



جامعة الحاج لخضر - باتنة 01-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



دور مجلس الدولة في إرساء قواعد القانون الإداري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية

تخصص: قانون إداري

إشراف:

أ.د/ مزياني فريدة

إعداد الطالبة:

أوشن سمية

لجنة المناقشة

| الصفة | الجامعة الأصلية | الرتبة العلمية | الإسم و اللقب |
|--------------|-----------------|-----------------------|---------------------------|
| رئيسا | جامعة باتنة 1 | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ بن عمران محمد الأخضر |
| مشرفا و مقرا | جامعة باتنة 1 | أستاذة التعليم العالي | أ.د/ مزياني فريدة |
| ممتحنا | جامعة باتنة 1 | أستاذة محاضرة قسم -أ- | د/ عبد اللاوي زينب |
| ممتحنا | جامعة سكيكدة | أستاذ محاضر -أ- | د/ غربي أحسن |
| ممتحنا | جامعة عنابة | أستاذ محاضر -أ- | د/قرانة عادل |
| ممتحنا | جامعة سطيف 2 | أستاذ محاضر -أ- | د/ذوادي عادل |

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي جَعَلَ مِنَ
النَّارِ سَمُوكًا
وَالَّذِي جَعَلَ
الْقَمَرَ نُورًا
وَالَّذِي جَعَلَ
النَّجْمَ دُرًّا
وَالَّذِي جَعَلَ
الْجِبَالَ تَلًّا
وَالَّذِي جَعَلَ
الْبَحْرَيْنِ يَلْتَمِسَانِ
وَالَّذِي جَعَلَ
الْمَاءَ عَذْبًا
وَالَّذِي جَعَلَ
الْحَبَّ حَبًّا
وَالَّذِي جَعَلَ
الْمَاءَ عَذْبًا
وَالَّذِي جَعَلَ
الْحَبَّ حَبًّا

شكر و عرفان

كيف أبدأ شكري، و إذا أمسكت بقلمتي و هممت أن أكتب لك، كأن قلمي لم يعرف الكتابة من قبل و كأن المداد لا يعرف من الهجاء إلا علامات الإكبار و حروف الإجلال، إلى أستاذتي الفاضلة - مزياني فريدة- فمنك تعلمت أن للنجاح قيمة و معنى، و منك تعلمت كيف يكون التفاني و الإخلاص في العمل، و قد كنت نعم المرشد و الموجه ، و لم تدخري جهدا في تقديم النصائح اللازمة و القيمة لإخراج هذا البحث في هذا الشكل، لذا وجب علي تكريمك و تقديرك فلك مني فائق عبارات الاحترام و التقدير.

أتوجه بالشكر الجزيل لأعضاء المناقشة، أعانكم الله في إيصال رسالتكم النبيلة.

إلى كافة أساتذة و عمال جامعة باتنة 1 و جامعة باجي مختار عنابة.

أوشن سمية.

إهداء

إلى روح أبي الطاهرة أسكنه الله فسيح جناته.

إلى أمي البيت الدافئ و نهر الحب الفياض أيتها السكينة التي من الله بها
علينا أطال الله في عمرك.

إلى زوجي رفيق دربي حفظك الله.

إلى قرتي عيني تقوى و يانيس حفظكم الله و رعاكم.

إلى شقيقتي يمينة التي لولا فضل الله سبحانه و تعالى و فضلها لما وصلت
لما أنا عليه اليوم فحفظك الله و أدامك تاجا فوق رؤوسنا.

إلى أشقائي و شقيقاتي أبقاكم الله شموخا و فخرا لي.

إلى بنات و أبناء أشقائي و شقيقاتي.

إلى كل عائلة أوشن.

إلى صديقاتي و زميلات العمل بجامعة باجي مختار عناية

و جامعة باتنة 1.

أوشن سمية.

قائمة المختصرات:

باللغة العربية:

ج.ر: الجريدة الرسمية للدولة الجزائرية.

ص: صفحة.

د.دن: دون دار نشر.

د.ب.ن: دون بلد نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ط: طبعة.

ج: جزء.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

Abréviations en langue française :

o.p : ouvrage précédent

cit : cité

rec : recueil

p : page

c : contre

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence

P.U.F : presse universitaire du France.

مقدمة

مقدمة

تعد الرقابة القضائية على نشاط السلطات العمومية في الدولة ضمانا أساسية لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم و إعلاء مبدأ المشروعية و سيادة القانون، نظرا لما يتمتع به القضاء من ثقة و احترام سواء من الأفراد أو من الإدارة متى توافرت له الضمانات الضرورية التي تكفل استقلاله و حياده.

تمارس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة باختلاف أنواعها و درجاتها على سائر أعمال الإدارة العامة القانونية و المادية و هي رقابة مشروعية تهدف إلى ضمان احترام القانون و حماية حقوق الأفراد و حرياتهم العامة من تعسف الإدارة و تجاوزاتها، و هذه الرقابة تمنح للأفراد سلطة متابعة الإدارة أمام الجهات القضائية المختصة لإلزامها باحترام القانون.

نظرا للأهمية البالغة للرقابة القضائية على أعمال السلطات العمومية في الدولة كان من الطبيعي أن يحظى تنظيمها بعناية فائقة في الأنظمة الديمقراطية المعاصرة و أن تحرص دساتير هذه الدول على إرساء المبادئ الأساسية التي تكفل استقلال السلطة القضائية و تمكنها من أداء المهام السامية المنوطة بها من تحقيق للعدالة و حماية مبدأ سيادة القانون الذي يعد أساس الحكم في الديمقراطية المعاصرة.

يتناول المشرع تنظيم السلطة القضائية ببيان القواعد التفصيلية التي تكفل استقلالها و حيادها في إطار المعالم الرئيسية التي أرساها الدستور و كيفية مباشرتها لأعمالها و يأتي مع كل ذلك و بنفس الأولوية ضرورة تحديد الجهة القضائية المختصة بعملية الرقابة على أعمال الإدارة العمومية و وضع الضوابط التي تضمن استقلالها عن السلطة التنفيذية لأداء مهامها.

أصبحت كل دول العالم تعتمد نظام القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي كضرورة حتمية للفصل في المنازعات الإدارية نظرا لفعالية هذا القضاء في تحقيق مبدأ المشروعية و حماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية و إرساء دعائم العدالة و بناء دولة القانون.

أما النظام القضائي الجزائري فقد تأرجح خلال مراحل تاريخية مختلفة بين النظام القضائي المزدوج أثناء الاحتلال الفرنسي و بين نظام وحدة القضاء المرن بعد الاستقلال إلى غاية سنة 1996.

مقدمة

بعد صدور دستور 1989 و نتيجة التطور الذي عرفه المجتمع الجزائري و التحولات العميقة التي شهدتها في الميادين السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية أعلن المؤسس الدستوري بموجب المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996 عن تأسيس مجلس الدولة كأعلى هيئة قضائية إدارية متخصصة يضمن توحيد الاجتهاد القضائي و يسهر على احترام القانون، فانطلقت الجزائر من مصاف الدول ذات القضاء الموحد إلى مجموعة الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج.

تجسيدا لاختيار و تبني الجزائر لنظام ازدواجية القضاء و من أجل تعزيز السلطة القضائية الحامية للحقوق و الحريات الأساسية للمجتمع ثم إنشاء مجلس الدولة و المحاكم الإدارية و محكمة التنازع ليصبح التنظيم القضائي الجزائري يتشكل من جهتين قضائيتين تتولى إحدهما الفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد، و تختص الأخرى بالنظر في المنازعات الإدارية.

و كنتيجة لتبني نظام الازدواجية القضائية صدر القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بمجلس الدولة عمله و تنظيمه المعدل و المتمم، و بما أن مجلس الدولة يقع على رأس هرم السلطة القضائية، اختير ليكون موضوع البحث و الدراسة كونه هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية و يضمن توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، هذا ما كرسته المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996 و أكدته المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016 و المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

أهمية الدراسة:

من خلال ما سبق تتبين أهمية اختيار موضوع نظام مجلس الدولة و اجتهاداته كإشكالية علمية قانونية و تطبيقية للبحث في النظام القضائي الجزائري سواء من الناحية النظرية أو العملية.

تتمثل أهمية هذه الدراسة في التعرف على حقيقة التطور الذي شهدته القضاء الإداري في الجزائر و ما مدى اختصاص مجلس الدولة في النظر في المنازعات الإدارية و بيان الدور

مقدمة

الحيوي الذي يضطلع به في مجال الرقابة على أعمال الإدارة العمومية و تحقيق دولة القانون و حماية الحقوق و الحريات الأساسية.

تتمثل أهمية هذه الدراسة في دعم مسيرة القضاء الإداري في الدولة الجزائرية إلى استقلال كامل و شامل له و تفعيل دور مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية يضمن توحيد الاجتهاد القضائي.

تظهر أهمية الدراسة أيضا من عدة جوانب لعل أهمها العلاقة الوثيقة بين القانون الإداري و القضاء الإداري و التي هي علاقة متميزة و من هنا تكمن أهمية معالجة الاجتهاد القضائي و الدور الأساسي الذي يؤديه القاضي الإداري خاصة في الجزائر و تجربته الفتية في هذا المجال نظرا لعدم تقنين العديد من أحكام القانون الإداري.

نطاق الدراسة:

يتحدد نطاق هذه الدراسة بمجلس الدولة كهيئة قضائية متخصصة ، تحتل أهمية كبيرة في التنظيم القضائي الإداري و تسهر على حماية الحقوق و الحريات الأساسية في المجتمع على ضوء المبادئ الدستورية و القانونية التي تقرر وجود القضاء الإداري و على رأسه مجلس الدولة كجهة قضائية مستقلة من حيث تنظيمها و أجهزتها و تشكيلتها و هيكلها و أعضائها و اختصاصاتها.

أهداف الدراسة:

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو توضيح أكبر لدور القاضي الإداري من خلال ما يتمتع به من سلطات واسعة و معرفة كيفية اجتهاده في حل المنازعة المطروحة أمامه كذلك معرفة مكانة مرفق القضاء لدى الأفراد باعتباره الملجأ الوحيد في النزاع القائم بين الأفراد و الإدارة.

- إظهار خطورة و صعوبة مهمة القاضي الإداري و قيمة اجتهاداته القضائية.

مقدمة

- ثقة الأفراد الكبيرة في القاضي في تمكينهم من الأخذ بحقوقهم من الإدارة باعتبارها تتمتع بالسلطة العامة.

إشكاليات الدراسة:

من خلال ما سبق يمكننا أن نطرح الإشكالية التالية:

- هل يمكن للاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة في تعامله مع النصوص القانونية الغامضة و الناقصة و الغير موجودة من إيجاد حل للنزاع المعروض أمامه؟ بمعنى هل يمكن لاجتهاده أن ينشئ قاعدة قانونية جديدة؟

و ينتج عن طرح هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية المتعلقة بها يمكن إيجازها فيما يلي:

- حقيقة الاجتهاد القضائي، هل هو منشئ للقواعد القانونية أم كاشف لها؟

- هل وسيلة التفسير والتأويل للقانون الممنوحة للسلطة القضائية تخولها سلطة تقديرية تجعلها قادرة على النطق بالقانون لا تطبيقه فقط؟

- هل تمثل السلطة التقديرية للإدارة عائقا أمام الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية؟

- هل استطاع القاضي الإداري الجزائري على غرار الاجتهاد القضائي المقارن في وضع قواعد قانونية، و تنبيه المشرع للقصور الذي يعانيه القانون، أم مازال موقفه مترددا و خجولا في إبراز المبادئ القانونية، و يقتصر على إتباع خطى المشرع؟

أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع لمنظورين شخصي و موضوعي.

مقدمة

المنظور الشخصي:

سبب اختيار هذا الموضوع هو الاهتمام و الميول للقانون و القضاء الإداريين، لما فيهما من ديناميكية و تطور سريع، و قدرة القاضي الإداري على الإبداع و التألق في هذا المجال القانوني، و الرغبة في البحث عن مختلف الاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة، مما جعلنا نحاول المزج بين النظري و التطبيقي و ذلك من خلال تحليل بعض القرارات الإدارية التي قد تتعلق أو تمس بإحدى هذه المبادئ.

أما من الناحية العلمية يعد موضوع الدراسة من المواضيع التي لم تستوفي حقها من الدراسة و المعالجة خاصة في الجزائر و الذي يشوبه الكثير من الغموض و يطرح الكثير من التساؤلات.

المنظور الموضوعي:

إن موضوع اجتهادات مجلس الدولة من المواضيع الجديدة فهو حديث النشأة مقارنة مع المواضيع و النظريات القانونية الأخرى، نظرا للنقص الواضح في هذا المجال.

مناهج الدراسة:

للإجابة على الإشكاليات المطروحة اعتمدنا في هذه الأطروحة بالدرجة الأولى على المنهج التحليلي من خلال دراسة و تحليل عناصر الموضوع، و عند عرض كل فكرة من أفكار البحث، متبعة أسلوبا قانونيا علميا موضوعيا بالانطلاق من تحليل النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية، و لتحقيق التكامل المنهجي للبحث تطرقنا للمنهج الوصفي في تفسير بعض المبادئ و الوقوف على مفاهيمها، و ما يرتبط بها من إشكالات، و ذلك من أجل ترسيخ الفكرة و توضيحها.

صعوبات الدراسة:

لعل أهم الصعوبات التي كانت بمثابة معوقات من جهة، و حافز من جهة ثانية للعمل على هذه الأطروحة يمكن حصرها في نقطتين:

مقدمة

- قلة الدراسات الشمولية، إن لم نقل انعدامها فيما يتعلق بمسألة الاجتهاد القضائي و دوره في المادة الإدارية، إلا ما كان من أبحاث و مقالات متفرقة لجزئيات من هذا الموضوع.

- تزداد هذه المسألة صعوبة في الجزائر، ذلك أن أي باحث يلاحظ أن هناك ضعف كمي و كفي للمادة الإدارية، سواء من حيث المراجع، أو من حيث الاجتهادات القضائية و إن وجدت، لا يتم نشرها و توفرها بين يدي كل الباحثين.

خطة الدراسة:

الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي لدور مجلس الدولة في القضاء الإداري

حاولت من خلاله التطرق لمفهوم الاجتهاد القضائي و سلطات الضوء على خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية أمام مجلس الدولة.

الباب الأول: دور مجلس الدولة في تكريس القاعدة الإجرائية

تطرقت فيه إلى الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مرحلة التحضير في الفصل الأول و سلطات الضوء على نطاق سلطات القاضي في مرحلة التحضير منها كمبحث أول، و تناولت في المبحث الثاني وسائل القاضي الإداري في التحقيق.

من ثم تناولت في الفصل الثاني الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مرحلة المحاكمة، حيث خصصت المبحث الأول لإجراءات المحاكمة أمام القضاء الإداري و تطرقت في المبحث الثاني إلى نطاق سلطات القاضي الإداري في مرحلة المحاكمة.

الباب الثاني: دور مجلس الدولة في خلق القاعدة الموضوعية

في الباب الثاني حاولت و لو قليلا إزالة الغموض عن دور القاضي الإداري في حالة وضوح و غموض النص، و أيضا دوره في حالة عدم وجود قاعدة قانونية يطبقها على النزاع، و تطرقت من خلالها إلى مفهوم التفسير و حالاته و طرقه، هذا في الفصل الأول، أما في الفصل

مقدمة

الثاني فقد تطرقت إلى الحدود و الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في خلق القاعدة الموضوعية.

أما في الخاتمة فحاولنا الإجابة على الإشكالية المطروحة في المقدمة و محاولة تحصيل بعض النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة.

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي لدور مجلس الدولة في القضاء

الإداري الجزائري

تماشيا مع الدولة الحديثة و التي تقوم أساسا على مبدأ المشروعية و سيادة القانون استحدث المشرع الجزائري مجلس الدولة ضمن الهياكل الجديدة التي أنشأها التعديل الدستوري لسنة¹ 1996 و التي تهدف أساسا إلى تعزيز السلطة القضائية و حماية النظام القانوني للحقوق و الحريات الأساسية.

يعتبر مجلس الدولة أعلى هيئة قضائية إدارية متخصصة لها نظامها القانوني الخاص من حيث الهيكلة و العلاقات القانونية و القضائية في نظام الدولة و لها وظائف و صلاحيات قضائية.

أنشئ مجلس الدولة ليكون جهة قضائية إدارية عليا متخصصة يضمن توحيد الاجتهاد القضائي في المسائل الإدارية و جهازا مستقلا تكون له الحرية التامة في الفصل في المنازعات الإدارية و إيجاد الحلول الملائمة لها حماية للحقوق و الحريات الفردية و الجماعية. سوف نتطرق في هذا الفصل إلى معرفة ماهية الاجتهاد القضائي، و ما هي الإجراءات القضائية الإدارية وفق ما يلي:

المبحث الأول

ماهية الاجتهاد القضائي

يعتبر الاجتهاد القضائي واقع علمي و عملي و ضرورة تتطلبها النصوص التشريعية و القضائية فقد يجد القاضي الإداري نفسه أمام منازعة إدارية لا حل قانوني لها، و ذلك لغياب النص التشريعي الذي يستند عليه للفصل فيها. فالنصوص التشريعية تعبر عن اختيارات الأمة و مصالحها العامة، و الاجتهاد القضائي يعد استمرارية لها، فهذه الأخيرة تتميز بالعمومية و التجريد و هي تضع حولا وسطى فقط، ما يجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا مستقلا و مساويا لباقي مصادر القانون، فهو يخصص القاعدة القانونية و يقوم بتحيينها، و بدونها لا يمكن للتشريع تحقيق التوازن بين خاصيتي الاستقرار و الاستمرارية.

1- الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المتضمنة التعديل الدستوري.

و للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية لا يكاد يقل أهمية في ذلك عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضيف على القانون طابعه العملي الحي، و هو الذي يحدد مداه و أبعاده.

المطلب الأول

مفهوم الاجتهاد القضائي

إذا كانت المعضلة الأولى التي تواجه المواطن المعني بتطبيق القانون أو المبتدئ في دراسته تتمثل في إيجاد النص القانوني الذي يطبق على نزاع معين و هي المشكلة التي تتعدد في حالة تنظيم محل النزاع بموجب نصوص قانونية متنوعة، سواء كانت من نفس الدرجة أو من درجات مختلفة، مثل الدستور و القانون و الأوامر والقرارات، فإن المشكلة التي تواجه المتخصصين في مجال القانون و لاسيما القضاة و المحامين، تتمثل أساسا في تفسير القانون الساري المفعول و تحديد الحل المناسب لقضية معينة.

نظرا لأهمية موضوع الاجتهاد القضائي في دراستنا كان لا بد من تعريفه باعتباره التزام الوصفي بين الاجتهاد و القضاء، فلا بد من ضبط مفهوم الاجتهاد القضائي في منطلق هذه الدراسة من خلال توضيح مفهوم الاجتهاد و ما يتميز به من خصائص تميزه عن باقي المصطلحات الشبيهة.

الفرع الأول

تعريف الاجتهاد القضائي

سأنتظر في هذا الفرع إلى مصطلح الاجتهاد القضائي، هذا المصطلح المركب من كلمتين، الاجتهاد و القضاء و معناهما لغة و اصطلاحا و للوصول إلى التعريف لهذا المصطلح فلا بد من تعريفه لغة اصطلاحا فقها، في نصوص التشريع، ثم تعريفه من خلال أحكام القضاء.

أولا: تعريف الاجتهاد و القضاء

الاجتهاد القضائي مصطلح مكون من كلمتين، هما الموصوف و هو الاجتهاد و الصفة و هو القضائي، و لا بد قبل تعريف المصطلح كاملا لا بد من تعريف مكوناته أولا.

1- تعريف الاجتهاد**أ- الاجتهاد لغة**

يعرف الاجتهاد لغة بأنه بذل الوسع، و استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي، و بذل المجهود في طلب المقصود من هذا الاستدلال¹.

الاجتهاد مأخوذ من الجهد و هو المشقة، فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه²، و يطلق على الاجتهاد القضائي في اللغة العربية عدة مصطلحات منها اجتهاد المحاكم و اجتهاد القضاء.

ب- الاجتهاد اصطلاحا:

تنتقل معظم التعريفات الاصطلاحية لكلمة الاجتهاد من منطلق التعريف اللغوي في حد ذاته، و هو بذل الوسع و الطاقة و استفراغها، فقد تم تعريفه بأنه: " استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه لوم مع استفراغ الوسع فيه"³.

من خلال هذا التعريف، نلاحظ تطابق المعنى اللغوي مع المعنى الاصطلاحى من حيث استفراغ الوسع.

في تعريف آخر، فالاجتهاد القضائي، هو: " بذل الوسع إلى أن يحس من نفسه العجز عن المزيد فيه"⁴، و في هذا التعريف الاصطلاحى للاجتهاد نجد أن غاية بذل الوسع هي العجز فيه أي استنفاد المجتهد لجميع طاقته في تحصيل العلم موضوع الاجتهاد، و في هذا إشارة إلى أنه لا يكفي مجرد بذل الوسع، بل لابد من الوصول إلى درجة العجز عن المزيد من التفكير و التأمل في المسألة.

1- عباس قاسم مهدي الداوقى، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2015، القاهرة، ص15.

2- علي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط3، دار الفكر للنشر و التوزيع، الرياض، 1998، ص197.

3- الرازي فخر الدين، المحصول في علم أصول الفقه، ج4، مؤسسات الرسالة، 1997، لبنان، ص136.

4- سيف الدين علي الأمدى، الأحكام في أصول الأحكام، ج4، د.د.ن، لبنان، ص14.

ج- الاجتهاد في الشريعة الإسلامية:

أولى القرآن الكريم مكانة جد هامة للاجتهاد القضائي، و قد دل على مشروعيته، عدة آيات تحت على الشورى عند اختلاف الرأي مثل قوله تعالى: " و شاورهم في الأمر"¹، و كذلك وصف المؤمنين بأن أمرهم شورى بينهم في قوله تعالى: "و أمرهم شورى بينهم"².

تعنى الشورى البحث عن الصواب فيما يعرض من أمر وفق أدلة الشرع، منصوصة أو غير منصوصة، و هذا لا يكون إلا من خلال الاجتهاد من أهل الرأي على اختلاف تخصصهم و تنوع خبراتهم³.

شمل مصطلح الاجتهاد تعريفات كثيرة عند علماء الأصول، نظرا لأهميته في علم أصول الفقه، لكن عموما هناك مسلكين في تعريف الاجتهاد:

المسلك الأول: باعتبار أن الاجتهاد مصدر دال على فعل المجتهد، فقد تم تعريفه على أنه: "استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية، سواء كان على سبيل القطع أو الظن"، و أيضا بأنه: "بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقليا كان أو نقليا، قطعيًا كان أو ضنيا"⁴.

و ما يلاحظ في هذا المسلك، أن أصحاب هذا الاتجاه استهلوا التعريف بكلمة بذل أو استفراغ الجهد.

المسلك الثاني: باعتبار أن الاجتهاد صفة المجتهد، وفي هذا المسلك تم تعريف الاجتهاد أنه ملكة يقدر بها على استنباط الأحكام الشرعية العلمية من أدلتها التحصيلية، فلا يدخل في الاجتهاد الأحكام المعلومة بالضرورة كأركان الإسلام و الأحكام المتعلقة بالعقائد⁵.

لعل أنسب تعريف للاجتهاد و الذي يشمل المسلكين، هو: "بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي، عقليا أو نقليا، قطعيًا كان أو ضنيا"⁶، فشمّل التعريف العقليات و النقليات، قطعية

1- سورة آل عمران، الآية 159.

2- سورة الشورى، الآية 83.

3- يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الكويت، د.س.ن، ص 77.

4- شعبان محمد اسماعيل، الاجتهاد الجماعي و دور المجامع الفقهية في تطبيقه، دار البشائر الإسلامية، دار الصابوي، 1998، ص 11.

5- شعبان محمد اسماعيل، نفس المرجع، ص 11.

6- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج 2، 1966، ص 1065.

كانت أو ظنية، وبالتالي فالاجتهاد هو عملية استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة الإسلامية.

يشمل الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، على حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي، أما الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة و البداهة، أو التي تثبت لدليل قطعي، مثل وجوب الصلوات الخمس و الصيام و الزكاة..... فلا يجوز فيها الاجتهاد.

د- الاجتهاد تشريعاً:

لم يعرف المشرع الجزائري المصطلحات التي يثور حولها جدل فقهي، بل ترك الخوض في هذا الجدل للفقهاء ورجال القضاء، و حتى لا يتنزع القضاة بعدم وجود نص يحكم المنازعة التي بين أيديهم ألزم المشرع القضاة بالرجوع لقواعد أخرى حددها في نصوص القانون¹، و من قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 1 من القانون المدني في حالة غياب النص القانوني يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي، و وقواعد العدالة، تحت طائلة ارتكاب جريمة إنكار العدالة إذا لم يفصل في النزاع²، على أن هذا الحكم يخضع له القاضي العادي و القاضي الإداري.

بالرجوع إلى نص المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 حولت لمجلس الدولة مهمة توحيد الاجتهاد القضائي بمعنى جعل الحلول القضائية واحدة بالنسبة لنفس المسائل القانونية³.

نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم 2018: "يضمن مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد و يسهر على احترام القوانين"⁴.

1- تنص المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يتمتع بأي حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف، بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك.....".

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2005.

3- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق ل 30 ديسمبر 2020 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

4- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بمجلس الدولة عمله و تنظيمه.

نصت المادة 8 من ذات القانون على أن يقوم مجلس الدولة بنشر قراراته و السهر على نشر كل التعليقات و الدراسات القانونية.

هـ- الاجتهاد قضاء:

لم يظهر تعريف الاجتهاد بصيغة مباشرة في أحكام القضاء، و إنما تجسد ذلك عمليا في العديد من القرارات:

قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 23-10-2001: حيث ذهب مجلس الدولة إلى إقرار اجتهاد مفاده أن إخطار الخصوم إجراء جوهري: "حيث أنه بموجب عريضة مودعة لدى أمانة كتابة ضبط مجلس الدولة طعنت بالاستئناف..... ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة و التي قضى بالمصادقة على تقرير الخبير.....

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

و أجاب مجلس الدولة بشأن الدفع المتعلق بعدم إخطار الخبير للإدارة المعنية بما يلي:
"حيث أن الخبير الذي يسهى عن هذا الإجراء الذي هو وجوبي يعرض خبرته للبطلان و بالتالي و دون الالتفات إلى الدفع الأخرى ينبغي إذن إلغاء القرار المستأنف و بعد التصدي للدعوى إبطال تقرير الخبير..... و تعيين الخبير..... للقيام بنفس المهمة"¹.

2- تعريف القضاء:

للوصول إلى تعريف القضاء لا بد من تعريفه لغة اصطلاحا و فقها:

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 للأمور و المحكم لها، استقضى فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس، و القضايا الأحكام، واحدتها قضية، و أصله القطع و الفصل، يقال: قضى يقضي قضاء، فهو قاض إذا حكم و فصل².

ب- **التعريف الاصطلاحي:** يمكن تعريف القضاء من خلال ثلاث معايير أساسية هي المعيار العضوي و المعيار الموضوعي و المعيار الشكلي.

1- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة ، الجزائر، 2002، ص369.

2- محمد بن فارس أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، 2005، ص68.

فالمعيار العضوي لتعريف القضاء يأخذ بعين الاعتبار في تحديد العمل القضائي على أساس الجهة التي تصدره و التي منحت الولاية بذلك، و على هذا يكون العمل قضائيا إذا صدر عن هيئة قضائية بطرق خاصة، على سبيل الإلزام¹.

أما المعيار الموضوعي فيأخذ بعين الاعتبار وظيفة القضاء و عمله و هي حسم المنازعات و قطع الخصومات، فالعمل القضائي يكون قضائيا، إذا كان العمل يتضمن حلا للنزاع، فهو بعكس المعيار العضوي، ينظر للموضوع ذاته، دون النظر إلى السلطة التي أصدرته².

و حسب المعيار الشكلي فإن القضاء هو الجهة التي يصدر عنها طائفة معينة من الأعمال وفق تشكيلات محددة بغض النظر عن طبيعة الجهة المصدرة أو طبيعة موضوع العمل في حد ذاته، فإذا توفر في هذا العمل شكل معين اعتبر قضائيا، و هو ما يعرف بالمقررات القضائية.

لكن التعريف القضاء يرتكز على تكامل المعايير الثلاثة فيشمل القضاء جميع الجهات التي منحت ولاية نظر النزاعات بين الأطراف و الفصل فيها عن طريق مقررات قضائية.

ج-التعريف الفقهي: تنوعت تعريفات القضاء في الفقه و 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 إلى الحكم في نزاع معين معروض على القاضي و تنصرف من ناحية أخرى إلى اطراد الأحكام و استقرارها في اتجاه معين³.

يعرف القضاء وفق ما يلي: "أما القضاء فله دور آخر أكثر خطورة و أهمية، بحكم أن المحاكم تعتبر من سلطات الدولة صاحبة الولاية دستوريا في نظر الدعاوى و فض المنازعات رسميا عن طريق تطبيق القانون، و من ثم فلاحكام 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..."⁴.

1- محمد عبد الرحمن بكر، السلطة القضائية و شخصية القاضي في النظام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1988، ص57.

2- محمد عبد الرحمن بكر، نفس المرجع، ص57.

3- عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، ط2، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1992، ص83.

4- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1997، ص122.

يعرف على أنه: "مجموعة القواعد القانونية غير المقننة التي يستتبتها القاضي من ضمير الجماعة و روح التشريع و مبادئ العدالة عند غياب القواعد التشريعية التي تحكم المنازعات المعروضة عليه"¹.

3- تعريف الاجتهاد القضائي:

يمكن تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي على النحو الآتي:

إن عبارة الاجتهاد القضائي la jurisprudence تعود إلى الأصل اللاتيني jurisprudencia و تعني علم القانون، ذلك أن juris تعني القانون، في حين أن prudencia تعني المعرفة أو العلم².

مصطلح الاجتهاد القضائي غالبا ما يقصد به الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية و الذي يقضي به في النزاع المعروض عليه.

يقصد به مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة³، أي رأي المحاكم و اجتهادها في المسائل القانونية المعروضة عليها، و يطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء و كلمة القضاء لا يقصد بها جميع أحكام المحاكم، إنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض على القاضي من منازعات تستوجب الفصل فيها⁴.

و يقصد به الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالات عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه، أو عدم كفايته، فالقضاء يجب أن يفصل في كل قضية ترفع إليه، حتى لو كان النص القانوني غامضا أو منعدما، ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسيره، و في الحالة الثانية يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة⁵.

1- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دون ط، د.د.ن، د.ب.ن، 1994، ص27.

2- محمد المحيني، مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، مجلة العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، المغرب، ع2، 2011، ص4.

3- عبد المنعم البدرابي، مبادئ القانون، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1972، ص244.

4- ياسين محمد يحي، مبادئ العلوم القانونية، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص141.

5- بوشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مجلة المحاماة تصدرها هيئة المحامين لناحية تيزي وزو، العدد2، 2004، ص1.

ثانيا: أهمية الاجتهاد القضائي الإداري

تذهب القاعدة العامة إلى أنه إذا ما عرضت على القاضي - أي قاضي - منازعة فإنه يلتزم بالفصل فيها للوصول لتلك الغاية، و على القاضي أن يبحث أصالة و بصفة أولية عن نص تشريعي يحكم المنازعة المطروحة، فإن لم يجد نصا اتجه للبحث في المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، و حسب الترتيب الذي يرسمه المشرع، فإن لم يجد في أي مصدر من هذه المصادر قاعدة تحكم النزاع محل البحث، فإنه لا يستطيع الامتناع عن إصدار الحكم على أساس عدم وجود قاعدة قانونية، و إنما عليه أن يصدر حكمه في الدعوى باجتهاده و بقاعدة من ابتكاره و ابتداعه و إنشائه، و إلا كان مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

1- الالتزام بنشر الأحكام القضائية الاجتهادية

تنص المادة 8 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم على أنه: "ينشر مجلس الدولة قراراته و يسهر على نشر كل التعاليق و الدراسات القانونية." رغم ما يبذله مجلس الدولة من مجهودات في نشر الأحكام و القرارات التي تصدر عن غرفه إلا أنها تبقى غير كافية، فالعديد من القرارات الصادرة عنه تبقى مجهولة من قبل الأفراد و المحامين و القضاة و الأساتذة و الباحثين ما يخلق نوعا من التذبذب في طريقة الفصل في المنازعات التي تقدمها مختلف الجهات القضائية.

يقوم المشرفون على إعداد المجلة القضائية و مجلة مجلس الدولة بغريلة القرارات القابلة للنشر، و يتعين عليهم العمل على تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادا قضائيا تم التراجع عنه، و من باب أولى تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادين قضائيين متعارضين¹، كما حدث في قضية مدى اكتساب مديرية البريد و المواصلات لصفة التقاضي أم لا؟.

صدر قرار عن مجلس الدولة بتاريخ 01-02-1999 رقم 149303 في العدد الأول من مجلة مجلس الدولة لسنة 2002 يقرر فيه عدم اكتساب مديرية البريد و المواصلات لصفة التقاضي.

1- عوامرية أسماء، دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2015، ص19.

ثم صدر عن نفس المجلة في عددها الثالث لسنة 2003 قرار بتاريخ 03-12-2002 رقم 012676 عن مجلس الدولة الغرفة الخامسة يقرر فيه عكس ذلك و بأن مديرية البريد و المواصلات تكتسب صفة التقاضي¹ عملا بالمرسوم التنفيذي رقم 98-143².
إن نشر قرارات المجلس لا يرمي فقط إلى تحقيق غرض إعلامي بالحلول التي ينظمها بل يرمي إلى تحقيق غرض وقائي متمثل في حث القضاة على البحث الجدي عن الحل القانوني بخصوص المشاكل القانونية بالشكل الذي يضمن توحيد الاجتهاد القضائي³.

2- توحيد الاجتهاد القضائي الإداري

تنص المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 في فقرتها الثالثة على أنه: "تضمن المحكمة العليا و مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون."

تنص المادة 02 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم على أنه: "مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية و هو تابع للسلطة القضائية.
يضمن توحيد الاجتماع القضائي الإداري في البلاد و يسهر على احترام القانون."
فالدستور الجزائري و القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم قد منحا لأعلى هيئتين قضائيتين في جهاز القضاء مهمة توحيد الاجتهاد القضائي.

إن استقرار الاجتهاد القضائي و عدم التراجع عنه لا يعد غاية في حد ذاتها، بل هو وسيلة لمجلس الدولة من أجل تحقيق المهمة المسندة إليه و المتمثلة في توحيد الاجتهاد القضائي و الذي يهدف إلى ضمان إتباع الجهات القضائية الدنيا لهذا الاجتهاد.

1- سايس جمال- رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط1، ج 2، منشورات كليك، 2013، ص ص 823-824.

2- المرسوم التنفيذي رقم 98-143 المؤرخ في 10 ماي 1998 المتضمن تأهيل الموظفين لتمثيل إدارة البريد و المواصلات أمام العدالة، جريدة رسمية رقم 29، المؤرخة في 13 ماي 1998.

3- عوامرية أسماء، المرجع السابق، ص20.

الفرع الثاني

أسباب و خصائص الاجتهاد القضائي الإداري

إن القاضي الإداري قد يجد نفسه أمام الكثير من المنازعات التي لا يجد بصدها سوى مجموعة من التشريعات متعددة الأشكال في الصياغة الفنية و الشمول القانوني، خالية عادة من المبادئ العامة الأساسية و مقتصرة على تقرير الحلول الجزئية، و أمام ضيق المجال الذي يعتمد فيه على العرف و ما يتمتع به القاضي الإداري من حرية في التقدير و أسلوبه في التفسير و الطريقة التي تتبعها في إصدار أحكامه، أمام كل ذلك أصبح دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ و ابتكار النظريات.

الحقيقة أن الأسباب التي تقف وراء قصور قواعد القانون الإداري، هي أسباب ناتجة عن طبيعة هذا القانون فهو ذو خاصية قضائية من جهة و من الأحكام و سريع التطور من جهة أخرى.

أولاً: أسباب الاجتهاد القضائي الإداري

هناك سببين للاجتهاد القضائي الإداري يتمثلان في:

1- عدم المساواة بين طرفي المنازعة الإدارية

تمتاز الإجراءات القضائية الإدارية التي توصف بأنها تحقيقية في الغالب العام¹، و المقصود بذلك تولي القاضي الإداري عبء سير الإجراءات من بدايتها حتى نهايتها، فهو الذي يأمر بالتحقيق و يفحص الوثائق و الأوراق المقدمة متى اعتبرت الدعوى جاهزة للفصل فيها، و يقدر ما يقدم له من وسائل للإثبات، فالمدعي لا يكف نفسه عناء العديد من الإجراءات فيكتفي بإيداع عريضة الدعوى لدى أمانة الضبط للجهة القضائية الإدارية المختصة بشرط أن تكون مستوفية للشروط القانونية.

يرجع الطابع التحقيقي للمنازعة الإدارية لعدم المساواة في المراكز بين طرفي الخصومة فأحدهما يمثل السلطة العامة في الدولة و هي الإدارة، في مواجهة الفرد المدعي و الذي يقف عاجزاً في مواجهتها، فالعلاقة بينهما ليست على قدم المساواة، و هنا يأتي دور القاضي الإداري

1- ليندة عزوز، تطور المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر، 2002-2003، ص29.

في تحقيق التوازن و حماية الفرد من سلطة الإدارة و امتيازاتها التي تباشرها عليه، فهذا التدخل يكون لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين.

فالبيئة على من ادعى و من بين الأحكام الإدارية المؤكدة لهذه القاعدة القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا¹، و الذي من خلاله قام القاضي الإداري الجزائري بتطبيق هذه القاعدة تطبيقا صارما، و لكن لهذا التطبيق ما يبرره على أساس أن المنازعة تتعلق بإثبات حالة مادية تتمثل في شغل نصف هكتار من الأرض محل النزاع، و كان بإمكان المدعين إثبات صحة إدعائهم بمختلف الطرق القانونية من أمر إجراء خبرة، و محضر إثبات حالة.

هذا ما أكده مجلس الدولة من خلال قراره² الذي جاء فيه: "القاعدة هي أن يكون عبء الإثبات على عاتق المدعي، فالمدعي ملزم بالإتيان بالإثبات على ما يصدر عنه من إدعاءات و أن هذه القاعدة تنطبق على جميع أطراف الدعوى".

بالرجوع إلى تطبيق هذه القاعدة "البيئة على من ادعى" في الإثبات في المواد الإدارية لا نجده على مطلقه لأنه لا يتلاءم مع طبيعتها، فنجد أن القاضي الإداري ينقل عبء الإثبات من عاتق المدعي إلى عاتق المدعى عليه "الإدارة"³، فامتلاك الإدارة للامتيازات العامة و حيازتها للمستندات و الأوراق الإدارية و التي تكون محور الدعوى الإدارية من بين أهم الأسباب التي تجعل القاضي الإداري ينقل عبء الإثبات لجهة الإدارة المدعى عليها و ذلك للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على كاهل المدعي⁴.

1- الحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2002، ص84، القرار المؤرخ في 19-1-1997 في قضية ورثة (ج.أ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لولاية باتنة و من معه، المجلة القضائية، العدد2، 1997، ص144: " حيث طالب المستأنفون بإرجاع القطعة الأرضية التي بنيت عليها المدرسة، 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 20-02-1970 منح جدهم لبلدية تيمقاد قطعة أرض مساحتها 100 متر مربع و بالتالي فإن غلقها لا يعطي لورثته حق المطالبة بها، كما أنهم لم يقدموا أي مستند يثبت شغل البلدية لأكثر نصف هكتار من أرضهم و حيث أن قضاة الدرجة الأولى قدروا الوقائع تقديرا سليما فإنه يتعين تأييد قرارهم".

2- الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج2، دار هومة، الجزائر، 2002، ص63، قرار مؤرخ في 14-06-1999 في قضية والي تلمسان ضد (أ.م)، الغرفة الثانية، فهرس رقم 228.

3- إبتسام فاطمة الزهراء شقاف، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة لنيل الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2016، ص25.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القاضي الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص86.

تسير المنازعة الإدارية من قبل القاضي الإداري، فالإدارة ملزمة بعدم عرقلة العمل القضائي، و ذلك بتسليم كافة القرارات و المستندات التي تساهم في الفصل في النزاع، فإن رفضت الإدارة تقديم هذه المستندات اعتبر القاضي الإداري أن إدعاءات الطرف المدعي صحيحة، و إن كانت هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24-07-1994 واجهت واقعة امتناع الإدارة عن تسليم نسخة من القرار المطعون فيه بالإلغاء، و جاء اجتهاد المحكمة العليا متصديا لهذه الظاهرة الخطيرة و التي لا تعكس بأي شكل من الأشكال دولة القانون، حيث صرح هذا الاجتهاد أن دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القاضي الإداري لا تستوجب وجود قرار إداري متى امتنعت الإدارة على تمكين المدعي منه¹، و نفس الموقف اتخذه مجلس الدولة في قراره الصادر عن الغرفة الرابعة بتاريخ 28-06-2006 حيث أقر نفس المبدأ و خول للقاضي الإداري سلطة إلزام الإدارة بتسليم المعني نسخة من القرار المطعون فيه².

أصبح على المدعي فقط إثبات واقعة الامتناع من طرف الإدارة ليقوم القاضي الإداري بإلزامها بتسليم نسخة من القرار المطعون فيه.

انعكس اجتهاد مجلس الدولة في إثبات واقعة الامتناع على صياغة المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على أنه "يجب أن ترفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مشروعية قرار إداري تحت طائلة عدم قبول الدعوى القرار الإداري المطعون فيم ما لم يجد مانع مبرر.

إذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة".

يتجلى هنا دور مجلس الدولة في ابتداع و إنشاء قواعد القانون الإداري.

2- نقص التشريع

إن الدور الأساسي الذي يضطلع به القاضي المدني هو تطبيق القواعد القانونية للفصل في الخصومة المعروضة عليه، إلا أن هذا الأمر يختلف في كثير من الحالات في مجال القانون

1- مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 1999، ص 73.

2- مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2007، ص 221.

