 | المطلب الثاني : حدود وظيفة الاجتهاد القضائي |
| 59 | الفرع الأول : العوامل المعيقة لبروز الاجتهاد القضائي |
| 59 | أولا : زيادة الثقل و العبء مجلس الدولة |
| 62 | ثانيا : الانقاص من الولاية العامة للمحكمة الإدارية |
| 63 | ثالثا : أعمال السيادة |
| 67 | الفرع الثاني : القيود الواردة على تراجع اجتهاد القاضي |
| 74 | الفصل الثاني : الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية |
| 76 | المبحث الأول : المبادئ العامة للقانون |
| 76 | المطلب الأول : طبيعة المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية |
| 77 | الفرع الأول : مفهوم المبادئ العامة للقانون |
| 85 | الفرع الثاني : حدود المبادئ العامة للقانون |
| 85 | أولا : استبعاد تطبيق المبادئ العامة بنص قانون خاص |
| 88 | ثانيا : جواز مخالفة الإدارة للمبادئ العامة في الظروف الاستثنائية |
| 91 | المطلب الثاني : المبادئ العامة للقانون تطبق مستقبلا على المنازعات المشابهة |
| 92 | الفرع الأول : القاضي الإداري مشرع المبادئ العامة للقانون |
| 99 | الفرع الثاني : القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون |
| 107 | المبحث الثاني : القرار المبدئي و القرائن القضائية |
| 107 | المطلب الأول : القرار المبدئي |
| 109 | الفرع الأول : مراحل وضع القرار المبدئي |
| 109 | أولا : مرحلة الاكتشاف المزدوج |
| 110 | ثانيا : مرحلة التحريب |
| 111 | ثالثا : مرحلة الإدماج |
| 114 | الفرع الثاني : القرار المبدئي قاعدة قضائية تطبق مستقبلا على المنازعات المشابهة |

| | |
|-----|---|
| 114 | أولا : عملية مشاهجة للتشريع |
| 115 | ثانيا : القوة القانونية للقرار المبدئي |
| 120 | المطلب الثاني : القرائن القضائية |
| 121 | الفرع الأول : سلطة القاضي الإداري في استخلاص القرينة القضائية |
| 127 | الفرع الثاني : تطبيقات القرائن القضائية في الاجتهاد القضائي الإداري |
| 127 | أولا : قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية |
| 129 | ثانيا : قرينة إساءة استعمال السلطة |
| 132 | ثالثا : قرينة التظلم الإداري ضد القرار الإداري |
| 134 | الخاتمة |
| 138 | قائمة المراجع |
| 149 | الفهرس |

ملخص:

إذا كانت مهمة القضاة بصفة عامة ، تنحصر في الفصل في المنازعات المعروضة عليهم بما تقتضيه القواعد القانونية الموجودة ، فإن القاضي الإداري - كغيره من القضاة- قد يجد نفسه أمام منازعة بدون نص يحكمها ، إلا أن هذا الأخير يضطر إلى الاجتهاد لإيجاد حل لها، حتى لا يوصف بإنكاره للعدالة ، وفي هذه الحالة يصبح القاضي الإداري بصرح اللفظ "مشرعاً" يحل قضاؤه محل القانون.

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري ، الاجتهاد القضائي ، القاعدة القانونية ، المبادئ العامة،القرار المبدئي، القرائن القضائية

Résumé :

La tâche du juge administratif, comme le juge civil et constitutionnel, consiste à trancher des litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Or, il était très fréquent, qu'aucun texte n'eût prévu le litige soumis au juge administratif. Celui-ci, pourtant, ne peut s'abstenir de juger car le refus de statuer sur un litige est un déni de justice. Dès lors, le juge administratif n'avait qu'une ressource : la jurisprudence. Il se comporte en législateur, formule lui-même des règles de droit, à l'instar de la loi.

Mots clés : juge administratif, jurisprudence, règle de droit, principes généraux du droit, arrêt de principe, présomption juridique.

Abstract:

The judges rule on disputes in conformity with existing legal rules. However, the situation may arise in which there is no express law. As result, the administrative judge has to fill gaps by making law. The jurisprudence allows the judge to answer the question and avoid being in denial of justice .The creation of new legal rules gives the judge authority of a legislator whose ruling is akin to law.

Key words: administrative judge, jurisprudence, legal rule, general principles of law, judgment of principle, presumption of judiciary.