الإداري نظرا لحدائته نشأته و مرونته و عدم تقنينه، فقد تعرض على القاضي الإداري منازعة لا يوجد بصدها قاعدة قانونية يطبقها فهل يفصل في هذه المنازعة أو يتوقف و هنا يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، أما إذا فصل و اجتهد و وجد بصدها قاعدة قانونية فهل يكون هنا قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات؟

لم يمنح القضاء سلطة وضع القواعد القانونية بل وضعها يعد من اختصاص السلطة التشريعية، فدوره هو الفصل في المنازعات طبقا للقواعد الموجودة، فهذا يفترض وجود قواعد قانونية تطبق على الحالة المعروضة عليه، ولكن هناك ما يعرف بنظرية نقص التشريع، فالمشرع الجزائري قد بين صراحة اعتناقه لنظرية نقص التشريع من خلال المادة الأولى من القانون المدني، إذ اعترف باحتمال وجود نقص التشريع، و لكن على الرغم من هذا الوضع فإن القاضي الإداري ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة عليه، و في هذا الصدد فهو مطالب بل ملزم بتكملة النقص الموجود في التشريع فإن هذه النتيجة تعتبر أول خطوة في سبيل الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القواعد القانونية.

ثانيا: خصائص الاجتهاد القضائي الإداري

1- ارتباط القانون الإداري بالقضاء الإداري و عدم إمكانية الفصل بينهما

لا يمكن دراسة القانون الإداري إلا إذا كان هناك قضاء إداري، فقد كان لأسبقية ظهور القضاء الإداري الفرنسي على وجود القانون الإداري، فكان له الفضل في جعله قانونا مستقلا خاصا و هذه خصوصية أخرى تضاف إلى الاجتهاد القضائي الإداري، لكون القانون الإداري يختلف عن القانون المدني في مبادئه و نظرياته، الأمر الذي يقتضي اختلاف الاجتهاد القضائي فيه¹.

و من أمثلة هذا الارتباط الوثيق ظهور العديد من النظريات و الأحكام منها :

- مبدأ سريان المرفق العام، مبدأ المساواة بين المنتفعين من المرافق العامة، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، مبدأ المساواة في التوظيف، مبدأ العلانية في العقود الإدارية، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية و غيرها.

1- عبد الجليل مفتاح ومصطفى بخوش، دور القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية و تطبيقها، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة، العدد 2، نوفمبر 2005، ص18.

2- ارتباط الاجتهاد القضائي الإداري بأساس النظام السياسي و القانوني للدولة

إن المتمعن في أحكام القضاء الإداري يجد أنه و في الغالبية العظمى منها تشتمل على جملة من المبادئ العامة، من منطلق الاجتهاد، وهي لا تستند على مصدر واحد، بل تعتمد في محاولة استنباطها على الأسس العامة التي يقوم عليها النظام السياسي و القانوني للدولة و المجتمع.

ومن أمثلة هذا الارتباط: التقادم، مبدأ رجعية القوانين، مبدأ الحقوق المكتسبة، مبدأ قوة الشيء المقضي فيه، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، مبدأ استمرارية المرافق العامة.

3- الواقعة و مراعاة الظروف المحيطة بالنزاع

القاضي الإداري عندما يجتهد في الكشف عن قاعدة القانون الواجبة التطبيق ليصدر حكمه على أساسها، إنما يجري موازناته بين ما يصدره من أحكام، و بين الظروف الواقعية المحيطة بالنزاع، على خلاف القاضي المدني، و لذلك تميزت أحكام القضاء الإداري بالمرونة و الواقعية، و هذا راجع إلى أن ميزة القضاء أنه دائم الاتصال بالحياة العملية و التي تستمد قواعده منها، و يطبق قضيته عليها¹.

4- تجاوز القاضي الإداري لدوره كفاصل في النزاع

الأصل أن القاضي في الشريعة اللاتينية يمثل سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون، و لكنه يتجاوز تطبيق القانون إلى البحث عن الموازنة بين المصلحة العامة و المصالح الفردية، و يتجاوز مهمته العادية باعتباره فاصلا في خصومة معينة، و يتحول القاضي الإداري و بحق من خلال حكمه إلى قاضي إنشائي للمبدأ العام الذي يضعه و للقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ.

فالقاضي الإداري في تأديته لمهمته مثل القاضي العادي، إلا أن دوره أبعده، فهو في بحثه عن نقطة التوازن بين المصالح العامة و الخاصة، يجد نفسه مضطرا لصياغة مبادئ تشريعية لا تستند إلى نص تشريعي².

1- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، دون ط، د.د.ن، القاهرة، 1936، ص122.

2- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دون ط، د.د.ن، القاهرة، 1988، ص12.

القاضي الإداري عند عدم وجود نص أو مبادئ إدارية يلجأ إلى ابتداع حلول قانونية بحكم الروابط القانونية الناشئة بين الإدارات العامة و الأفراد خاصة، و أن النصوص الإدارية تخلو من المبادئ الأساسية، فهي تقتصر على حلول جزئية.

المطلب الثاني

الجهة المؤهلة بالاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر

استحدث التعديل الدستوري لسنة 1996 هيئات قضائية إدارية، محكمة إدارية كجهة تقاضي درجة أولى، و مجلس الدولة كأعلى جهة قضائية إدارية، و تضمنت المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996 على اعتبار مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، و يضمن أيضا توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و هذا ماكرسته المادة 179 من التعديل الدستوري 2020، و انطلاقا من هذا النص أعلن المجلس الدستوري عن دخول البلاد في نظام الازدواجية القضائية مستحدثا بذلك هرمين قضائيين، هرم القضاء العادي تعلوه المحكمة العليا و تتوسطه المجالس القضائية و قاعدته المحاكم الابتدائية، و هرم القضاء الإداري يعلوه مجلس الدولة و قاعدته المحكمة الإدارية¹، و إن لجوء المشرع الجزائري إلى تجسيد هذه العملية هو بمثابة تقليد للنموذج الفرنسي الذي انتهج الازدواجية القضائية و القانونية منذ الثورة الفرنسية²، ذلك بحكم العلاقة المرتبطة بالاستعمار و لمسايرة المنظومة القانونية المتبناة من قبل الدول المجاورة مثل المملكة المغربية و تونس³.

الفرع الأول

مجلس الدولة في النظام القضائي الجزائري

تم تأسيس مجلس الدولة كهيئة مقومة لنشاط الهيئات القضائية الإدارية بموجب المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996، و وجب علينا هنا التعريف بهذه الهيئة و الأسس العامة التي تستند عليها، و ما هي دوافع إنشاء هذه الهيئة.

1- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، جسر للنشر و التوزيع، ط2، الجزائر، 2008، ص137.

2- حاكم أحمد، دور مجلس الدولة في العملية التشريعية-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص7.

3- بن منصور عبد الكريم، الازدواجية القضائية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود عمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2015، ص7.

إذا رجعنا إلى الحجج الواردة في عرض أسباب القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم فنلاحظ أنه تم التركيز على نقطتين هما:

1- ضرورة وجود قضاء مختص بالمنازعات الإدارية.

2- تكريس الدور الاستشاري لمجلس الدولة.

أولاً: تعريف مجلس الدولة الجزائري

يعتبر مجلس الدولة الجزائري من المؤسسات الدستورية حديثة النشأة، فقد تم إنشاؤه بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996 و لكنه بدأ العمل الفعلي في سنة 1998، و للتذكير فقط فإن كل الدساتير الجزائرية التي سبقت تعديل سنة 1996 لم تنص على استحداث هذه الهيئة.

يتبع مجلس الدولة السلطة القضائية و يخضع أعضاؤه للقانون الأساسي للقضاة¹ - ما عدا فئة مستشاري الدولة في مهمة غير عادية- و لقد جاء لتكريس الازدواجية القضائية التي انتهجتها الجزائر بموجب دستور 1996 و القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم المتعلق بمجلس الدولة و تنظيمه و عمله الصادر في الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998 و الذي يعتبر هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، و يضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهر على احترام القانون و هذا ما كرسته المادة 2/179 من التعديل الدستوري لسنة 2020².

فمجلس الدولة يمثل أعلى هيئة قضائية في هرم القضاء الإداري، و انطلاقاً من النصوص الدستورية و قواعد القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم يمكننا إيجاز مجموعة من الخصائص يمتاز بها مجلس الدولة الجزائري:

1- مجلس الدولة في الجزائر جزء من الهمم القضائي

بالرجوع للمادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 نجدها وردت تحت عنوان السلطة القضائية(الباب الثاني، الفصل الثالث) ما يعني أن مجلس الدولة تابع للسلطة القضائية، و هذا خلافاً لمجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر تابعا للهيئة التنفيذية في الدولة لأسباب خاصة تتعلق بها.

1- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاة، جريدة رسمية عدد

75، المؤرخة في 08-09-2006، ص18.

2- عوامرية أسماء، المرجع السابق، ص53.

2- مجلس الدولة يتمتع بالاستقلالية

يقصد باستقلالية مجلس الدولة هنا، استقلاليته عن السلطة التنفيذية، فاختصاص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية و التي تكون السلطة التنفيذية طرفا فيها لا يعني أنه تابع لها، إذ أن التسليم بهذه التبعية يعني أن قرارات المجلس سوف لن تلزم السلطة التنفيذية في شيء طالما أن هذه السلطة تمارس وصايتها و نفوذها على مجلس الدولة¹، و تجد هذه الاستقلالية أساسها الدستوري في نص المادة 156 من التعديل الدستوري لسنة 2016 و التي جاء فيها: "السلطة القضائية مستقلة و تمارس في إطار القانون."

هكذا استقل مجلس الدولة عضويا عن السلطة التنفيذية و أن لا سلطان لها عليه، فقضاته يتمتعون بالاستقلالية الكاملة حال نظرهم في القضايا المعروضة عليهم، و إن تبعية مجلس الدولة كمؤسسة قضائية لأي سلطة أخرى مهما علت من شأنه المساس بطبيعة و وظيفة القضاء في حد ذاتها، و هو ما يترتب عليه المساس بحقوق المتقاضين و بمبادئ العدالة بل و بسيادة القانون.

تجسيدا للاستقلالية الوظيفية التي يتمتع بها مجلس الدولة في الجزائر أعترف له أيضا بالاستقلالية المالية و الاستقلالية في مجال التسيير، و هذا بموجب المادة 13 من القانون العضوي رقم 01-98 المعدل و المتمم بموجب القانون 02-18 المؤرخ في 4 مارس 2018، و تسجل الاعتمادات المالية اللازمة للمجلس في الميزانية العامة للدولة، كما اعترف له بسلطة إعداد النظام الداخلي و لا تتنافى صفة الاستقلالية مع إلزام مجلس الدولة برفع تقرير عن قراراته و حصيلة نشاطاته لرئيس الجمهورية² باعتباره القاضي الأول في البلاد³.

1- عمار بوضياف، النظام القانوني لمجلس الدولة الجزائري، المجلة القانونية التونسية، 2001، مركز النشر الجامعي تونس، ص45 وما بعدها.

2- كان من الأفضل تعديل المادة 06 من القانون العضوي 01/98 على نحو يلزم رئيس مجلس الدولة برفع تقرير النشاط السنوي أمام المجلس الأعلى للقضاء و ليس أمام رئيس الجمهورية بما ينفي أي شبهة للتبعية للجهاز التنفيذي.

3- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعة الإدارية، جسر للنشر و التوزيع، ط1، 2013، الجزائر، ص142.

ثانيا: الأساس القانوني لمجلس الدولة الجزائري

1- الأساس الدستوري لإنشاء مجلس الدولة

إن المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996، و التي تم تعديلها بموجب المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 اعتبرت أن مجلس الدولة يمثل الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، كرست نظام الازدواجية القضائية، و بذلك يكون المؤسس الدستوري قد أعلن إنشاء نظام قضائي إداري مستقل و متكامل¹.

وردت هذه المادة في الباب الخاص بالسلطة القضائية، و بذلك يكون المؤسس الدستوري أعطى لمجلس الدولة مكانة دستورية بين مختلف الهيئات الدستورية الأخرى و جعله تابعا للسلطة القضائية، و نصت المادة 92 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على كيفية تعيين رئيس مجلس الدولة، و كذلك خصص الدستور المواد 178، 179 و التي تعتبر المصدر القانوني الأسمى لمجلس الدولة و يحدد مجال اختصاصها و يضاف إلى هذا الإطار الدستوري رأي المجلس الدستوري رقم 06-98² المؤرخ في 19-05-1998 المتعلق بمراقبة و مطابقة القانون العضوي الخاص باختصاص مجلس الدولة و تنظيمه و عمله في الإطار الدستوري.

2- الأساس التشريعي لمجلس الدولة

صدر القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله المعدل و المتمم، حيث يحتوي هذا القانون على 44 مادة مصنفة في 5 أبواب، يتعلق الباب الأول المتكون من 8 مواد بالأحكام العامة، و يتعلق الباب الثاني باختصاصات مجلس الدولة و يشتمل على 4 مواد، و الباب الثالث فيتضمن 27 مادة تتعلق بتنظيم و سير مجلس الدولة، أما الباب الرابع فيتعلق بالإجراءات القضائية و الاستشارية المتبعة أمام مجلس الدولة

1- مسعود شيهوب، من الأحادية القضائية إلى ازدواجية القضاء أو التحول إلى نظام مستقل للقضاء الإداري، الجزائر، دراسات و وثائق لمجلس الأمة، الندوة الأولى حول استقلالية القضاء، مارس 1999، ص19.

2- رأي المجلس الدستوري رقم 06-98 المؤرخ في 19-05-1998 المتعلق بمراقبة و مطابقة القانون العضوي الخاص باختصاص مجلس الدولة و تنظيمه و عمله في الإطار الدستوري، جريدة رسمية عدد 37 لسنة 1998.

- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم و اختصاص القضاء الإداري، ج1، د.م.ج، الجزائر، 2011، ص111.

و التي جاءت في مادتين، أما الباب الخامس فهو يتكون من 3 مواد متعلقة بالأحكام الانتقالية و النهائية¹.

نصت المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 في فقرتها الأخيرة على أنه: "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، و مجلس الدولة، و محكمة التنازع، و عملهم، و سيرها و اختصاصاتها".

إن النظام القانوني المنظم لأعضاء مجلس الدولة الجزائري هو نفسه النظام القانوني المنظم لفئة القضاة، فإنهم يخضعون للقانون العضوي رقم 04-11، فإن كل فئة من أعضاء مجلس الدولة يتمتعون بنفس الحقوق و الحماية و الضمانات و يخضعون للالتزامات نفسها السارية على قضاة القضاء العادي²، و هذا ما تم تأكيده من خلال ما جاء في عرض أسباب مشروع القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة من أن أعضاءه ينتمون إلى سلك القضاة، و هي قاعدة أكدتها المادة 20 من القانون العضوي 98-01 المعدل و المتمم.

يمثل مجلس الدولة هيئة قضائية عليا في المواد الإدارية، فهو يمثل من حيث الموقع و المكانة على مستوى القضاء الإداري محكمة النقض، و يقتضي مركزه هذا أن يمارس مهمة تقويم أعمال المحاكم الإدارية من خلال الطعون المرفوعة أمامه و يعمل أيضا على توحيد الاجتهاد القضائي، و لتبرير هذا الاختيار عرض وزير العدل أسباب تقديم مشروع القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة أمام مجلس الوزراء قائلا: "إن مجلس الدولة وضع تحت وصاية السلطة القضائية، خلافا للنظام الذي تبنته بعض الدول و الذي يلحق مجلس الدولة بالسلطة التنفيذية، و هكذا فإن هذا الاختيار يشكل مرحلة إيجابية لتكريس مبدأ الفصل بين السلطات و من ثم توطيد السلطة القضائية في دور حماية المجتمع و الحريات".

فإن وضع مجلس الدولة الجزائري كأحد مكونات السلطة القضائية في النظام القضائي الجزائري يكرس مبدأ الفصل بين السلطات هذا من جهة، و من جهة أخرى الأخذ التام بمبدأ الازدواجية القضائية بوجود هرمين قضائيين.

1- تم تعديل و تنمة القانون العضوي رقم 98-01 مرتين، أولهما بموجب القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011 جريدة رسمية عدد 43 المؤرخة في 3 أوت 2011 ، و ثانيها بموجب القانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 4 مارس 2018 جريدة رسمية عدد 15 المؤرخة في 7 مارس 2018.

2- حاكم أحمد، المرجع السابق، ص 24.

3- الأساس التنظيمي لإنشاء مجلس الدولة الجزائري

نص القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم في مواد 43، 41، 29، 17، و التي تم تعديلها بموجب المادة 04 من القانون العضوي رقم 18-02 ، على ضرورة التدخل عن طريق التنظيم لبيان كفاءات تطبيقه، خاصة من حيث الإطار البشري و الإجرائي و ذلك كله إعمالا للسلطة التنظيمية المخولة دستوريا لكل من رئيس الجمهورية و الوزير الأول¹ و من هذا المنطلق صدرت مجموعة من المراسيم و ذلك من أجل تجسيد و تطبيق مبدأ الازدواجية القضائية:

*المرسوم الرئاسي رقم 98-187 المؤرخ في 30-05-1998 المتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة، حيث تشكل في بدايته من 44 عضو بمختلف فئاته.

*المرسوم التنفيذي رقم 98-261 المؤرخ في 29-08-1998 المحدد للأشكال و الكفاءات المتعلقة بالاستشارة لدى مجلس الدولة.

*المرسوم التنفيذي رقم 98-263 المؤرخ في 29-08-1998 الذي يحدد كيفية تعيين رؤساء الأقسام و المصالح لمجلس الدولة و تصنيفهم.

*المرسوم التنفيذي رقم 98-322 المؤرخ في 13-10-1998 المحدد لتصنيف وظيفة الأمين العام لمجلس الدولة.

الفرع الثاني

تنظيم و تسيير مجلس الدولة الجزائري

يتشكل مجلس الدولة الجزائري من هيئات متعددة تتفق و تعدد اختصاصاته القضائية و الاستشارية و الإدارية، و قد نظم المشرع قواعد سير هذه الهياكل بموجب القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم كما تم تنظيمها بموجب المراسيم التنظيمية و النظام الداخلي للمجلس. و سنتعرض لهياكل مجلس الدولة و سير عملها في ما يلي:

1- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص95.

أولاً: تنظيم هيئات مجلس الدولة

يتضمن مجلس الدولة هيئات ثلاثة قضائية، استشارية، و تنظيمية.

1- الهيئات القضائية لمجلس الدولة

يعتبر مجلس الدولة طبقاً للمادة 2 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم، الهيئة المقومة لأعمال الجهات الإدارية بالدرجة الأولى، و ينظم عند ممارسة الاختصاصات ذات الطابع القضائي في شكل غرف و يمكن أن تقسم هذه الغرف إلى أقسام طبقاً للمادة 14 المعدلة بموجب المادة 2 من القانون العضوي رقم 18-02 السالف الذكر، فهو يفصل في القضايا الإدارية في شكل غرف و أقسام.

أحال المشرع بموجب المادة 19 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم بنص المادة 6 من القانون رقم 11-13 مسألة تحديد عدد الغرف و الأقسام و مجالات عملها إلى النظام الداخلي.

يتكون مجلس الدولة طبقاً للمادة 44 من نظامه الداخلي¹ من خمس غرف تختص أساساً بالفصل في المنازعات الإدارية بأنواعها:

*الغرفة الأولى: تختص بالبت في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

*الغرفة الثانية: تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالوظيفة العمومية و نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية و بالمنازعات الضريبية.

*الغرفة الثالثة: تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالمسؤولية الإدارية و بالتعمير و بالاعتراف بالحق و بالإيجارات.

*الغرفة الرابعة: تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقار.

*الغرفة الخامسة: تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بوقف التنفيذ و الاستعجال و المنازعات المتعلقة بالأحزاب السياسية.

1- المادة 44 من النظام الداخلي لمجلس الدولة ، ج.ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 27 أكتوبر 2019.

2- الهيئة الاستشارية لمجلس الدولة

منح المشرع لمجلس الدولة بالإضافة إلى اختصاصاته القضائية الأصلية اختصاصات ذات طابع استشاري¹، حيث تنص المادة 4 من القانون العضوي رقم 01-98 المعدلة بموجب المادة 2 من القانون العضوي رقم 02-18 و التي جاء في نصها: "يبيد مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين و مشاريع الأوامر، حسب الشروط التي يحددها هذا القانون العضوي، و الكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي."

الهيكل الاستشاري لمجلس الدولة يختلف عن هيكله القضائية فهو يمارس اختصاصاته الاستشارية طبقا للمادة 4 من القانون العضوي رقم 02-18 المعدلة للمادة 35 من القانون العضوي رقم 01-98 والتي جاء في نصها: "يتداول مجلس الدولة في المجال الاستشاري في شكل لجنة استشارية."

على عكس ما كان قبل هذا التعديل حيث كانت الهيئات الاستشارية لمجلس الدولة تتمثل في الجمعية العامة و اللجنة الدائمة، و تبدي اللجنة الاستشارية رأيها في مشاريع القوانين و مشاريع الأوامر، و يتزأس اللجنة الاستشارية رئيس مجلس الدولة و تتشكل من محافظ الدولة، و رؤساء الغرف و 3 مستشاري دولة ، يتم تعيينهم من طرف رئيس مجلس الدولة²، و يمكن للوزير أو ممثله أن يحضر جلسات اللجنة الاستشارية بالنسبة للمسائل التابعة لقطاعه.

3- الهيئات التنظيمية لمجلس الدولة

يقصد بالهيئات التنظيمية لمجلس الدولة الهياكل التي لا تمارس الوظائف القضائية أو الاستشارية و التي يعتبر تشكيلها أو وجودها أساسيا للسير المنتظم لمجلس الدولة، و تتمثل هذه الهيئات في مكتب مجلس الدولة، كتابة ضبط المجلس و أمانة المجلس.

1- صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2007/2008، ص202.

2- المادة 37 من القانون العضوي رقم 01-98 المعدلة بنص المادة 4 من القانون العضوي رقم 02-18 المؤرخ في 4 مارس 2018، جريدة رسمية عدد15 المؤرخة في 07 مارس 2018، ص7.

أ - مكتب مجلس الدولة

يتشكل مكتب مجلس الدولة¹ من رئيس مجلس الدولة، محافظ الدولة نائب لرئيس المكتب، نائب رئيس مجلس الدولة، رؤساء الغرف، عميد رؤساء الأقسام و عميد المستشارين. يسهر مكتب مجلس الدولة على حسن سير المجلس و على هيئته و على ضمان استقلال أعضائه و حسن سير العمل به و ذلك من خلال إعداد النظام الداخلي لمجلس الدولة و المصادقة عليه و إبداء الرأي بخصوص توزيع المهام على قضاة مجلس الدولة و اتخاذ الإجراءات التنظيمية قصد السير الحسن للمجلس و إعداد و ضبط البرنامج السنوي لنشاط مجلس الدولة.

ب-كتابة ضبط مجلس الدولة

تنص المادة 16 من القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011 في نص المادة 2 من على أنه: "لمجلس الدولة أمانة ضبط تتشكل من أمانة ضبط مركزية وأمانات ضبط الغرف و الأقسام.

تحدد صلاحيات أمانة الضبط و كيفية تنظيمها في النظام الداخلي لمجلس الدولة."

أتمت المادة 16 من القانون العضوي رقم 98-01 بالمواد 16 مكرر و 16 مكرر 1 و 16 مكرر 2 من القانون العضوي رقم 11-13 ، يشرف على أمانة الضبط المركزية قاض يعين بقرار من وزير العدل، حافظ الأختام، كما يشرف على أمانة ضبط الغرفة مستخدم من سلك أمناء أقسام الضبط يعين بأمر من رئيس مجلس الدولة، و يعين مستخدمو أمانة الضبط لدى مجلس الدولة وفقا و التنظيم المعمول به.

ج-الأمانة العامة

يختص رئيس مجلس الدولة بحكم منصبه بالسهر على حسن سير المجلس من خلال الإشراف على سائر المسائل الإدارية له، و نظرا لتشعب و تعدد هذه المسائل يصعب عليه ممارستها بنفسه إلى جانب ممارسة اختصاصاته الأخرى القضائية و الاستشارية، لذلك جعل له المشرع بموجب المادة 17 من القانون العضوي رقم 98-01 و التي كانت محل تعديل بموجب

1- المادة 24 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم.

القانون العضوي رقم 11-13 من يساعده في هذه المسائل الإدارية فأنشأ القانون العضوي 11-13 كل من:

-أمانة عامة،

-قسم للإدارة و الوسائل،

-قسم للوثائق و الدراسات القانونية و القضائية،

-قسم للإحصائيات و التحاليل.

كما يمكن أن يتفرع عن كل قسم مجموعة من المصالح يحدد عددها عن طريق التنظيم، و هذه الهياكل يضمن الأمين العام تنشيطها و متابعتها و التنسيق بينها.

الأمين العام هو أحد أعضاء مجلس الدولة يعين في هذه الوظيفة بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من وزير العدل بعد استشارة رئيس مجلس الدولة¹، و لا تشترط فيه صفة القاضي، و يتولى الأمين العام التسيير المالي و الإداري للمجلس.

ثانيا: قواعد سير الهيئات القضائية لمجلس الدولة

تتمثل الهيئات القضائية لمجلس الدولة في الغرف الخمسة المحددة بموجب المادة 44 من نظامه الداخلي و تتكون كل غرفة من قسمين على الأقل، و بالنسبة لقواعد سير الهيئات القضائية يبين حالتين، قواعد سير الهيئات القضائية في تشكيلتها العادية و القواعد الخاصة بسير الهيئات القضائية في تشكيلتها غير العادية.

أ- قواعد سير الهيئات القضائية في تشكيلتها العادية

يعقد مجلس الدولة طبقا للمادة 33 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم جلساته في شكل غرف أو أقسام للفصل في القضايا التي تدخل ضمن اختصاصاته و التي حددتها المواد 9 إلى 11 من نفس القانون العضوي، و يمارس كل قسم نشاطه إما منفردا أو يجتمع القسمين في شكل غرفة مجتمعة، و لا يمكن لأية غرفة أو قسم الفصل في قضية إلا بحضور ثلاثة أعضاء على الأقل طبقا للمادة 34 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم.

1- صااش جازية، المرجع السابق، ص 207.

يمكن لرئيس مجلس الدولة عند الضرورة أن يتأسس أية غرفة و لم يحدد المشرع المقصود بحالة الضرورة في هذه الحالة، و المقصود بالضرورة طبقاً لأحكام النظام الداخلي لمجلس الدولة هو استحالة التحاق أحد رؤساء الغرف و استحالة تعيينه لرئاسة الغرفة إذ تنص المادة 52 منه على أنه: "يجب على رئيس الغرفة إذا تعلق المانع به إعلام رئيس مجلس الدولة أو نائب الرئيس".

ب- قواعد سير الهيئات القضائية في تشكيلتها غير العادية

نص المشرع على إمكانية عقد مجلس الدولة لجلساته في شكل غرف مجتمعة بموجب المادة 30 من القانون العضوي رقم 98-01، و تتشكل الغرف مجتمعة من مجموع الغرف الخمس لمجلس الدولة و هذا الوضع يخالف ما هو معمول به أمام المحكمة العليا، حيث يمكن أن تجتمع غرف المحكمة العليا في غرفتين أو أكثر للبت في القضايا التي تطرح إشكالات قانونية و التي من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي.

أما بالنسبة لمجلس الدولة فإن التشكيلة غير العادية تتضمن حالة واحدة و هي حالة انعقاد الغرف مجتمعة و تنص المادة 31 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم على أنه: "يعقد مجلس الدولة في حالة الضرورة لجلساته مشكلاً من كل الغرف مجتمعة لاسيما في الحالات التي يكون فيها القرار المتخذ بشأنها يمثل تراجعاً عن اجتهاد قضائي".

وجه انتقاد حول صياغة هذه المادة:

- اعتبر أن مفهوم "الضرورة" الوارد في المادة أعلاه غير واضح و أنه لا يمكن تحديد معنى هذه الضرورة و ظروف تحققها و حالات التصريح بها.

- ضرورة تغيير مصطلح "تراجع" الذي يقصد به التراجع إلى الوراء و هو لا يحقق الهدف من انعقاد الغرفة مجتمعة مما يستوجب استبداله بمصطلح "مراجعة" أو "تغيير"¹.

بالرجوع إلى القانون الداخلي لمجلس الدولة فإن المادة 63 منه تنص على أن: "يجتمع مجلس الدولة عند الحاجة في تشكيلتها الغرف المجتمعة ولاسيما في الحالة التي يكون فيها القرار الواجب اتخاذه كفيلاً بتغيير الاجتهاد القضائي".

1- رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم و اختصاص، الجزائر، د.م.ج، 2002، ص154.

بتحليل نص المادة 63 أعلاه يتبين أن مجلس الدولة ينعقد في غرفة مجتمعة عند الحاجة بصفة عامة أو في الحالة التي يكون فيها القرار الواجب اتخاذه كفيلا بتغيير الاجتهاد القضائي بصفة خاصة، فإذا كانت الحالة الثانية لانعقاد غرف المجلس مجتمعة واضحة بحيث يكون الغرض من الانعقاد تغييرا في الاجتهاد القضائي، فإن الحالة الأولى غامضة و غير واضحة لذلك يقترح إعادة صياغة هذه المادة لتصبح على الشكل التالي: "يجتمع مجلس الدولة للبت في القضايا التي تطرح إشكالات قانونية و التي من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي و لاسيما في حالة ما إذا كان القرار الواجب اتخاذه كفيلا بتغيير الاجتهاد القضائي".

ثالثا: الهياكل البشرية لمجلس الدولة

يقصد بأعضاء مجلس الدولة الموظفون الذين يمارسون وظيفة فنية و الذين يحكمهم قانون مجلس الدولة نفسه و يخضعون من حيث التعيين و الترقية و التأديب للقانون الأساسي للقضاء أي القضاة، دون الموظفين الإداريين الذين يخضعون للقانون الأساسي العام للتوظيفة العامة. يتم توزيع أعضاء مجلس الدولة حسب الوظائف إلى قسمين¹، قضاة الحكم و الاستشارة من جهة و هم رئيس مجلس الدولة، نائب رئيس المجلس، رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام و مستشاري الدولة، و من جهة ثانية قضاة النيابة و هم محافظ الدولة و محافظي الدولة المساعدين.

يتشكل مجلس الدولة عند قيامه بمهامه القضائية من رئيس و مستشار مقرر و مستشار بالإضافة إلى محافظ الدولة سواء كان ذلك أمام الغرف أو الأقسام، و قد تتغير و تتوسع هذه التشكيلة عندما يمارس وظيفته الاستشارية فيستعين بذوي الخبرة للإدلاء بآرائهم الاستشارية في جلسات اللجنة الاستشارية.

1- المادة 20 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم.

المبحث الثاني

الإطار العام للإجراءات القضائية الإدارية

إن ما يجعل الدعوى الإدارية متميزة عن الدعوى العادية وجوب التقيد بالإجراءات القضائية الإدارية التي زاد الاهتمام بها من قبل الفقهاء، لأنها تدخل و تساهم بصفة مباشرة في التأثير على سلامة الأحكام القضائية الإدارية، و من خلال هذه العملية يتم حماية مصالح المتقاضين، و بذلك حماية حقوق الدفاع لكل من طرفي النزاع، سواء الإدارة و التي تمثل مظهرا من مظاهر السلطة العامة، بما لها من امتيازات السلطة العامة أو بالنسبة للفرد العادي، فوجود جهات قضائية خاصة بالدعوى الإدارية متميزة عن تلك الخاصة بنظر الدعاوى العادية، يفرض ضرورة وجود إجراءات خاصة و واجبة الإلتباع أمام الهيئات الإدارية¹.

لتقديم مفهوم واضح لإجراءات التقاضي الإدارية ينبغي تحديد ماهيتها من خلال بيان تعريفها خصوصا و أن المشرع لم يضع تعريفا محددا لهذه الإجراءات و كذا بيان أهميتها خاصة من الجوانب العملية، و البحث في السمات الخاصة بهذه الإجراءات بهدف إبراز مدى تميزها عن إجراءات التقاضي المدنية، و مدى تأكيد المشرع الجزائري لهذه السمات في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الأول

مفهوم الإجراءات القضائية الإدارية

لوصول إلى خصوصية إجراءات التقاضي الإدارية يجب البحث في تعريفها و أهميتها، و عليه سنحاول تحديد مدلول الإجراءات القضائية الإدارية و المقصود بها و استعراض جهود الفقه في هذا المجال، فوضع تعريف لهذه الإجراءات يزيد في توضيح طبيعة الدعوى الإدارية التي يسودها مبدأ المشروعية و التي تتصل بالصالح العام و تقف فيها الإدارة كطرف متمتعة بامتيازات تجعلها في الموقف الأفضل مقارنة بموقف الشخص العادي.

1- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ط3، ج1، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص97.

الفرع الأول

تعريف الإجراءات القضائية الإدارية و أهميتها

لم يتمكن القانون الإداري من إيجاد تعريف جامع مانع ، ذلك أن الإجراءات القضائية تتسم بالحدائثة و السعة و التي تحتاج إلى دراسة معمقة ، إلا أنه كانت عدة محاولات فقهية و قضائية في نطاق القانون و القضاء الإداريين.

أولاً: تعريف الإجراءات القضائية الإدارية

عرفت الإجراءات القضائية بأنها: "مجموعة القواعد الأصولية التي تنظم القضاء تركيباً و نشاطاً، و تحكم سير عملية التقاضي بين الناس"¹.

إذن الإجراءات القضائية الإدارية هي: "تلك القواعد التي تستهدف وضع أسس التنظيم القضائي و تعيين ضوابط الاختصاص بنظر المنازعات القضائية بين الأفراد و الإدارة"².

هي مجموعة القواعد والإجراءات والشكليات القانونية التي يجب التقيد بها واحترامها عند ممارسة حق الدعوى الإدارية أمام السلطة القضائية الإدارية من حيث تحديد مهمة الاختصاص القضائي وشروط وشكليات وكيفية رفع الدعوى الإدارية و تنظيم الأحكام، و سلطات القاضي في الدعوى، كالتحقيق، الخبرة، إعداد الملف، الحكم فيها وطرق الطعن في الأحكام الصادرة في الدعوى الإدارية، و كذا طرق تنفيذها.

فالإجراءات القضائية أمام القضاء العادي تختلف عن القضاء الإداري، إلى حد ما، ذلك أنه لا ضرورة لوجود إجراءات قضائية إدارية إن كانت إجراءات القضاء العادي هي نفسها التي تخضع لها هيئات القضاء الإداري.

عرفت إجراءات القضاء الإداري على أنها: "مجموعة القواعد التي ترسم للأشخاص السبل الواجبة اتخاذ و الأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء، بقصد حماية حقوقهم أو استيفائها"³.

1- جيهان محمد إبراهيم جادو، الإجراءات الإدارية للطعن في الأحكام القضائية الإدارية، دون ط، دار الكتاب، مصر، 2009، ص18.

2- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2002، ص47.

3- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص47.

تعد القواعد الإجرائية السبيل القانوني المنظم لمسار الدعوى، و الذي يؤدي إلى معرفة صحة أو عدم صحة مركز قانوني مدعى به إثر نظر جهة مختصة له¹.

ثانيا: أهمية الإجراءات القضائية الإدارية

تعتبر قواعد الإجراءات القضائية الإدارية ذات أهمية كبيرة فهي تساهم في الدور الذي يقوم به القاضي الإداري و هي الوسيلة إلى تطبيق قواعد القانون الموضوعية تطبيقا سليما، فهي لا تحقق الصالح العام عن طريق تنظيم مرفق القضاء فحسب، و إنما تعد كذلك ضمانا هاما لحقوق الأفراد و هذا ما كرسه قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 إذ اعتمد المشرع فيه بعض النقاط منها:

- اعتماد بعض ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، وهنا يظهر الدور الإجرائي للقاضي الإداري، و هذا ما سنحاول أن نتطرق إليه فيما بعد.
- تعديل بعض الأحكام لعدم تناسبها مع واقع الحال.
- إلغاء بعض المواد التي تتعارض مع نصوص سارية المفعول أو لم يعد لها جدوى
- استحداث بعض الأحكام².

الإجراءات القضائية تسمح للهيئة القضائية بمراقبة صحة أو عدم صحة أي حالة قانونية كما ترمي إلى إنجاز الحقوق بصورة فعالة فتكون بذلك الإجراءات عبارة عن ضمان لحقوق المتقاضين ولا يمكن تجسيد المبدأ الدستوري الذي يجعل القضاء في متناول الجميع إلا إذا قررت إجراءات سليمة³، ولا يوجد قضاء جيد دون إجراءات جيدة، لأن القضاء الإداري و هو يمارس رقابته على السلطات الإدارية يكون خاضعا لإجراءات التقاضي الإدارية.

تهدف الإجراءات القضائية الإدارية إلى التبسيط و الإسراع في الإجراءات و الابتعاد عن التعقيد و الإطالة في زمن المنازعة و إخراجها من سيطرة الخصوم، و تهيئة الوسائل لتمحيص القضايا تمحيصا دقيقا و لتأصيل الأحكام تأصيلا يربط بين شتاتها ربطا محكما بعيدا عن

1- بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دون ط، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ص07.

2- بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص08.

3- نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية في الجزائر-تونس-مصر، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2014/2015، ص13.

التناقض و التعارض متجها نحو الثبات و الاستقرار متكيفا مع مقتضى الخصائص المميزة للمنازعات في القانون الإداري.

القواعد الإجرائية تعد ضمانا للأفراد المتقاضين إذ تجعلهم على علم مسبق بالخطوات التي سوف تسلكها خصومتهم منذ طرحها أمام القضاء و حتى صدور الحكم فيها، مما يجنبهم عنصر المفاجأة في إجراءات سيرها، و يحميهم في نفس الوقت من سيطرة القاضي الذي يفصل في خصومتهم، مما يكون له الأثر الكبير في بث الطمأنينة في نفس المتقاضين اتجاه القاضي الذي يفصل في دعواه، كما أن القواعد الإجرائية تمكن القاضي من إدارة الخصومة التي أمامه بسهولة و يسر مما يساعده في إنجاز مهمته، كذلك تجنبه اتهام الخصوم له مما يحافظ على هيئته و حياده في مواجهتهم، كما أن الخضوع لقواعد إجراءات التقاضي يضمن المساواة التامة في هذه الإجراءات.

بالنظر لخصائص إجراءات التقاضي الإدارية فإنها تعتبر بالنسبة للمتقاضين ضمانا قوية لعدالة الأحكام الإدارية و تعد بالنسبة للقاضي وسيلة لتحقيق التوازن بين الطرفين و من ثم فإن هذه الإجراءات تعتبر وسيلة لتحقيق العدالة¹.

إن الخاصية الحقيقية في إجراءات التقاضي الإدارية تساعد القاضي الإداري في القيام بدوره الإيجابي في الهيمنة على إجراءات الدعوى و رقابتها و توجيهها و تسهل على القاضي جمع عناصر الإثبات بما يتفق و حسن سير العدالة، و قواعد العدالة بدورها تعد تكريسا للحقوق و الحريات العامة، فالقاضي الإداري و هو يقوم أعمال الإدارة يحترم العدالة بمعناها الواسع.

الفرع الثاني

الخصائص المميزة لإجراءات التقاضي الإدارية

تتسم الإجراءات القضائية الإدارية بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من أنواع الإجراءات الأخرى كالمدنية و الجزائية، و مرد ذلك العديد من العوامل منها: طبيعة المنازعات الإدارية و نوع المصلحة التي تحميها، و اختلاف مركز الخصوم في الدعوى الإدارية، حيث تتمتع الإدارة كمثل للسلطة العامة بامتيازات تجعلها في مركز أسمى من مركز خصومها.

1- عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص144.

أولاً: الخصائص العامة للإجراءات القضائية الإدارية

تستند الدعوى الإدارية على جملة من المقومات و الخصائص تميزها عن الدعوى المدنية و باقي الطعون و هو ما يتمثل أساساً في:

1- مبدأ الحضورية

تتسم الإجراءات الإدارية بخاصية المواجهة أو الحضورية *contradictoire* أي أن: "القاضي الإداري لا يستطيع الفصل في الدعوى على أساس مستند لم يتيسر لأحد الطرفين فرصة الاطلاع عليه و مناقشته و تقديم الملاحظات بشأنه"¹.

نظراً للطبيعة الكتابية للإجراءات الإدارية، فإن القاضي الإداري-قبل أن يفصل في القضية- يكون كل من الطرفين قد قدم مذكراته و دفعه من خلال تبادل المذكرات والردود، حيث تكون الإجراءات حضورية بمجرد تبليغ و إخبار المدعى عليه بعريضة طلبات المدعي، سواء حضر أو تغيب.

يجب أن يتمتع كل من الأطراف المعنية و المتعاملين مع جهة الإدارة بكل حقوق الدفاع، المكفولة، و ذلك للوصول إلى استظهار الحق و إثباته لصاحبه و رعاية المصالح المشروعة لأطراف العمل الإداري، و ضمان المشروعية في ممارسة كل طرف في النزاع حقه في إثبات و تأييد موقف كل منهم، فالقاضي الإداري لا يستطيع الفصل في الدعوى على أساس مستند لم يتيسر لأحد الطرفين الإطلاع عليه.

2- مبدأ علانية الجلسات

يعتبر هذا المبدأ أهم ركائز النظام القضائي الجزائري، بمعنى أن تكون جلسات القضاء مفتوحة للجميع من المعنيين بالخصومة و غير المعنيين بها، كما أنه يجعل العمل القضائي يتم بشفافية و وضوح أمام الجميع مما يزيد درجة ثقة المتقاضين في جهاز القضاء².

لذلك نصت المادة 169 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على وجوبية تعليل الأحكام و أن ينطق بها في جلسات علانية، ذلك أن السلطة القضائية تصدر أحكامها باسم الشعب الجزائري طبقاً للمادة 166 منه، فإنه من حق الشعب الذي تصدر الأحكام باسمه أن يمارس

1- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دون ط، دار العلوم، عنابة، 2005، ص124.

2- عمار عوابدي، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية مقارنة، ط2، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص33.

رقابة شعبية على جهاز القضاء، و لا يكون ذلك إلا بنظام علانية الجلسات، ولقد أكدت المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 هذا المبدأ بأن الجلسات علانية ما لم تمس العلانية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة.

3- مبدأ حياد القضاء

إن الحياد صفة يتطلبها العمل القضائي ذلك أن الخصوم عندما يرفعون أمرهم و نزاعهم للقاضي، إنما يقصدونه لحياده، كما أن عدم حياد القاضي يعني تحيزه، و إذا تحيز القاضي فقد موضوعيته و فقد عدالته.

فالمقاضي يقصد بالدرجة الأولى القاضي و يطلب منه الحماية نظرا لحياده فلو شعر المتقاضي للحظة أن القاضي سيتحيز لخصمه لما قصده، و رفع دعواه أمامه، الشيء الذي يجبره على التفكير في سبيل آخر من أجل الحصول على حقه، و لعل الأمر يعود بنا إلى مرحلة القضاء الخاص، حيث كان كل فرد يأخذ حقه بنفسه، و يقصد بحياد القاضي: "أن يزن القاضي المصالح القانونية للخصوم بالعدل و أن يقف موقفا من الخصومة يجعله بعيدا عن ظن الميل لأحد الأطراف"¹.

تجسيدا لهذا المبدأ و جب على القاضي عدم المساس بحقوق الدفاع حتى لا يتهم بأنه متحيز لمتقاض معين ضد آخر، و يلزم بأن يساوي بين الخصوم و يتخذ كل إجراء من شأنه تأكيد و إثبات حياده، و نظرا لأهمية مبدأ الحياد في العمل القضائي ذهب فريق من الفقهاء إلى القول أن الحياد مطلوب في العمل القضائي، صفة متلازمة معه، و من هنا لا يحتاج إلى نص يقره، و يثبت وجوده، فالقاضي ملزم بالحياد حتى و لو لم يلزمه الدستور أو القانون الأساسي للقضاء أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بذلك².

فالحياد أمر طبيعي و صفة ملازمة للعمل القضائي، و من موجبات عمل القاضي، و لا يحتاج إلى نص يقره و يؤكد، و ترتيبا على ذلك لا يجوز للقاضي أن يتحيز لأحد الخصوم تحت حجة و مبرر غياب نص محدد يلزمه بالحياد³.

1- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة تحليلية وصفية مقارنة، ط2، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص16.

2- أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، دون ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص26.

3- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص16.

إلا أن المشرع الجزائري قد حرص في الأحكام الدستورية، و من خلال القواعد الواردة في القانون الأساسي للقضاء، و في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يرسخ مبدأ الحياد في الوظيفة القضائية، و أن يلزم القاضي بسلوك معين يجعله بعيدا عن كل شبهة حرصا على هيئة القضاء و حماية القضاة¹، و كل هذه الأحكام و الموانع و القيود الغرض منها المحافظة على حياد القاضي.

أجاز المشرع الجزائري للمتقاضي أن يطلب رد القاضي على النظر في الخصومة، فقد نصت المادة 241 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " يجوز رد القاضي و مساعد القاضي في الأحوال التالية:

- 1- إذا كان له أو لزوجه مصلحة شخصية في النزاع.
- 2- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه و بين أحد الخصوم أو وكلاء الخصوم حتى الدرجة الرابعة.
- 3- إذا كان له أو لزوجه أو أصولهما أو فروعها خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم.
- 4- إذا كان القاضي شخصا دائنا أو مدينا لأحد الخصوم أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعهم.
- 5- إذا كان قد سبق أن أدى شهادة في النزاع.
- 6- إذا كان ممثلا قانونيا لأحد الخصوم في الدعوى أو سبق له ذلك.
- 7- إذا كان أحد الخصوم في خدمته.
- 8- إذا كان بين القاضي و أحد الخصوم عداوة شديدة أو صداقة حميمة".

ثانيا: الخصائص الخاصة للإجراءات القضائية الإدارية

إن الإجراءات المتبعة في القضاء الإداري تتميز بخصائص ذاتية، أي تخص الدعوى الإدارية بحد ذاتها، فقد ذهب أغلب الفقه لاعتبار الإجراءات القضائية الإدارية عموما تطبعها الخصائص الأساسية التالية: الكتابة، الحضورية، شبه السرية، السرعة، قلة التكاليف، الطابع التحقيقي، و سنقتصر على ذكر ما يلي:

1- المادة 144 من التعديل الدستوري لسنة 1996 فرضت النطق بالأحكام في جلسات علانية، و المادة 150 منه كفلت للمتقاضي الحماية من أي تعسف أو أي انحراف يصدر عن القاضي.

1- الإجراءات القضائية الإدارية كتابية و سرية

إن الإجراءات أمام القضاء الإداري تتميز بأنها إجراءات كتابية، فالأصل فيها أنها إجراءات كتابية¹ و خلافا للإجراءات المدنية التي تتميز أساسا بالطابع الشفوي، فإن الإجراءات القضائية الإدارية تطبعها السمة الكتابية، فهي دقيقة و تحتاج إلى تعمق ولا تناسبها المرافعات الشفوية، و إن الكتابة هي الوسيلة المثلى للتعبير عن الإرادة و الإفصاح عنها².

لكل قاعدة استثناء³، و الاستثناء بالنسبة للكتابة في الدعوى الإدارية هو إمكانية تقديم ملاحظات شفوية تدعيما للمذكرات المكتوبة، و هذا ما تؤكد المادة 09 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 و الذي جاء في نصها: "الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة"، فالدعوى لا تفتح إلا بعريضة مكتوبة.

نصت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة و مؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

تكون المرافعات من خلال المذكرات و المستندات و الوثائق المكتوبة و المتبادلة بين مختلف الأطراف⁴.

ليس معنى هذا أن المرافعات الشفهية ممنوعة في الإجراءات القضائية الإدارية لأن المقصود بالصيغة الكتابية أن الشفهية ثانوية تقتصر على مجرد شرح ما ورد بالمذكرات المكتوبة دون إضافة جديدة⁵، و لا يمكن لأحد الخصوم أن يطلب شفويا أمرا لم يسبق له أن دونه في مذكرته الكتابية، و هذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 886 من القانون 08-09 و التي تنص على أنه: "المحكمة غير ملزمة بالرد على الأوجه المقدمة شفويا بالجلسة ما لم تؤكد بمذكرة كتابية"، كلما وجد القاضي ضرورة للإستيضاح عن أمر يدعو الطرف الذي يريد للمناقشة

1-Charles Debbach et Jean Claude Ricci, **contentieux administratif**, 8^e éd , Dalloz, 2011, p22.

2- جيهان إبراهيم محمد جدو، المرجع السابق، ص39.

3- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة المرافعات الإدارية و الإثبات في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، إجراءات الدعوى الإدارية، دون ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص235.

4- هذا ما نصت عليه المواد 21-70-820-846 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09.

5- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص16.

الشفهية و له أن يأمر بتدوين ما يرى فائدة من تدوينه، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 884 من ذات القانون على أنه: ".....يمكن أيضا لرئيس تشكيلة الحكم الإستماع إلى أعوان الإدارة المعنية أو دعوتهم لتقديم توضيحات و يمكنه أيضا خلال الجلسة، و بصفة استثنائية أن يطلب توضيحات من كل شخص حاضر يرغب أحد الخصوم في سماعه".

يجمع أغلبية الفقهاء¹ على اعتبار إجراءات التقاضي الإدارية ذات طابع شبه سري، و المقصود بالسرية على غير الخصوم في الدعوى، فبالنسبة للخصوم يجب أن يحاطوا علما بجميع الوثائق و المستندات و أوجه الدفاع في الدعوى، أما بالنسبة للغير فإن هذه الإجراءات القضائية الإدارية تحاط بشبه السرية.

إن أعمال الإدارة تحضر و تتخذ في محيط إداري محكوم بإجراءات مغلقة و سرية و هذه السرية تتطلبها المصلحة العامة، و إجراءات الدعوى الإدارية بما أنها تتعلق بهذه الأعمال فإنها تستوحي خصيصة السرية من سرية هذه الأعمال كما أن إجراءات التحقيق سرية لأنها مكتوبة .

يتضح لنا أهمية خاصية الكتابة للإجراءات القضائية الإدارية و للتقاضي الإداري و التي تظهر قدرته في التحكم أكثر في الدعوى الإدارية.

2- إجراءات التقاضي الإدارية لإجراءات تحقيقية

تتميز الدعوى الإدارية بالطابع الحقيقي و الاستقصائي، نظرا للدور الذي يقوم به القاضي الإداري في توجيه الدعوى الإدارية، فإجراءات هذه الأخيرة تسير تحت توجيهه، فهو يأمر بتبليغ المذكرات و الوثائق و يحدد الجلسة و يستدعي الأطراف ، و قد يتدخل في إعداد و تحصيل الدليل، كما و عندما تمتنع الإدارة عن تقديم الدليل فله سلطة توجيه الأوامر بتقديمها².

فالقاضي الإداري هو سيد التحقيق و كذا سيد الخصومة³، و له المبادرة في مختلف مراحل الدعوى، و تتميز إجراءات التقاضي في الدعوى الإدارية بأنها إجراءات إيجابية تعتمد على توجيه القاضي الإداري، و ذلك بسبب طبيعتها التي تجعل القاضي يتحمل عبء السير في الدعوى

1- السعيد ختال، القرارات الإدارية و إلغاؤها، نشرة القضاة، الجزائر، العدد44، ص 30. و أيضا: عمار عوابدي،

الطبيعة الخاصة لقانون الإجراءات القضائية الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون-، جامعة الجزائر، العدد الأول ، 1994، ص226 و ما بعدها.

2- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص110.

3- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق، ص53.

و توجيه الإجراءات فيها¹، فللقاضي الإداري دورا أساسيا في توجيه الإجراءات فلا ينتظر ما يقوم به أطراف الدعوى، و إنما يقوم باستيفاء ما يلزم.

يأمر بالسير في الإجراءات و يفحص كافة الأوراق والمستندات و يطلب استكمال المذكرات و الأوراق الناقصة، و يتحمل عبء السير في إجراءات الدعوى حتى نهايتها، و يتحمل القاضي عبء توجيه إجراءات التقاضي الإدارية التي يغلب عليها كما قلنا الطابع التحقيقي، فالقاضي يفحص ما يقدم إليه من مستندات و وثائق، و يقدر قيمتها و يطلب من طرفي الدعوى ما يرى ضرورة طلبه للفصل في النزاع، و له إدخال أي شخص يرى ضرورة إدخاله في الدعوى، و أن يعفي أحد أطراف الدعوى من تقديم دليل معين، أو ينقل عبء تقديم هذا الدليل أو المستند ليكلف به الطرف الآخر، و له أن يصدر أوامر للإدارة لتقديم مستندات معينة يرى أنها ضرورية و لازمة للفصل في الدعوى، و مواجهة كل طرف بما يقدمه الطرف الآخر².

3- إجراءات استيفائية سريعة و بسيطة

تتميز إجراءات التقاضي في الدعاوى الإدارية بأنها إجراءات إيجابية تعتمد على توجيه القاضي الإداري، و ذلك بسبب طبيعتها التي تجعل القاضي يتحمل عبء السير في الدعوى و توجيه الإجراءات فيها³، فالقاضي الإداري هو الذي يأمر بالسير في الإجراءات و يفحص كافة الأوراق والمستندات و يطلب استكمال المذكرات و الأوراق الناقصة، و يتحمل عبء السير في إجراءات الدعوى حتى نهايتها⁴.

يؤدي القاضي المقرر دورا أساسيا في استيفاء الدعوى و تحضيرها و تهيئتها للمرافعة، و ذلك بضم الأوراق و المستندات التي يرى أهميتها للفصل فيها، و إثارتها و لو من تلقاء نفسه لجميع الدفوع المتعلقة بالدعوى سواء كانت متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به، و اتخاذ ما يراه مناسباً من وسائل التحقيق، و نصت المادة 897 من القانون 08-09 على أنه: "يحيل

1- شريف أحمد بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري-دراسة مقارنة تحليلية -، دون ط، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2015، ص84.

2-Georges Vedel, *droit administratif*, tome2, Dalloz, 1994 , p198.

3- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة المرافعات الإدارية و الإثبات في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، إجراءات الدعوى الإدارية، مرجع سابق، ص234.

4- مصطفى محمد تهايمي منصور، إجراءات الخصومة الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006، ص69.

القاضي المقرر وجوبا، ملف القضية مرفقا بالتقرير و الوثائق الملحقة به إلى محافظ الدولة لتقديم تقرير مكتوب في أجل شهر واحد (1) من تاريخ استلام الملف.

يجب على محافظ الدولة إعادة الملف و الوثائق المرفقة به إلى القاضي المقرر بمجرد انقضاء الأجل المذكور.

إن الخصومة الإدارية تنعقد بمجرد إيداع عريضة الدعوى لدى قلم المحكمة و ليس بإعلانها للمستدعي ضده كما هو الحال في الخصومة المدنية، و بالتالي فإنه لا يتصور أن يحكم القاضي بسقوط الخصومة الإدارية، نظرا لطبيعتها التحقيقية و دور القاضي فيها¹.

تتميز إجراءات التقاضي في الدعوى الإدارية بأنها إجراءات إستيفائية، أي أن القاضي الإداري يقوم باستيفاء ما يراه لازما لسير الخصومة الإدارية نحو الفصل فيها، و ذلك عن طريق إستيفاءات يوجهها من جانبه إلى كل من يوجد معه مستندات من شأنها التأثير أو حسم الخصومة.

تعتبر خاصية الاستيفاء في إجراءات التقاضي الإدارية من الخصائص الجوهرية التي تميز الإجراءات أمام القضاء الإداري عن الإجراءات أمام المحاكم العادية، و التي تدور فيها الخصومة في نطاق المصلحة الخاصة.

تمتاز أيضا إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري بالسرعة في إجراءات سير الدعوى الإدارية و الفصل فيها، و تمتاز أيضا بالبساطة و الاقتصاد في النفقات، حيث يتم إنهاء الدعوى الإدارية سريعا مقارنة بطول أمد التقاضي في الدعوى المدنية، التي تكون إجراءاتها بيد أطراف الدعوى يسبغونها كما يشاءون و يرجع السبب في سرعة إجراءات الخصومة الإدارية اعتمادها على توجيه القاضي الإداري الذي يحول دون إطالة إجراءات التقاضي و إرهاق المدعي، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة الفصل في الدعوى الإدارية و البعد عن التعقيد و إطالة إجراءات التقاضي دون وجه حق، و ذلك من أجل الوصول إلى الحقيقة و إعلاء مبدأ المشروعية و إنهاء الخصومة في أسرع وقت ممكن.

1- حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، مرجع سابق، 187 و أيضا: محمد عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، ط2، د.ب.ن، د.د.ن، 1999، ص41.

الاقتصاد في النفقات يعني ضآلة الرسوم القضائية نسبيا من تلك التي تفرض في الدعاوى العادية أمام القضاء العادي¹، أي تقليل أو تخفيض الإنفاق المادي خلال إجراءات سير الدعوى، و هاذ لا يعني مجانية الإجراءات.

يرى البعض أن إجراءات التقاضي إنما هي خدمة عامة للشعب لذا توصف بالمجانبة² إلا أن هذا الأمر لا يمنع من بعض النفقات الضرورية و لكنها تكون قليلة مما يتجه بإجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري نحو التطور و الكمال.

لم يجمع الفقه و بحق على اعتبار هذه الخاصية سمة مستقلة و مميزة لإجراءات التقاضي الإدارية، و إنما هي أثر من آثار خاصية الإيجابية و ما يترتب عليها من هيمنة القاضي الإداري على الدعوى الإدارية الذي يستبعد كل الإجراءات المربكة التي لا فائدة منها للفصل في الدعوى، و اختصارها على الإجراءات المفيدة و صولا للهدف الرئيسي، وهو الفصل في الدعوى و صدور حكم فيها.

4- إجراءات لا توقف التنفيذ

إجراءات التقاضي في المادة الإدارية لا توقف التنفيذ، و هنا تجب التفرقة بين ما إذا تعلق الأمر بطعن ضد قرار إداري أو ضد قرار قضائي.

أ- الطعن ضد قرار إداري

إن هذا الطعن لا يوقف تنفيذ القرار الإداري و هذا ما نصت عليه المادة 910 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 بالنسبة للدعاوى المرفوعة أمام مجلس الدولة. إلا أن المشرع الجزائري رخص للهيئات القضائية الإدارية أن تأمر بصفة استثنائية بإيقاف تنفيذ القرار الإداري بناء على طلب صريح من المدعي، و ذلك بتوافر شروط معينة، و مرد هذا الأثر غير الموقف للطابع التنفيذي الذي يتمتع به القرار الإداري و ما ينتج عن ذلك من مبدأ الأسبقية و قرينة المشروعية المفترضة فيه، و بالتالي لا يكون للطعن في قرار إداري أثر على نفاذه، و إلا أدت الطعون غير الجدية إلى شل نشاط الإدارة³.

1- حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، المرجع السابق، ص195.

2- Charles Debbasch et Jean Claude Ricci, *contentieux administratif*, op, cit, p85.

3- نادية يونعاس، المرجع السابق، ص25.

ب- الطعن ضد قرار قضائي

في التشريع الجزائري هناك جملة من النصوص القانونية في هذا المجال، فبخصوص الطعن في القرارات الغيابية الصادرة عن المحاكم الإدارية، الجديد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا المجال أن المعارضة كطريق من الطرق العادية لها أثر موقف للتنفيذ، و يتضح ذلك من خلال نص المادة 955 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 بقولها: "للمعارضة أثر موقف للتنفيذ، ما لم يؤمر بخلاف ذلك"، و بالتالي المشرع الجزائري بخصوص الطعن بالمعارضة أقر مبدأ الأثر الموقف للمعارضة.

أما فيما يتعلق باستئناف القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة الجزائري، فإن هذا الاستئناف لا يوقف تنفيذ هذه القرارات طبقا لنص المادة 908 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09: "الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف". بالتالي إيقاف التنفيذ يمكن المطالبة به أمام مجلس الدولة بالرجوع لنص المادة 914 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09، و قد يأمر مجلس الدولة من تلقاء نفسه (دون طلب صاحب الشأن) بوقف تنفيذ القرار القضائي المستأنف إذا كان تنفيذ هذا الحكم من شأنه أن يعرض المستأنف إلى خسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، و بالتالي فالمشرع الجزائري أقر مبدأ الأثر غير الموقف للاستئناف الإداري¹.

بالنسبة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة فليس له أثر موقف طبقا لنص المادة 909 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09: "الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف".

المطلب الثاني**مصادر الإجراءات القضائية الإدارية**

لإجراءات التقاضي الإدارية مصادر متنوعة، ونظرا لتشعب و تنوع المنازعات الإدارية في عدة مجالات قد تختلف القواعد الإجرائية حسب خصوصية كل منازعة، و إذا كان المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خصص الكتاب الرابع منه لإجراءات

1- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص 27.

التقاضي الإدارية و الذي تضمن 190 مادة و بالإضافة إلى ذلك نجد عددا من المواد تشير صراحة إلى تطبيق مواد متعلقة بالإجراءات المدنية على المنازعات الإدارية.

و ما يمكن ملاحظته عدم استيعاب نصوص هذه المواد لكافة إجراءات التقاضي الإدارية لأن جزء هام من المنازعات الإدارية لا يحكمه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بل تحكمه نصوص قانونية خاصة مثل المنازعات الضريبية و المنازعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية، و منازعات الصفقات العمومية و منازعات الجنسية، إضافة إلى نصوص خاصة تتعلق بالمنازعات الخاصة بفئة المحامين.

على الرغم من تنوع هذه المصادر قد لا تكفي لمعالجة جمع الحالات نظرا لحداتها، و من ثم يبرز دور المبادئ العامة للقانون كقواعد غير مكتوبة و كمصدر لإجراءات الدعوى الإدارية، كما يبرز الدور الإنشائي للقاضي الإداري لابتداع الحلول المناسبة لكل حالة، و هذا الدور الإنشائي يتجاوز في حقيقته الدور التفسيري و التطبيقي للقاضي العادي.

الفرع الأول

المصادر المكتوبة و غير المكتوبة

تتنوع المنازعات الإدارية و تنتشعب في عدة مجالات ك مجال المنازعات المتعلقة بالجنسية و مجال نزع الملكية للمنفعة العامة و منازعات الصفقات العمومية و المنازعات الضريبية و المنازعات الانتخابية و غيرها، و عليه توجد مصادر القواعد الإجرائية لهذه المنازعات في النصوص الخاصة بها و التي قد تدخل بعض الاستثناءات على القواعد الإجرائية الواردة في القانون الإجرائي العام المتعلق بجميع الدعاوى الإدارية خاصة فيما يتعلق بشروطي التظلم الإداري و الميعاد، و نظرا لحدثة مثل هذه النصوص و التي قد لا تكفي لحل جميع المنازعات الإدارية فيلجأ القاضي إلى المبادئ العامة للقانون ليستتبط الحل الملائم.

أولاً: المصادر المكتوبة

يقصد بها تلك القواعد القانونية المدونة التي تضعها السلطة التشريعية المختصة فإن كان التشريع دستورياً أو عادياً¹، يعد مصدراً لهذه الإجراءات التي يتم تطبيقها من قبل الهيئات التابعة للقضاء الإداري، أي المحكمة الإدارية و مجلس الدولة، أما بالنسبة لمحكمة التنازع فهي هيئة

1- حسين فريجة، شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة، دون ط، دم.ج، الجزائر، 2009، ص36.

قضائية، و ما يبرر وجودها هو اعتماد نظام قضائي مزدوج و ليس باعتبارها أحد الهيئات القضائية الإدارية، كما يعتبر البعض أن دورها و اجتهادها إجرائي و ليس موضوعي¹. لا بد من الإشارة إلى أهمية مبدأ تدرج القوانين الذي من خلاله يتم ترتيب هذه المصادر، فقواعد القانون تتدرج فيما بينها، لذا وجب احترام و التقيد بمبدأ تدرج القوانين، إذ لا يمكن تطبيق مبدأ المشروعية دونه أو في حال غياب هذا الأخير².

في القانون الجزائري توجد مصادر الإجراءات القضائية الإدارية ضمن نصوص دستور الجمهورية الجزائرية، فهو يشمل الأسس العامة لبناء الجهاز الإداري بالدولة و أساليب تنظيمه³، و القاعدة الدستورية و جب أن لا تخالفها قاعدة قانونية أقل منها درجة⁴، سواء كانت قاعدة إجرائية أو قاعدة قانونية غير إجرائية، و حسب ما ورد في التعديل الدستوري لسنة 2020 نجد الكثير من النصوص التي تخص الإدارة العامة فمثلا المادة 22 أرست مبدأ نزع الملكية للمنفعة العامة و المادتان 25 و 26 منه حددت ضمانات المواطن تجاه الإدارة كضمانة عدم تعسف الإدارة و عدم تحيزها، كما ذكرت المادتان 91 و 92 بعض صلاحيات رئيس الجمهورية في المجال الإداري⁵، إذن لا محال أن الدستور يعد أكثر ضمانا لقواعد الإجراءات القضائية الإدارية، من خلال مبادئه العامة، فيجب التقيد بمبدأ تدرج القوانين و ما ينتج عنه من عدم مخالفة هذه المبادئ الأساسية.

كما توجد مصادر الإجراءات القضائية الإدارية في نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، و ضمن أحكام القانون رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1988 المتعلق بمجلس الدولة المعدل و المتمم ، و القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية.

1- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دون ط، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص183.

2- Rachid Zouaimia et Marie Christine Rouault, **droit administratif**, Berti éd , Alger, 2005, p21.

3- بن حليلة إبراهيم، تطور مصادر القانون الإداري و أثره على حركة التشريع اتساعا و انحصارا، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03، بسكرة، مارس 2006، ص159.

4- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دون ط، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، 1999، ص137.

5- بن حليلة إبراهيم، المرجع السابق، ص159.

تعتبر نصوص الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17-07-1995 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل و المتمم من المصادر المكتوبة لإجراءات الدعوى الإدارية، و يعد الأمر رقم 01-21 المؤرخ في 16 رجب 1442 الموافق ل 10 مارس 2021 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات من المصادر المكتوبة لإجراءات الدعوى الإدارية لأنه يتعلق بتنظيم الجانب الإجرائي لحل المنازعات الانتخابية.

الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الجنسية يعد مصدرا من المصادر المكتوبة لإجراءات التقاضي الإدارية فيما يخص المنازعات المتعلقة بالطعون بإلغاء القرارات الإدارية التي تصدرها السلطات العامة في مسائل الجنسية.

القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة من المصادر المكتوبة لإجراءات التقاضي الإدارية، كما يعتبر الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم من المصادر المكتوبة لإجراءات التقاضي الإدارية و يعتبر أيضا من المصادر المكتوبة لإجراءات التقاضي الإدارية القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، و القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات.

بدوره قانون الإجراءات الجبائية يعد مصدرا لمختلف النزاعات الضريبية سواء المتعلقة بالوعاء الضريبي¹ أو تلك المتعلقة بالتحصيل الجبائي كالاعتراض على الحجز و استرجاع المحجوزات² و الاعتراض على قرار غلق المحل³، و كما نجد المصادر المكتوبة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998 المتضمن لكيفيات تطبيق القانون رقم 98-02.

ثانيا: المصادر الغير مكتوبة

تتمثل المصادر غير المكتوبة لإجراءات التقاضي الإدارية في المبادئ العامة لإجراءات القضائية و تعني مجموعة القواعد غير المكتوبة المستنبطة من روح القانون، و هي مجموعة

1- المواد 81،81،80،77،76،75،73،72 مكرر،85،83،82 من قانون الإجراءات الجبائية بموجب الأمر رقم 08-

02 المؤرخ في 24-07-2008 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008.

2- المادة 153 من قانون الإجراءات الجبائية.

3- المادة 146 من قانون الإجراءات الجبائية.

القواعد القانونية غير المكتوبة التي يقرها القانون أو يكتشفها أو يستنبطها القاضي الإداري و يعلنها في أحكامه و يجبر الإدارة على احترامها عن طريق إلغاء أي قرار أو إبطال إي إجراء يصدر منها مخالفا لهذه المبادئ، فهي من نتائج الاجتهاد القضائي¹.

يمكن تعريفها على أنها: "الأحكام و الضوابط التي تفرض بالنسبة لجميع الهيئات الإدارية و لو دون وجود نص، كما أنها من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، انطلاقا من بعض النصوص، مثل إعلان حقوق الإنسان و المواطن سنة 1879 و ديباجة دستور 1940، فانطلاقا منها استطاع القضاء إجبار الإدارة على احترام بعض القواعد و الأحكام المستخلصة عموما من روح النظام القانوني"².

يعتبر هذا المصدر مستوحى من ضمير الجماعة و الروح العامة للتشريع في ضوء الأسس التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، و وثائقها القانونية و السياسية بمعنى أن المبادئ القانونية العامة تظهر نتيجة تفسير القضاء للضمير العام للجماعة و لإرادة المشرع³، و بغض النظر عن الخلاف الفقهي العميق حول القيمة القانونية للمبادئ العامة فإن الاجتهاد الغالب في قضاء مجلس الدولة يضفي عليها قيمة شبه دستورية⁴.

هذا ما يؤكد الفقه الفرنسي قبل صدور دستور الجمهورية الخامسة، حيث اعتبر بأن القيمة القانونية للمبادئ العامة تعادل قيمة التشريع العادي، أما بعد صدور دستور 1958 فقد ذهب الرأي إلى أن القيمة القانونية لها تعادل الدستور⁵.

بداية استند هذا الرأي إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية Dame Lamotte و الذي صدر في 17 فيفري 1950⁶، ففي هذه القضية أعطى مجلس الدولة للمبادئ العامة

1- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص32.

2- عادل بن عبد الله، مكانة الاجتهاد القضائي الإداري في التأسيس لدولة القانون، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2006، ص173.

3- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص03.

4- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص105.

5- حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2005، ص328.

6- C.E ass, 17fév1950, Ministre de l'agriculture c dame Lamotte, rec 110, (rd publ, 1951.478. concl, debvobvé, note m.waline). consulter : www.conseil-etat.fr, 12-3-2019, 14.30h.

قيمة أكبر من القانون، و تتلخص وقائع هذه القضية في صدور قانون 23 ماي 1943، و الذي جاء في إحدى حيثياته أن الحكومة عند استيلائها على الأراضي الغير مزروعة و التي هجرها أصحابها لإعادة توزيعها فقد تضمن هذا القانون نصا يمنع المحاكم على اختلاف أنواعها و درجاتها من نظرها في المنازعات التي تنشأ عن تطبيقه، و بناءا عليه أصدرت الحكومة قرارا بالاستيلاء على أرض السيدة Lamotte فطعننت في هذا القرار بالإلغاء فدفعت المحكمة بعدم سماع الدعوى استنادا للقانون و كان من الطبيعي أن يقضي مجلس الدولة بطلبات الحكومة مادام النص المبلغ صريحا، خاصة أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بفكرة دستورية القوانين، و ليس للإدارة مخالفة تلك المبادئ بما تصدره من لوائح و إلا عد عملها باطلا لمخالفة مبدأ المشروعية.

من هذه المبادئ مبدأ المساواة مثلا و مبدأ حق الدفاع، و عدم رجعية القوانين، و لا بد من الإشارة إلى أن بعض المبادئ التي أقرها المجلس الدستوري كمبادئ ذات قيمة دستورية أبتدعها مجلس الدولة، و هي غير معبر عنها في الدستور كمبدأ استمرارية المرفق العام و هذا التواصل بين الاجتهاد القضائي للهيئات القضائية الإدارية و المجلس الدستوري نتج عنه تحول المبادئ العامة للقانون من القانون الإداري إلى مجال القانون الدستوري، فلقد صارت هذه المبادئ تشكل ضوابط تؤطر العملية الإدارية و كذا القاضي الإداري فهي تمثل أحد عناصر المشروعية و تناولها بيانا للدور الإبداعي للقضاء اعتبارا أنه مصدر هام غير مكتوب للمشروعية¹.

تعتبر المبادئ العامة للإجراءات من أهم مصادر الإجراءات القضائية الإدارية إلا أنها تطبق بشرطين أولهما عدم استبعادها بنص صريح و ثانيهما عدم تعارضها مع طبيعة و تنظيم جهات القضاء الإداري، و تعد هذه المبادئ ذات فائدة كبيرة في مجال تطبيق القضاء للعديد منها و ذلك في فرض الرقابة على أعمال السلطة الإدارية².

المبادئ العامة للإجراءات بالنسبة للجانب الإجرائي شأنها شأن المبادئ العامة للقانون بالنسبة للجانب الموضوعي من القانون الإداري بصفة عامة، و الاختلاف بينهما يكمن أساسا في اقتصار مبادئ الإجراءات على النشاط القضائي فحسب حيث تطبق بالنسبة لجميع جهات

1- عادل بن عبد الله، المرجع السابق، ص175.

2- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص32.

القضاء الإداري و المتقاضين، في حين تشمل المبادئ العامة للقانون جميع الروابط القائمة بين الإدارة و الأفراد.

الفرع الثاني

الاجتهاد القضائي كمصدر للإجراءات القضائية الإدارية

انطلاقاً من خصوصيات النظام القضائي المزدوج، و كذا التباين الموجود بين روابط القانون العام و روابط القانون الخاص، فإنه لا يوجد افتراض قيام تطابق تام بين إجراءات التقاضي الإدارية و إجراءات التقاضي المدنية، سواء من حيث الطبيعة و الخصائص أو من حيث دور القاضي المختص بالنظر و الفصل في الدعاوى المرفوعة أمامه.

فدور القاضي الإداري ليس دوراً تفسيريًا تطبيقيًا فحسب بل هو في الغالب الأعم دور خلاق إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة و بين الأفراد، و مما لا شك فيه أن القاضي الإداري عند قيامه بدوره الإنشائي تؤثر فيه و تساعده عدة عوامل، و نجد أن المشرع الجزائري قد خص المنازعة الإدارية بمجموعة من المواد ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

هناك عدة عوامل تؤثر في الدور الإنشائي للقاضي الإداري تتمثل في الدرجة الأولى في إيجابية خصائص قواعد القانون الإداري، فالقضاء الإداري يوصف بأنه قضاء إنشائي، و مرد ذلك أن القانون الإداري قانون غير مقنن على الرغم من وجود تشريعات متفرقة إلا أن هذه الأخيرة تصدر لتلبية الحاجات المستجدة، إلا أن هناك أمور كثيرة لا تجد لها حلاً ضمن نصوص هذه التشريعات و هذا ما أدى إلى فتح الباب واسعاً أمام القضاء الإداري في استنباط الأحكام مراعيًا متطلبات الظروف المستحدثة.

إن اختلاف طبيعة مركز طرفي الدعوى الإدارية حيث أحدهما يمثل السلطة العامة و الطرف الآخر - الشخص العادي - يقف ضعيفاً في مواجهة ما تتخذه الإدارة من إجراءات، و لذلك يتمتع القاضي الإداري بسلطات واسعة لإعادة التوازن لهذه العلاقة، و هنا يتجلى دور القاضي الإداري في حماية الحريات الأساسية للأفراد.

فالدور الإنشائي للقاضي الإداري يستلزم تدخل القاضي لسد الفراغ التشريعي و كثيرا ما يؤدي هذا المجهود إلى تدخل المشرع بدوره لتقنين و تكريس هذه الحلول، و لإظهار هذا العنصر الأساسي في الاجتهاد القضائي الإداري يمكننا التطرق لمجموعة من الأمثلة:

الدعاوى الإدارية المتعلقة بإلغاء و تفسير أو فحص مشروعية قرار إداري و بخصوص مدى إلزامية إرفاق عريضة الدعوى بالقرار الإداري المطعون فيه، و في ظل القانون الإجرائي السابق نجد أن الفقرة الثانية من المادة 169 منه نصت على وجوب إرفاق عريضة افتتاح الدعوى بالقرار الإداري المطعون فيه دون أن تنص على إمكانية أمر الإدارة الممتنعة عن تقديمه و لا على استخلاص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع.

بالرجوع إلى موقف مجلس الدولة في هذا الشأن فقد أصدر قرارا بتاريخ 28-06-2006 و الذي قرر فيه ما يلي: "...فكثيرا من الدعاوى يصعب على المدعين الحصول على القرارات الإدارية المطعون فيها مادامت تلك القرارات من إنشاء الإدارة المدعى عليها و بالتالي لا يمكن إلزام مدعي بتقديم سند لم يتمكن منه و لم تسلمه إياه الإدارة التي أصدرته...."¹.

المشرع الجزائري تبنى هذا الحل القضائي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09، حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 819 منه، فإذا كانت الدعوى الإدارية تتعلق بإلغاء أو تفسير أو فحص مشروعية قرار إداري فيجب على الطاعن أن يرفق مع عريضة الدعوى القرار الإداري المطعون فيه و إلا كانت الدعوى غير مقبولة إلا إذا وجد مانع مبرر يحول دون تقديم القرار الإداري.

تبنى المشرع الجزائري مواقف القضاء الإداري أيضا في شروط وقف التنفيذ للقرارات الإدارية، ففي ظل قانون الإجراءات المدنية القديم لم تنص المادة 170 منه على أي شروط لوقف التنفيذ، و بالنسبة لشروط تبعية وقف التنفيذ للطلاب الأصلي فإن هذه المادة لم تنص صراحة على هذا الشرط.

بالرجوع إلى موقف مجلس الدولة في هذا الخصوص فإنه أشار إلى أن شرط رفع دعوى الإلغاء سابقا أو متزامنا مع طلب تنفيذ قرار إداري و ذلك عند تسببه لقراره الصادر في

1- مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص ص 221-222.

28-06-1999¹ و قد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية متبنيا لهذا الموقف في هذا الخصوص حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 834 صراحة على أن يكون طلب وقف التنفيذ متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع.

تبنى المشرع الجزائري موقف القضاء الإداري بخصوص حالات انقطاع آجال الطعن و بالتحديد حالة رفع الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة، ففانون الإجراءات المدنية لم يكن ينص على هذه الحالة ضمن حالات تمديد الآجال.

إذا تأملنا القرارات القضائية نجد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قضية (ز.ب) ضد ولاية البليدة بتاريخ 28-07-1990 حيث جاء فيه ما يلي: "حيث أنه من المبادئ الثابتة بأنه في حالة رفع الأمر خطأ لجهة قضائية غير مختصة، فإن أجل الطعن القضائي أمام الجهة القضائية الإدارية يمتد طيلة سريان الدعوى المرفوعة خطأ..."².

تبنى المشرع هذا الموقف في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال نص المادة 832 و التي اعتبرت أن الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة يعد من بين الحالات التي تؤدي إلى انقطاع آجال الطعن.

ما تجدر الإشارة إليه أن هناك أحكام قضائية على الرغم من تأكدها لخصوصية إجراءات التقاضي الإدارية إلا أن المشرع الجزائري لم يتبناها و لم يكرسها في القانون الإداري، و من أمثلة هذه الحلول القضائية اعتبار مجلس الدولة بأن الإقرار غير القضائي منتجا لآثار و صحيح في المنازعات الإدارية مخالفة بذلك ما توصل إليه الاجتهاد المدني، و بالتالي كان من الأجدى أن يتبنى المشرع موقف مجلس الدولة³ و النص صراحة على أن الإقرار غير القضائي منتج لآثاره و صحيح في المنازعات الإدارية.

1- أشار إليه: الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج2، ص ص75-82.

2- نادية بونغاس، المرجع السابق، ص40.

3- القرار الصادر بتاريخ 28-06-1999، أشار إليه لحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص190.

الباب الأول

دور مجلس الدولة في تكريس القاعدة الإجرائية

تتميز المنازعات الإدارية عن الأنواع الأخرى من الدعاوى بخصائص عديدة، على اعتبار أن أحد أطراف الخصومة هو المسؤول عن تسيير المصالح الجماعية للأفراد و هي الإدارة و يفترض في قراراتها الصحة و المشروعية، و أنها ضرورية لسير المرافق العامة للمجتمع، على عكس الطرف الآخر في الخصومة و هو الفرد الذي تملك الإدارة في مواجهته سلطات التنفيذ.

سمي القضاء الإداري بالقضاء الإنشائي، لما للقاضي من دور في سير الدعوى الإدارية عند ابتكاره الحلول للمنازعات الإدارية المعروضة عليه في بعض الحالات، فالقضاء يعتبر اجتهادا و القاضي الإداري أكثر من غيره وصف بأنه قاضي إنشائي، فهو قاض مبدع و منشئ للحلول المناسبة لما يطرح بين يديه من منازعات لا يجد لها نصوصا تحكمها و هو قمة الاجتهاد.

الدعوى تمر بمرحلتين أساسيتين حتى تنتضح معالمها و تكتمل عناصرها و تصبح جاهزة للفصل فيها و ليصبح الحكم الصادر فيها عنوانا للحقيقة، و تسمى المرحلة الأولى مرحلة التحضير و المرحلة الثانية تسمى مرحلة التحقيق النهائي أو المحاكمة.

الدعوى الإدارية على اختلاف أشكالها سواء دعاوى فحص المشروعية أو دعاوى القضاء الكامل كلها تخضع لرقابة قضائية تحكمها إجراءات معينة.

نتناول في هذا الباب الفصلين التاليين:

الفصل الأول: الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مرحلة التحضير

الفصل الثاني: الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مرحلة المحاكمة.

الفصل الأول

الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مرحلة التحضير

الدور الإنشائي للقاضي الإداري يستدعي تدخل القاضي لسد الفراغ التشريعي و كثيرا ما يؤدي هذا المجهود إلى تدخل المشرع بدوره لتقنين و تكريس هذه الحلول، لإبراز العنصر الأساسي في الاجتهاد القضائي للقاضي الإداري الجزائري.

و فيما يتعلق بالدعوى الإدارية الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو فحص مشروعية قرار إداري و بخصوص مدى إلزامية إرفاق عريضة الدعوى بالقرار الإداري المطعون فيه، و بالرجوع إلى موقف مجلس الدولة في هذا الشأن فقد أصدر قرارا بتاريخ 28-06-2006 و الذي قرر فيه مايلي: ".....فكثيرا من الدعوى يصعب على المدعين الحصول على القرارات الإدارية المطعون فيها مادامت تلك القرارات من إنشاء الإدارة المدعى عليها و بالتالي لا يمكن إلزام المدعي بتقديم سند لم يتمكن منه و لم تسلمه إياه الإدارة التي أصدرته....."¹.

المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تبنى هذا الحل القضائي و ساير موقف مجلس الدولة في هذا الشأن، لأنه حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 819 من القانون 08-09 فإذا كانت الدعوى الإدارية تتعلق بإلغاء أو تفسير أو فحص مشروعية القرار الإداري، فيجب على الطاعن أن يرفق مع عريضة الدعوى القرار الإداري المطعون فيه، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة إلا إذا وجد مانع مبرر يحول دون تقديمه، فقد يكون المانع المبرر لتقديمه ناتج عن امتناع الإدارة المصدرة للقرار من تمكينه للمدعي، و حسبما جاء في الفقرة الثانية من المادة 819 فإنه باستطاعة القاضي المقرر أن يأمر الإدارة بتقديم القرار الإداري.

إن الدعوى الإدارية هي الوسيلة القضائية التي يلجأ إليها المعني لاقتضاء حقه من الإدارة العامة بما لها من امتيازات السلطة العامة عند تعسفها، و لأهمية هذه الدعوى لا يمكن للقاضي الإداري أن يفصل فيها مباشرة، فتمر بمرحلتين أساسيتين حتى تتضح معالمها و تكتمل عناصرها و تصبح جاهزة للفصل فيها، تسمى المرحلة الأولى مرحلة التحضير و تسمى المرحلة الثانية مرحلة المحاكمة و لمجلس الدولة دور كبير في هاتين المرحلتين.

1- مجلة مجلس الدولة، العدد8، 2006، ص221-222.

المبحث الأول

نطاق سلطات القاضي الإداري في التحضير

يعتبر التحضير مقدمة لازمة و ضرورية لدراسة موضوع الدعوى دراسة متأنية لكتابة تقرير بالرأي القانوني تمهيدا للحكم فيها، و نظرا إلى أن المنازعة الإدارية تقوم على طرفين غير متكافئين، ما يتطلب من القاضي الإداري أن يتسلح بمقومات خاصة و فحص متأني للمستندات المقدمة و استيفاء الملف و اختصار زمن التحضير اختصارا للوقت و الجهد و النفقات.

الإجراءات في دعاوى الإدارية تخضع لتوجيه القاضي و هي تتميز عن الإجراءات المدنية و التجارية التي يهيمن عليها الخصوم إلى حد كبير، فيكفي أن تصل الدعوى إلى القاضي الإداري ليحمل عبء السير بها حتى نهايتها، فهو من يأمر بالسير في إجراءاتها و التحقيق فيها و يفحص الوثائق المقدمة و يقرر متى تعتبر الدعوى صالحة للفصل، و يقدر ما يقدم إليه من وسائل بحرية مطلقة، و يأمر بإدخال خصم في الدعوى و قد ترتب على هذا الطابع الإنشائي و الخلاق الذي اتسمت به الإجراءات الإدارية تجرد الدعوى إلى حد كبير من يد الخصوم و أصبحت وسيلة فعالة للبحث عن الحقيقة¹.

المطلب الأول

مفهوم التحقيق في المنازعات الإدارية

إن التحقيق في الدعوى الإدارية أو المنازعة الإدارية لا يخرج عن القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، سواء ما يتعلق منها بالأحكام العامة لإجراءات التحقيق، أو بدور القاضي الإداري من خلال تدخله لتسيير و تنظيم هذه المرحلة و التي تعد واجبة التطبيق.

تحلل قواعد التحقيق أهمية خاصة، فهي الوسيلة الوحيدة التي يتوصل بها صاحب الحق لإقامة الدليل على قيامه أمام القضاء، و التحقيق بصفة عامة يكمن مفهومه في اعتباره وسيلة لإقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها².

1- عبد القادر هاشم النشار، القضاء الإداري و دوره الإنشائي، مجلة معهد القضاء، العدد18، الكويت، 2009، ص46.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص215.

الفرع الأول

تعريف التحقيق في المنازعات الإدارية

التحقيق قانونا هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق¹.

تتسم المنازعات الإدارية بعدم تساوي أطراف النزاع، ما منح القاضي الإداري دورا تدخليا في الدعوى للمساهمة في البحث عن الدليل و إعادة التساوي بين الأطراف، ذلك أن قاعدة "البينة على من ادعى" تؤكد أن عبء الإثبات يقع على الشخص الخاص باعتباره المدعي و هي مسألة صعبة جدا، على اعتبار انه في مواجهة شخص عام بيده امتيازات السلطة العامة². فتظهر خصوصية التحقيق في المنازعة الإدارية في طابعه الإجباري، لا على سبيل الخيار، فهو يستلزم وجود قواعد قانونية تتناسب و خصوصية القانون الإداري.

الفرع الثاني

الهدف من إجراء التحقيق في المنازعات الإدارية

للتحقيق أهمية كبيرة سواء بأخذه كجزء من الخصومة أو باعتباره نظرية استرعت اهتمام الفقهاء و المشرعين، فهي النظرية التي لا ينقطع تطبيقها عن المحاكم سواء في المجال المدني، الجنائي أو الإداري، و إن كان هذا الأخير يختلف نظرا لطبيعة الخصومة الإدارية، و التي يتخاصم فيها طرفين أحدهما الإدارة، و التي تتمتع بامتيازات عديدة منها حيازة المستندات التي يمكن أن تكون حاسمة في موضوع الدعوى على اعتبار أنها سلطة عامة في مواجهة الفرد الذي يكون غالبا مجردا من الدليل في ظل افتقاره للمستندات التي يمكن أن تؤيد موقفه.

لا يمكن التمتع بحق ما دون القدرة على إقامة الدليل عليه عند النزاع، فإذا لم يتمكن الخصم من تقديم الدليل تعذر التمسك بالحق أو بالمركز القانوني، و هذا لا يعني عدم إمكانية إثبات ذات الحق بدليل آخر.

1- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1، دون ط، د.د.ن، د. ب.ن، 2008، ص29.

- عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دون ط، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد، 2008، ص4.

- حسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2002، ص7.

2- مراد بدران، الطابع الحقيقي للإثبات في الدعوى الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، الجزائر، منشورات الساحل، 2009، ص13.

فعدم القدرة على إثبات مصدر الحق، يؤدي إلى عدم إمكانية الاعتراف به أمام القضاء و لو كان موجودا في الحقيقة و الواقع، و هذا أكبر دليل على أهمية الإثبات، فهو بالنسبة للحقوق و المراكز القانونية المدعى بها وسيلة لإحيائها، فلا قيمة عملية للحق دون الإثبات.

فإجراء التحقيق الذي يأمر به القاضي هو الوسيلة التي تمكنه من التأكد و التيقن من صحة ما قدمه المدعي من أدلة لإثبات إدعائه، وهو الخطوة نحو التأكد من صحة الدليل المقام على الحق المدعى به.

تتمثل خصوصية الخصومة الإدارية في عدم المساواة بين الطرفين المتقاضيين، و يقصد بطرق الإثبات أو وسائل التحقيق هي تلك الوسائل المخولة قانونا و التي يلجأ إليها طرفا النزاع لإقناع القاضي بصحة الوقائع القانونية التي يدعونها¹، و تنفذ إجراءات التحقيق بحسب الحالة إما بمبادرة من القاضي أو من أحد الخصوم بموجب أمر شفوي أو تنفيذ مستخرج الحكم أو نسخة منه²، و إذا كان الحكم صادرا عن تشكيلة جماعية يتولى القاضي المقرر مراقبة تنفيذه³، لأجل ذلك يمكن للقاضي أن ينتقل خارج دائرة اختصاصه للقيام بإجراءات التحقيق أو لمراقبة تنفيذها⁴، دون الحاجة لإبلاغ الجهة القضائية المختصة إقليميا و يقوم القاضي تلقائيا أو بناء على طلب أحد الخصوم أو الخبير المعين بتسوية الإشكالات التي قد تعترض تنفيذ التحقيق المأمور به، و ذلك بموجب أمر غير قابل للطعن⁵، و عند إشراف القاضي على عمليات الخبرة، يأمر أمين الضبط بتحرير محضر يدون فيه معاينته و التوضيحات المقدمة من الخبير و تصريحات الخصوم و الغير⁶.

لتسهيل و تبسيط إجراءات استئناف السير في الخصومة بعد تنفيذ التحقيق لم يشترط المشرع أي إجراء خاص بحيث يتم استئناف السير فيها من الخصم الذي يهمة التعجيل بموجب أمر بسيط⁷.

تهدف المادة 93 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 إلى تحقيق:

1- ضمان حياد القاضي من خلال إسناد إعادة السير في الخصومة إلى من يهمة التعجيل.

1- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، دون ط، دار الثقافة للتوزيع، لبنان، 2005، ص119.

2- المادة 82 من القانون رقم 08-09.

3- المادة 83 من القانون رقم 08-09.

4- المادة 84 من القانون رقم 08-09.

5- المادة 92 من القانون رقم 08-09.

6- المادة 91 من القانون رقم 08-09.

7- المادة 93 من القانون رقم 08-09.

2-الحفاظ على حقوق و مصالح الخصوم عن طريق تسهيل إجراءات إعادة السير في الخصومة و ذلك باشتراط طلب بسيط.

لضمان شفافية الإجراءات و حق الدفاع يمكن للخصوم الإطلاع على المحاضر و التقارير التي تحرر أثناء تنفيذ التحقيق و الحصول على نسخ منها، و ذلك بعد تسديد المصاريف المستحقة و يؤشر على التسليم في سجل خاص¹.

يخضع طلب إجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق إلى القواعد المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية المنصوص عليها في المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 و ما يليها، و قد حصرت المادة 96 البطلان في الجوانب المشوبة بعدم الصحة التي تمس إحدى عمليات التحقيق دون توسيعها إلى العمليات الأخرى، و الهدف من ذلك هو التضييق من مجال المماثلة. يمكن القيام بعمليات التحقيق من جديد أو تصحيحها، إذا أمكن تصحيح العيب الذي يشوبها²، مثل أن يحضر الخصم تنفيذ إجراءات التحقيق دون أن يصله الاستدعاء فليس له أن يتمسك ببطلان الأعمال الإجرائية.

الفرع الثالث

عناصر التحقيق في المنازعات الإدارية

تتمثل العناصر الأساسية للتحقيق فيما يلي:

- 1-تقديم الدليل أمام القضاء للتحقق من صحة ادعاءات الخصم، بما أنه تحقيق في خصومة إدارية لا يأخذ به إلا أمام القضاء.
- 2- التحقيق لا يأخذ به إلا إذا تم وفق القواعد القانونية التي وضعها المشرع الجزائري، بمعنى أنه تحقيق قانوني تنظمه قواعد يقرها القانون، و يترتب عن ذلك عدم جواز اللجوء إلى وسيلة أو طريقة لم يقرها، فهي من النظام العام لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها.

1- المادة 94 من القانون رقم 08-09.

2- المادة 95 من القانون رقم 08-09.

3- التحقيق لا يأخذ به، و لا يكون مفيدا إلا بشأن الوقائع ذات الأثر القانوني بمعنى أنه لا يكون إلا بشأن الوقائع القانونية بمعناها العام أي كل تصرف قانوني و كل واقعة يرتب القانون عليها آثارا قانونية¹.

4- إن القاضي كأصل عام يكون محايدا في التحقيق و يتمتع بالدور السلبي على عكس الخصم الذي يتمتع بالدور الإيجابي، لكن إن أخذنا التحقيق في الخصومة الإدارية، يعتبر دور القاضي إيجابيا، يساهم في الموازنة بين أطراف الخصومة فيتدخل أحيانا من تلقاء نفسه ليسير الخصومة و عملية التحقيق خاصة، و ضمانة لمبدأ المواجه و المساواة بين الخصمين².

5- و إذا كان إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثر هو المفهوم القانوني للتحقيق، فإن هذه الواقعة لا تكون حقيقة قضائية، إن أنكرها الخصم و تحتاج إلى تحقيق قضائي، ليأخذ بها كحقيقة قضائية، و إن لم يقم عليها هذا الدليل تعتبر منعدمة. إن التحقيق هو إجراء يقوم به القاضي الإداري، أو أمر يصدره القاضي الإداري و ذلك من أجل إقامة الأدلة على الحق، و وسيلة للتحقيق في الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع.

تظهر صعوبة التحقيق في الخصومة الإدارية في الطبيعة الخاصة لها، و التي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة من جهة باعتبارها سلطة تمارس نشاطها الإداري، و بين الأفراد من جهة أخرى، حيث يقوم التحقيق على الصالح العام، و تطبيق مبدأ المشروعية. أدت هذه العلاقة إلى ظهور عدة عوامل مؤثرة في الخصومة الإدارية تدور أساسا حول الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة كسلطة عامة تمارس نشاطها الإداري و تعتبر الطرف الدائم في الدعوى، فهي تساهم بشكل أو بآخر في تشكيل قواعد التحقيق في القانون الإداري.

1- يشترط في الواقعة القانونية أن تكون متعلقة بالدعوى، و يجب أن تكون محل للإثبات و لا بد أن تكون متنازع فيها، أي هي محل النزاع، لأن التحقيق يهدف إلى إظهار حقيقة متنازع فيها، أما إذا لم تكن الواقعة متنازع فيها، فلا يجوز للقاضي أن يطلب من المدعي إقامة الدليل عليها، و على هذا فإذا كانت الواقعة معترف بها أو مسلم بها من طرف الخصم فإنها لا تكون محلا للتحقيق، لأن الاعتراف و الإقرار بالواقعة يعفي من إثباتها، و يجب أن تكون الواقعة ممكنة، محددة، منتجة، و جائزة القبول. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دون ط، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2009، ص ص 69-88.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص32.

هذه الامتيازات تؤدي إلى خلق نوع من الاختلال في التوازن بين طرفي الخصومة من حيث القدرة على إقامة الدليل على اعتبار أن الإدارة تضع يدها على المستندات و الوثائق التي يمكن أن تكون دليلاً حاسماً في فصل النزاع، على عكس الفرد الذي في كثير من الأحيان يقف معدماً من حيث امتلاكه للأدلة و كان من اللازم وضع و إيجاد وسائل و قواعد خاصة بالتحقيق في الخصومة الإدارية تتماشى و خصوصيتها، و لا يعني هذا انقطاع قواعد التحقيق الإداري بصفة نهائية عن قواعد التحقيق في القوانين الأخرى، حيث توجد أصول عامة تعتبر من المبادئ البديهية الأساسية للتقاضي و مقتضياته و لا تختلف من منازعة إلى أخرى.

بما أن القاضي المقرر هو الذي يقوم بإعداد الملف و يأمر بإحضار المستندات التي يراها لازمة للتحقيق¹ في القضية فهو الذي يقوم بمراقبة تنفيذ إجراء التحقيق، فيمكنه بهذا أن ينتقل خارج دائرة اختصاصه للقيام بإجراء التحقيق أو لمراقبة تنفيذه، كما يمكن إخطار الخصوم لحضور إجراءات التحقيق بواسطة محاميهم، و يتم استدعاء الغير للحضور لنفس الغرض و بنفس الإجراء، و إجراء التحقيق يعد وسيلة القاضي للوصول إلى الحقيقة، إذ لا يكفي الاطلاع على الوثائق و سماع إدعاءات الخصوم و دفاعهم أحياناً، لذلك قد يكون أمراً لا يمكن الاستغناء عنه لذا فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 عمل على توسيع مجاله و جعل إجراءاته أكثر مرونة².

يظهر هذا جلياً من خلال المواد من 75 إلى 78 التي أجازت للقاضي الأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون، سواء بناء على طلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه، و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، و له أن يأمر به حتى قبل مباشرة الدعوى لتحديد وقائع قد تحدد مآل النزاع الذي يمكن أن يعرض مستقبلاً كما يمكنه أن لا يكتفي بإجراء واحد فيأمر بعدة إجراءات في آن واحد أو بصفة متتالية³.

1- المادة 844 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09.

2- أحمد علي محمد الصالح، الدور الإيجابي للقاضي الإداري، نشرة القضاة، العدد 04، مجلس قضاء تيزي وزو، 05-10-2008، ص 372.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 66.

المطلب الثاني

دور القاضي المقرر و محافظ الدولة

تعتبر المنازعة الإدارية ذات طبيعة خاصة متميزة عن الأنواع الأخرى من الدعاوى، على اعتبار أن أحد أطراف الخصومة هو المسئول عن تسيير المصالح الجماعية للأفراد و هي الإدارة، و على هذا الأساس يفترض في قراراتها الصحة و المشروعية و على أنها ضرورية لسير المرافق العامة للمجتمع، هذا على عكس الطرف القانوني، و لهذا يعتبر إقامة الدليل على إدعائه-الفرد- عبئاً ثقيلاً.

الفرع الأول

دور القاضي المقرر في التحقيق في المنازعات الإدارية

يتم تعيين القاضي المقرر الذي يقوم بالتحقيق من طرف رئيس تشكيلة الحكم¹ و لأن القاضي المقرر لا يخرج عن سلم القضاة، يكون تعيينه من طرف رئيس تشكيلة الحكم في المحكمة الإدارية، و رئيس الغرفة المختصة لمجلس الدولة، على اعتبار أن القاضي المقرر قاض يختار من بين القضاة المنتمين للجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع، و يشترط في القاضي المقرر لمجلس الدولة أن يكون من فئة و صنف المستشارين في مهمة عادية، ذلك أن المستشارين في مهمة غير عادية لا يمكنهم أن يكونوا مستشارين مقررين، حيث تقتصر مهامهم على الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة. حيث يشرع القاضي المقرر في عملية التحقيق في القضية، إذا كانت لا تتوافر على أية مخالفة شكلية أو إجرائية تبرر عدم قبولها، و حسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يمكن حصر أهم مهام القاضي المقرر في إعداد و تهيئة القضية للفصل فيها كما يلي:

أولاً: الإشراف على توجيه و تبادل المذكرات و مذكرات الرد و الوثائق بين الخصوم:

و يسهر القاضي المقرر على مستوى جهات القضاء الإداري على رقابة اتخاذ إجراءات التحقيق و يضمن برقاوته السير الحسن لمرحلة التحقيق، و يكون ذلك بعد دخول الدعوى الإدارية مرحلة التحقيق، أين يتم تبادل المذكرات تحت إشراف و رقابة القاضي المقرر، وذلك على النحو التالي:

1- الإشراف على التبليغ: يقوم القاضي المقرر بتبليغ الأوراق للخصوم بمجرد انطلاق الخصومة، حيث يفرض الطابع الكتابي على كل إجراء أو ورقة، و يتم تبليغ المذكرات و مذكرات الرد مع الوثائق

1- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص57.

المرفقة بها إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرر¹ فهذه الوثائق سواء كانت صادرة عن المدعي أو بقية الخصوم، فإنها تودع بكتابة الضبط، وكذا الشأن بالنسبة للمذكرات و مذكرات الرد التي يتم تبليغها عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرر.

و قد أجازت المادة 839 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تبليغ الإجرائية إلى ممثلي الأطراف، وعلى هذا الأساس يتم التبليغ إلى المحامي ممثل للأشخاص غير العمومية، و إلى ممثلي الأشخاص العمومية المذكورة في المادة 828 من القانون رقم 08-09.

2- منح آجال الخصوم: يمكن للقاضي المقرر بناء على ظروف القضية أن يحدد الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم مذكراتهم الإضافية و الملاحظات و أوجه الدفاع و الردود²، كمل يعود تحديد الآجال في حالات أخرى إلى رئيس تشكيلة الحكم، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 844 من القانون رقم 08-09.

و ما يمكن ملاحظته أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يحدد بصفة عامة المدة الزمنية المتعلقة بالتبليغ و تقديم المذكرات و الملاحظات، لكن يطلب من القاضي المقرر أو رئيس تشكيلة الحكم منح آجال معقولة حتى لا يعرقل التحقيق، و كذا احترام القاعدة الوجيهة و بالمقابل نجده يشير بصفة استثنائية إلى الأجل مثلا في المادة 848 فقرة 2 يحدد الأجل المتعلق بتصحيح العريضة الذي لا يقل عن مدة 15 يوما.

فالمشرع الجزائري وضع هذه الآجال حتى يستدرك المدعي ما فاته من تقديم طلبات واضحة في العريضة الافتتاحية، وحددها بصفة صارمة حتى لا يستعمل المدعي هذه الوسيلة لتعطيل انطلاق التحقيق.

ثانيا: الأمر بتقديم المستندات و الوثائق:

من بين مهام القاضي المقرر أمر و تكليف أطراف الدعوى بتقديم المستندات و الوثائق و ذلك كما يلي:

1- تكليف الإدارة بتقديم المستندات و الوثائق:

يمكن للقاضي المقرر إلزام الإدارة بتقديم المستندات و الوثائق من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أحد الخصوم، حيث يأمر و يكلف الإدارة بتقديم ما هو ضروري من الوثائق التي تحوزها للتخفيف من

1- المادة 3/838 من القانون رقم 08-09.

2- المادة 2/844 من القانون رقم 08-09.

حدة قوتها، و أمام ما تتمتع به الإدارة من سلطات و امتيازات السلطة العامة، والتي غالبا ما شكل حاجزا أمام الأفراد للحصول على وثائق تدعم دفاعاتهم أمام القضاء، لذلك كان لزاما عليها أن تقوم بإيداع مذكراتها مجيبة على مزاعم المدعي مدعمة بما لديها من مستندات، و أي رفض لهذا المطلب يمكن أن يستعمل ضدها كدليل في غير صالحها.

و يظهر بوضوح الطابع التحقيقي للإجراءات الإدارية القضائية و الذي يستمد منها الدور التحقيقي للقاضي المقرر¹، و يتجلى هذا الدور في ثلاث مستويات:

القانون: نصت المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير مدى مشروعية القرار الإداري تحت طائلة عدم القبول، القرار الإداري المطعون فيه ما لم يوجد مانع مبرر.

و إذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة، و يستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع".
فص هذه المادة جاء صريحا مدعما للدور الحقيقي للقاضي الإداري.

القضاء: يخول القضاء لنفسه و على وجه الخصوص الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا - سابقا- إجبار الإدارة في حالة امتناعها بتقديم القرار المطعون فيه، و من بين التطبيقات القضائية نجد قرار الغرفة الإدارية رقم 54003 المؤرخ في 06-06-1987 في قضية (ش.أ.م.د) ضد مديرية الضرائب.

فقها: يرى الفقه أن رفض الإدارة العامة إرسال ما يلزم من الوثائق و المستندات (استثناء الوثائق التي تكتسي طابعا سري)، من شأنه اعتبار الطرف الآخر الذي كان من الممكن لهذه الوثائق أن تقوي موقفه كما لو كان قد كسب دعواه².

2- تكليف الخصم بتقديم الوثائق و المستندات: استثناء يجوز للقاضي الإداري إلزام خصم الإدارة بتقديم أي مستند تحت يده يراه مفيدا للفصل في النزاع.

ثالثا: الإستعانة بوسائل التحقيق:

يمكن للقاضي المقرر اللجوء إلى وسائل التحقيق المختلفة لإظهار حقيقة النزاع و ذلك بالقيام بالتحقيق عن طريق الخبرة أو سماع الشهود أو غيرها من الإجراءات.

1- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 324.
2- شادية إبراهيم المحروقي، إجراءات الدعوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 231.

رابعاً: تقديم تقرير مكتوب:

عند نهاية الإجراءات التي يقوم بها القاضي المقرر بمناسبة التحقيق في القضية تكون له سلطة تقدير انتهاء التحقيق فيها، فيحرر بالتالي تقريره حولها، ويرسله إلى محافظ الدولة لتقديم التماساته. ورغم أن النصوص القانونية الخاصة بالمنازعة الإدارية لم يذكر أو يشير إلى حقيقة عناصر هذا التقرير، إلا أن القاضي المقرر يضمن تقريره جميع الإجراءات التي اتبعها وجميع الوثائق التي أثارها النزاع، ووجه الدفاع المثارة من قبل الأطراف، كما له أن يحضر ملخصاً مفصلاً عن الطلبات الختامية لكل طرف في الدعوى، فهو بذلك عبارة عن جرد تحليلي و تفصيلي لجميع عناصر الملف ملف القضية، بالإضافة إلى ذكر جميع الإشكالات التي اعترضته أثناء تأدية مهامه و إبراز نقاط النزاع من دون أي بيدي و لا أن يحدد رأيه فيها.

الفرع الثاني

دور محافظ الدولة في التحقيق في المنازعات الإدارية

استحدثت المشرع هيئة محافظي الدولة على غرار ما كان سائداً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، فرنسا و مصر، حيث تأخذ فرنسا بما يسمى "مفوض الحكومة" و يتم تعيينهم من بين المحضرين بموجب مرسوم ليتولوا دوراً مهماً، و يكلفون بتقديم مذكرات و خلاصات عن القضية، و موضوع الخصومة تتضمن بالدرجة الأولى وجهة نظر القانون، و رأيه في موضوع الدعوى و قد لعبوا دوراً بارزاً و مهماً في صياغة و وضع مبادئ الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية حيث ينظر إليهم البعض كمبعوثي الفقه لدى القضاء، نظراً لدورهم الإيجابي والتأصيلي في الشأن الإداري¹.

على اعتبار أن مفوض الدولة هو قاضي يتم تعيينه بمرسوم رئاسي، و لم يحدد القانون شروط خاصة و لا إجراءات معينة و متميزة، إلى جانب محافظ الدولة، يمكن تعيين محافظو الدولة المساعدين، و هم قضاة يعينون أيضاً بمرسوم رئاسي، و يخضع محافظ الدولة للقانون الأساسي للقضاة.

تنص المادة 26 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم على أنه: "يمارس محافظ الدولة و محافظو الدولة المساعدون مهمة النيابة العامة في القضايا ذات الطابع القضائي و الاستشاري.

1- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دون ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2009، ص327.

ويقدمون مذكراتهم كتابيا و يشرحون ملاحظاتهم شفويا.

نصت المادة 15 منه على أنه: "يقوم محافظ الدولة بدور النيابة العامة بمساعدة محافظي الدولة المساعدون."

نصت المادة 10 من النظام الداخلي لمجلس الدولة: "يمثل النيابة العامة على مستوى مجلس الدولة محافظ الدولة الذي يساعده محافظو الدولة المساعدون."

أكد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 على دور محافظ الدولة في الخصومة الإدارية¹، و من النصوص القانونية المنظمة لمهام محافظ الدولة أو مساعده، يتبين أنهم يقومون بمهمة النيابة العامة، من خلال ما يقدم من مذكرات كتابية أو ما يبيده من ملاحظات شفوية سواء في التškiيات القضائية أو الاستشارية و كذا متابعة تنفيذ القرارات، نجد أن ثمة إحالة إلى القضاء العادي حيث تنصب مهمة النيابة العامة أساسا على المطالبة بتطبيق القانون.

لا يمكن لهذه الإحالة أن تفي بالغرض، نظرا لخصوصية القضاء الإداري، فلا بد من ضبط اختصاصات هذه الفئة بما يتوافق و مقتضيات القضاء الإداري و خصوصيته.

طور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 دور محافظ الدولة و صلاحياته حيث ألزمه و أشركه في النزاع الإداري المطروح أمام المحاكم الإدارية².

المبحث الثاني

وسائل القاضي الإداري في التحقيق

تتنوع الوسائل المختلفة التي يستعين بها القاضي في التحضير، و تعتبر من أدواته في ممارسته لدوره الإجرائي، إلا أن الاستعانة بها يختلف من وسيلة لأخرى، و كذلك يختلف من محكمة لأخرى و من دعوى لأخرى، فلكل دعوى ما يناسبها من الوسائل تبعا لطبيعة المنازعة، فما يلاءم دعوى الإلغاء لا يناسب دعوى القضاء الكامل و ما تتم الاستعانة به أمام مجلس الدولة بوصفه محكمة أول درجة قد تقل نسبة اللجوء إليه إذا كان ينظر الدعوى بوصفه قاضي استئناف.

سننظر فيما يلي إلى الوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري و التي تساعده في التحضير

للقضية.

1- المادة 846 من القانون رقم 08-09.

2- المادتان 846-898 من القانون رقم 08-09.

المطلب الأول

الوسائل الإجرائية للقاضي الإداري في التحقيق

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على وسائل تحقيقية محددة يمكن للقاضي الإداري الاستناد إليها و يتضح ذلك من خلال المواد من 858 إلى 862 من القانون رقم 09-08 و المتمثلة في : الخبرة، سماع الشهود، المعاينة و الانتقال إلى الأماكن، و مضاهاة الخطوط.

من جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري قد ترك للقاضي الإداري قسطا من الحرية في توجيه الخصوم و استكمال الأدلة الناقصة و هذا ما تنص عليه المادة 863 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يجوز لرئيس تشكيلة الحكم تعيين أحد أعضائها للقيام بكل تدابير التحقيق غير تلك الواردة في المواد من 858 إلى 861 أعلاه."

يتضح من ذلك أن المشرع الجزائري تبنى النظام المختلط في الإثبات الذي يجمع بين النظام الحر و النظام المقيد للإثبات، و يكون بهذا حذا حذو المشرع الفرنسي في اعتناق النظام المختلط للإثبات و هو خير الأنظمة جميعا لكونه يجمع بين قيود القانون و في نفس الوقت يفسح للقاضي حرية التقدير¹.

الفرع الأول

الخبرة

تحيل القواعد المتعلقة بالهيئات القضائية الإدارية بالنسبة لموضوع الخبرة² على القواعد العامة و المشتركة بين جميع أنواع الدعاوى الإدارية منها و المدنية. تعد الخبرة القضائية بصفة عامة إحدى وسائل التحقيق و التي يستعين بها القاضي كلما صادف في النزاع المطروح أمامه مسألة يتطلب حلها معلومات فنية خاصة، بعيدة عن المجال الأصلي لثقافته فالمقدرة المطلوبة منه قدرة قانونية و ليست فنية.

1- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص28.

2- تنص المادة 858 من القانون 09-08 على أنه: "تطبق الأحكام المتعلقة بالخبرة المنصوص عليها في المواد من 125 إلى 145 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية".

أولاً: تعريف الخبرة

الخبرة في الاصطلاح القانوني هي إجراء تحقيقي و استشارة فنية تقوم بها المحكمة، بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص و ذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمورا علمية أو فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها¹، و تعرف الخبرة أيضا بأنها الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في تقرير المسائل الفنية التي يحتاج تقريرها إلى معرفة فنية أو دراية عملية لا تتوفر لدى عضو الهيئة القضائية المختص بحكم عمله و ثقافته².

فهي وسيلة من وسائل الإثبات المقبولة أمام القاضي الإداري و ذلك لمساعدته في تقدير المسائل الفنية و العلمية التي تتعلق بموضوع التوازن و التي يحتاج تقديرها للفصل في الدعوى المطروحة أمامه³.

لم يعرف المشرع الجزائري الخبرة، حيث اكتفى بتحديد مهام و صلاحيات الخبير و كذا عملية إجراء الخبرة ، و في القانون رقم 08-09 أورد الهدف المرجو منها في المادة 125 و التي تنص على أنه: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

عرفتها المحكمة العليا⁴: "الخبرة عمل مادي للتحقيق الذي هو من القانون و انه يحق لكل جهة قضائية الأمر بإجرائها عملا بالمبدأ الذي يخول اللجوء إلى كافة الوسائل الكفيلة بتتويرهم في إطار ما ليس ممنوعا قانونا".

تتنوع الخبرة و تتفرع حسب المجال الذي تتواجد فيه من خبرة اتفاقية إلى خبرة اختيارية ، إدارية، خبرة الحيطة، و أخيرا الخبرة القضائية و تنقسم هذه الأخيرة إلى قسمين:

أ-الخبرة الأولى و الخبرة الثانية.

ب-الخبرة المضادة و الخبرة التكميلية .

1- عباس العبودي ، المرجع السابق، ص313.

2- Lara Karam-Boustany, *P'action en responsabilité extra contractuelle devant le juge administratif*, thèse de doctorat université Paris 2,2001,p310.Charles Debbasche et Jean Claude Ricci, *contentieux administratif*,op,cit,p549.

3- حسن السيد بسبوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص233.

4- مجلة مجلس الدولة، العدد1، سنة 2000، ص45.

ثانيا: مميزات الخبرة

تتميز الخبرة القضائية بعدة خصائص مما يميزها عن باقي وسائل التحقيق الأخرى فيما يلي:

1- الخبرة إجراء اختياري للقاضي:

إن النطق بتعيين الخبير يتم من طرف القاضي بمعنى أنها تتم بأمر من القاضي و تشكل الخبرة إجراء تحقيقي اختياري خاضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بها¹.

2- الصفة التبعية للخبرة

إن وجود الخبرة يتوقف على وجود دعوى أصلية، فهي طريق من طرق الدعوى الفرعية فالخبرة تفترض وجود نزاع قائم باعتبارها وسيلة إثبات و لكن هذا المبدأ يرد عليه استثناء و هو دعوى إثبات الحالة، و هي من دعاوى الأدلة التي يختص بها القضاء الإستعجالي، و يشترط لقبولهما شرطان، احتمال أن تصبح هذه الوقائع أساسا لمنازعة مستقبلا، و وجود وقائع يخشى زوال أو ضياع معالمها.

3- الصفة الفنية للخبرة القضائية

إن المشرع الجزائري عند تناوله للخبرة القضائية في القانون رقم 08-09 لم يشر إلى فنية الخبرة لأن هذه الصفة تتفق و طبيعة الخبرة.

4- الطابع النسبي للخبرة

نصت المادة 144 في فقرتها الثانية من القانون رقم 08-09 على أن: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة." استقر القضاء الإداري على اللجوء لهذه الوسيلة في إثبات الدعوى الإدارية و ذلك لعدم تعارضها مع طبيعتها².

القاعدة الأصلية أن اللجوء إلى الخبراء يعود إلى السلطة التقديرية للقاضي، و يجوز له أن يأمر بإجراء خبرة في أي مسألة فنية تعرض عليه للفصل فيها، فهناك من الدعاوى ما يستحيل على القاضي

1- تنص المادة 128 من القانون رقم 08-09 على أنه: "يجوز للقاضي و من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة."

2- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة المرافعات الإدارية و الإثبات في قضاء مجلس الدولة، الجزء 6، الإثبات في الدعوى الإدارية، دون ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص105.

الفصل فيها دون الاستعانة بالخبراء و من أهم الأمثلة على ذلك النزاع المتعلق بالتعويض عن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

في اجتهاد قضائي للمحكمة العليا¹ أكدت جهة النقض أنه من المقرر قانونا و قضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة و تعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحتا، و التعيين أمر جوازي خاضع للسلطة التقديرية للقاضي بموجب قرار تمهيدي له أن يلجأ له أو لا يلجأ حتى في حالة طلب ذلك من أحد الخصوم².

نصت المادة 126 من القانون رقم 08-09 على إمكانية تعيين عدد من الخبراء³ من نفس التخصص أو تخصصات مختلفة سواء أكانوا مقيدين في قائمة الخبراء، أو غير مقيدين شريطة أن يؤدي الخبير غير مقيد في قائمة الخبراء اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الأمر بالخبرة و تودع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية.

باعتبار أن القاضي الإداري يملك سلطة تقديرية فهو غير ملزم قانونا بالاستجابة للطلب المقدم من الخصوم بغية تعيين خبير إلا في الحالات التي أوجب فيها القانون الاستعانة بالخبراء مثل ما هو مقرر في المادة 187 من القانون التجاري⁴ بالنسبة للتعويض الاستحقاقي و في حالة تعدد الخبراء المعينون⁵ يقع عليهم إنجاز أعمال الخبرة معا و إعداد تقرير واحد موحد، أما إذا اختلفت آراؤهم ووجب على كل واحد منهم تسبيب رأيه، و هو ما استقر عليه موقف المحكمة العليا⁶.

يمكن استبدال الخبير المعين في الحكم كما يمكن رده إذا وجد سببا معقولا، و يتم استبدال الخبراء

لسببين:

1- إما لسبب متصل بالمهمة⁷.

-
- 1- قرار رقم 9774 مؤرخ في 1993/07/07 مجلة قضائية عدد 02، سنة 1996، ص108.
 - 2- مجلة مجلس الدولة، قرار رقم 5163 بتاريخ 11-02-2002.
 - 3- المادة 127 من القانون رقم 08-09.
 - 4- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.
 - 5- المادة 127 من القانون رقم 08-09.
 - 6- قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 48764 مؤرخ في 28-12-1988 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه إذا تعدد الخبراء ووجب عليهم القيام بأعمال الخبرة سوية، و بيان خيراتهم في تقرير واحد، من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الخبيرين المعينين قد حضر كل واحد منهم تقريرا مستقلا، فإن قضاة الموضوع الذين لم يلتفتوا إلى ذلك يكونوا قد خرقتوا القانون."
 - 7- المادة 132 من القانون رقم 08-09.

2- أو بسبب رد الخبير¹.

استقر الموقف لدى كل من المحكمة العليا و مجلس الدولة على اعتبار إخطار الخبير للخصوم للحضور بيوم إجراء الخبرة إجراء جوهريا الهدف منه هو تمكين الخصوم من تقديم ملاحظاتهم²، و دفعا للإشكالات العملية و النقائص الملاحظة على تقارير الخبراء، و سطحية بعضها أوجب على المشرع على الخبير أن يضمن تقريره حدا أدنى من المعلومات لأجل إضفاء شفافية على عمله و جدية المضمون³ فأصبح الخبير ملزما بأن يسجل في تقريره⁴:

1- أقوال و ملاحظات الخصوم و مستنداتهم.

2- عرضا تحليليا عما قام به و عاينه في حدود المهمة المسندة إليه.

تكون الخبرة غير مجدية و إسرافا إذا تضمن الملف كافة البيانات و المعلومات اللازمة للفصل في الدعوى، و يقدر القاضي الإداري مدى ملائمة اللجوء إلى الخبرة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو أحدهم و يكون ذلك بحكم سابق على الفصل في الموضوع .

يعتبر تقرير الخبير بعد إيداعه ملف الدعوى ضمن مستنداتها و تعتبر البيانات التي تضمنها التقرير بشأن الوقائع التي باشرها الخبير صحيحة لحين الطعن فيها بالتزوير، أما رأي الخبير بشأن تلك الوقائع فلا يلزم القاضي و يمكن للخصوم إثبات عكس هذا الرأي بأي طريق و يجوز للخبير في سبيل أداء مهمته الانتقال و المعاينة و سماع الشهود بغير يمين.

الفرع الثاني

المعاينة و الانتقال

تعتبر المعاينات و الانتقال إلى الأماكن من وسائل التحقيق التي أقرها المشرع للقاضي ليتمكن من معرفة الوقائع المدعى بها ميدانيا، متى كان ذلك مفيدا لإظهار الحقيقة و الوصول إلى حل للنزاع و قد أحالت المادة 861 من القانون رقم 08-09 إلى نصوص المواد 146 إلى 149 من نفس القانون لمعالجة هذه النقطة.

1- المادة 133 من القانون رقم 08-09.

2- و هذا ما أكدته المادة 135 من القانون رقم 08-09 إذ يقع على الخبير ألا يباشر عمله إلا بعد دعوى الخصوم لحضور وقت الخبرة.

3- عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص140.

4- المادة 138 من القانون رقم 08-09.

أولاً: تعريف المعاينة

المعاينة كوسيلة من وسائل التحقيق هي قيام القاضي بمشاهدة موضوع النزاع على أرض الواقع لأنه مهما بلغ المدعي من الدقة في وصف المدعى عليه، قد يبقى وصفه مبهما لا تتجلى له صورة المدعى عليه في ذهن القاضي و قد يخالفه خصمه بالوصف¹.

هي معاينة موضوع النزاع من قبل المحكمة المعروض عليها للفصل فيها، و تلجأ إلى هذا الإجراء للتحقق من صحة إدعاءات الخصوم بشأن الواقعة محل النزاع المنشئة للحق المتنازع عليه². فالمعاينة وسيلة من وسائل الإثبات التي تعتمد على الوقائع الموجودة فعلا³.

إذ أن المشرع الفرنسي قد استعمل مصطلح زيارة المكان *la visite des lieux*، و يقصد بالمعاينة أيضا مشاهدة المحكمة للشيء المتنازع عليه، كما تعرف بأنها انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع أيا كانت طبيعته سواء كان عقارا أو منقولا⁴.

و يرى الأستاذان Michel Paillet و Gilles Darcy أن القاضي الإداري يقوم بالانتقال الشخصي لمحل النزاع لمعاينته بعد تبليغه بذلك، و استمر استعمال هذه الوسيلة بصفة استثنائية من قبل المحاكم الإدارية في فرنسا، و لكن مع ظهور المنازعات المتعلقة بالمحيط و النقل البري أصبحت أكثر استعمالا إن لم نقل أنها أصبحت دائمة الممارسة من قبل الهيئات الإدارية⁵.

ثانيا: سلطات القاضي الإداري في الأمر بالمعاينة

نصت المادة 146 من القانون رقم 08-09 على المعاينة كوسيلة من وسائل التحقيق و تعتمد على الوقائع الموجودة فعلا، فهي وسيلة موضوعية لا تعتمد على عناصر شخصية و ما يتبين من هذا أن المعاينة و الانتقال يخص:

1-المعاينة الميدانية.

2-إجراء تقييمات أو تقديرات.

1- مراد محمد الشنيكات، الإثبات بالمعاينة و الخبرة، دون ط، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2008، ص43.

2- سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دون ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص406.

3- عبد الباسط على أبو العز، حق الدفاع و ضمانات المحال للمحاكمة التأديبية في القانون الوضعي و قانون المرافعات المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2004، ص45.

4- علي خاطر الشطناوي، المعاينة كوسيلة من وسائل إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، مجلة الشريعة والقانون، العدد 17 يونيو 2008، ص64.

5- Gille Dary et Michelle Paillet, *contentieux administratif*, Paris, Armand, Colin, 2000, p165.

3- إعادة تمثيل الوقائع.

إن القيام بهذه الإجراءات قد يتطلب الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك¹، و إجراء المعاينة إجراء جوازي للقاضي الإداري، له أن يأمر به حتى ولو لم يطلبه الخصوم، و إن طلبه فإن له السلطة التقديرية في الأمر به من عدمه، و له أن يأمر به شفاهة ما لم يرى ضرورة في إصدار أمر كتابي، فمتى وجدت المحكمة أن أوراق الدعوى كافية لاقتناعها و التوصل إلى إصدار الحكم أكتفت بذلك و استغنت عن إجراء المعاينة.

يجب أن يتضمن القرار الصادر عن المحكمة و المنظم لإجراء المعاينة ما يلي:

- 1- يحدد القاضي خلال الجلسة مكان و يوم و ساعة الانتقال، و يدعو الخصوم إلى حضور العمليات و هذا ما جاء في نص المادة 2/146 من القانون رقم 08-09.
- 2- إن القاضي الأمر بإجراء المعاينة هو من يقوم بالانتقال و المعاينة، أما إذا تقرر هذا الإجراء من طرف القاضي المقرر، بمعنى أنه إذا كانت مشكلة من قاضي فرد هو من يجري المعاينة بنفسه، أما إذا كانت بهيئة جماعية يمكن نذب أحد أعضائها للقيام بهذا الإجراء.
- 3- في حالة غياب الخصوم أو أحدهم تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من القانون رقم 08-09.

فالقاضي له أن يدعو خبيراً للحضور للإجابة عن المسائل الفنية التي تحتاج رأياً علمياً متخصصاً².

يجوز للقاضي أثناء إجراءه للمعاينة أن يسمع شهادة أي شخص يرى من الضروري سماع أقواله، سواء بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه، وإذا رأى في ذلك ضرورة و تسهيل للوصول إلى حل للقضية.

1- من المقرر قانوناً أن انتقال المحكمة للمعاينة إجراء تحقيقي قد يأمر به القاضي ليطلع شخصياً على مواطن النزاع، و يبينه تقديره عليها بعين المكان، و لما كان هو الحاكم يكفي أن يثبت في حكمه ما شاهده و قدره دون وجوب تحرير المحضر لاقتصار المادة 59 من القانون رقم 08-09 على الإشارة إليه دون ترتيب الجزاء على عدم تحريره.

قرار رقم 117-22 مؤرخ في 19-05-1982 المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 29.

قرار رقم 033-98 مؤرخ في 25-05-1994، مجلة قضائية لسنة 1998، عدد 01، ص 98 و الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للمجلس إصدار أمر بإجراء تحقيق و الانتقال قصد المعاينة الميدانية على أن يتم ذلك في شكل قرار تحضيرى مكتوب يذكر فيه أعضاء هيئة المجلس المعنيين بالانتقال و يبلغ منطوقه بواسطة كاتب الضبط بناء على طلب الطرف المستعجل و يحرر محضراً بالانتقال."

2- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 471.

لكن هل يشترط في هؤلاء الأشخاص ما يشترط في الشهود و هل تسري عليهم القواعد المتعلقة بالشهادة؟

*ذهب جانب من الفقه إلى أن الشهادة تمثل دليلا كافيا قد يبني عليه القاضي حكمه و أنه يمكن أن يكون أرضية للفصل في النزاع، و بهذا يجب مراعاة القواعد، و الإجراءات القانونية التي تتبع في سماع الشهود أمام المحكمة، و خاصة تحليفهم اليمين قبل سماع أقوالهم. فيما يرى جانب آخر من الفقه إلى أن الشهادة في هذه الحالة، تعتبر وسيلة مساعدة للمعاينة و تمامها، و ليس لتقديم أدلة للتحقيق في الدعوى، و لهذه الملاحظة أهمية كبيرة في التحقيق، حيث أن الشهادة التي يأخذها القاضي في مجال المعاينة لا تخضع للقيود أو الأشكال التي تخضع لها الشهادة كدليل للتحقيق، ففي هذه الحالة يمكن سماعهم حتى ولو لم يكونوا أهلا للشهادة، و لا يخضعون للإجراءات المقررة للشهادة، أما إذا رأت المحكمة ضرورة لسماع هؤلاء الشهود، فإن القاضي يأمر بإجراء تحقيق لسماعهم و في هذه الحالة يتعين مراعاة الشروط و القواعد المتبعة في سماع الشهادة، تكون جميع التقديرات التي توصل إليها القاضي أثناء المعاينة خاضعة لتقدير المحكم¹، و تمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية واسعة في الأمر بإجراء المعاينة، لا يعني ذلك أن سلطته مطلقة من كل قيد بل لها ضوابط و قيود تحكمها تتمثل في:

1- خول المشرع للقاضي الاستعانة بالوسائل الفنية ليتمكن من تحقيق المعاينة للغرض المنشود منها، إلا أن هذه الرخصة لا تعف القاضي من ضرورة تحرير محضر يدون فيه جميع الأعمال و الإجراءات المتعلقة بالمعاينة، و بالتالي يترتب على مخالفة هذا النص و قواعده بطلان إجراء المعاينة جزاء إهدار حقوق الدفاع، إذ يقدم هذا المحضر للخصوم للتعرف و الإطلاع على العمليات التي تمت أثناء تحقيق القاضي لتلك الواقعة، كما تقدم لهم فرصة أيضا لإبداء ملاحظاتهم على ما تم من إجراءات خاصة إذا لم يكن الخصوم حاضرين رغم دعوتهم للحضور²، كما يعتبر هذا المحضر ضمانا لمراقبة صحة العمليات المتعلقة بالمعاينة، و أنه يلزم بالتدقيق في الإجراء الذي يسمح بسماع القاضي للأشخاص عند تنقله إلى الأماكن و المعاينة و بعدم حصره في هدف محدد.

1- مراد محمد الشنيكات، المرجع السابق، ص74.

2- تنص المادة 87 من القانون رقم 08-09 على أنه: ".....و تقديم الملاحظات و الطلبات المتعلقة به حتى في غياب الخصوم."

2- لا يتم إجراء المعاينة إلا في حضور الخصوم أو بغير حضورهم شريطة إخبارهم وإعلامهم، بالوقت و المكان الذي سيباشر فيه هذا الإجراء، و إلا عد باطلا¹، فإذا أسس القاضي حكمه على معاينات تمت دون حضور الخصوم أو ممثليهم أو دون إعلامهم بالحضور، يكون حكمه مشوباً بالقصور، و يستوجب حسب أحكام القانون نقضه، لمخالفته مبدأ الواجهة و الذي يعد تطبيقاً لحقوق الدفاع و التي يتعين على القاضي مراعاته باعتباره ضماناً لمبدأ المواجهة.

3- كان الهدف الأول للمشرع من إدراج وسائل التحقيق هو عدم جعل القاضي حبيساً في نطاق الوقائع المعروضة عليه، و مجرد مستقبل للدليل فقط، و إنما خوله الحق في البحث بنفسه عن الحقيقة، و شروط ممارسة هذا الحق تكون مرتبطة بالوسائل القانونية التي حددها القانون، و رسم القواعد القانونية المنظمة لها، و من هذا المنطلق يمنع على القاضي أن يبني قناعته على غير هذه الطرق القانونية، و بهذا يمنع عليه إذا رأى ضرورة لإجراء تلك المعاينة أن يصدر حكماً منظماً لها.

له أن يقوم به في حال ما إذا كان الخصوم حاضرين أو أن يحدد اليوم و الساعة و يمكن إجراءه و إعلام الخصوم بذلك وفق الطرق القانونية المنظمة لهذا²، و أي مخالفة لتلك القاعدة يترتب عليها بطلان الحكم الصادر المبني على هذا الدليل الذي يتم تحصيله بغير الطرق الجائزة قانوناً، إذ أن هناك التزاماً على القاضي بأن يوضح المصدر الذي استشفى منه معلوماته و بنى حكمه عليه.

4- إن تدخل القاضي في البحث عن الحقيقة إنما أنبنى على التزام عام بالكشف عنها، و يقتضي هذا الواجب مشاركة جميع الأطراف، قضاة و خصوم في التوصل إليها، و هذا عندما يأمر القاضي بإجراء تحقيق إنما يلجأ إليه لتنوير عقيدته بصدد النزاع، و ليس بديلاً لتقاعس الخصم المكلف عن تقديم الدليل لإثبات صحة إدعائه، فالقاضي هنا يشارك في التوصل إلى الحقيقة و لكنه لا يحل محل الخصم المكلف في الأصل بإثبات دعواه، و إن كان تقدير عجز أو تقاعس الخصم عن إثبات دعواه مرجعه قاضي الموضوع.

5- ورد في القانون رقم 08-09 و جوب تدقيق الإجراء الذي يسمح بسماع القاضي للأشخاص

عند تنقله إلى الأماكن للمعاينة³.

1- المادة 85 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

2- المادة 2/85 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

3- المادة 148 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

إذا كانت إجراءات المعاينة قد تمت بناء على الحكم، فإن الخصوم أو أحدهم ملزم بإعادة السير في الدعوى وفق الإجراءات المقررة قانونا في هذا الشأن، و إذا كانت الدعوى قائمة فللخصوم سحب نسخة من المحضر وإيداعه بملف القضية مع إمكانية التعليق عليه و إيداء ملاحظات بشأنه.

على اعتبار أن إجراءات التحقيق و وسائله أمر جوازي خاضع للسلطة التقديرية للمحكمة¹ فهي تملك السلطة المطلقة في تقدير نتائج إجراء التحقيق الذي أجرته، فيمكن للقاضي أن لا يأخذ بنتيجة المعاينة إذا لم يقتنع بها، أو استشعر أن ثمة تغييرات قد أدخلت على ما عاينه بحيث لم يعد يطابق الحقيقة و القاضي ملزم بتسبيب رفض الأخذ بنتائج المعاينة ليس بحكم منفصل عن الحكم المنهي للخصومة، و لكن عليه أن يبين ذلك في مدونة الحكم، بأنه قد وجد في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته دون الحاجة للأخذ بنتيجة الإجراء متى اتضح أن هذه النتيجة غير منتجة في الدعوى و لا يشكل دليلا قاطعا من حيث الفصل في النزاع المعروض، و لم يتناول المشرع الجزائري هذا المبدأ.

فالمعاينة هي من أدوات القاضي الإداري في التحضير، و تتميز بأنها أسرع أدواته كشفا للحقيقة و بيانا لعين النزاع على الطبيعة، و تحقيقا للعدالة الإدارية بأقصر طريق، و تخضع للقواعد العامة للتحقيق فهي اختيارية و ذات صفة وجاهية و يجب أن تكون مجدية للفصل في النزاع، فإذا أصاب مكان النزاع تعديل أو تغيير فإنها تصبح غير مجدية، و تتناسب أكثر مع منازعات القضاء الكامل كدعاوى المسؤولية و العقود الإدارية، و يندر اللجوء إليها بشأن دعاوى الإلغاء، و في وقتنا الحالي و مع كثرة الدعاوى المعروضة على المحكمة نادرا ما تحدث المعاينة من طرف أعضاء المحكمة، و لأن الخبرة قد تغني عنها.

الفرع الثالث

الاستجواب و شهادة الشهود

ل للوصول إلى حقيقة النزاع المعروض على المحكمة بمناقشة الخصوم في هذا النزاع نظم المشرع الجزائري الاستجواب في المواد من 98 إلى 107 من الكتاب الأول للقانون رقم 08-09.

و بشهادة الشهود أهمية بالغة في التحقيق و إجراءاته و هي تختلف من مادة إلى أخرى و من عصر إلى آخر، و ما يهمنا في موضوع دراستنا هو سماع الشهود أمام القاضي الإداري، سنتطرق لكل منهما فيما يلي:

1- المادة 75 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

أولاً: الاستجواب

الاستجواب يتمثل في الأسئلة التي يطرحها القاضي على الخصوم بالجلسة أو أثناء التحقيق في الدعوى بغية استدراج الخصوم إلى الإقرار بواقعة أو تصرف ما، و الغاية من هذا الإجراء هو الحصول على إقرار أحد الخصوم حول واقعة معينة¹.

القصود من الأمر بحضور الخصوم و استجوابهم تنوير المحكمة حول وقائع القضية² فالاستجواب إجراء فعال يسمح بالاتصال المباشر بين القاضي و الخصوم و الرد على الأسئلة الموجهة إليهم بدون إعداد مسبق للإجابة بين الخصوم و محاميهم، مما يقدم للقاضي إجابات تتسم بالصدق و التلقائية بعيدا عن أساليب المحامين للحصول على حكم لصالح موكلهم.

تبنى المشرع الجزائري إجراء الاستجواب أمام القضاء الإداري في الفقرة الثانية من المادة 860 من القانون رقم 08-09 و التي جاء في نصها: "كما يجوز أيضا سماع أعوان الإدارة، أو طلب حضورهم لتقديم الإيضاحات."

ما يفهم من هذه الفقرة جواز استجواب الأفراد، و الإدارة على السواء، و ليس في هذا إهدارا لاستقلال الإدارة، بل هو لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين، و قد جرى العمل على استدعاء رجال الإدارة لسؤالهم و استجوابهم في بعض الوقائع وظروف استصدار القرار، على أنه في الحالات القليلة التي يتم فيها حضور أصحاب الشأن لاستجوابهم فلا يكون ذلك في الغالب في صورة استجواب و لكن في صورة استيضاح و بيان.

يسمح بالاستجواب في القانون الإداري الجزائري، فالمادة 860 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنص على أنه: "يجوز لتشكيلة الحكم أو القاضي المقرر الذي يقوم بسماع الشهود، أن يستدعي أو يستمع تلقائيا إلى أي شخص يرى سماعه مفيدا. كما يجوز أيضا سماع أعوان الإدارة، أو طلب حضورهم لتقديم الإيضاحات".

معنى هذا أنه باستطاعته استدعاء ممثل الإدارة أو الهيئة المصدرة للقرار الإداري قصد استجوابها و طرح الأسئلة عليها، و كذا طلب تقديم توضيحات أمامه، أو أمام الجلسة.

1- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص223.

2- يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2008، ص72.

ثانيا: شهادة الشهود

باستطاعة القاضي الإداري الأمر بالتحقيق حول الوقائع التي تكون من طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود و التي يكون التحقيق فيها جائزا و منتجا في الدعوى و يؤمر بهذا الإجراء من قبل القاضي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم و هذا بموجب حكم أمر بسماع الشهود و يبين هذا الحكم الوقائع المراد التحقيق فيها و يوم و ساعة الجلسة المحددة لإجرائه.

إن الشهادة أو البيئة من وسائل التحقيق التي تعتمد بالدرجة الأولى على شخصية الشاهد أو أحاسيسه أو معتقداته، و هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره¹، و بذلك تختلف الشهادة عن الخبرة و المعاينة في أنها تتعلق بسماع أقوال و رواية وقائع في مواجهة أصحاب الشأن للوصول إلى الحقيقة و الإيضاحات التي قصرت المستندات و أوراق الملف عن بيانها.

يعتبر الشاهد المقبولة شهادته عن مضمون ما رآه أو أدركه بحاسة من حواسه بشأن الواقعة محل الإثبات، أو ملبساتها أمام مجلس القضاء و بعد حلف يمين شفاهة أو كتابة سواء حضر للشهادة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو القاضي²، و تعتبر الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء الإداري يتم اللجوء إليها لإثبات عدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه، و دون الحاجة لوجود نص قانوني صريح، و الهدف منها إكمال معلومات القاضي بشأن الواقعة المنظورة أمامه من خلال الشهود الذين يبينون حقيقة الوقائع المتنازع عليها³، إلا أنها لا تتمتع بذات القيمة التي تتمتع بها أمام القضاء العادي، بسبب سيادة صفة الكتابة على إجراءات التقاضي الإدارية⁴ و مع ذلك فإن لها دورا هاما في إثبات عيب الانحراف بالسلطة من خلال إثبات وقائع لا تدونها الإدارة في ملفاتها و ذلك عندما لا تقصد الإدارة بقرارها تحقيق المصلحة العامة، و إنما التنكيل بحق

1- آدم وهيب النداوي، شرح قانون البيئات و الإجراء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع و الفقه و القضاء العربي و الغربي، ط 1، الإصدار الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998، ص137.

2- محمد يوسف علام، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010 ص ص 26-27.

3- شريف أحمد بعلوشة، المرجع السابق، ص534.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إجراءات التقاضي و الإثبات في دعاوى الإداري، دون ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص311.

من صدر القرار في مواجهته فيمكن إثبات هذا الأمر بشهادة شهود حضروا جلسات المداولة السابقة عن صدور القرار¹.

تعتبر الشهادة وسيلة من وسائل التحقيق التي يمكن للقاضي الإداري اللجوء إليها و الاستعانة بها، و يطبق في سبيل مباشرة إجراءات سماع الشهادة الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية، باعتبارها القواعد العامة، و بالقدر الذي يتناسب و طبيعة الدعاوى الإدارية².

إن الإثبات بواسطة شهادة الشهود من الإجراءات التحقيقية التي يلجأ إليها القاضي الإداري لإقامة الإثبات، و لا يهدف التحقيق بواسطة الشهود إلى تلافي نقائص القاضي من الناحية التقنية، بل إلى تلافي نقصه في العلم بوقائع معينة.

لمجلس الدولة، الأمر بالتحقيق حول الوقائع التي تكون من طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، و التي يكون التحقيق فيها جائزا و منتجا في الدعوى، و يؤمر به من قبل الهيئة القضائية الإدارية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الخصوم، و هذا بموجب قرار قبل الفصل في أصل الحق، و الذي يبين الوقائع المراد التحقيق فيها و يوم و ساعة الجلسة المحددة لإجرائه³، كما يتضمن تكليف الخصوم بالحضور، و باستحضار شهودهم في اليوم و الساعة المحددين، أو بأن يخطرأ أمانة الضبط خلال ثمانية أيام بأسماء الشهود الذين يريدون سماعهم، و لا يطبق ذلك الأجل في حالة الاستعجال، غير أنه يجوز للخصوم أن يتقدموا مباشرة بشهودهم أو يطلب تكليفهم بالحضور بواسطة المحضر القضائي.

يدلي الشاهد بشهادته دون الاستعانة بأية مذكرة و للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو أحدهم أن يوجه إلى الشاهد جميع الأسئلة التي يراها ضرورية بحيث لا يجوز للخصوم أن يطرحوا أسئلتهم مباشرة كما لا يجوز لهم مقاطعة الشاهد أثناء تأديته لشهادته⁴.

بعد الانتهاء من الإدلاء بشهادته، تتلى على كل شاهد أقواله و يقوم بالتوقيع عليها أو يشار بأنه لا يعرف التوقيع، أو لا يمكنه ذلك، أو أن يمتنع صراحة عن ذلك.

1- للإطلاع أكثر على عيب الانحراف بالسلطة راجع: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دون ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 291 و ما بعدها.

2- Alfred Jaffret, manuel de procédure civile et voies d'exécution, 13ed, L.G.D.T, 1980, p112.

3- المادة 151 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

4- المادة 158 من القانون رقم 08-09.

يحرر كاتب الضبط محضر سماع الشهود، أي أن الشهادات تدون في محضر، و يرفق هذا المحضر الذي يوقع عليه القاضي، بمسودة القرار القضائي و يتضمن بيان مكان و ساعة التحقيق و حضور الخصوم أو غيابهم و اسم كل شاهد و لقبه و مهنته و وطنه، و بيان حلف اليمين و إجابته عما إذا كانوا أقرباء أو أصهارا أو في خدمة أحد الخصوم، كما ينوه في الحضر عن التجريح الموجه إلى الشاهد، مع إثبات أقوال الشهود و كذا تلاوتها عليهم¹، و لمجلس الدولة أن يصدر قراره فور إجراء التحقيق أو تأجيل القضية إلى جلسة مقبلة، و في الحالة الأخيرة يعلن محضر التحقيق إلى الخصوم قبل أن ينادي من جديد على القضية في الجلسة المحددة لها، و هذا تطبيقاً لمبدأ وجاهية الإجراءات التحقيقية.

من أهم المنازعات التي يستعين القاضي الإداري بوسيلة الشهادة باعتبارها من وسائل التحقيق الإداري، المنازعات و الدعاوى المتعلقة بالانتخابات و الطعون المتعلقة بالقرارات التأديبية و دعاوى التعويض، و لإثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة. ما يمكن قوله في الأخير حول الشهادة، أن مكانتها تراجعت قليلاً باعتبارها وسيلة إثبات، و إن كانت مازالت تحتفظ بقيمتها أمام القاضي الجنائي أثناء التحقيق الابتدائي، كما أنه هناك من يدرج الشهادة في مؤخرة أدوات القاضي الإداري التي يستعين بها في التحضير، و ذلك لتمييز إجراءات النفاذ الإدارية بالصيغة الكتابية، لكن قد تكون مفيدة في حالة ضياع بعض المستندات. تمثل الشهادة مفصلاً هاماً في إثبات الوقائع خاصة تلك التي تدونها الإدارة في ملفاتها كما هو الحال بالنسبة للوقائع التي تشير إلى الانحراف بالسلطة.

الفرع الرابع

مضاهاة الخطوط

تطبق في التشريع الجزائري القواعد الإجرائية العامة بخصوص مضاهاة الخطوط في المنازعات الإدارية حيث تنص المادة 862 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "تطبق الأحكام المتعلقة بمضاهاة الخطوط المنصوص عليها في المواد من 164 إلى 174 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية."

1- المادة 160 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 164 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع الجزائري عرف دعوى مضاهاة الخطوط على أنها الدعوى الرامية إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي، و بالتالي فإن دعوى مضاهاة الخطوط تتعلق فقط بالمحررات العرفية و لا يمكن أن تقبل في الوثائق الرسمية.

تتم المطالبة بإجراء مضاهاة الخطوط بالرجوع إلى المادة 164 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إما بموجب طلب فرعي بمناسبة نزاع مطروح أمام القضاء و هنا يختص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية بالفصل في الطلب الفرعي لمضاهاة الخطوط المتعلق بمحرر عرفي¹، أو تقديم دعوى مضاهاة الخطوط المتعلقة بالمحرر العرفي كدعوى أصلية، أمام الجهة القضائية المختصة².

الجديد في دعوى مضاهاة الخطوط في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم تعد إجازتها قاصرة على اعتبارها عارضا للخصومة، إنما يمكن رفع دعوى أصلية بشأنها فالطرف الذي يحوز محررا عرفيا يخشى أن ينازعه خصمه مستقبلا حول حجية هذا المحرر يمكن له رفع دعوى أصلية يثبت من خلالها صحة المحرر العرفي³، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد الجهة المختصة بالنظر في الدعوى الأصلية لمضاهاة الخطوط

طبقا للمادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلب مضاهاة الخطوط فإن أنكر الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير، يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذا الإجراء غير مفيد في القضية، أما إذا رأى القاضي بأن إجراء مضاهاة مفيد في القضية يؤشر على الوثيقة محل النزاع، و يأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط و يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط اعتمادا على المستندات أو على شهادة الشهود و عند الاقتضاء بواسطة خبير.

بالرجوع للمادة 167 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتم إجراء مضاهاة الخطوط استنادا إلى عناصر المقارنة التي توجد بحوزة القاضي مثل المستندات التي تحمل نفس الخط أو نفس التوقيع،

1- المادة 164 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- المادة 164 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

3- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص 221.

و يمكنه عند الاقتضاء أمر الخصوم بتقديم الوثائق التي تسمح بإجراء المقارنة مع كتابة نماذج بإملاء منه.

تتمثل الأوراق المقبولة للمضاهاة، أي على أساس المقارنة بينها و بين الورقة محل النزاع، العقود الرسمية التي تحمل الإمضاءات، و الخطوط و التوقيعات المعترف بها من الخصم، و الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لا ينكره الخصم، و يقوم القاضي بالتأشير على أوراق المضاهاة¹ تفاديا لكل تزوير و ضمانا لسير عملية المضاهاة على أحسن ما يرام.

طبقا للمادة 169 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإذا كانت أوراق المقارنة موجودة عند الغير، يجوز للقاضي أن يأمر الشخص الحائز لها بتقديمها و ذلك تحت طائلة غرامة تهيديية و يتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية مقابل وصل ثم يأمر القاضي باتخاذ التدابير اللازمة التي من شأنها المحافظة على هذه الوثائق و الاطلاع عليها أو نسخها أو إرجاعها أو إعادة إدراجها.

طبقا للمادة 170 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه تعرض على القاضي إشكالات تنفيذ مضاهاة الخطوط لا سيما المتعلقة بتحديد الوثائق المعتمدة في عملية المقارنة و يفصل في ذلك بمجرد التأشير على الملف، على أن يتضمنه الحكم فيما بعد، و بالرجوع للمادة 171 فإن القاضي يعتبر عدم حضور المدعى عليه المبلغ شخصيا في حالة الإدعاء الأصلي بمضاهاة الخطوط إقرارا بصحة المحرر، ما لم يوجد عذر مشروع، و وفقا للمادة 172 فإنه إذا اعترف المدعي عليه بكتابة المحرر أعطى القاضي للمدعي إسهادا بذلك.

إذا تغيب المدعى عليه، رغم صحة تكليفه، أو إذا أنكر أو لم يعترف على الخط أو التوقيع تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و المتعلقة بمراحل القيام بالمضاهاة، و إذا ثبت من مضاهاة الخطوط أن المحرر محل النزاع مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره، يحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة آلاف دينار (5000) إلى خمسين ألف دينار (50.000) دون المساس بحق المطالبة بالتعويضات المدنية و المصاريف².

1- المادة 168 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- المادة 174 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الخامس

دور الوسائل العلمية الحديثة

مع التطور المستمر لوسائل الاتصال، أو كما سميت ثورة الاتصالات الحديثة و انتشار الحاسوب، عرف تماما أن الوسائل المعتمد عليها سابقا، ستتراجع لتحل محلها أمور جديدة منها على سبيل المثال الأشرطة الممغنطة و الميكروفيلم و المعاملات عن طريق الانترنت¹ فلقد تطرق المشرع الجزائري لوسيلة حديثة للإثبات و إجراءات التحقيق، و هي بمثابة سلطة جديدة للقاضي الإداري لمساعدته للوصول إلى حل النزاع بطرق أدق أكثر عملية و حداثة تتماشى مع التطور التكنولوجي و التقدم العلمي فقد نصت المادة 863 من القانون رقم 08-09 على أنه: "يجوز لرئيس تشكيلة الحكم تعيين أحد أعضائها للقيام بكل تدابير التحقيق غير تلك الواردة في المواد من 858 إلى 861 أعلاه"، من خبرة و سماع الشهود و معاينة و مضاهاة الخطوط.

يمكن للقاضي أن يأمر بتسجيل صوتي بصري أو سمعي بصري لكل العمليات أو لجزء منها كما يمكن له أن يأمر بإصدار إنابات قضائية و قد خص المشرع لهذه الوسيلة مادة وحيدة هي المادة 864 من القانون رقم 08-09 و التي تنص على أنه: "عندما يأمر بأحد تدابير التحقيق يجوز لتشكيلة الحكم أن تقرر إجراء تسجيل صوتي أو بصري أو سمعي بصري لكل العمليات أو لجزء منها".

يعتبر التسجيل الصوتي من وسائل الإثبات الحديثة العملية في مجال التحقيق إلى جانب التسجيل البصري و التسجيل (vidéo) السمعي و البصري، و يعرف التسجيل أنه نشاط أو طريق تسجيل كما يعرف أنه السطحية التي تنتقل فيها أصوات أو صور.

يعرف كذلك بأنه تقنيات الحفاظ أو إعادة تركيب فوق سطحية مادية أصوات أو صور و قد عرفه

dictionnaire welkepedia على أنه:

-action ou manière d'enregistrer.

-support sur lequel ont été transcrits des sons, des images.

-techniques consistent e conserver ou reproduire sur un support matériel des sons et des images.²

1- محمد محدة، الإثبات في المواد الإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، بسكرة، نوفمبر، 2005، ص382.

2- بن صاولة شفيقة، السلطات الجديدة للقاضي الإداري في إطار التحقيق في النزاع، مداخلة في الملتقى الوطني حول مناقشة قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09، جامعة الجيلالي البابس، سيدي بلعباس، 2009، ص13.

فطالما أن هذا التدبير يتم بقرار من جهة الحكم فلا بد من تسببيه إذ يبين القاضي فيه سبب اللجوء لهذه الوسيلة، و يبقى الأمل في المشرع للنص على ضرورة تحرير محضر يعاد فيه سرد أهم ما التقط عن طريق الأسلوب الجديد.

تعتبر سلطات القاضي الإداري المستحدثة حسب ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 عديدة فارتأينا الاقتصار على ذكر هذه السلطات:

- سلطة إثارة بعض الأوجه تلقائياً.
- سلطة الإحالة و إصدار أمر غير قابل للطعن.
- سلطة القاضي الإداري في مراقبة حالة العريضة الافتتاحية و ما يهمن أن نبين نطاق هذه السلطات و دورها في هذه المرحلة.

نشير في هذا الصدد أن السلطات الواردة في نص القانون رقم 08-09 ساهمت في اجتهاد القاضي الإداري من خلال الحلول التي يتوصل إليها، لتتحول إلى قاعدة قانونية يمكن أن يعتمدها المشرع لأهميتها من الناحية الإجرائية.

ذلك أن القواعد القانونية الإدارية في تطور مستمر و مراعاة للتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية، فهو قضاء مجتهد يراعي في قضاؤه هذه المتغيرات ، لذلك فالقاضي الإداري يصنع المبادئ و القواعد و التي تتلاءم مع النزاع القائم، بالإضافة إلى أنه يملك إلغاء أو تعديل هذه المبادئ و القواعد لما يستقيم و صحة التطبيق، و مع عدم وجود تقنين لها حتى عمل المشرع على تقنينها بعدما اكتشفها طبقاً للقانون¹.

إذا سلطات القاضي الإداري واسعة مقارنة بسلطات القاضي العادي و نطاقها يتجلى في تسيير القاضي الإداري للخصومة في هذه المرحلة كما سبق و قلنا في مجال التحقيق و ما مسه من تعديلات حسب ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 فله اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة و له توجيه الدعوى الإدارية، و هنا تظهر أهمية المستندات و أثرها على دور القاضي الإداري في مرحلة التحضير.

1- لولوة العوضي، دور الاجتهاد القضائي الإداري في مملكة البحرين لتعزيز و تطوير القانون الإداري، مجلس الشورى، مملكة البحرين، المؤتمر الأول لرؤساء المحاكم الإدارية في بيروت، 2011، ص06.

الفرع السادس

دور المستندات في مرحلة التحضير

تعتبر المستندات و الأوراق المكتوبة من أهم وسائل الإثبات و أكثرها شيوعا في المنازعات الإدارية¹، فالمستندات تعتبر عماد الدعوى الإدارية و غالبا ما توجد في حوزة الإدارة². فالأوراق المكتوبة تعتبر من أهم أنواع الأدلة المعتمدة في المنازعات الإدارية، و يرجع السبب في ذلك كون إجراءات التقاضي تتسم بالكتابة و لأن نظام الدولة الإداري يفرض على موظفي الدولة كل في مجال عمله و تخصصه إثبات ما يتعلق بأعمال الإدارة في أوراق و مستندات و ملفات خاصة يتم الرجوع إليها إذا لزم الأمر، و لا يعتمد على ذاكرة الموظفين أو الشهود، لذلك كان الدليل الكتابي أهم الأدلة التي يعتد بها أمام القاضي الإداري، و خاصة أن الإجراءات الإدارية مبدئيا ذات طابع كتابي، و نادرا ما يقدم الأطراف ملاحظات شفاهية عن طريق ممثليهم.

فالمادة 14 من القانون رقم 08-09 تنص على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة". هذا ما نصت عليه المادة 815 من نفس القانون و التي أوجبت أن ترفع الدعوى بعريضة مكتوبة أمام المحاكم الإدارية و المادة 904 و التي تنص على إتباع نفس الإجراءات أمام مجلس الدولة.

و يقول الفقيه « Chapus »: "يسمح مبدأ الطبيعة الكتابية للإجراءات للقضائية و كذا الخصوم، بأن يكونوا دائما على علم بسير تحقيق القضية، كما يمكنهم من أن يكونوا حذرين من كل مفاجئة، و إذا كانت الإجراءات الشفاهية من شأنها أن تستجيب لمتطلبات الواجهة، فإن الإجراء المكتوب يستجيب لتلك المتطلبات بطريقة أكثر أمانا، غير أن هذا المبدأ ليس مطلقا....."³. و قد ميز الفقه بين ثلاثة أنواع:

1- الأوراق الخاصة:

إما رسمية أو عرفية و إن كانت هذه الأخيرة تعتبر نادرة أمام القضاء الإداري.

1- نواف كنعان، وسائل الإثبات الإداري في قضاء محكمة العدل الأردنية، مجلة دراسات علم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، مجلد 26، العدد 1، ماي 1999.

2- حسن محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص 112.

3- René Chapus, *droit du contentieux administratif*, 8eme édition, Montchrestien, 1999, p731.

أ- الأوراق الرسمية

الأوراق الرسمية هي تلك التي ينظمها الموظفون العموميون أو التي ينظمها أصحابها و يصادق عليها الموظفون العموميون و من في حكمهم الذين من اختصاصهم المصادقة عليها طبقا للقانون و تكون رسمية من حيث التاريخ و التوقيع فقط¹.

فالدليل الكتابي الرسمي هو الدليل الذي يحتوي على تصرف قانوني، و الذي يحرره ضابط عمومي أو موظف عام، و مثال الضباط العموميين نجد ضباط الحالة المدنية، كتاب الضبط بالجهات القضائية المختلفة، الموثقين، القناصلة، المحضرين، وكلاء التفليسة.

المشروع وضع ثقته في هؤلاء نظرا للضمانات التي تقدمها طريقة قبولهم في تلك الوظيفة، و يشترط القانون لاعتبار الورقة الرسمية أن تكون صادرة عن الضابط العمومي أو من الإدارة العمومية، و أن يكون القائم بتحريرها مختصا قانونا، و أن تتضمن بعض الشكليات أثناء تحريرها، مع العلم أن الوثائق الصادرة عن الإدارة و كذا بعض الأوراق التي تحررها لها صفة الرسمية دون غيرها.

ب- الأوراق العرفية

السند العرفي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو ختمه أو بصمته دون أن تحقق فيه صفة المستندات الرسمية، و يعتبر هذا السند حجة على من وقع ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة عند إطلاعه عليه و يعتبر سكوته إقرار بصحة ما نسب إليه.

على عكس الأوراق الرسمية و التي لها حجية خاصة لا يمكن إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير، فإن الأوراق العرفية تعتبر من قبيل القرائن المكتوبة حيث يقدر القاضي الإداري مدى اقتناعه في ضوء باقي عناصر الملف، و قد قضى مجلس الدولة الفرنسي² أنه بسبب كثرة الأخطاء في الأوراق المقدمة من المدعي و عدم وجود مستندات مؤيدة لها فإنه لا يطمئن إليها و لا يعتد بها أما إذا خلت الأوراق من أخطاء و أيدتها باقي أوراق الملف فإن القاضي يطمئن إليها و يعتد بها في الإثبات³.

1- شريف أحمد بعلوشة، المرجع السابق، ص523.

2- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 3 ماي 1950 في قضية Demoiselle J www.revuegeneraledudroit.eu, 13-04-2021, 5.00h.

3- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1964 www.revuegeneraledudroit.eu, 13-04-2021. 5.00h

فيما يتعلق بحجية الوثائق و المستندات الإدارية نجد أن السندات و الوثائق الرسمية تتمتع في مجال إثبات الدعوى الإدارية بحجية على الناس كافة فيما ورد و دون فيها من أمور قام بها محرر هذه السندات و في حدود مهنته و أو مبرزها اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، و يحكم بها دون أن يكلف مقدمها أو مبرزها بإثبات ما ورد بها¹ ما لم يثبت تزويرها.

أما فيما يتعلق بالسند العرفي فيذهب جانب من الفقه للقول بأن المستندات تتمتع في الإثبات الإداري بذات القيمة التي تتمتع بها أمام القضاء العادي في الإثبات المدني.

ذهب جانب آخر من الفقه للقول أن المستندات العرفية سواء أكانت معدة للإثبات أو غير معدة فتعتبر في مجموعها من قبيل القرائن المكتوبة للتدليل على صحة ما ورد بها، فيقدر القاضي الإداري مدى اقتناعه مما يستخلصه منها، من بيانات في ضوء الظروف المحيطة بها و من باقي العناصر المستمدة من الملف².

2- المحاضر الإدارية

هي المحاضر التي يقوم بتحريها الموظفون العامون لإثبات وقائع معينة تترتب عليها آثار قانونية تدخل ضمن دائرة اختصاصهم مثل: محاضر لجان التحقيق و التأديب، و محاضر جلسات المحاكم، و محاضر الشرطة و غيرها من المحاضر الإدارية³.

لا تتمتع هذه المحاضر بذات القوة و الحجية في الإثبات أمام القضاء الإداري و يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع من حيث حجيتها إلى:

أ- محاضر تخلو من أي قيمة قانونية في مجال الإثبات، فلا يعتد بها و إنما هي مجرد محاضر للاستئناس بها فقط، مثل المحاضر التي يحررها رجال السير بصدد حوادث المركبات⁴.

ب- محاضر تحوز حجية لحين إثبات العكس بأي طريق، إذ أن دور الموظف فيها يقتصر على إثبات إقرارات أصحاب الشأن دون أن يتحقق منها، و هذا هو الأصل العام بالنسبة لكافة المحاضر الإدارية، و منها محاضر المناقصات و المزايدات و كذلك محاضر اللجان الإدارية.

1- علي خاطر الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج2، المرجع السابق، ص638.

2- أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص ص 235-236.

3- عايدة الشامي، المرجع السابق، ص76.

4- علي خاطر الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج2، المرجع السابق، ص640.

ج- محاضر تحوز حجية لحين إثبات العكس بطريق الطعن بالتزوير و هي المحاضر الرسمية التي حررها الموظف المختص، و تحقق منها بنفسه و منها محاضر جلسات المحاكم و محاضر عرض كشوف الناخبين.

3-الأوراق الإدارية

يقصد بها كافة المحررات الموجودة في حوزة الإدارة و المتضمنة وقائع إدارية معينة، و هي أوراق من نوع خاص تتميز بمميزات تجعلها لا إلى الأوراق الرسمية و لا إلى الأوراق العرفية¹، و من أمثلتها القرارات الإدارية الخاصة بالتعيين أو الترقيّة أو إنهاء الخدمة أو الجزاءات و أصول المراسلات و تقارير الكفاءة.

هي كتابة في حوزة الإدارة ذات تاريخ قابل للإثبات، و تدل على واقعة إدارية معينة،و قد لا تكون الورقة الإدارية صادرة في الأصل عن موظف إداري،بل تكون طلبا أو كتابا مقدما من أحد الأفراد بخطه و إمضائه، غير أن تقديمها للإدارة و إرفاقها بالملفات إرفاقا متسلسلا أو إعطائها رقما و تاريخا أو تأشير الموظف المختص عليها، يجعلها ورقة إدارية ذات حجية في الإثبات الإداري².

القرار الإداري باعتباره محور الدعوى الإدارية، فإنه في بعض الحالات ينص القانون على اعتباره حجة لحين الطعن فيه بالتزوير، و في أحيان أخرى يعتبر حجة لحين إثبات العكس بأي طريقة و لا يعتبر القرار إداريا إلا إذا وقع عليه المختص بإصداره و إلا فقد حجيته في الإثبات فضلا عن قيمته القانونية.

أما الأحكام الإدارية فهي و إن كانت تعتبر أوراقا رسمية بالمعنى المفهوم في القانون الخاص إلا أن القضاء الإداري يملك سلطة في تقدير مدى صحتها و العبرة بما تتضمنه النسخة الأصلية من بيانات و أي خطأ في الصورة المستخرجة منها لا يعتد بها³.

قد تكون الأوراق الإدارية مستندات أخرى خلاف القرارات و الأحكام الإدارية حيث يتضمن الملف الكثير من الأوراق الإدارية مثل الاستثمارات المعدة لإثبات بعض الوقائع كالإصابة و مدة الخدمة السابقة و الإجازات و الجزاءات.

1- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص114.

2- مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط 1، عالم الكتاب، القاهرة، 1978، ص446.

3- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 19 فيفري 1936 élections municipales de saint george

6.45h www.revuegeneraledudroit.eu, 13-04-2021, élections municipales de saint george

فسلطة القاضي الإداري تتجلى في مجال المستندات، و هو إمكانية أن يأمر الإدارة في حال عدم تمكينها المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي من تقديمه في أول جلسة، و يستخلص النتائج القانونية المترتبة عن هذا الامتناع، فسلطته في هذه الحالة ترمي للإسراع في اتخاذ ما هو ضروري من إجراءات قصد الحصول على الوثائق التي يبني عليها قناعته، كما له سلطة الضغط على طرفي الخصومة قصد الحصول على الوثائق التي يبني عليها قناعته كما أنه يقوم بتسيير عملية البحث عن الأدلة.

في هذا الصدد يمكن للقاضي الإداري بمجلس الدولة استنباط القرائن القضائية¹ لصالح المدعي و مثال ذلك غياب الإدارة عن الجلسة أو عدم تقديمها المذكرة الجوابية برغم استدعائها، و الذي يعد قرينة على قبولها لطلب المدعي².

ما جاء أيضا في قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة الصادر بتاريخ 26-07-1999 في قضية بين والي ولاية تلمسان ضد بكتي حسين على أن عدم تقديم الإدارة للوثيقة التي طلبها القاضي الإداري بافتعال حجج واهية يعد قرينة على صحة إدعاءات المدعي.

يتضح لنا أن نطاق سلطات القاضي الإداري التي منحها له المشرع و ترك السلطة التقديرية في استعمالها واسعة عند مقارنتها بسلطات القاضي العادي، الذي يقوم بتطبيق القواعد القانونية سواء الإجرائية أو الموضوعية في حين أن القاضي الإداري يبقى مبدعا مت دخلا باجتهاداته خاصة في الجانب الإجرائي ليضمن في الأخير حقوق المتقاضين.

المطلب الثاني

الوسائل الموضوعية للقاضي الإداري في التحقيق

نظرا لخصوصية المنازعة الإدارية و طابعها المتميز على اعتبار أن الإدارة طرف أصيل فيها نجد كل من الإقرار و اليمين لم يتضمنها قواعد القانون الإداري و القضاء الإداري و اجتهادات مجلس الدولة.

1- القرينة القضائية هي وسيلة هامة في الإثبات الإداري، يستطيع بها القاضي في ضوء ما يتمتع به من حرية في الإثبات في دحض الإدعاء أو إثباته من خلال الاستعانة بواقعة معلومة في إثبات أخرى مجهولة بالنسبة له لقرنها منها أو اتصالها بها.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ص 51-52.

إلى جانب الوسائل الإجرائية و أهميتها توجد وسائل موضوعية للإثبات لا تقل أهمية عن الوسائل الإجرائية من حيث ضمان التوازن بين طرفي الخصومة الإدارية و تكوين اقتناع القاضي، و من أهم هذه الوسائل الموضوعية ما يلي:

الفرع الأول

الإقرار كوسيلة في التحقيق

الإقرار هو اعتراف الخصم بصحة واقعة مدعى بها عليه، و الإقرار و إن كان بمثابة دليل قاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع، إلا أنه لا يعتبر طريقة إثبات بقدر ما هو إعفاء منه، الإقرار هو اعتراف مقصود من الشخص بواقعة يترتب عليها أثر قانوني معين في مواجهته، و يتمثل ذلك غالبا في التسليم بما يدعيه الشخص¹.

الإقرار قسما إقرار قضائي و إقرار غير قضائي .

أولا: الإقرار القضائي

الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم على نفسه أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، و هو حجة قاطعة على المقر، و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى، كما لا يجوز التراجع عنه².

يعد الإقرار القضائي من الأدلة المطلقة أمام القضاء الإداري في الجزائر و هو ما قضى به مجلس الدولة في 22-01-2001 حيث أيد القرار المستأنف و الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي و أسس المجلس قراره على ثبوت واقعة البناء دون رخصة طبقا للإقرار الصادر أثناء جلسة الغرفة الإدارية من طرف المستأنف، ذلك أن هذا الأخير حضر الجلسة و صرح شفويا بأنه يقوم بأشغال البناء دون رخصة³.

1- مفلح عوادة ، البينات في المواد المدنية و التجارية، دون ط، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007، ص258.

2- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص226.

3- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج2، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص315.

ثانيا: الإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي هو ذلك الإقرار الذي لا يتم أمام القضاء، وهو من الأدلة غير المقبولة أمام القضاء المدني في الجزائر، و قد اعتبرت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بأن الإقرار لا يعتد به إذا كان خارج القضاء و ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 07-12-1988¹.

أما فيما يخص القضاء الإداري الجزائري فإن مجلس الدولة اعتبر بأن الإقرار غير القضائي منتج لآثاره و صحيح، و أنه ملزم لصاحبه حتى و لو كان الإقرار أمام الخبير و هو ما قضى به مجلس الدولة بتاريخ 28-06-1999 (أ.أ) و قد جاءت أسباب ذلك القرار كما يلي: "حيث أنه يظهر من قراءة القرار المعاد و القرار التمهيدي، و كذا تقرير الخبرة أن المستأنفة لم تتنازع صفة المستأنف عليه كمالك إلا خلال الاستئناف و أمام الخبير صرح رئيس البلدية أن ملكية المدعي المستأنف عليه توجد في منعرج، وكان مضطرا لفتح الممر ولا يوجد حل آخر، و عليه عرض على المدعي تعويضا حسب قانون الملكية.....، حيث أن المستأنف يعترف ضمنا بملكية المستأنف عليه الذي آلت له الملكية من الجد إلى الأب....".

يلاحظ أن مجلس الدولة لم يلجأ إلى تطبيق قواعد القانون المدني التي لا تعتد بالإقرار غير القضائي، فالقاضي الإداري و بهدف تحقيق التوازن بين الإدارة العامة و الفرد لم يتقيد بوسيلة من وسائل الإثبات الموضوعية المنصوص عليها في القانون المدني².

الفرع الثاني**القرينة القضائية كوسيلة للتحقيق**

القرينة القضائية وسيلة هامة في الإثبات الإداري يستطيع بها القاضي دحض الادعاء أو إثباته من خلال استعانتها بواقعة معلومة في إثبات أخرى مجهولة بالنسبة له لقرنها منه أو اتصاله بها³، و تظهر أهمية القرائن القضائية و فعاليتها على وجه الخصوص في الحالات التي يتعذر أو يصعب الحصول فيها سلفا على أدلة الإثبات أو بالنسبة للوقائع التي ليس من شأنها أن تكون محل وثائق إدارية⁴.

1- المجلة القضائية، عدد02، 1990، ص 38.

2- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص227.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص153.

4- عايدة الشامي، المرجع السابق، ص193.

قد تشكل القرائن القضائية وسيلة في غاية الخطورة لكونها لا تمثل في أغلب الأحيان الحقيقة الكاملة، فباستطاعة القاضي أن يقع في غلط في استنباطه، و على ذلك يجب أن يتصف بالحذر، و إن كان الأطراف هم الذين استنبطوا تلك القرائن فإن القاضي إن أراد عدم الأخذ بها أن يبين الأسباب التي جعلته يتخذ مثل ذلك الموقف¹.

لا بد أن تتوفر في القرينة المستخلصة قضائيا جملة من الشروط: كالوضوح و سلامة الاستخلاص بصورة تيسر للخصوم استبيان حقيقتها و للقاضي الاعتماد عليها في إصدار حكمه، كما يجب أن يكون استخلاص القاضي للقرينة منطقيا بالنظر للوقائع التي استنتج القرينة منها. تتنوع القرائن القضائية من قرينة الانحراف في استعمال السلطة و الذي يعتبر أحد عيوب المشروعية المنصبة على الغاية من إصدار القرار الإداري و من ثم فإن هذا العيب يقع إذا ما قصد مصدر القرار الإداري بإصداره له تحقيق غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو متصلة بالمصلحة العامة و لكنها تخالف الهدف الذي حدده المشرع لإصدار القرار.

المطلب الثالث

تقييم دور القاضي الإداري أثناء التحضير

إن الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي الإداري يعتبر دورا مهما، و ذلك بالنظر إلى طبيعة الدعوى الإدارية التي ينظر و يفصل فيها، و التي تتشكل من طرفين غير متساويين، أحدهما يمثل السلطة العامة بما يتبعها من مزايا.

لتقييم دور القاضي الإداري أثناء التحضير لا نبالغ إذا قلنا إن الفصل في الدعوى الإدارية يتوقف على هذا الدور الإيجابي، فنظرا لطبيعتها و نشأتها بين طرفين غير متساويين يقوم القاضي الإداري بدور هام يستهدف تحقيق التوازن بين الطرفين الفرد و الإدارة².

لا بد من أن نقارن بين دور القاضي العادي و القاضي الإداري، و ذلك من أجل تبيان و تأكيد مكانة دور القاضي الإداري، و لقد ساعد على اتساع دور القاضي الإداري في هذا المجال بواقع دور المشرع له، و نجد أن وجه التشابه بين القاضي العادي و القاضي الإداري هو الأمر بوسائل كالخبرة و المعاينة، إما من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم.

1- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص306.

2- أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص45.

ينفرد القاضي الإداري أثناء التحضير عن القاضي العادي الأمر بوسيلة التحقيقات الإدارية التي لا مثيل لها أمام القضاء العادي، و إن كان كلا من القاضي يمارس دوره مستلهما من الأصول العامة للتقاضي و منها ضمان حقوق الدفاع و المواجهة في الإجراءات بحيث يمكن لكل طرف من العلم بالوسائل التي باشرها و يمكنه الإطلاع على نتائجها، و تقديم الملاحظات عليها، و بذلك يكفل حقوق الدفاع.

يتفق القاضي الإداري مع القاضي العادي في تمتع كل منهما بسلطة تقديرية اتجاه وسائل التحضير فهو لا يلتزم بإجابة الطرفين لطلباتهم، وإنما يقدر مدى الاستعانة بالوسيلة المنتجة حتى و لو اعترض عليها الطرفان.

إلا أنه وفقا لطبيعة الدعوى الإدارية، قد يركز القاضي الإداري على وسيلة دون الأخرى فغالبا ما يكون الاستجواب وسيلة تتم الاستعانة بها في الحالات الضرورية فقط، و ذلك بأخذ الاعتبار للطبيعة الكتابية للخصومة الإدارية، فنقول أن التحقيق الإداري يشبه نوعا ما هو مقرر في المادة 65 مكرر/3 من قانون الإجراءات الجزائية¹، و إن كان القاضي العادي يمتلك سلطة التحقيق إلا أنه ليس لديه نفس السلطات الممنوحة إجرائيا للقاضي الإداري كما بينا سابقا في مجال التحقيق.

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن القاضي الإداري: "يلتزم بالأمر بالوسائل المنتجة، و يمتنع عن الأمر بالوسائل غير المنتجة، و تعتبر الوسيلة غير منتجة إذا كانت حالة الملف تسمح بالفصل في الدعوى دون الحاجة إلى بيانات جديدة"².

يمكن أن نشير إلى أن الأمر الموجه للإدارة بإجراء تحقيق إداري قد اعترف مجلس الدولة لنفسه دون أن يستند إلى رأي نص تشريعي في هذا الشأن بصلاحيته في تضمين منطوق الحكم بإحالة المدعي إلى الجهة الإدارية، بقصد البت في الطلب الذي سبق أن رفضته و هو تقديم المستندات المطلوبة، و من ثم فإن امتناع الإدارة عن التنفيذ يفسر ضدها، كما أن الإجراء المتمثل في الأمر

1- المادة 65 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20-12-2006 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 84 الصادرة بتاريخ 24-12-2006.

2- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1979 في قضية www.revuegeneraledudroit.eu, gouttier, 12-04-2021, 15.36h..

الموجه إلى الإدارة بإجراء تحقيق إداري لا يمكن أن يكون في الأخير إلا دعوى مقنعة للإدارة بضرورة الانصياع لحكم القضاء¹.

في مجال التحقيق في القضاء الإداري و أثناء مرحلة التحضير، نجد أن الإجراءات تكون أقل سرعة مقارنة بالقضاء العادي نظرا لطبيعة بعض الدعاوى الإدارية، كالدعاوى الضريبية التي يطول البت فيها، و كثرتها مما دعا إلى إنشاء لجان قصد التخفيف على الجهة المختصة، كما نعتبر أن محافظ الدولة كما سبق لنا من قول باعتباره طرف ثان في التحقيق عند إبدائه رأيه في التقرير الوجوبي الذي تدوم مدته شهرا كاملا، مع أن دوره لا يمكن الاستغناء عنه، ذلك أنه يجسد المبادئ الدستورية من خلال تقديمه لتقريره الكتابي، بحيث يكون مرجعا للاجتهاد القضائي الإداري².

من مظاهر سلطة القاضي الإداري التقديرية في التحضير و التي تتفق مع القاضي العادي أن حريته في التقدير تظل قائمة مادام التحضير قائما، و لا ينتهي دوره بعد الأمر بوسيلة معينة، فإذا اقتنع بعد الأمر بوسيلة التحضير بعدم كفاية البيانات و المعلومات المقدمة أو ظهور وقائع تتطلب أيضا آخر، فإن له أن يأمر من جديد بوسيلة أخرى للتحضير، تتناسب مع طبيعة البيانات و الإيضاحات المطلوبة، و سواء كانت الوسيلة الجديدة من جنس الأولى أم من نوع آخر.

إذا سيطر مبدأ حياد القاضي في الإثبات على القاضي العادي-المدني- فإن القاضي الإداري يعتقد المذهب الحر في الإثبات كالقاضي الجنائي الذي يأخذ بمبدأ الاقتناع القضائي من أي دليل في حين يفترق دور القاضي الإداري عن دور نظيره المدني و الجنائي، إذ يلتزم الآخرين بتحقيق الدعوى فقط³.

أما القاضي الإداري فإنه ينفرد بعد تحضير الدعوى بكتابة تقرير بالرأي القانوني فيها، كما يقوم بدور أكثر إيجابية حيث يصحح مسار الدعوى و يجعلها تسير في الاتجاه الصحيح إذا أخطأ المدعي في صياغة عرضه و طلباته.

نخلص إلى أن أساس الاختلاف راجع لامتيازات السلطة العامة للإدارة العامة، مما يجعل القاضي الإداري في مرتبة أهم من القاضي العادي الذي يعتبر طرفا في النزاع المعروض عليه،

1- عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص120.

2- عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص459.

3- حيث أن القاضي الجنائي أثناء التحقيق الابتدائي إذا رجحت لديه أدلة الاتهام أن يحيل الدعوى للمحكمة المختصة مصحوبة بأدلة الاتهام.

متساويين في المراكز القانونية، على خلاف القاضي الإداري الذي يسعى لخلق تكافؤ بين طرفي النزاع، من خلال التصدي لأي تعسف قد يحدث من الإدارة العامة و مثال ذلك المسائل التي يمكن اعتبارها مبادرة بالدليل كأن يأتي المدعي بتبريرات هامة، فإذا ما تمت المبادرة بالدليل فإن القاضي الإداري يساهم في البحث عنه¹.

في الأخير نخلص إلى أن الدور الإجرائي في مرحلة التحضير، يكمن في تحكم القاضي الإداري و توجيهه لسير الدعوى الإدارية، مستعملا في ذلك الوسيلة الملائمة لإثبات و تقدير كفايتها و الاقتناع بها مستخدما في ذلك سلطة التحقيق الإداري.

الفصل الثاني

الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مرحلة المحاكمة

كرس قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعيار العضوي كأداة لتوزيع الاختصاص بين جهة القضاء العادي و القضاء الإداري، و بين جهات القضاء الإداري ذاتها، من هنا توزعت قواعد الاختصاص النوعي بين قوانين أساسية تمثلت أساسا في قانون مجلس الدولة الصادر بموجب القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله المعدل و المتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، و القانون رقم 02-98 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتضمن المحاكم الإدارية و الذين تضمننا تحديد قواعد الاختصاص لكل من مجلس الدولة و المحاكم الإدارية فضلا عن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إن الإجراءات التي تسير عليها جهات القضاء العادي، ليست هي نفسها المتبعة أمام القاضي الإداري، و مع أن جميع الإجراءات تتفق في المبادئ العامة التي تقوم عليها المحاكمة.

1- مراد بدران، المرجع السابق، ص16.

المبحث الأول

إجراءات المحاكمة أمام القضاء الإداري

يمر ملف المنازعة الإدارية بجملة من المراحل و الأطوار منذ التسجيل الرسمي للدعوى في سجلات المحكمة، إلى إحالته على الغرفة المعنية، ثم اختيار العضو المقرر، وإبلاغ محافظ الدولة لتقديم التماساته، ثم القيام بالتحقيق اللازم بحسب وسائل التحقيق المكفولة قانوناً، ثم إحالة الملف لمحافظ الدولة بغرض إعداد تقريره.

لا يمكن اختزال¹ دور محافظ الدولة و ربطه بجهاز النيابة مع الفارق الكبير و الشاسع بين الجهازين، فالمادة 05 من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية اكتفت بعبارة أن محافظ الدولة يمارس مهام النيابة العامة، و هذا ربط غير موفق من وجهة نظرنا.

المطلب الأول

دور محافظ الدولة

للقاضي الإداري دور لا يستهان به من خلال التزامه بالإجراءات القضائية الإدارية خاصة في مرحلة المحاكمة، في هذه المرحلة يتم إحالة الملف إلى محافظ الدولة، الذي ينبغي إبلاغه بكل قضية مهياً للجلسة و بكل إجراء من إجراءات التحقيق، بغرض تقديم التماساته حسب المادة 846 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي جاء في نصها: "عندما تكون القضية مهياً للجلسة، أو عندما تقتضي القيام بالتحقق عن طريق خبرة أو سماع شهود أو غيرها من الإجراءات، يرسل الملف إلى محافظ الدولة لتقديم التماساته بعد دراسته من قبل القاضي المقرر."

نصت المادة 897 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يحيل القاضي المقرر وجوباً ملف القضية مرفقاً بالتقرير و الوثائق الملحقة به إلى محافظ الدولة، لتقديم تقرير مكتوب في أجل شهر واحد من تاريخ استلامه الملف.

يجب على محافظ الدولة إعادة الملف و الوثائق المرفقة به إلى القاضي المقرر بمجرد انقضاء

الأجل المذكور."

1- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، ط1، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص340.

من المادة المذكورة أعلاه، نجد أن ملف الدعوى يحال إلى محافظ الدولة عن طريق القاضي المقرر في أجل شهرين من تاريخ الاستلام، و يلتزم بإعادة الملف للقاضي المقرر خلال هذا الأجل، و يتضمن تقريره عرضا عن الوقائع و القانون و الأوجه المثارة و بشكل عام رأيه حول كل مسألة مطروحة و الحلول المقترحة بصددها و يختم تقريره بطلبات محددة، كأن يطالب بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، أو تعويض الطرف المتضرر، و مما سبق يمكن إجمال دور محافظ الدولة¹ و حصر مهامه في حالتين:

الفرع الأول

قبل جلسة المرافعة

عندما تصبح القضية مهياًة للفصل فيها، يقوم القاضي المقرر بإعداد تقريره وإيداعه بالملف ثم إحالته بما يتضمنه من مذكرات و وثائق إلى محافظ الدولة، و على هذا الأخير إعادة الملف والمرفقات إلى القاضي المقرر بمجرد انقضاء مدة شهر من استلامه له، سواء قدم محافظ الدولة تقريره المكتوب أم لا.

الهدف من إحالة الملف إلى محافظ الدولة، هو تمكينه من دراسة الملف و المستندات الخاصة بالقضية بما في ذلك الاطلاع على تقرير المستشار المقرر، ثم يقوم بإعداد تقرير مكتوب حول القضية مع اقتراح حل للنزاع.

الفرع الثاني

أثناء جلسة المرافعة

تمر المرافعة بمرحلتين، مرحلة المرافعات و مرحلة قفل باب المرافعات.

أولاً: مرحلة المرافعات

يتم فيها الاستماع إلى أعوان الإدارة أو دعوتهم لتقديم توضيحات من طرف رئيس الجلسة و تقديم المدعي لملاحظاته الشفوية و الرد عليها من طرف المدعى عليه، كما يحق لمحافظ الدولة أن يقدم بدوره ملاحظات شفوية، و هذا طبقاً للمواد 884 إلى 887 من القانون رقم 08-09.

1- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دون ط، دار هومة، 2013، الجزائر، صص 400-401.

ثانيا: مرحلة قفل باب المرافعات

بعد تمكين الأطراف و محافظ الدولة من تقديم ملاحظاتهم الشفوية يأمر رئيس الجلسة بقفل باب المرافعة و يعطي الكلمة لمحافظ الدولة لعرض تقريره المكتوب و الذي سبق له إيداعه بالملف. يتضمن التقرير عرضا لوقائع القضية، و الأوجه المثارة من أطراف النزاع، مع إبداء رأيه حول المسائل المثارة، و يقترح حولا للفصل في النزاع، مع اختتام ذلك بخلاصة تتضمن طلبات محددة. جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 10 جويلية 1957 في قضية جرفاز¹ «Gervaise» بأن مهمة محافظ الحكومة (محافظ الدولة) تتمثل فيما يلي:

1- عرض المواضيع المطروحة و الممثلة لكل دعوى إدارية، و كذا التعريف بها بتقديم طلبات بكل حرية.

2- أن يكون تقريره للقضية حياديا بشأن الظروف الواقعية، و ذكر النصوص القانونية الواجبة التطبيق.

3- أن يكون حياديا أيضا بالنسبة للحلول التي يقترحها لحل تلك القضايا، و كما يقول الفقيه لأفيريير: "فإن محافظ الحكومة يقدم طلباته "طبقا للقانون و تبعا لضميره".

الحالة التي لا يكون محافظ الدولة قد قدم تقريره أثناء إحالة الملف إليه من طرف المستشار المقرر قبل جلسة المرافعة، فإن باستطاعته أن يعرض تقريره شفاهة بعد قفل باب المرافعات، و لكنه لا يشارك في المداولة.

يجب أن يختتم محافظ الدولة عرضه لتقريره بطلبات محددة، و ليس له أن يكتفي بأن يطلب تطبيق القانون أو أن يترك النظر للمحكمة، و بعد تقديمه لطلباته المحددة يقوم رئيس الجلسة بالأمر بوضع القضية للمداولة مع تحديد تاريخ النطق بالحكم.

تبعا للدور الإيجابي المنوط بمحافظ الدولة فقد فرض قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب المادة 900 منه و التي جاء في نصها: "يجب أن يشار في أحكام المحكمة الإدارية، بإيجاز إلى طلبات محافظ الدولة و ملاحظاته و الرد عليها."

و هنا يجب أن يتضمن حكم المحكمة الإدارية الإشارة إلى:

1- طلبات محافظ الدولة المقدمة بعد قفل باب المرافعة.

2- ملاحظات محافظ الدولة الشفوية المصرح بها قبل قفل باب المرافعة.

1- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص42.

كما يجب أن يتضمن الحكم في أسبابه رد المحكمة على تلك الطلبات و الملاحظات. مع الإشارة بأن عدم ذكر الملاحظات و طلبات محافظ الدولة، و كذا عدم الرد عليها، يعد من المسائل الإجرائية الجوهرية، و التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم.

أما بخصوص دور محافظ الدولة و مساعدوه على مستوى مجلس الدولة فهو ذات الدور الذي يمارسه محافظ الدولة أو مساعدوه على مستوى المحاكم الإدارية، فهو الآخر يقدم التماساته بعد إحالة الملف عليه، ذلك أن المادة 915 من القانون رقم 08-09 نصت على أن: "تطبق الأحكام الواردة في المواد من 838 إلى 873 أعلاه المتعلقة بالتحقيق أمام مجلس الدولة"، و المادة المتعلقة بإبلاغ محافظ الدولة جاءت تحت رقم 846 بما يدل أنها مدمجة ضمن الإحالة و الإجراء واحد و لا تميز بين الهيئة القضائية الابتدائية-المحكمة الإدارية- أو الهيئة القضائية العليا-مجلس الدولة-، في المادة الإدارية، و مع هذا يظل محافظ الدولة على مستوى مجلس الدولة يمارس دورا مميزا لا نجد له مثيلا على مستوى المحكمة الإدارية، و يتعلق الأمر هنا بالدور الاستشاري لمجلس الدولة¹، حيث تثبت العضوية لمحافظ الدولة على مستوى الجمعية العامة أو اللجنة الدائمة.

المطلب الثاني

اختتام التحقيق و النطق بالحكم

إن اختتام التحقيق في مفهوم القانون رقم 08-09 جاء في معناه مقيدا بانتهائه، و معناه أن تكون القضية مهياًة للفصل فيها، و من خلال المادتين 852-853 يمكن أن نفرص بين حالتين لصدور أمر اختتام التحقيق.

فبعد إدراج القضية في المداولة يمكن للقاضي الإداري تمديدها لنفس الغرض بشرط أن لا يتجاوز التأجيل جلسنتين متتاليتين، و بعد دراسة الملف يفصل أولا في المسائل الشكلية إن وجدت سواء تلك المثارة من الدفاع، أو تلك المتعلقة بالنظام العام التي يثيرها القاضي الإداري من تلقاء نفسه، كمسألة الآجال و شكل العريضة خاصة إذا ما تعلق

1- المادة 12 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018 و المرسوم التنفيذي رقم 98-216 المؤرخ في 29 أوت 1998 المحدد للأشكال الإجرائات و كفياتها في المجال الاستشاري.

الأمر بعدم احترام آجال الطعن بعد ذلك يخوض القاضي الإداري في موضوع الدعوى الإدارية.

الفرع الأول

اختتام التحقيق

يحدد القاضي المقرر الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم المذكرات الإضافية و الملاحظات و أوجه الدفاع، و له أن يطلب أي مستند يراه مناسباً، أما تاريخ اختتام التحقيق يكون بموجب أمر غير قابل لأي طعن، إذ يبلغ الأمر إلى جميع الخصوم برسالة مضمّنة مع إشعار بالاستلام أو بأي وسيلة أخرى في أجل لا يقل عن 15 يوم قبل تاريخ الاختتام المحدد.

فالقضية تكون مهياًة للفصل فيها عند اختتام التحقيق و الذي يحدده رئيس تشكيلة الحكم في أجل لا يقل عن 15 يوم قبل تاريخ الاختتام المحدد في الأمر أو يعتبر التحقيق منتهياً خلال ثلاثة أيام قبل تاريخ الجلسة المحددة، إذا لم يصدر رئيس تشكيلة الحكم الأمر بالاختتام الحقيقي، و مع ذلك لا يمكن أن تقبل الطلبات و الأوجه الجديدة المقدمة قبل اختتام التحقيق شريطة أن تأمر تشكيلة الحكم بتمديد التحقيق، أما المذكرات الواردة بعد اختتام التحقيق فلا تبلغ و يصرف النظر عنها من طرف تشكيلة الحكم¹.

الفرع الثاني

النطق بالحكم

النهاية الطبيعية لكل دعوى معروضة أمام القضاء أياً كانت طبيعتها هو صدور حكم بشأنها، و إن كان قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد نص في مادته 255 أن الأحكام القضائية تصدر بفاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإنه في المادة الإدارية تصدر الأحكام بصفة جماعية لا فردية² و في جميع الدعاوى و أمام كل الجهات القضائية، و هي نقطة تميز المنازعة الإدارية عن الخصومة المدنية، فالمادة 34 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل و المتمم نصت صراحة على أنه لا يمكن لأي غرفة أو أي قسم أن تجتمع إلا بحضور ثلاثة من أعضاء الغرفة أو القسم، و إن تشكيلة المحكمة أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفته، و يتعين على الجهات

1- بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص452.

2- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص351.

القضائية العليا كمجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الحال أن تصرح بإلغاء كل حكم أو قرار قضائي خالفت فيه الهيئة المصدرة التشكيلة القانونية.

سبق لمجلس الدولة في قرار له صدر عن الغرفة الرابعة بقرار رقم 2770 بتاريخ 30-07-

2001 في قضية محافظة الجزائر الكبرى ضد (ح.م.ع)¹ و الذي جاء في نصه:

في الشكل: حيث أن الاستئناف جاء وفقا للآجال و الأشكال القانونية بما يتعين على الغرفة قبوله.

في الموضوع: حيث أن المستأنف أسس استئنافه للقرار على أساس الوجه الأول المأخوذ من خرق أحكام و قواعد جوهرية في الإجراءات بحيث أن القرار المطعون فيه صدر من قبل أربعة قضاة عوضا عن ثلاثة كما هو مقرر في المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية .

نصت المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية: "تصدر أحكام المجلس القضائي من ثلاثة

أعضاء ما لم ينص على خلاف ذلك."

إن القرار القضائي السالف الذكر جاء ملائما لنص المادة 144 المذكورة، و نتصور إذا عرضت

مستقبلا على مجلس الدولة قضية مشابهة فإننا نترقب أن يلجأ المجلس إلى تغيير قراره لا لشيء و إنما إعمالا و تطبيقا للمادة 03 من القانون رقم 98-02 و التي ورد فيها عبارة على "الأقل"، و هو ما يخول جهة المحكمة الإدارية أن تنتظر فيما عرض عليها أكثر من ثلاثة تطبيقا للنص المشار إليه².

ما يميز الحكم أو القرار الصادر عن الجهة القضائية بأنه:

1- تعتبر الجهة القضائية من خلال إصدارها للقرار القضائي سواء كانت محكمة إدارية أو مجلس

الدولة بأنها وصلت إلى وضع حد لنزاع قائم معروض أمامها و محدد من حيث الأطراف و الموضوع و الوقائع و رقم القضية.

فالحكم هو كل قرار يصدر من المحاكم بقصد الفصل في خصومة معينة و هو "نطق لازم

و علني يصدر من القاضي، كما يفصل به في خصومة مطروحة عليه أو في منازعة."³

2- ينبغي احترام ما جاء به الحكم الفاصل في النزاع لأن الأحكام القضائية تصدر باسم

الشعب الجزائري، فمنطوق الحكم يجب أن يكون علنيا⁴، ذلك أن المنطوق عبارة عن خطاب إلى

1- مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 03، ص 167.

2- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، المرجع السابق، ص 352.

3- عبد القادر الشليخي، الحكم القضائي من النظرية إلى التطبيق، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014، ص 72.

4- المادة 272 من القانون رقم 08-09.

الجمهور الذي سمع المحاكمة و تابعها، و هو صاحب الحق فيها و تتم المحاكمة لحسابه لضمان نشر العدل، و هذه العلانية يجب أن تتم و لو كانت المحاكمة سرية، و يجب أن يكون المنطوق صريحا و واضحا، موصلا إلى النتيجة المنطقية التي أدت إليها المحاكمة، و أن يشتمل المنطوق على حسم لأوجه المنازعة المطروحة في المحاكمة.

3- يجب أن يصدر الحكم القضائي في شكل مكتوب و يحتوي على العناصر و البيانات التي فرضها القانون، و إذا كان الاحتكاك بالسلطة القضائية و رفع دعوى معينة لا يتم إلا بعريضة مكتوبة تتضمن بيانات معينة، فذلك و جب أين يصدر الحكم في شكل وثيقة مكتوبة، ثم إن الطعن في الحكم يستوجب وجود سند قضائي مكتوب، و كذلك التنفيذ يحتاج لوثيقة مكتوبة ليعرف القائم بالتنفيذ سائر الخطوات التي ينبغي القيام بها لوضع الحكم موضع التنفيذ.

حرص المشرع في الوضع الغالب على جمع أحكام المنازعة الإدارية و الخصومة المدنية في قواعد مشتركة، فالمادة 888 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على أنه: "تطبق مقتضيات المتعلقة بالأحكام القضائية المنصوص عليها في المواد من 270 إلى 298 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية."

تتعلق للمادة 270 بإجراءات جوهرية و بالتالي لا يجوز بأي حال للجهة القضائية الناظرة في الخصومة مخالفتها.

نصت المادة 273 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقه في الجلسة من طرف الرئيس و بحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية."

مجموع البيانات العامة التي يجب توافرها نجدها في المادتين 275 و 276 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مع فارق جوهرية بينهما، من حيث الجزاء، فالمادة 275 ترتب البطلان على إغفال ذكر مضمونها في الحكم لاعتبارات تتمثل في سيادة الدولة فيما يخص ذكر الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و شرعية الحكم عند ذكر باسم الشعب الجزائري حيث نصت المادة على أنه: "يجب أن يشمل الحكم تحت طائلة البطلان العبارة التالية:

-الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

-باسم الشعب الجزائري."

حددت المادة 270 العناصر الأساسية التي تساهم في شفافية الحكم و دقة المعلومات لاسيما تلك المتعلقة بأطراف الخصومة و الجهة القضائية و التشكيلة، إلا أن المشرع لم يرفق مخالفتها بالبطلان على عكس ما جاء في المادة 275، و البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم هي:

- 1-الجهة القضائية التي أصدرته، محكمة إدارية أو مجلس دولة.
- 2-أسماء و ألقاب و صفات القضاة الذين تداولوا في القضية.
- 3-تاريخ النطق بالقرار.
- 4-اسم و لقب محافظ الدولة أو مساعده.
- 5-اسم و لقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.
- 6-أسماء و ألقاب الخصوم و موطن كل منهم و تسمية الشخص المعنوي و مقره الاجتماعي و ممثله القانوني.
- 7-أسماء و ألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.
- 8-الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية¹.

تكون للحكم الذي يحتوي على إشارة بأنه قرأ في جلسة علنية، حجية لغاية إثبات العكس و هذا ما جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي في 27 يوليو 1999 في قضية² Nsialazi كأى حكم قضائي يسبب الحكم الفاصل في الدعوى سواء صدر عن مجلس الدولة أو صدر عن المحكمة الإدارية، و سواء تعلق بقضاء الموضوع أو القضاء الإستعجالي، فتسبب الأحكام هو عنوان صحتها و سلامتها، و علامة جهد القاضي فيها، و مبعث الطمأنينة إليها.

الغاية من عدم جواز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، هي احترام منطق التعامل بهدف تجنب أي تعارض بين المنطوق مع تسبب نتيجة للفارق الزمني و احتمال النسيان، كما يسمح بتسليم الخصوم نسخا من الحكم في أقرب الآجال.

1- تنص المادة 283 من القانون رقم 08-09 على أنه: "لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم بطلانه، إذا ثبت من وثائق القضية أو من سجل الجلسات أن تم فعلا مراعاة القواعد القانونية."
2- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص370.

المبحث الثاني

نطاق سلطة القاضي الإداري في مرحلة المحاكمة

نطاق المحاكمة هو الإطار الذي تتم من خلاله المحاكمة و لا تتعداه¹، و قد يتحدد هذا الإطار بحدود شخصية، تتمثل في أطراف الدعوى دون سواهم ممن تربطهم بهم صلة أيا كانت تلك الصلة، أو بحدود عينية تتمثل في الطلبات المرفوعة بها الدعوى، و اللجوء لرفعها هو الضرورة إلى اقتضاء الحق، فإن نطاق المحاكمات تحدده الطلبات المرفوعة من قبل أطراف الدعوى.

وردت العديد من التقسيمات الفقهية للدعوى الإدارية، و يقوم التقسيم الحديث على أساس المراكز القانونية فإن كانت الدعوى تهدف لتحقيق المصالح الشخصية فهي دعوى شخصية كدعوى التعويض و العقود الإدارية، أما إذا كان الهدف منها حماية المراكز القانونية العامة كانت الدعوى موضوعية كدعوى الإلغاء، دعوى التفسير، و دعوى فحص المشروعية.

فنطاق المحاكمة أمام القاضي الإداري بحدود شخصية و حدود عينية، فإن كانت الحدود الشخصية تقتصر على الموظف العام فإن الحدود العينية تتسع لتشمل كل ماله علاقة بالوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الامتحانات، منازعات الجنسية. و نجد أن التعديل الدستوري لسنة 2016 في المادة 171 منه أكدت على أن كل من المحكمة العليا و مجلس الدولة لهما وظيفة توحيد الاجتهاد القضائي، و تنص المادة 800 من القانون رقم 08-09 على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية".

لذا نتناول بعض التطبيقات للدعوى الإدارية، مبرزين دور القاضي الإداري في إطار المحاكمة، حسب كل دعوى.

المطلب الأول

دعوى الإلغاء

تنص المادة 801 على أنه: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية و دعاوى تفسير المشروعية للقرارات الصادرة عن.....

2- دعوى القضاء الكامل.

1- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 181.

3-القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

و كذلك المواد 901-902-903 من نفس القانون.

فالمحكمة الإدارية هي صاحبة الولاية العامة للفصل في المنازعات الإدارية، في حين يفصل مجلس الدولة كقاضي أول و آخر درجة أو قاضي استئناف أو قاضي نقض، و بما أن له الاختصاص القضائي الابتدائي قد نتج عنه في بعض الأحيان أن المجلس لا يهتم بتسبيب قراراته أحسن تسبيب، و لعل أبرز قرار وقفنا عنده هو قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ (19-02-2001) بمناسبة قضية (د) ضد السيد وزير العدل حيث اكتفى مجلس الدولة بالقول: ".....و لكن بمواجهة القرار المطعون فيه، فإن القرار المذكور اتخذ بناء على اقتراح السيد مدير الشؤون الدينية....."، و لم يكلف المجلس نفسه عناء البحث عن خلق القرار التأديبي موضوع الطعن القضائي، من ذكر الأسباب الموجبة لإصداره....¹

اعترف المشرع لمجلس الدولة بموجب القانون العضوي رقم 98-01 و تحديدا بموجب المادة 09 منه بالنظر في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية.

يعرف القرار على أنه: "عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة و يحدث آثارا قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم."²

الفرع الأول

مفهوم دعوى الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء من أهم الوسائل التي منحها التشريعات للطعن في القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية، فهي دعوى قضائية عينية تحمي مبدأ المشروعية و حقوق و حريات الأفراد و المواطنين³، وفي الجزائر هي من أكثر الدعاوى الإدارية انتشارا و استعمالا من جانب المتقاضين، لذا خصها المشرع الجزائري بالكثير من القواعد و الأحكام خاصة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

1- عمار بوضياف، مجلس الدولة الجزائري بين وظيفة الاجتهاد و تعديه الاختصاصات القضائية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 3، نوفمبر 2005، ص101.

2- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسر للنشر و التوزيع، ط1، الجزائر، 2007، ص15.

3- عدنان عمرو، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص14.

أولاً: تعريف دعوى الإلغاء

1- في الفقه الفرنسي:

عرفها الفقيه الفرنسي André de Laubadère بأنها: Le recoure pour excès de pouvoir est un recours contentieux visant a faire annuler par le juge administratif un acte administratif illégale.¹

2- دعوى الإلغاء في الفقه العربي

تعرف بأنها: "الدعوى القضائية العينية التي يرفعها صاحب الشأن أو المصلحة الذي أضير من جراء قرار إداري نهائي صادر عن إحدى الجهات الإدارية الوطنية و أثر بذاته في مركزه القانوني أمام القضاء المختص، مستهدفاً مخاصمة هذا القرار و طالبا إلغاؤه لعدم مشروعيته و إبطال ما يترتب عليه من آثار"².

رغم أن سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء سلطة محددة و دقيقة إلا أنها في غاية الخطورة فهي تؤدي إلى زوال القرار الإداري بعد تصريح القاضي بإلغائه، رغم ما يتمتع به القرار الإداري من صيغة تنفيذية أياً كانت الجهة التي صدر عنها سواء كانت جهة مركزية أو إدارية جهوية محلية أو مرفقية³.

3- دعوى الإلغاء في التشريع

إن المشرع الجزائري لم يعرف دعوى الإلغاء، إلا أن لها مكانة متميزة في المنظومة التشريعية و الدستورية و القانونية، حيث جاءت المادة 168 من التعديل الدستوري لسنة 2020 صريحة في تخويل القضاء النظر في الطعن الموجه ضد قرارات السلطة الإدارية و نصت على أنه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"، و هذا ما يجعل لدعوى الإلغاء أساس دستوري و نصت المادة 164 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه: "يحمي القضاء المجتمع و حريات و حقوق المواطنين طبقاً للدستور". كما جاءت المادة 165 من ذات الدستور معلنة أن أساس عمل السلطة القضائية يكمن في مبدأ الشرعية و المساواة حيث نصت على أنه: "يقوم القضاء على أساس مبادئ الشرعية و المساواة".

1- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، ط 1، جسور للنشر و التوزيع، 2013، الجزائر، ص8.

2- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص14.

3- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص10.

القضاء متاح للجميع".

جاءت المادة 165 بصيغة مطلقة و لم تخرج من دائرة الرقابة القضائية أي نوع القرارات أو الأعمال و هو ما يوسع من نطاق رقابة الجهاز القضائي على قرارات الإدارة سواء كانت مركزية صادرة عن الرئاسة أو الحكومة أو هيئات وطنية أو إدارة محلية أو إدارة مرفقية.

4-دعوى الإلغاء في نصوص القانون

تطرقت نصوص القانون لدعوى الإلغاء دون أن تضع تعريفا محمدا لها، فنص عليها القانون رقم 01-98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة المعدل بالقانون العضوي رقم 11-13 واستعمل مصطلح الطعون بالإلغاء في المادة 09 منه.

نص قانون الإجراءات المدنية الإدارية رقم 08-09 في المادة 800 منه على مصطلح دعوى إلغاء القرارات الإدارية بالنسبة لاختصاص المحاكم الإدارية و ما اعتمد أمام مجلس الدولة في نص المادة 900 من ذات القانون.

ثانيا: شروط قبول دعوى الإلغاء

لا ترفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة إلا بتوافر مجموعة من الشروط، و قبل التطرق إلى موضوع المخالفة، و التي بدونها لا تنتظر الجهة القضائية و لا تفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة أمامها، و من هذه الشروط ما يتعلق بالشكل و منها ما يتعلق بالموضوع و التي سنتعرض لها كالاتي.

1-الشروط الشكلية

أ- شرط عريضة رفع الدعوى

ترفع دعوى الإلغاء أمام الجهات القضائية الإدارية بعريضة مكتوبة و موقعة من محام، فالكتابة شرط ضروري لصحة عريضة افتتاح دعوى الإلغاء و هي من أهم خصائص الدعوى الإدارية، نص عليها القانون رقم 08-09 في المواد 14-17-815-827 و 904 إلى 906 و الذي أضاف إلى الكتابة، اللغة العربية شرطا شكليا لقبول الدعوى فتقديم العريضة بغير العربية يؤدي إلى عدم قبولها شكلا.

يجب أن تتضمن العريضة جميع بيانات أطراف الخصومة¹ و يجب أن تكون العريضة موقعة من محام، فالتوقيع على العريضة حسب نص المادة 815 من القانون 08-09: "ترفع الدعوى أمام

1- المادة 15 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام"، و المحامي هنا لا يقصد به فقط المحترف المنصوص عليه في القانون 91-04¹ .

فأصبح شرط توقيع عريضة الطعن أمام المحكمة الإدارية من طرف محام شرطاً إلزامياً أما بالنسبة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة فقد بقي شرط توقيع العريضة من طرف محام مقبول أمامه، مع إبقاء الإعفاء من ذلك قائماً بالنسبة للإدارة العامة المتمثلة في الجهات الإدارية الواردة في المادة 827 من القانون رقم 08-09 و التي تنص على أنه: "تعفى الدولة و الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل و توقع العرائض و مذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه من طرف الممثل القانوني".

فالخصم في دعوى الإلغاء إذا كان شخصاً خاصاً طبيعياً أو معنوياً ملزم بتوكيل محام حسب نص المادة 826 من القانون رقم 08-09 بينما يعفى من هذا الالتزام أشخاص القانون العام التي تضمنتها المادة 800 و المادة 827 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

بالرجوع لقضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا نجد أنها حصرت مفهوم الدولة بالسلطة المركزية فقط، و ما يفهم من هذا الحصر أن البلدية يجب تمثيلها بمحامي، ليؤكد قضاء مجلس الدولة بعد ذلك على إعفاء الولاية من التمثيل الوجوبي بمحام، و فرق القضاء بين ما إذا الوالي يتقاضى باسم الدولة فهنا التمثيل بمحام غير ضروري، أما إذا كان الوالي يتقاضى باسم المصالح الخاصة بالولاية فهنا يلتزم بالتمثيل الوجوبي بمحام².

كما يجب أن ترفق العريضة بإيصال الرسم القضائي³، و يعفي قانون المالية الإدارات العمومية من دفع الرسوم القضائية⁴، يجب أن ترفق العريضة بالقرار المطعون فيه⁵ .

1- القانون رقم 91-04 المؤرخ في 08 جانفي 1991 و المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر عدد 02 سنة 1991.

2- قرار رقم 184600 المؤرخ في 31-05-199، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2001، ص101.

3- المواد 821-825 من القانون رقم 08-09.

4- محمد الصغير بعلي، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص8.

5- المادة 819 من القانون رقم 08-09.

ب- الشروط المتعلقة بأطراف الخصومة

نصت المادة 13 من القانون رقم 08-09 بعنوان الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. و يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير تلقائيا الإذن إذا ما اشترطه القانون¹.

بالرجوع إلى المادة 64 من نفس القانون نجد أنه قد ورد فيها ذكر حالات بطلان الإجراءات و التي أشير فيها بوضوح لحالة انعدام أهلية الخصوم و انعدام التفويض بالنسبة لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

من خلالها يتضح أن المشرع الجزائري لم يسمي الدعاوى المقبولة على سبيل الحصر إنما نص على شروط متى توفرت في أي دعوى جعلتها مقبولة وصالحة للنظر فيها و من هذه الشروط:

***- شرط الصفة في التقاضي:**

يقصد بالصفة في الدعوى الإدارية: "أن يكون الشخص قادرا على المثل أمام القضاء كمدعي أو كمدعى عليه في كونه أصيلا أو وكيلًا أو ممثلا قانونيا أو وصيا، و بالنسبة للجهة الإدارية تتمثل في كونها صاحبة الاختصاص في التعبير عن الجهاز أو الشخص الاعتباري العام المدعي أو المدعى عليه في الدعوى و المتصل بها موضوعا، و الذي تكون له القدرة الواقعية في مواجهة الدعوى قانونا بالرد أو بتقديم المستندات و ماليا بالتنفيذ."²

عرفها البعض بأنها الوضعية التي يحتج بها المدعي للقيام بدعواه و التي تأثرت سلبا بالقرار المطعون فيه أمام قاضي الإلغاء³.

لقد ثار خلاف حولها بين الفقه الإداري حيث يرى البعض أن الصفة مندمجة في شرط المصلحة فهي خاصية من خصائص المصلحة يجب أن تكون مباشرة و شخصية و ناتجة عن مساس القرار

1- ما يلاحظ في هذا الإطار أن المشرع الجزائري كان ينص على شروط قبول الدعوى في القانون الملغى المادة 459 عند تعرضه للأحكام العامة إلا أنه عدل عن موقفه هذا في القانون رقم 08-09 و كان أكثر مراعاة للمنهجية في ترتيب المواضيع حين تعرضه لشروط قبول الدعوى في المادة 13، فالمنطلق الإجمالي يقتضي أن يعرف المتقاضى الشروط الواجب توافرها في دعواه، ثم يباشر الإجراءات المتتالية بعد توفر تلك الشروط.

2- لامية خزار، دور مجلس الدولة في المنازعات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 29.

3- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، جسور للنشر و التوزيع، ط1، الجزائر، 2009، ص 85.

المعيب بمركز قانوني خاص و مباشر للطاعن و على أساس هذا المنطلق تندمج الصفة في المصلحة و قد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه حيث كثيرا ما كان يصدر قراراته بقبول الطلب و قد ضمنها العبارة التالية: " و من حيث أن الطاعنين يبررون قيام مصلحة تمنحهم الصفة في". و هو ما أخذ به مجلس الدولة الجزائري حيث اعتبر الصفة في التقاضي أمام قضاء الإلغاء تندمج في المصلحة في الطعن و أن المصلحة في رفع الدعوى تتوفر كلما مس القرار المطعون حقا أو مركز قانوني بالإنشء أو التعديل أو الإلغاء،¹و يرى آخرون أنها شرط لازم و مستقل عن شرط المصلحة، فكما قلنا فالدعوى ترفع من ذي مصلحة على ذي مصلحة فيمكن لشرط المصلحة أن يستند إلى حق معتدي عليه و هذا من شأنه أن يجعل الصفة شرطا قائما مستقلا بذاته عن شرط المصلحة، إلا أن الاتجاه السائد فقها و قضاء ذهب إلى اندماج مدلول الصفة في شرط المصلحة.

* شرط الأهلية في التقاضي:

تعرف الأهلية بأنها قدرة الشخص على التصرف أمام القضاء للدفاع عن حقوقه و مصالحه، فهي أهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي، و التي تخول للشخص الطبيعي أو المعنوي صلاحية التقاضي للدفاع عن حقوقه و مصالحه المشروعة و التي تستمد من الشخصية القانونية التي يتمتع بها².
اختلف الفقهاء حول شرط الأهلية حيث اعتبره البعض شرطا لقبول الدعوى أي يجب أن تتوافر أهلية الأداء أثناء رفع الدعوى، في حين اعتبرها البعض شرطا لصحة الإجراءات، فإذا بوشرت الدعوى من شخص يتمتع بأهلية الوجوب فقط فإن دعواه مقبولة و لكن إجراءاتها باطلة، و أمام هذا الجدل الفقهي نجد أن المشرع الجزائري نص على شرط الأهلية مع شروط قبول الدعوى و ليس ضمن إجراءات الخصوم هذا من جهة و من جهة أخرى اعتبرها من النظام العام أي لا يجوز تصحيح عيب نقص الأهلية، و على عكس قانون الإجراءات المدنية و الإدارية استبعد الأهلية من دائرة شروط قبول الدعوى لأسباب عديدة منها أن الأهلية هي وضع غير مستقر، قد تتوفر أثناء قيد الدعوى و قد تزول أثناء سيرها³.

1- لامية خزار، المرجع السابق، ص33.

2- علي خاطر الشطناوي، القضاء الإداري الأردني، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، ط1، 1995، ص 375.

3- بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص39.

* - شرط المصلحة في التقاضي

المصلحة شرط أساسي لقبول الدعاوى كافة و منها دعوى الإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري و تعرف عموما بأنها "الفائدة أو المنفعة التي يمكن أن يحصل عليها رافعها في حالة إجابته إلى طلبه"، و من المستقر قضاء انه لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة يقرها القانون.

إلا أن المصلحة في دعوى الإلغاء تتميز عن تلك التي تتطلبها الدعوى العادية أمام المحاكم العادية أو دعاوى القضاء الكامل إذا كان من المستقر في قوانين المرافعات أن المصلحة التي تبرر قبول الدعوى يجب أن تستند إلى حق اعتدي عليه أو مهدد بالاعتداء عليه.

أدرج الفقه و القضاء الإداريان على أنه يكفي لقبول دعوى الإلغاء توفر شرط المصلحة الشخصية مباشرة دون الاستناد إلى حق مكتسب للطاعن كما هو الشأن في القضاء المدني، و عدم اشتراط استناد المصلحة في دعوى الإلغاء إلى حق الطاعن أدى إلى اتساع ميدانها بوصفها دعوى موضوعية تخاصم القرارات الإدارية غير المشروعية، بقصد حماية مبدأ المشروعية¹.

القضاء الإداري في الجزائر اشترط توافر المصلحة لدى الطاعن بالإلغاء لقبول دعواه بحيث أقرتف المشرع الجزائري صراحة بنص المادة 13 من القانون رقم 08-09، و كان من الأجدى أن يضيف صفة المرونة على مفهوم المصلحة في دعوى الإلغاء لأنها تعتبر بمثابة الحامي لمبدأ المشروعية.

اختلف الفقه في تحديد معنى المصلحة، فقد أخذ جانب منه بالمعنى اللغوي فهي تعني: "مجموع المزايا و الفوائد و القيم المادية و الأدبية الحالة و المحتملة التي يتحصل عليها الشخص من جراء استعماله الحق أو عمل"².

اتفق الاجتهاد القضائي الإداري على أن المصلحة في رفع دعوى الإلغاء تتحقق عندما يعتدي قرار إداري غير مشروع على مركز قانوني خاص بالطاعن وذلك سواء كان هذا الاعتداء على حق مكتسب أو وضعية قانونية³.

1- عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص184.

2- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، ج2، ط2، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص410-411.

3- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص411-415.

ج- شرط النظم الإداري السابق

يرجع أصله إلى نظرية الوزير القاضي في فرنسا، و يعتبر من أنجع الوسائل المعتمدة للرقابة على أعمال الإدارة فهو يمثل رقابة ذاتية للإدارة على قراراتها الغير مشروعة أو غير الملائمة، و يكون ذلك سواء من تلقاء نفسها أو بناء على تظلم من ذوي الشأن و تعتبر هذه الطريقة مهمة و صعبة لأنها تسعى إلى حل النزاع وديا و صعب نظرا لإجراءاته البطيئة و بالنسبة للمتظلم يمكنه الحصول على حقوقه دون تكاليف القضاء و بالنسبة للإدارة يسمح لها بمراجعة نفسها و الكشف عن أخطائها و تجنبها و بالتالي المثل أمام القضاء، و بالنسبة للقضاء يقلل عدد القضايا المرفوعة أمامه خاصة إذا توج التظلم لحل ودي رضائي.

يمكن تعريف التظلم الإداري المسبق على أنه: "هو طلب أو شكوى مرفوع من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض النزاع أو الخلاف الناتج عن عمل إداري"¹.

إن الهدف من رفع التظلم الإداري هو منازعة مضمون القرار الذي أثر سلبا على المركز القانوني للمتظلم، و يتضح من طلبات المعني ما إذا كان يطلب الإلغاء أو التعويض أو يطلبهما معا أو مراجعة القرار، و إن جعله المشرع اختياريا من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 830 كما أن القرار السابق يشترط في دعوى الإلغاء دون التعويض وفقا لما جاء في نص المادة 819 من القانون رقم 08-09².

د- شرط الميعاد

خلافا للدعوى المدنية لم يحدد القانون كأصل عام مدة معينة لرفعها مادام الحق قائما و لم يسقط بالتقادم فإن دعوى الإلغاء مقيدة بنطاق زمني ضيق حرصا على استقرار الأوضاع الإدارية و حماية المراكز القانونية، و يشترط لقبولها أن ترفع خلال المدة التي حددها القانون، و يعد شرط الميعاد من النظام العام لا يجوز مخالفته و يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارته في أي مرحلة كان عليها النزاع.

1- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص62

2- بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص432.

يعرف الأجل بأنه الفترة الزمنية المحددة قانونا لرفع الدعوى الإدارية، و قبولها من الجهة القضائية المختصة، و إن هذه الفترة تجد مصدرها في المواد 829 إلى 832 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و نص المادة 907 من نفس القانون.

فنقطة انطلاق الميعاد تبدأ من تاريخ تبليغ القرار أو نشره و هذا طبقا للمادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

تتم عملية النشر بمختلف الوسائل منها الجريدة الرسمية، النشرات الرسمية للسلطات الإدارية المركزية أو عن طريق المصقات في الأماكن المخصصة لذلك كما هو الحال في البلديات¹.

قررت المحكمة العليا في قضية "حوامد موسى" ضد وزير الدفاع الوطني بتاريخ 14-02-1993 حيث جاء فيها: "حيث أنه يستخلص من الوثائق بأنه طلب أن يوقع محضر استلامه لدفتره العسكري بتاريخ 14-08-1989 لكن هذا الأخير رفض توقيع المحضر المتضمن استلام دفتره العسكري فإن عملية التبليغ تمت معاينتها بلا منازع."²

لا يغني نشر القرار الفردي عن تبليغه إلى المعني، بحيث يظل ميعاد الطعن مفتوحا لما لم يحصل التبليغ، غير أنه يبقى للنشر أثره بالنسبة للغير، حيث يسري ميعاد الطعن في مواجهة هذا الأخير ابتداء من نشر القرار.

بالنسبة للمعني فإن جزاء عدم تبليغ القرار الفردي هو عدم سريان ميعاد الطعن، بحيث يبقى مفتوحا طالما لم يحصل التبليغ، و لا يغني عن ذلك إدعاء الإدارة بأن الطاعن علم بالقرار³، و ألزم مجلس الدولة التبليغ حيث جاء في قراره: "إن ميعاد الطعن بالبطلان في القرارات الفردية يحتسب ابتداء من تاريخ تبليغها شخصيا، و عدم احترام السلطة المصدرة لهذا الإجراء الجوهري و يترتب عليه إبقاء الآجال مفتوحة"⁴.

طبقا للمادة 901 من القانون رقم 08-09 ترفع دعوى الإلغاء ابتدائيا أو نهائيا أمام مجلس الدولة إذا تعلق الأمر بدعوى ترفع ضد قرار وزاري أو مرسوم تنفيذي صادر عن الوزير الأول، و بالرجوع إلى المادة 907 نجده قد أحال بشأن الميعاد للمواد من 829 إلى المادة 832 من القانون

1- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص122.

2- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قضية رقم 97721، بتاريخ 14-02-1993.

3- قرار مجلس الدولة بتاريخ 19 أفريل 1994، مجلة مجلس الدولة، عدد1، 2001، ص103.

4- قرار مجلس الدولة بتاريخ 25-07-2007، مجلة مجلس الدولة، العدد9، ص111.

رقم 08-09، فأجل رفع الدعوى يقدر بأربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، ويجوز للمعني تقديم تظلم خلال ذات المدة و بعد سكوت الإدارة عن الرد يمنح للمعني أجل شهرين من تبليغ التظلم، أما إذا بادرت الإدارة المعنية للرد على تظلم المعني فإن أجل شهرين لا يسري إلا بعد تبليغ المعني رد الإدارة.

فإحالة المادة إلى الآجال المنصوص عليها في المواد من 829 إلى 832 من القانون، و التي تتعلق بالآجال أمام المحاكم الإدارية، الأمر الذي يؤدي بالقول بتحديد مواعيد رفع الطعون أمام هيئات القضاء الإداري في مثل هذه الحالات التي يحكمها و ينظمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و بذلك تحدد الفترة القانونية كما قلنا لتقديم الطعن بالإلغاء بأربعة أشهر¹.

إن مهلة الأربعة أشهر المحددة لرفع الطعن بالإلغاء لدى مجلس الدولة، قاضي أول و آخر درجة من النظام العام² و عليه يمكن للقاضي إثارة هذا الشرط الشكلي من تلقاء نفسه، دون طلب من أحد المتخاصمين، و يقرر رفض الدعوى شكلاً³.

بداية حساب هذه المدة، يكون بتحقق إحدى الوقائع التالية: التبليغ، النشر، و علم اليقين، حيث أضاف القضاء الإداري الفرنسي واقعة أو طريقة إلى الواقعتين السابقتين⁴ معناها أن يعلم صاحب الشأن بمضمون القرار الإداري و عناصره علماً يقينياً نافياً للجهالة يقوم مقام التبليغ أو النشر. يبدأ سريان مهلة الطعن في حقه من تاريخ العلم اليقيني بالقرار الإداري، و عملية الإثبات تكون على عاتق الإدارة، و وفقاً للقاعدة الأصولية في الإثبات "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر".

1- المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص113.

3- عبد الرحمن الجنيدى، ميعاد رفع دعوى الإلغاء للقرار الإداري أمام مجلس الدولة، مجلة المحاماة المصرية، عدد 1، 1962، ص487.

4- محمد تاجر، بدأ سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، مجلة المحاماة، عدد 3، 2005، ص6.

تذبذب موقف القضاء الإداري الجزائري تجاه الواقعة، فتارة يطبقها و تارة أخرى يستبعدا^{1.2}. حيث ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 11-04-1993 قضية والي الجزائر و (ز.م)³ إلى عدم الاعتراف بفكرة العلم اليقيني و سببت قرارها بما يلي: "حيث أنه و حينئذ فإن النظرية التي أسسها الاجتهاد القضائي و المتعلقة بالعلم اليقيني يجب تطبيقها بشكل محدد جدا و بتقديم الدليل الذي لا يمكن رفضه و الذي يثبت رسميا بأن المعني قد علم بلا منازع بالقرار الإداري المطعون فيه.

حيث أنه في دعوى الحال، فإن مجرد وجود الحكم الصادر عن محكمة بئر مراد رابيس لا يمكن أن يشكل الدليل على علم الطاعن بالمقرر المطعون فيه، إلا في الحالة التي يقدم فيها الدليل على تبليغ هذا الحكم للطاعن مثبتا بذلك بشكل رسمي على الطاعن علما بالقرار المطعون فيه".

يتضح من الحثية أعلاه أن المحكمة العليا ممثلة في غرفتها الإدارية لم تستبعد فكرة العلم اليقيني و لم تهاجمها، بل كل ما في الأمر أنها تتأكد من واقعة العلم اليقيني بالقرار طالما لم يثبت لديها تبليغ القرار القضائي.

فذهبت إلى القول إن الحكم الصادر عن محكمة بئر مراد رابيس و الذي تضمن الإشارة للقرار الإداري محل طعن الحال لم يثبت تبليغه (أي الحكم)، بما لا يمكن أن يتحقق به العلم اليقيني بالقرار. بهذا نجد أن الغرفة الإدارية تشددت في تطبيق شرط العلم بالقرار قطعيا لا ظنيا، و حسنا فعلت و هو ما اتبعه مجلس الدولة الفرنسي.

يتضح من خلال بعض القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري أنه تبنى نظرية العلم اليقيني رغم ما أحدثته من جدل كبير بين مؤيد ومعارض ليس على المستوى الفقهي فحسب، بل على المستوى القضائي، فذهب في قرار غير منشور بتاريخ 23-10-2000 الغرفة الرابعة فهرس 620.

1- عمار معاشو، التعليق على اجتهاد مجلس الدولة بخصوص نظرية علم اليقين، مجلة المحاماة، عدد 3، 2005، ص112.
2- مجلس الدولة، قرار رقم 160507 مؤرخ في 19-04-1999، مجلة مجلس الدولة، عدد 1، 2002، ص 103 حيث جاء في حثياتها: "حيث أنه يستخلص من بيانات القرار المعاد أن قضاة الدرجة الأولى قد رفضوا الدعوى الحالية طبقا للمادة 169 من قانون الإجراءات المدنية لكن حيث استقر القضاء و بما أن القرار موضوع النزاع هو قرار فردي كان على المستأنف عليها أن تبلغ للمستأنف تبليغا شخصيا، حيث أنه لا ينكر الإجراء الضروري الذي قامت به المستأنف عليها، و أن علم المستأنف بالقرار موضوع النزاع غير كاف لأخذه بعين الاعتبار من أجل احتساب الأجال المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر."
3- المجلة القضائية، العدد 2، 1994، ص219.

تتمثل وقائع هذه القضية أن المدعية حمودي طعنت في القرار الصادر عن وزير الشباب و الرياضة المؤرخ في 16-03-1965 و هذا بموجب عريضة مسجلة في كتابة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 15-07-1998 و دفعت أن القرار محل طلب الإلغاء لم يبلغ لها إطلاقا.

قد أجاب وزير الشباب و الرياضة بموجب مذكرة مؤرخة في 10-02-1999 أن المدعية على علم بالقرار و هذا بمناسبة قضية معروضة أمام محكمة سيدي محمد بينها و بين ضاوي معمر في شهر جوان 1997. ولم تتحرك أثناء الأجل القانوني و هذا ما أقرت به المدعية على نفسها. و عليه قرر مجلس الدولة عدم قبول الدعوى.

يعتبر قرار مجلس الدولة هذا تطبيقا واضحا لنظرية العلم اليقيني فرغم أن القرار الصادر عن وزير الشباب و الرياضة صدر بتاريخ 16-03-1965 و القاضي بتخصيص محل إلى السيد ضاوي معمر، و كانت تشغله السيدة حمودي و علمت هي به بمناسبة قضية أخرى مدنية جمعتها بالسيد معمر.

و لذلك تمسك مجلس الدولة بهذه النظرية بتاريخ 28-02-2000 الغرفة الرابعة فهرس 122، والي ولاية ميله ضد ماني خديجة. و قراره المؤرخ في 24-04-2000 الغرفة الرابعة، فهرس 1.231¹.

* - حالات وقف الميعاد: و يترتب على وجود و قيام حالات وقف الميعاد توقيف سريان مدة الطعن مؤقتا ليستأنف بعد زوال و انتهاء أسباب و حالات الوقف، بحيث يستكمل فقط ما بقي من المدة القانونية²، و تتمثل في:

- حالة امتداد ميعاد الطعن،

- حالة قطع ميعاد الطعن بالإلغاء.

- وفاة المدعي أو تغيير أهليته.

- القوة القاهرة: .

- طلب المساعدة القضائية.

1- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، المرجع السابق، ص ص366-367.
2- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري مجلس الدولة، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2004، ص 96.

ل- شرط انتفاء الدعوى الموازية:

كانت دعوى الإلغاء في ظل القانون الفرنسي القديم طريقة استثنائية يلجأ إليها أمام مجلس الدولة، إذا لم يكن هناك طريق آخر يحقق النتيجة نفسها.

إذا كان هذا الشرط هو اليوم محل انتقاد سواء في فرنسا أو الجزائر، فإن المشرع تبناه صراحة في المرحلة الأولى، أي مرحلة قانون الإجراءات المدنية الأولى، رغم أن القضاء الإداري طبق هذا الشرط في العديد من القضايا المعروضة عليه، من ذلك ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار صدر عنها بتاريخ 26-03-1982 قضية (د.س) ضد وزير التعليم العالي إذ قضت الغرفة بما يلي: "...لكنه تطبيقاً لأحكام المادة 276 أن الطعن بالإلغاء لا يكون مقبولاً عندما يكون النزاع مثل الشأن في هذه القضية حيث أن للمدعية إمكانية الدفاع و المطالبة بحقوقها بواسطة طريق الطعن المطبق في القضاء التام، و عليه و نتيجة لما سبق ذكره، يرفض طعن الحال لسوء تأسيسه"¹.

تعرض موقف المشرع الجزائري للنقد من شرط انتفاء الدعوى الموازية من طرف الفقه و بقوة و من ذلك: "... و يعاب على المشرع الجزائري أن يتبنى في صلب قانون الإجراءات المدنية و في المادة 276 منه، نظرية ميتة لم تطبق إطلاقاً من قبل القضاء الإداري الفرنسي الذي خلقها و تولى عنها نهائياً في نهاية القرن التاسع عشر، و هذا يعني أن هذه النظرية لا قيمة قانونية لها و لا عملية لها و هي عبارة عن تقليد أعمى لنظرية قضائية ميتة و محجورة من القضاء الفرنسي و فقدت قيمتها القانونية من حيث لا يمكن لأي دعوى أخرى أن تحل محل دعوى الإلغاء أو أن تحقق النتائج المرجوة منها، و كما لا يمكن لأي دعوى أخرى أمام القضاء العادي، أن تحقق ذات النتائج كدعوى الإلغاء و ربما نتيجة لعيوب هذه النظرية تولى عنها المشرع الجزائري في القانون رقم 08-09 و لم يعد بعد اليوم في الجزائر تطبيق الإصلاح الإجرائي الجديد من ضرورة لاشتراط انتفاء الطعن الموازي لقبول دعوى الإلغاء على الصعيد القضائي"².

1- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، 1990، ص 198.

2- عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الإدارة، دون ط، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص 122.

2- الشروط الموضوعية

تقبل الدعوى الإدارية بعد إتمام فحصها و التأكد من صحة الشروط الشكلية، و تصبح قابلة للفحص من قبل مجلس الدولة، ويتصدي للقرار الإداري المطعون فيه، باحثاً عن أوجه عدم المشروعية و التي استند إليها الطاعن¹.

أ- القرار الإداري: إن كان المشرع قد اعترف لمجلس الدولة بموجب القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله المعدل و المتمم بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 4 مارس 2018² و تحديداً بموجب المادة 09 منه بالنظر في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية، إلا أنه لم يقدم تعريفاً له و ترك الأمر للفقهاء و القضاء و هذا أمر طبيعي إذ الغالب أن يعزف المشرع عن التطرق لتعريفات تتعلق بمصطلحات قانونية عادة ما يثور حولها الجدل، و يكثر بشأنها الاختلاف تاركاً ذلك للفقهاء و القضاء.

من تعريفات القرار الإداري تعريف العميد هوريو بأنه: "إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"³. عرف بأنه: "عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة و يحدث آثاراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم"⁴. من التعريفات الفقهية السابقة للقرار الإداري نستنتج جملة من الخصائص يتميز بها القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء: القرار الإداري تصرف قانوني، القرار الإداري صادر بالإرادة المنفردة، القرار الإداري تعبير إرادي، القرار الإداري صادر عن جهة إدارية.

من اجتهادات مجلس الدولة الجزائري في استبعاد بعض القرارات و الأعمال نجد:

1- استبعاد قرارات اللجان التقنية:

أقر مجلس الدولة في اجتهاد صادر عنه حملة منطوق القرار الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 15-02-2005 ملف رقم 019704 قضية النقابة الجزائرية للصناعة الصيدلانية ضد وزير العمل

1- محفوظ لعشيب، المسؤولية في القانون الإداري، دون ط، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص76.

2- القانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 4 مارس 2018، ج ر رقم 15 الصادرة بتاريخ 7 مارس 2018.

3- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص18.

4- محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، ج 3، دون ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص19.

أنه لا يجوز للقاضي الإداري مناقشة رأي اللجنة التقنية للتعويض حول اختيار الدواء الواجب إدراجه في قائمة التعويضات مادام لم يثبت خطأ قانوني أو تجاوز السلطة¹.

2- استبعاد العقود التوثيقية:

أقر مجلس الدولة في قراره الصادر عن الغرفة الرابعة بتاريخ 1-2-2005² ملف رقم 013673 أن القاضي الإداري غير مؤهل لرقابة العقود التوثيقية و أن هذه السلطة مخولة لجهة القضاء العادي، و ذات التوجه ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر عن الغرفة الثانية في قضية رقم 8631 بتاريخ 12-11-2001 حين رفض النظر في طعن بالإلغاء موجه لعقد هبة³.

اجتهادات مجلس الدولة في مواجهة واقعة الامتناع:

أبدع مجلس الدولة الجزائري في إيجاد مخرج لمواجهة واقعة امتناع كثير من الإدارات على تسليم المعنيين نسخة من القرار مما يعيقهم على التوجه للقضاء و عدم معرفة مرتكزات القرار الإداري و مضمونه و جاء اجتهاد مجلس الدولة متصديا لهذه الظاهرة الخطيرة التي لا تخدم بحال من الأحوال دولة القانون و دولة المؤسسات⁴.

هذا الاجتهاد صدر عن الغرفة الرابعة ملف رقم 024638 فهرس 82 بتاريخ 28-06-2006 صرح المجلس بموجب هذه القرارات أن دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء الإداري تستوجب وجود قرار إداري و بالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الإداري متى امتنعت الإدارة المدعى عليها عن تمكينه منه⁵.

يقع على المدعي إثبات واقعة الامتناع ليبادر القاضي بإلزام جهة الإدارة بتمكين المعني بنسخة من القرار تحت إشراف قضائي.

سبق للمحكمة العليا في غرفتها الإدارية بموجب القرار رقم 117973 جلسة بتاريخ 24-07-1994 أن أقر نفس المبدأ و خولت القاضي الإداري إلزام الإدارة بتمكين المعني بنسخة من القرار.

1- مجلة مجلس الدولة، العدد7، 2005، ص120.

2- مجلة مجلس الدولة، العدد7، 2005، ص161.

3- مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص143.

4- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص31.

5- مجلة مجلس الدولة، العدد01، 2002، ص221.

الجديد في القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية ما جاء في المادة 819 منه حيث يجب أن ترفق العريضة بالقرار الإداري المطعون فيه ما لم يوجد مانع مبرر و إذا ثبت بأن الإدارة امتنعت عن تمكين المدعي من القرار أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة.

يبدو واضحاً أن اجتهاد مجلس الدولة المكرس في قراره بتاريخ 28-06-2006 المذكور كان له عظيم الأثر في صياغة المادة 819، و من هنا يبرز بجلاء دور مجلس الدولة في تقنين قواعد القانون الإداري.

طبقاً للمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن دعوى الإلغاء قد ترفع ابتدائياً و نهائياً أمام مجلس الدولة، كما يتعلق الأمر بدعوى ترفع ضد قرار وزاري أو مرسوم تنفيذي صادر عن الوزير الأول و بالرجوع إلى المادة 907 من ذات القانون نجدها قد أحالت بشأن الميعاد للمواد من 829 إلى 832 من نفس المنظومة القانونية أي أن أجل رفع الدعوى يقدر بأربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، و يجوز للمعني تقديم تظلم خلال ذات المدة و يعد سكوت الإدارة عن الرد خلال هذين الشهرين من تبليغ التظلم بمثابة رفض له، و في حالة سكوت الإدارة عن الرد يمنع المعني أجل شهرين لرفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة، أما إذا بادرت الإدارة المعنية للرد على تظلم، بمعنى فإن أجل شهرين لا يسري إلا بعد تبليغ المعني برد الإدارة و لا توقف دعوى الإلغاء سريان القرار الإداري فعلى الراغب في ذلك أن يبادر أولاً إلى رفع دعوى في الموضوع أمام مجلس الدولة طالبا الإلغاء، ثم و أمام نفس الجهة برفع دعوى استعجاليه لتوقيف سريان القرار و هذا ما نصت عليه المادة 910 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الثاني

أوجه الإلغاء

يقصد بأوجه الإلغاء مختلف العيوب التي قد تصيب القرار الإداري و تجعله غير مشروع و تؤدي بالتالي إلى الحكم بإلغائه، فلكي يصدر القرار سليماً غير مخالف لقانون يجب أن يصدر في شكل معين و إجراءات محددة كذلك.

أولاً: عدم المشروعية الخارجية

نكون أمام حالة عدم مشروعية خارجية إذا ما تم الطعن في القرار الإداري انطلاقاً من ركن الاختصاص و ركن الشكل و الإجراءات.

1- عيب عدم الاختصاص

عندما تقوم الإدارة العامة أو الموظف العام بإصدار قرار إداري لا يدخل ضمن الاختصاصات المحددة قانوناً لها نكون أمام عيب عدم الاختصاص الذي يقصد به عدم القدرة القانونية على القيام بالتصرف أو اتخاذ قرار معين و ذلك لضرورة صدوره من موظف عام أو هيئة إدارية عامة أخرى مخصصة لذلك¹.

لا يمكن للإدارة أن تصححه من خلال تدخل صاحب الاختصاص، بل يجب اتخاذ قرار جديد، و لا يغطي الاستعجال في دعوى عيب الاختصاص.

تحدد أسس و قواعد الاختصاص إما بالنظر للعنصر الشخصي أو العنصر الموضوعي أو الزمني أو المكاني، و هي التي تشكل مجال رقابة القاضي الإداري حيال فصله في دعوى الإلغاء و هذا ما سنفصله فيما يلي:

أ-العنصر الشخصي:

مضمون هذا العنصر هو وجوب صدور القرارات الإدارية في الدولة من الأشخاص و الهيئات و السلطات الإدارية المحددة بنصوص التنظيم القانوني للاختصاص و الممنوح لها وحدها، و على سبيل الحصر و التحديد باتخاذ قرارات إدارية.

متى حصلت مخالفة لذلك حدث ما يعرف بعدم الاختصاص البسيط أو عدم الاختصاص الجسيم و يظهر عيب عدم الاختصاص البسيط من خلال عدم احترام قواعد الاختصاص للقرارات الإدارية بين السلطات و الأشخاص و الأجهزة الإدارية فيما بينها مثل تعدي السلطات الإدارية المركزية على اختصاصات بعضها البعض أو على اختصاصات السلطات اللامركزية².

أما عيب عدم الاختصاص الجسيم أو اغتصاب السلطة أو الوظيفة فيكون عند اعتداء سلطة تشريعية أو قضائية أو أشخاص عاديين ليست لهم صفة إدارية على اختصاصات و وظائف السلطة الإدارية و الوظيفة الإدارية في الدولة.

1 - R.Bonnard, *précis élémentaire de droit administratif*, 4 édition, p99.

2- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص165.

في حالة صدور قرار من فرد عادي لا علاقة له بالوظيفة إطلاقاً غالباً ما تحدث في الظروف الاستثنائية و للتخفيف من آثار هذا النوع في مواجهة المتعاملين معه بحسن نية أوجد القضاء ما يعرف بنظرية الموظف الفعلي¹ وصادق على صحة التصرفات المتخذة منه لكن بصورة ضيقة. يؤدي عيب عدم الاختصاص الجسيم إلى انعدام القرار الإداري و تجريده من الطبيعة القانونية و الطبيعة الإدارية و تتحول إلى مجرد أعمال مادية و تصبح محلاً للطعن فيها أمام جهات القضاء العادي².

ب-العنصر الموضوعي:

الاختصاص الموضوعي هو تحديد أنواع الأعمال التي يلتزم المسؤول الإداري بمراعاتها عند إصداره للقرارات الإدارية، ذلك أنه و كما تبين لنا سابقاً أن المشرع هو من يوزع الأعمال و يرسم الحدود للإداريين على جميع المستويات تقادياً لظاهرة تداخل الصلاحيات و ظاهرة التنازع في الاختصاص بنوعيه السلبي والإيجابي.

فتحديد الوظائف و تبيان الاختصاص يدخل ضمن إطار نظرية التنظيم الإداري، و هو مظهر من مظاهر تحكم الدولة في أجهزتها بما يعود بالنفع و الفائدة سواء بالنسبة للجمهور أو الإدارة ذاتها. في هذا الشأن قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 11-07-1987 ملف رقم 354150³، و تتمثل وقائع القضية أن مدير مقاوله بلدية و بعد إنهاء مهامه بموجب قرار صادر عن والي ولاية باتنة بتاريخ 06-11-1985 رفع دعوى قضائية طالبا إلغاء قرار إنهاء المهام بحجة أنه لم يسمع دفاعه و أن الوالي تجاوز اختصاصه،انتهت الغرفة إلى أنه:"حيث يستخلص من مستندات الملف أن المدعي عين بموجب قرار صادر عن والي باتنة.....و تم عزله عن مهامه بموجب قرار أصدرته نفس السلطة...."و بالنتيجة رفضت الغرفة الطعن لعدم ثبوت ما يدل أن الوالي تجاوز اختصاصه القانوني.

1- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، دون ط، د.م.ج، الجزائر، 1982، ص180.

2- قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة في 10-06-2002 في قضية بلدية قلال ضد سيد (خ.س) ومما جاء فيه:"...إن تدخل رئيس البلدية في نزاع قائم بين مواطنين حول مسألة الملكية أو حق الارتفاق يعد تجاوزاً للسلطة"،مجلة مجلس الدولة، العدد2، 2002، ص209.

3- مجلة المحكمة العليا، العدد 4، 1991، ص212.

أيضا قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 7 أبريل 1991 ب.خ.ج ضد والي ولاية سكيكدة ومن معه¹، و تتمثل وقائع القضية في أن البنك الخارجي الجزائري وكالة سكيكدة طعن في مقرر متضمن ببيع سكن صادر عن والي ولاية سكيكدة في إطار قانون التنازل عن أملاك الدولة، حيث أن الطاعنة (الوكالة) أثارت الدفع بعدم اختصاص الوالي للتصرف في ملكيتها و أنه تجاوز سلطته، حيث ذهبت الغرفة الإدارية إلى القول: "حيث أن بالرجوع إلى الأمر 70-11 المؤرخ في 22 يناير 1970 و المتضمن ذمة مؤسسات الدولة فإن العقارات السكنية أو المهنية المؤممة بعد إدراجها ملك للدولة.

حيث أن السكن موضوع النزاع يدخل في إطار هذا النص.....فللوالي الحق في التصرف فيه."

و بالنتيجة رفضت الغرفة الطعن المرفوع أمامها.

ج- عدم الاختصاص الزمني:

لكل موظف نطاق زمني يكتسب من خلاله صفة تؤهله لمباشرة صلاحيات تنتهي مدتها بانتهاء هذه الصفة فلا يجوز له إصدار قرارات إدارية قبل اكتساب الصفة و صدور قرار تعيينه، كما لا يجوز له إصدار قرارات إدارية بعد إحالته على التقاعد أو تقديم استقالته و قبولها من الجهة المعنية، لأنه في كلتا الوضعيتين يكون غير مختص زمنيا بإصدار القرار لفقدانه الصفة.

من تطبيقات القضاء الإداري الجزائري في هذا الشأن قرار مجلس الدولة الغرفة الثانية بتاريخ

25-02-2003 قضية (س) ضد مدير التربية لولاية سطيف ملف رقم 7462².

د- عدم الاختصاص المكاني:

قد يعاب القرار الإداري في جانب الاختصاص في العنصر المكاني جراء قيام الهيئة الإدارية بتجاوز حدود الرقعة الجغرافية المحددة لممارسة النشاط الإداري، فيتعرض القرار الإداري للطعن لأنه مشوب بعيب عدم الاختصاص المكاني.

2- عيب الشكل و الإجراءات:

يقصد بالشكل إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا للشكل و التدابير التي حددها القانون، و يقصد بالإجراءات مجموعة الخطوات و المراحل التي يتعين على الإدارة احترامها عند اتخاذ عملها الإداري

1- مجلة المحكمة العليا، 1993، العدد 03، ص 167.

2- المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 175.

و الأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء عند إصدارها قرار إداري ما لم يقيدتها النص الدستوري أو القانوني أو التنظيمي بشكل أو بإجراء، و تجدر الإشارة إلى أنه إذا ألزم القانون الإدارة بشكل أو إجراء فإن سلطتها تكون مقيدة فلا تملك صلاحية الخروج عن الإجراء أو إعمال الشكل المفروض بموجب نص.

عندما يقررها المشرع و يفرضها فعادة ما يكون ذلك للمصلحة العامة، و ذلك أن الأشكال و الإجراءات تدفع الإدارة إلى اتخاذ قرارات مدروسة بما يحافظ على مبدأ المشروعية في الدولة¹. إلى جانب أنها تحقق مصلحة عامة فهي تهدف إلى حماية المصلحة الخاصة، كأن يفرض القانون إجراءات نزع الملكية فلا شك أن هذه الإجراءات الهدف منها رعاية حقوق الغير و ضمان عدم تعسف الجهة الإدارية القائمة بالنزع².

يؤدي عدم احترام الشكل و الإجراءات الجوهرية إلى إلغاء القرار الإداري محل دعوى الإلغاء على هذا الأساس، و لا يمكن للسلطة الإدارية تصحيح الشكل أو الإجراء الجوهرية أثناء الخصومة الإدارية فهي تعد المظهر الخارجي للقرار.

من أهم الأشكال و الإجراءات الجوهرية في القرار الإداري، الاستشارة و الحق في الدفاع و السبب في القرار، إشهار القرارات الإدارية دون تحقيق، لغة القرار، و يظهر اجتهاد القضاء الإداري الجزائري في هذه الأشكال من خلال هذه النقاط التالية:

1- إغفال إجراء استشارة لجنة الموظفين: قرار رقم 005485 الصادر بتاريخ 22-07-2002 عن الغرفة الثانية بمجلس الدولة³ محافظة الغابات ضد ب.ر.

2- الإخلال بحقوق الدفاع: القرار رقم 009898 الصادر بتاريخ 20-04-2004 الصادر عن الغرفة الثانية بمجلس الدولة ضد والي ولاية سكيكدة⁴.

3- الإخلال بقواعد التبليغ: القرار رقم 00587 الصادر بتاريخ 27-05-2002 عن الغرفة الثانية بمجلس الدولة وزير المالية ضد م.ق⁵.

1- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دون ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص73.

2- القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

3- مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص164.

4- مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004، ص143.

5- مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004، ص178.

- 4-اتخاذ قرار إداري دون تحقيق:القرار رقم 62458 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 10-03-1991 ح.م ضد والي ولاية تيزي وزو¹.
- 5-خرق قواعد الإشهار:القرار رقم 76077 الصادر بتاريخ 28-07-1990 عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قضية ب.ز ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بسيدي مبارك².
- 6-مخالفة تشكيلة لجنة محدد بموجب تنظيم:قرار مجلس الدولة بتاريخ 07-05-2001 عن الغرفة الثانية رقم 354 الإتحاد الوطني لعمال التربية و التكوين ضد مديرية التربية لولاية البليدة³.
- 7-مخالفة لغة القرار:قرار مجلس الدولة بتاريخ 11-02-2002 الغرفة الثالثة رقم 4005951.
- و هناك حالات لا تلزم السلطة الإدارية العمل بالشكل الجوهري و لا تعتبر عيب الشكل تتمثل في الظروف الاستثنائية و القوة القاهرة.

ثانيا: عدم المشروعية الداخلية

نكون أمام عدم مشروعية داخلية إذا أثبتت أمام القاضي الإداري مسائل تتعلق بمحل القرار الإداري المطعون فيه أو تتعلق بركن السبب، أو تخص ركن الهدف من القرار.

1- عيب مخالفة القانون:

استقر الفقه و القضاء للحكم على صحة القرار الإداري من حيث المحل أي يكون مشروعا و ممكنا، و على هذا الأساس فإن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري في إطار حالة عيب مخالفة القانون الإداري تتم في حدود مطابقة القرارات الإدارية للنصوص التشريعية و الأوامر، فهو عيب يصيب القرار الإداري في محله أو أسباب اتخاذه و يجعله غير قانوني⁵.

فمحل القرار الإداري يجب أن يكون ممكنا و ليس مستحيلا، أي أن يرتب القرار أثره، و يجب أن يكون الأثر القانوني الذي تقصد الإدارة ترتيبه جائزا قانونا من حيث اتفاهه و عدم تعارضه و مخالفته للنظام القانوني السائد بالدولة ضمانا لمبدأ المشروعية.

1- لحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 351.

2- نشرة القضاء، وزارة العدل، مديرية البحث، العدد 47، ص 174.

3- قرار غير منشور أشار إليه: سايس جمال- رشيد خلوف، الاجتهاد القضائي الجزائري في القضاء الإداري، ج 2، منشورات كليك، ط 1، 2013، الجزائر، ص 1239.

4- مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص 147.

5- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 319-320.

يتمثل عيب المحل في ترتيب القرار لآثار غير مشروعة أي مخالفة لمبدأ المشروعية، أيا كان المصدر مكتوبا أو غير مكتوب، من حيث إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة أو خاصة بصورة مخالفة للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف مصادره.

تشكل مخالفة القانون أحد الأوجه أو الحالات التي يقوم القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري بسببها و هي شقين: الخطأ في تفسير القانون، و الخطأ في تطبيق القانون.

أ-المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية:

تتعلق عدم المشروعية بمحل القرار و بما أن المخالفة ليست من النظام العام فعلى المدعي إثبات وجود قاعدة قانونية و التي اعتمدها في تأسيس طلباته و خالفها الإدارة و أهملتها، حينئذ يقوم القاضي بمقابلة محتوى القرار الإداري المتنازع عليه بالقاعدة القانونية التي تمسك بها الخصوم فإن لاحظ المخالفة ألغى القرار على أساسها، و إن مخالفة الإدارة للقاعدة القانونية قد تكون باتخاذها موقفا إيجابيا، كأن ترفض الإدارة منح رخصة ما مع استيفاء شروطها، و قد تتخذ موقفا سلبيا بأن تمتنع عن تنفيذ قاعدة قانونية موجودة.

ب-المخالفة الغير مباشرة للقاعدة القانونية:

لا يراقب القاضي الإداري اكتشاف الخطأ القانوني موضوع القرار الإداري، لكن يراقب الأسباب القانونية و المادية التي قادت السلطة الإدارية لإصدار القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، و بعدما كان الخطأ يقتصر في تطبيق النص القانوني أصبح يشمل كذلك الخطأ في تفسير القانون المطبق، و ترتكب السلطات الإدارية خطأ قانوني عندما تصدر قرارا إداريا تطبيقا لنص قانوني غير النص القانوني الملائم .

ترتكب السلطة الإدارية خطأ قانوني عندما تفسر نص قانوني بصفة غير ملائمة حين صدور قرارها تطبيقا للنص القانوني، و بما أن القاضي هو الذي يراقب مشروعية القرار الإداري، فعليها أن تلتزم بالتفسير الذي حكم به القاضي الإداري حتى و لو لم يتفق مع حرفية النص.

يعتبر البحث عن الخطأ المادي قفزة نوعية لرقابة القاضي الإداري في إطار دعوى الإلغاء، بحيث بعدما كان يقتصر دوره على مراقبة الأخطاء القانونية باعتباره قاضي القانون، وسع مجال رقبته إلى المسائل المادية و أصبح بذلك قاضي للوقائع، و يتفرع هذا الغلط إلى حالتين:

في الحالة الأولى يقوم القاضي بمراقبة الصحة المادية للوقائع، رقابة تدور حول وجود الوقائع التي ارتكزت عليها السلطة الإدارية لإصدارها القرار، و سميت هذه الحالة بالغلط المادي، بسبب عدم وجود الوقائع المادية¹، و الحالة الثانية يقوم فيها القاضي برقابة الغلط القانوني حسب سوء تكييف الوقائع المادية من طرف الإدارة.

تتميز حالة عيب مخالفة القانون عن الحالات الأخرى في دعوى الإلغاء لكونها تكملها و تتطلب من القاضي الإداري أن يقوم بمنهجية للبحث عن مخالفة القانون بطريقة دقيقة و تساعده في ذلك الصور المذكورة سابقا التي يجوز له استعمالها بصفة منفصلة أو متكاملة.

ب- عيب الانحراف بالسلطة (إساءة استعمال السلطة)

تتحرف الإدارة العامة بالسلطة حينما تسيء استعمالها من خلال سعيها إلى تحقيق أهداف غير مشروعة²، فهو العيب الذي يصيب ركن الهدف في القرارات الإدارية و يجعلها غير مشروعة فتكون قابلة للطعن فيها بالإلغاء، و يتمثل ركن الهدف أو الغاية في القرار الإداري في النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة العامة إلى تحقيقها من وراء إصدارها للقرار باستعمالها لصلاحياتها و امتيازاتها لتحقيق الصالح العام، مثلا عندما تختار السلطة الإدارية استعمال إجراء الاستيلاء بصفة متتالية للاستفادة من ملكية شخص بدل القيام بإجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية³.

فغاية القرار الإداري تختلف عن كل من ركني السبب و المحل، فإذا كان السبب هو الحالة القانونية أو الواقعية الخارجية عن إرادة مصدر القرار فهو يتميز بالطابع الموضوعي، بينما ركن الغاية يتميز بالطابع الذاتي، إذن هو تعبير عن قصد و نية إرادة مصدر القرار، كما يختلف ركن الغاية عن ركن المحل من حيث أن الغاية هي الأثر أو النتيجة البعيدة و النهائية و الغير مباشرة بينما محل القرار هو الأثر الحال و المباشر.

من الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الشأن ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا في قراراتها التي صدرت بتاريخ 23-02-1998 ملف رقم 157362 فريق (ق.ع.ب) ضد والي ولاية قسنطينة، أن نزع الملكية لا يكون ممكنا إلا إذا جاء تنفيذها لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات

1- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص157.

2- محمد الصغير بعل، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص178.

3- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، دون ط، دار الفكر العربي، 1996، ص40.

4- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2003، ص178.

نظامية مثل التعمير و التهيئة العمرانية و التخطيط و تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية و نشأت و أعمال كبرى ذات منفعة عمومية.

لما كان ثابتا في القضية المعروضة عليها أن القطعة الأرضية محل النزاع التي منحت للبلدية قد جزأت للخواص و سمحت لهم ببناء مساكن فهنا تبين أن الإدارة خرجت عن الهدف المقرر من وراء نزع الملكية و بالنتيجة قررت الغرفة إبطال المقرر في 26-12-1989 و المقرر في 05-12-1991 و المقرر المؤرخ في 19-03-1995.

إذا كان الهدف الحقيقي هو المصلحة الخاصة و هي الحالة التي تصدر فيها السلطة الإدارية المختصة قرارا إداريا تهدف من ورائه إلى تحقيق أهداف معنوية أو مادية أو شخصية تتناقض تماما مع أهداف المصلحة العامة و من حالاتها:

- تحقيق مصلحة شخصية لمصدر القرار .
- استعمال السلطة بهدف سياسي¹.
- استعمال السلطة لتحقيق مصلحة عامة لكن غير المصلحة العامة المراد تحقيقها.

بما أن عيب الانحراف في السلطة يتعلق بالهدف من القرار فإنه يصعب على القاضي اكتشاف هذا العيب الداخلي إذ لا تقتصر رقابته على المظهر الخارجي، بل تمتد إلى البواعث الخفية، و لصعوبة الإثبات جعل منه القاضي عيبا احتياطيا للوصول إلى نية الإدارة و من العدد الإجمالي للدعاوى الإدارية يفضل المدعي استعمال وسيلة أخرى أسهل متمثلة في حالة مخالفة القانون².

ج- عيب انعدام السبب في القرارات الإدارية:

يقصد بالسبب الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرارات و الدافعة إلى إصداره أي الحالة القانونية أو الظروف المادية المبررة لاتخاذ القرار الإداري، و هو عدم مشروعية القرار الإداري إما لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار، سواء الوقائع المادية أو الوقائع القانونية، و يشترط في السبب أن يكون مشروعاً و أن يكون قائماً و حالاً، أي أن الإدارة حال إصدارها القرار، إنما أرادت مواجهة وضع واقعي أو قانوني.

1- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 04-03-1978 في قضية خيال عبد الحميد ضد رئيس بلدية عين البنيان.

2- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص154.

الفرع الثالث

اجتهادات القاضي الإداري في تكريس دعوى الإلغاء

نص القانون 2/90 المتعلق بالتهيئة و التعمير المؤرخ في سبتمبر 1990 على ضرورة توفر رخص تمكن الإدارة كجهة رقابة و إشراف من القيام بمهمتها الرقابية و تعتبر رخصة البناء و رخصة الهدم من بين الرخص التي خصها المشرع بأهمية خاصة. كذلك من بين المنازعات الإدارية منازعات الوظيف العمومي ، و سوف نتطرق إلى مجموعة من الاجتهادات نخص هذين المجالين فيما يلي:

أولاً: اجتهادات مجلس الدولة في مجال العمران

إذا كان المشرع قد أخضع جميع الأنشطة لتراخيص إدارية، فإن من حق الأفراد الحصول على هذه القرارات المتعلقة بها، و على الإدارة أن تقوم بواجبها اتجاه مختلف الطلبات، فهي ملزمة باحترام الاجراءات و المواعيد الخاصة بإصدار القرارات و إذا خالفت الشروط القانونية و التقنية في إصدار هذه القرارات، تكون قد انتهكت مبدأ المشروعية، ويحق للأفراد منازعتها على ذلك بالطعن في هذه القرارات ثم متابعتها للتعويض عما لحقهم من أضرار أصابتهم أو أصابتهم ممتلكاتهم جراء تصرفاتها القانونية.

1- الاجتهادات القضائية في مجال رخصة البناء:

رخص القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة و التعمير و المؤرخ في 1-12-1990 أنه يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي معني قبل الشروع في الدراسات، أن يطلب شهادة للتعمير تعين حقوقه في البناء، و عرفت بأنها: "القرار الإداري الصادر عن السلطة المختصة تمنح بمقتضاه لشخص الحق في البناء طبقاً لقانون العمران".¹

من بين الاجتهادات التي توصل إليها مجلس الدولة و المحكمة العليا نذكرها كالاتي:

1-قرار رقم 73532 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس بتاريخ 08-01-1983 يعالج قرار صمت السلطات البلدية المختصة بالتسليم خلال المواعيد القانونية².

المستنبط من هذا القرار هو الآتي:

1- عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، ج2، ط1، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2003، ص410.

2- قرار الغرفة الإدارية، المجلس الأعلى رقم 73532 الصادر بتاريخ 08-01-1978 قضية فريق م ضد بلدية بسكرة والي ولاية بسكرة، المجلة القضائية، وزارة العدل، الجزائر، العدد4، 1989، ص2016.

"متى كان من المقرر قانوناً أن المجالس القضائية تختص بالفصل ابتدائياً بقرار غير قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى، في جميع القضايا التي تكون إحدى البلديات طرفاً فيها و من المقرر كذلك أن السكوت الذي تلتزم به السلطات البلدية تجاه تسليم رخص البناء، يعد قراراً ضمناً بالقبول، و أن الرخصة الضمنية المستخلصة من سكوت الإدارة تنتج نفس الآثار التي تنتجها الرخصة الصريحة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذه المقتضيات يعد خطأً في تطبيق القانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنين أودعوا بتاريخ 13-10-1987 ملفاً مستوفياً للشروط القانونية من أجل الحصول على رخصة البناء، دون أن يبت في طلبهم خلال مهلة 45 يوماً المنصوص عليها قانوناً من تاريخ إيداع الملف و أن المجلس القضائي، الغرفة الإدارية، عندما عرض عليه النزاع صرح بعدم اختصاصه بالنظر في الدعوى، فإنه بهذا القضاء أخطأ في تطبيق القانون. و متى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف و الإشهاد بعدم التصدي على إيداع طلب الحصول على رخصة البناء من طرف الطاعنين بتاريخ 13-10-1987 القرار الضمني بالقبول المستخلص من سكوت الإدارة".

2-قرار رقم 62040 الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 10-02-1990¹ و المبدأ المستنبط من هذا القرار يتمثل فيما يلي:

"من المقرر قانوناً أن للإدارة الحق في تأجيل البت في طلب رخصة البناء لمدة لا تزيد عن سنة، و من ثم فإن القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعد مشوباً بعيب الخطأ في تطبيق القانون. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الإدارة لم تتخذ موقفاً فيما يتعلق بطلب الطاعن المتعلقة برخصة البناء رغم فوات المدة القانونية و متى كان ذلك استوجب إبطال القرار الإداري الضمني".

3-قرار رقم 038284 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 03-04-2008 يتعلق بمنحة رخصة بناء كمقابل لدين في ذمة البلدية²:
و يندرج هذا القرار في المبدأ التالي:

1- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 62040 بتاريخ 10-02-1990 قضية (ب.ج) ضد المجلس الشعبي البلدي

بسكيكدة، المجلة القضائية، وزارة العدل، الجزائر، العدد 03، 1991، ص 181.

2- مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009، ص 91.

إن إجراء تسليم رخصة البناء يخضع لكيفية منح التعمير المحدد في النصوص القانونية الخاصة بالتعمير و التهيئة، وبالتالي الحصول على رخصة البناء مقابل تنازل المستفيد من الدين الداخل في ذمة البلدية لصالحه بعد تصرف مخالف للقانون و يترتب عليه بطلان الرخصة".

4-قرار رقم 29432 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 27-11-1982 يتضمن استحالة سحب رخصة البناء¹:

المستتبط من هذا القرار هو: "من المقرر قانونا و على ما جرى القضاء الثابت حيث كرس تطبيق المبدأ العام للقانون و هو استحالة سحب القرار الإداري الصحيح الذي تتخذه السلطة و يكون منشأ للحقوق، و من ثم فإن القرار البلدي الملغى للرخصة البناء إدعاء بوجود نزاع في الملكية يعد قرارا مشوبا بتجاوز السلطة.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المتخذ من رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي منح بمقتضاه للطاعن رخصة البناء يكتسي الصيغة التنفيذية و يرتب حقوقا للمستفيد دون أن يكون مشوبا بأي مخالفة، فإن الطاعن على صواب عند تمسكه ببطلان القرار المطعون فيه لتجاوز السلطة." 5-قرار رقم 68240 صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 28-07-1990 الذي جاء فيه عدم مراعاة الإدارة المعنية الآجال القانونية في تسليم رخصة البناء و رفضها قضية(ت.ع) ضد(ل.م)²:

يستتبط من هذا القرار مايلي:

"من المقرر قانونا أن دراسة الملف بالكامل لطلب رخصة البناء تتم في أربعة أشهر على الأكثر ابتداء من التاريخ الذي تستلم فيه الإدارة المعنية للملف المذكور، و تعطي لصاحب الطلب وصلا بذلك و تمنح رخصة البناء أو ترفض صراحة خلال المهلة المحددة أعلاه، و من ثم فإن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانونا بعد تجاوز السلطة، و متى كان كذلك استوجب إبطال مقرر الرفض."

6-قرار رقم 18915 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 11-05-2004 و يتمثل في حالة التعدي قضية (أ.ج) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي باب الزوار³:

1- المجلة القضائية، العدد 01، 1990، ص188.

2- المجلة القضائية، العدد1، 1992، ص153.

3- مجلة مجلس الدولة، العدد05، 2004، ص240.

يستتبط من هذا القرار ما يلي:

"تكون البلدية في حالة تعدي عندما تقوم بهدم و حجز و تحطيم و كسر ما قام المستأنف بإنجازه بدون إذن قضائي، لا يمكن أن يكون التعدي إجراء قانونيا يسمح للإدارة باستعماله للإضرار بالمواطنين.

و وقف التعدي من اختصاص قاضي الاستعجال".

2- الاجتهادات القضائية في مجال رخصة الهدم

إذا كان البناء يخضع لرخصة تسلمها السلطة المختصة بعد توافر الشروط و إيداع الملف و استيفاء جملة من الإجراءات المحددة قانونا، فيكون من باب أولى اشتراط الرخصة لهدم البناية، وهذا ما قد ينجم عن الهدم من خطورة لأجل ذلك جاءت المادة 60 من قانون 29/90 بقولها: "يخضع كل هدم كلي أو جزئي لرخصة الهدم.....".

تحضر رخصة الهدم و تسلم في الأشكال و الشروط و الآجال التي يحددها التنظيم.

1- قرار رقم 20217 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 18-10-2005¹ و الذي تضمن صلاحية رئيس البلدية بهدم الأشغال المنجزة المخالفة لقانون التهيئة و التعمير:

تمثل مبدأ هذا القرار كالاتي:

إذا كانت المادة 53 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 تخول لرئيس البلدية صلاحية هدم الأشغال المنجزة مخالفة لقانون البناء و التعمير دون اللجوء إلى العادلة، فإنها في نفس الوقت لم تمنعه من المطالبة بذلك قضائيا مادام أنه احترم جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر في مجال معاينة مخالفات قواعد الهندسة المعمارية و التعمير."

2- قرار رقم 064475 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 28-07-2011 يتعلق برقابة القضاء لمشروعية قرار الهدم²:

مبدأ هذا القرار هو:

"إن قرار رئيس المجلس الشعبي البلدي في هدم محل تجاري مخصص لشخص بموجب قرار ولائي منتظم لا زال قائما و منشأ لحقوق دون تدعيم بمحضر معاينة المخالفة الناجمة عن انجاز

1- مجلة مجلس الدولة، العدد7، 2005، ص123.

2- قرار رقم 064475، صادر عن مجلس الدولة الغرفة الثالثة بتاريخ 28-07-2011، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد (شخص، محل تجاري)، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد10، 2011، ص131.

صاحبه بناء فوضوي أو عند قيامه بنشاط أو تصرف يشكل خطرا على الأمن العام لتبرير عملية الهدم يعد غير مشروع بعبء تجاوز السلطة".

3-قرار رقم 167252، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 27-04-1998 يتضمن تعدي البلدية بتحطيم دون حصولها على حكم مرخص بذلك¹:

المستتبط من هذا القرار:

"من المقرر قانونا بالمادة 124 من القانون المدني أن كل عمل أي كان مرتكبه و يسبب ضررا للغير يلتزم مسببه بالتعويض.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن البلدية قامت بالتعدي على جدار و تحطيمه دون أن تحصل على حكم يرخص لها بذلك بحجة أن الحائط تم بناؤه بطريقة فوضوية رغم أن المستأنف استظهر رخصة البناء و محضر إثبات حالة على أنه لم يغلق مجرى مياه الوادي كما تدعيه البلدية. و عليه فإن البلدية تتحمل مسؤولية خطئها مما يتوجب إلغاء القرار الذي رفض تعويض المستأنف".

ثانيا: إجهادات القاضي الإداري في مجال الوظيفة العامة

1-الاجتهادات القضائية المتعلقة بعزل الموظف العام

يعتبر العزل العقوبة الأخطر بالنسبة للموظف فتغيبه لمدة 15 يوما متتالية على الأقل دون مبرر مقبول، تتخذ السلطة الإدارية التي لها صلاحية التعيين إجراء العزل بسبب إهمال المنصب و هذا ما جاءت به المادة 184 من الأمر رقم 06-03 حيث لا يمكن للموظف الذي كان محل عقوبة العزل أن يوظف من جديد في الوظيفة العمومية.

1-قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 14-03-1975².

يتضمن هذا القرار الطعن بالنقض لإلغاء القرار الصادر عن والي ولاية سطيف بتاريخ 7-05-1974 المتضمن عزل المدعي من وظيفته كعون تقني متخصص.

الموظف الذي يرفض أن يلتحق بعمله يعد قد ترك وظيفته و بالتالي يفقد حقه في الاستفادة من الضمانات المنصوص عليها في القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

1- المجلة القضائية، العدد 1، 1998، ص 200.

2- نشرة القضاة، 1978، العدد 1، ص 46.

2-القرار رقم 33853 صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 26-05-1984¹ يتضمن قرار العزل الذي يسري بقرار رجعي.

المبدأ المستخلص هو:

متى كان من الثابت من المبادئ المعمول بها أن القرارات الفردية الضارة بالأفراد لا تطبق في حقهم بأثر رجعي و إنما تطبق ابتداء من تاريخ قرار التصريح بالعقوبة و من ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافا لما ورد في أحكام هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

إذا كان من الثابت في قضية الحال أن وزير الشؤون الخارجية أصدر بتاريخ 01-04-1982 قرار يتضمن عزل موظف بأثر رجعي و نص فيه على سريان مفعوله ابتداء من 20-11-1981 في حين أن هذا الموظف كان قد استمر في تأدية وظائفه برضا رؤسائه و قد كان من المتعين على الأقل اللجوء إلى إجراء توقيف هذا الموظف قبل اتخاذ قرار عزله.

و متى كان كذلك تعين قبول عريضة الطعن و التصريح بإبطال القرار المطعون فيه.

3-قرار رقم 48568 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 07-12-1985 يتضمن تقصير الموظف في أداء وظيفته و عدم التزامه لواجب الطاعة و احترامه للسلطة الرئاسية². جاء مبدأ هذا القرار فيما يلي:

"من المقرر قانونا، أن الأخطاء التأديبية تشمل كل تقصير في ممارسة الوظيفة و الأفعال المرتكبة خارج الوظيفة و التي تمس من حيث طبيعتها بشرف و اعتبار الموظف أو الكفيلة بالحط من قيمة الفئة التي ينتمي إليها أو المس بصورة غير مباشرة، بممارسة الوظيفة، و من ثم فإن الإدارة العامة باتخاذها قرار يعزل الموظف، الذي قد انتهج سلوكا لا يتماشى و صفته كعون من أعوان الشرطة و الذي كان في نفس الوقت قد خرق التزام الاحترام و الطاعة للسلطة الرئاسية، التزمت بتطبيق القانون و كان بذلك قرارها سليما.

لما كانت الأخطاء المهنية المرتكبة من الموظف كافية لتبرير عزله، فإن الإدارة كانت محقة في قرارها بتسليطها هذا الجزاء عليه، و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن بالبطلان."

1- المجلة القضائية، العدد4، 1989، ص215.

2- سايس جمال- رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (قرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة)، منشورات كليك، ج1، ط1، الجزائر، 2013، ص222.

4-قرار رقم 42989 صادر عن الغرفة الثانية بالمجلس الأعلى بتاريخ 01-02-1986¹، وجاء فيه عزل موظف دون موافقة اللجنة المتساوية الأعضاء:

يتمثل مبدأه فيما يلي:

"من المقرر قانوناً أن القرار الإداري المتضمن عزل موظف دون الحصول على الرأي الموافق للجنة المتساوية الأعضاء و دون أن يتسلم المعني بالأمر أي إخطار قانوني للمثول أمامها يعتبر مشوباً بعيب خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات و يستوجب البطلان.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن موظف، وأنه أصيب بمرض جعله يتوقف عن العمل أمر من الطبيب المعالج و أن الإدارة رفضت بعد ذلك إرجاعه و أخبرته بعزله بقرار أداري، ومتى كان ذلك استوجب إبطال القرار الإداري المطعون فيه."

5-قرار رقم 158459 صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 01-12-1996 و جاء فيه الطعن الإداري المسبق² قضية مديرية التربية لولاية سكيكدة ضد (ح.ك).

المستتبط من هذا القرار المبدأ التالي:

"صدور قرار مدير التربية عزل الموظف و بالتالي إبطال القرار من طرف الغرفة الإدارية. يقبل الطعن ضد قرار إذا رفع في أجل أربعة أشهر من تاريخ التبليغ أو النشر طبقاً للمادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية و أن محاولة الصلح التي يجريها القاضي الإداري تنوب عن القرار الإداري المسبق."

6-قرار رقم 7462 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 25-03-2003³ و قد تضمن عزل الموظف أثناء العطلة المرضية، قضية (س.ر) ضد مديرية التربية لولاية سطيف.

جاء مبدأ هذا القرار كالتالي:

"يعتبر قرار العزل خلال عطلة مرضية شرعية مخالف للقانون لأن الموظف مستفيد بعجز ممنوح من جهات معنية بالتأمينات الاجتماعية، الذي يتعين إلغاء قرار العزل.

1- المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص172.

2- نشرة القضاة، العدد3، 1998، ص82.

3- مجلة مجلس الدولة، العدد5، 2004، ص166.

إنه كان ولازال في إجازة سنوية يوم 31 ماي 1999 و أن اتخاذ قرار التوقيف يخالف قاعدة قانونية استقر عليها الاجتهاد القضائي و هو أنه لا يجوز إجراء تأديبي ضد الموظف أو العامل بصفة عامة أثناء غيابه من العمل بمناسبة إجازة سنوية أو عطلة مرضية.

2-1- لاجتهادات المتعلقة بإيقاف الموظف عن وظيفته:

1-قرار رقم 39742 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 01-06-1985¹، يتضمن هذا القرار إيقاف موظف مؤقتاً عن عمله، قضية (ب.ر) ضد (مديرية التربية لولاية....):
جاء مبدأ هذا القرار فيما يلي:

"أن مسؤولية الإدارة المرفقة قد تدفع بها حرص منها على مصلحة المرفق عند الاقتضاء، اتخاذ إجراءات ضد موظفيها، مخولة لها بعنوان سلطتها.

و متى صدر عنها قرار الإبعاد المؤقت عن الوظيفة لغاية البث في أمر الموظف، و اعتبر هذا الإجراء ضمن صلاحياتها و كان غير خاضع لشرط إبلاغ المعني بالملف لعدم اكتسائه الطابع التأديبي و لاحتفاظه للمعني بالحق في التعويض عند ثبوت عدم تبرير إجراء الإيقاف عن الوظيفة، مما يستوجب معه رفض الطعن الموجه ضد هذا القرار.

2-قرار رقم 24316 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 10-07-1982 و قد جاء في هذا القرار، إيقاف موظف عن عمله إذا لا يشكل عقوبة تأديبية² قضية (ل.م) ضد (وزير العمران و البناء).

المبدأ المستنبط من هذا القرار يتمثل في:

"و من مبادئ القانون الإداري و المقرر قانوناً أن إيقاف موظف عن عمله لا يشكل عقوبة تأديبية حسب مفهوم المواد 54-55-56 من القانون العام للوظيفة العمومية إلا أنه يعتبر تدبير أبعاد من المصلحة فرضه سلوك هذا الموظف و من ثم فإن الطعن ببطلان القرار الإداري المتضمن اتخاذ هذا التدبير لا يمكن رفعه أمام القضاة المكلفين بإبطال قرارات تجاوز السلطة.

3-قرار رقم 56648 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 25-03-1989 و جاء مضمون هذا القرار في عدم تسوية وضعية موظف في خلال 6 أشهر من يوم تبليغ الإيقاف³:

1- المجلة القضائية، العدد3، 1989، ص200.

2- المجلة القضائية، العدد2، 1990، ص182.

3- المجلة القضائية، العدد3، 1991، ص162.

حيث استخلص مبدأ هذا القرار في:

"من المقرر قانونا في حال إيقاف الموظف يجب تسوية الحالة في مدة 06 أشهر ابتداء من يوم تبليغ قرار الإيقاف، و من ثم فإن القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعد مشوبا بعيب خرق القانون. و في قضية الحال إن الطاعن تم توقيفه عن مهامه كمعلم بموجب مقرر مؤرخ في 29-11-1970 و أنه منذ هذا التاريخ لم يستلم أي تبليغ يتضمن فصله أو إرجاعه إلى عمله، فإنه من المقرر المطعون فيه بإغفاله هذا الإجراء يتعين إبطاله، و متى كان كذلك استوجب إبطال المقرر الإداري المطعون فيه." 4-قرار رقم 76732 صادر عن الغرفة بالمحكمة العليا، بتاريخ 24-03-1991¹ و مضمون هذا القرار السلطة التقديرية للوالي.

مبدأ هذا القرار يتمثل في:

"متى كان من المقرر قانونا أن تعيين مدير مؤسسة ولائية يتم بموجب مقرر من الوالي يتم إيقافه عن مهامه بنفس الطريقة.

من ثم فإن مقرر عزل المدير العام لمكتب الدراسات التقنية متعددة الخدمات يخضع للسلطة التقديرية للوالي باعتباره منصبا نوعيا، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

5-قرار رقم 23650 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 04-01-1982 و تضمن القرار توقيف عن العمل²، قضية (ج.م) ضد وزير التربية.

المبدأ المستنتج من هذا القرار هو:

"من المستقر فقها و قضاء أن القرار في حد ذاته لا يعتبر إجراء تأديبيا إذ عادة ما تتخذه الإدارة في حق موظفيها لخدمة المرفق، و على هذا الأساس لم يضع في استصداره قيام الإدارة مسبقا بإبلاغ الملف أو أخذ رأي اللجنة المتساوية الأعضاء، مما يتعين رفض العريضة المؤسسة على هذا النعي لعدم تأسيسها".

1- المجلة القضائية، العدد 1، 1993، ص 164.

2- المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص 219.

المطلب الثاني

دعوى التعويض (المسؤولية الإدارية)

لا نقل دعوى التعويض أهمية عن دعوى الإلغاء خاصة أن مجالها واسع و يستوجب نماذج كثيرة لا يمكن بأي حال من الأحوال حصرها، و يكتسي موضوعها أهمية لارتباطه بالأنشطة التي تزاولها الإدارة و التي يصاب من جرائها الأشخاص بأضرار سواء ثبت خطأها في ذلك أم لا، و ذلك في إطار تحقيق التوازن بين مصالح الدولة من جهة و حقوق الأفراد من جهة أخرى، إذ أصبحت مسؤولية الدولة من المبادئ المسلم بها في جل الدول، خاصة بفرنسا التي ساهم القضاء الإداري داخلها في إرساء قواعد و ضوابط هذه المسؤولية مع حكم بلانكو الشهير الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية سنة 1873.

تعد دعوى التعويض من أهم دعاوى القضاء الكامل التي يتمتع فيها القاضي بسلطات كبيرة و التي تهدف إلى المطالبة بالتعويض و جبر الأضرار المترتبة عن الأعمال الإدارية المادية و القانونية¹.

الفرع الأول

تعريف دعوى التعويض

إن موضوع دعوى المسؤولية الإدارية من أعقد مواضيع القانون الإداري و إن تنظيم هذه المسؤولية يعود لاجتهاد القاضي الإداري، و نظرا لأهميتها فهي تعد من دعاوى القضاء الكامل التي يتمتع فيها القاضي بسلطة كبيرة.

أولاً: التعريف التشريعي

ورد مفهوم دعوى التعويض في التشريع بشكل محتشم فذكره المشرع ضمناً في صياغة المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بقولها: ".....كما تختص المحاكم ابتدائياً في القضايا...."² و عبارة "المسؤولية المدنية للدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية

1- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص198.

2- الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

و الرامية لطلب التعويض "في صياغتها لسنة 1969 و التي جاءت كما يلي: "فيما تختص المجالس القضائية بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا و أيا كانت طبيعتها".¹

نصت المادة 800 من القانون رقم 08-09 على أنه: "المحاكم الإدارية جهة الولاية العامة في المنازعة الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة.....".

كما جاء في نص المادة 801 من نفس القانون ذكر الدعاوى التي تختص بها المحاكم الإدارية من بينها دعاوى القضاء الكامل و التي تضم دعوى التعويض باعتبار أن دعاوى القضاء الكامل، هي الأشمل و دعوى التعويض إلاجزاء منها.

ثانيا: تعريفها القضائي

ورد تعريف دعوى التعويض في الأحكام القضائية بشكل ضمني و ذلك تحت عبارة دعاوى القضاء الكامل، و لم تأتي بصفة صريحة بالرغم من الدور الكبير الذي لعبه القضاء في إرساء قواعد هذا النوع من الدعاوى نورد منها هذه الأمثلة، قرار مجلس الدولة المؤرخ في 15-06-2004 و الذي أقر ما يلي: "...و أن الأمر يتعلق لدعوى القضاء الكامل هي من اختصاص الغرفة الإدارية المحلية...."².

ثالثا: تعريفها الفقهي

عرف بعض الفقهاء دعوى التعويض على أنها: الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة لتعويض ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة.³

هي: "دعوى من خلالها يطلب صاحب الشأن من الجهة القضائية المختصة القضاء له بمبلغ من المال تلزم إدارة ما أو هيئة تدفعه نتيجة ضرر أصابه."⁴

هي: "الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها و يرفعها أصحاب الصفة و المصلحة أمام الجهات القضائية المختصة، طبقا للشكليات و الإجراءات المقررة قانونا، للمطالبة بالتعويض الكامل و العادل

1- الأمر رقم 69-77 المؤرخ في 18 سبتمبر 1969 المعدل المتم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 28 جوان 1966

المضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، العدد 82 المؤرخة في 26 سبتمبر 1969.

2- قرار رقم 10841 مؤرخ في 15-06-2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، سنة 2004، ص 147.

3- معوض عبد التواب، دعاوى التعويض الإدارية و صيغها، دون ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998، ص 11.

4- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 107.

اللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار، كما تمتاز بأنها دعاوى القضاء الكامل و أنها من دعاوى قضاء الحقوق¹.

تعرف أيضا بأنها: "هي الدعوى التي يرفعها أصحاب الصفة و المصلحة القانونية، و تهدف للمطالبة من السلطات القضائية بالاعتراف أو بوجود حقوق شخصية مكتسبة، و ثانيا تقرير ما إذا كان قد أصابها أضرار مادية أو معنوية و تقدير هذه الأضرار و تقرير التعويض الكامل و اللازم و المناسب لإصلاحها و الحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض".

تتعلق المسؤولية الإدارية بقرار إداري كما هو الحال بالنسبة لقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، كما تتعلق بعقد إداري كعقد الامتياز في حال استرداد الإدارة للنشاط موضوع عقد الامتياز قبل المدة و فسخها للعقد من جانب واحد، و قد تتعلق دعوى التعويض بالصفقات العمومية ، كما قد تتعلق بعمل مادي قامت به الإدارة و سبب ضررا للغير كهدم بناءات مثلا و قد تختص دعوى المسؤولية بعدم تنفيذ الإدارة لأحكام القضاء و لعل أكثر تطبيقاتها ما تعلق منها بمسؤولية الإدارة الإستشفائية.

الفرع الثاني

شرط قبول دعوى التعويض

ترفع دعوى التعويض الإدارية أمام الجهات القضائية المختصة وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09، و التي تتمثل في وجوب توفر شروط خاصة بالدعوى الإدارية، و بتحضير ملف دعوى التعويض الإدارية قبل الفصل فيها.

أولا: الشروط الشكلية لقبول الدعوى

يطلق عليها الفقه الشروط الشكلية للدعوى الإدارية و تتمثل في شروط عامة مشتركة منها ما هو متعلق بالمدعي من وجوب توفر أهلية و صفة و مصلحة في رفع الدعوى طبقا للمادة 459 من القانون رقم 08-09 ، و التي سنتطرق إليها فيما يلي.

1- شرط الصفة

الأصل هو وجوب رفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة آخر و إلا كان غير مقبول، كما أن الصفة الإجرائية غير الصفة الموضوعية، أي أن الأخيرة تعني التطابق بين المراكز الموضوعية

1- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص566.

و المراكز الإجرائية، بمعنى أن يكون صاحب الحق الموضوعي هو من شغل مركز الخصم في الدعوى، و المعتدي على هذا الحق هو شاغل مركز الخصم الآخر في الدعوى¹.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 مثله مثل سابقه لم يتطرق إلى تعريف شرط الصفة بالرغم من أنه نص عليها صراحة في نص المادتين 13 منه و 459 و جعلها من النظام العام².

فالصفة تعني أن ترفع دعوى التعويض من صاحب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب شخصيا، أو بواسطة نائبه أو وكيله القانوني أو القيم، هذه بالنسبة للأفراد، أما الصفة في السلطة الإدارية المختصة فيجب أن ترفع دعوى التعويض من أو على السلطات الإدارية المختصة و التي تمتلك الصفة القانونية للتقاضي باسم و لحساب الإدارة العامة، مثل الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

2- شرط المصلحة:

المصلحة في القضاء العادي تعني أن يكون لرافع الدعوى حق ذاتي معتدى عليه و لها نفس المعنى فيما يخص دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض)، و يجب أن يكون رافع الدعوى قد اعتدى على حق من حقوقه³.

فالمصلحة هي الأساس في قيام الحق في الدعوى، بمعنى أنه يجب أن يكون لرافع الدعوى فائدة يجنيها من وراء مباشرة الدعوى، و تكون له منفعة قانونية يتحصل عليها من وراء رفع دعواه، سواء كانت المنفعة مادية أو أدبية، و لقد اشترط المشرع شرطين لانعقاد المصلحة هما:

- أن تكون المصلحة قانونية

- أن تكون المصلحة قائمة و حالة.

1- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دون ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص123.

2- عزري الزين، الأعمال الإدارية، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010.

3- نبيل صقر، المرجع السابق، ص126.

ثانيا: الشروط المتعلقة بعريضة الدعوى

ترفع دعوى بمقتضى عريضة مكتوبة تحتوي على مجموعة من البيانات و الوثائق و المستندات اللازمة، و يجري التحقيق و المعاينة وفقا للمسائل القانونية المعروفة في عريضة الدعوى¹. تعتبر عريضة دعوى التعويض الوسيلة الشكلية و الإجرائية القانونية و القضائية التي يقدم من خلالها المتضرر طلبا إلى الجهة القضائية المختصة، يطلب فيه من الإدارة العامة المسؤولة بالتعويض اللازم لإصلاح الأضرار التي سببتها أعمالها المادية الضارة، و تخضع عريضة دعوى التعويض لمجموعة من الشكليات و الإجراءات و المراحل القانونية اللازمة، حيث يجب أن تكون مكتوبة². هذا ما نصت عليه المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة و مؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله، أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

يجب أن تعد العريضة وفق المواصفات و المكونات التي تقررها قواعد النظام القانوني للعريضة الإدارية أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا، و بالرجوع إلى هذه القواعد و الأحكام يتبين أن عريضة دعوى التعويض أو المسؤولية الإدارية يجب أن تقتضي مجموعة من البيانات و المكونات و هذا ما جاء في أحكام المواد (14-15-815-816) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و لقد نصت المادة 15 منه على جملة من البيانات سابقة الذكر في دعوى الإلغاء.

تقدم عريضة دعوى التعويض الإدارية لدى كتابة أو أمانة الضبط للمحكمة الإدارية، و يسلم أمين الضبط وصلا بالاستلام إلى المدعي، مع تسجيلها في سجل خاص و بيان أسماء و عناوين الطرفين أو الخصوم³، كما يترتب على قيد العريضة بدء احتساب الأجل أو الميعاد في حالة التزام المحكمة بضرورة الفصل في الدعوى خلال مدة محددة.

ثالثا: شرط الميعاد

الملاحظ في إقامة دعوى التعويض الناشئة عن الأعمال المادية أو القانونية للإدارة التي لا تكتسب صفة و طبيعة القرار الإداري، أنها لم تحدد المدة القانونية التي يستصدر الفرد خلالها قرارا

1- حسين طاهري، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، دون ط، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر، 2005، ص38.

2- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص315.

3- المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إداريا يمكن بمقتضاه رفع الدعوى أمام القضاء، كما أنه لم يحدد للإدارة المدة القانونية المقررة للاستجابة لهذا الطلب رغم الأهمية الكبيرة لهذه القواعد.

إلا أنه في نص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي حددت صراحة ميعاد رفع الدعوى و ذلك اعتبارا من تاريخ التبليغ بالقرار المطعون فيه أو نشره أو من تاريخ رفع التظلم أو السكوت عنه بعد مرور أجل شهرين الممنوحين للإدارة، هذا فيما يخص الأضرار الناجمة عن الأعمال القانونية كالقرارات، و كان المشرع الجزائري قد افترض في نص المادة 819 منه أن المسؤولية الإدارية تتعد و تتحقق فقط بسبب الأعمال الإدارية و القانونية و لا تتعد حسب الأعمال المادية و الفنية للإدارة¹.

يتضح أن دعوى التعويض لا ترتبط بميعاد و أجل رفعها يبقى مفتوحا و لا يعني ذلك أنها لا تتعد بميعاد مطلقا إنما يشترط لقبولها أن يكون الحق موجودا.

رابعاً: شرط وجود قرار إداري مسبق

إن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد نص على ضرورة وجود قرار إداري مسبق لاكتمال الشروط الشكلية للدعوى الإدارية، إلا أنه أسقط ضرورة وجود التظلم المسبق، و أجاز للمتضرر الاتجاه مباشرة إلى الطريق القضائي، هذا ما ورد في نص المادة 819 منه بقولها: "يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير مدى مشروعية القرار الإداري، تحت طائلة عدم القبول، القرار الإداري المطعون فيه، ما لم يوجد مانع مبرر".²

الملاحظ أن دعوى التعويض لم ينص عليها المشرع في المادة المذكورة أعلاه، بحيث أن إمكانية تحقيق شرط القرار الإداري المسبق تكاد تكون صعبة إن لم نقل مستحيلة، خاصة إذا كانت الأعمال الإدارية التي نتج عنها أضراراً للغير هي أعمال مادية و لا تستند في حدوثها إلى قرار إداري و هنا يبقى الإشكال قائماً، إذ يمكن إثبات علاقة الإدارة بالضرر الذي أصاب الغير دون وجود قرار إداري مسبق، و يزداد الأمر صعوبة و إبهاماً لدينا خصوصاً إذا كانت مسؤولية الإدارة ناشئة عن أعمالها المادية المشروعة التي تستند على أساس نظرية المخاطر، و التي يكاد يستحيل إثبات علاقة الإدارة بالضرر الحاصل للمضرور فيها.

1- المواد من 819 إلى 830 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص590.

كان من المستحسن على المشرع أن يكرس آليات أكثر نجاعة و وضوحا لإثبات مسؤولية الإدارة أمام القضاء، خصوصا فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن أعمالها المادية التي لا تستند في وقوعها على قرارات إدارية التي يمكن تقديم الإثبات بها أمام القضاء الإداري.

هذا لا يمنع وجود بعض الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة العامة و التي تصيب الغير بأضرار تستند إلى قرار صادر عنها و بالتالي يجب المطالبة بالتعويض فيها مثل قرارات الهدم التي تصيب منازل غير المعنيين بها بأضرار، هنا تقوم مسؤوليتها عن أعمالها المادية المشروعة على أساس قرار الهدم الصادر عنها.

الفرع الثالث

الأساس القانوني لدعوى التعويض

الأصل أن مسؤولية السلطات العمومية تقوم على فكرة الخطأ، فلا يمكن تحميل الإدارة المسؤولية و إلزامها بدفع تعويض للمتضرر دون ثبوت ارتكابها للخطأ¹، غير أن تطور الفكر القانوني، و تنوع التطبيقات القضائية أدى إلى نشوء أساس آخر عن المسؤولية هو أساس المخاطر فصارت الإدارة تسأل و تتحمل التعويض رغم عدم ثبوت تقصيرها أو ارتكابها للخطأ و هو ما أدى في النهاية إلى تميز المسؤولية الإدارية عن المسؤولية المدنية، و لقد لعب القضاء الإداري في الجزائر دورا هاما في مجال القانون الإداري، و إرساء قواعده و رسم مساره من حيث المشاركة في توضيح معالمه في الجزائر، و لاسيما في مادة المنازعات الإدارية، يتضح ذلك في موضوع مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها المادية، من خلال الأحكام و القرارات التي أصدرتها الغرف الإدارية على مستوى المجالس في بادئ الأمر ثم المحاكم الإدارية و مجلس الدولة.

يعتبر مبدأ المسؤولية الإدارية الجانب الموضوعي في حالة رفع دعوى التعويض، و يعتبر ضمانا هامة في حماية حقوق الأفراد و حرياتهم في مواجهة الأعمال الضارة الصادرة عن الإدارة و التي يترتب عليها الإضرار بممتلكات الغير أي الأفراد و مصالحهم.

تعرف المسؤولية الإدارية بأنها الحالة القانونية التي تلتزم فيها الدولة أو المؤسسات و المرافق و الهيئات الإدارية العامة نهائيا بدفع التعويض عن الضرر أو الأضرار التي سببت للغير بفعل الأعمال الإدارية الضارة سواء كانت هذه الأعمال الإدارية الضارة مشروعة أو غير مشروعة و ذلك

1 -Rachid Zouaimia ,Marie Christine Rouault, **droit administratif**, Berti édition,2009,p294.

على أساس الخطأ المرفقي أو الخطأ الإداري أو على أساس نظرية المخاطر و في نطاق النظام القانوني لمسؤولية الدولة أو الإدارة العامة.

أولاً: المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ

يقول الفقيه Chapus René "أن المسؤولية الإدارية المبنية على الخطأ هي في الواقع مسؤولية فعل الغير شبيهة بمسؤولية المتبوع عن عمل التابع المقررة في القانون المدني"¹.

يقصد بالخطأ الذي يوجب المسؤولية الإدارية الفعل الضار غير المشروع و قد يكون الخطأ شخصي أو مرفقي أو مصلحي و قد يكون عمداً أو إهمالاً و لجبر الأضرار الناجمة عن أعمال الإدارة العامة، يمكن تصور 3 حالات:

1- أن يتحمل الموظف شخصياً المسؤولية عن جبر الضرر، تأسيساً على الخطأ "الشخصي" و هو حل يكفل الأداء الجيد للموظف بكل حرص، رغم ما قد يصيبه من عبء شخصي و هو يقدم الخدمات العامة للجمهور.

2- أن تتحمل الإدارة العامة المسؤولية عن القرار، تأسيساً على فكرة "الخطأ المرفقي أو المصلحي" و الذي من شأنه حماية الموظفين، رغم تهاونهم و تقصيرهم في أداء مهامهم في بعض الحالات.

3- أن تتوزع المسؤولية بين الموظف و الإدارة العامة (المرفق العام) تبعاً لدرجة الخطأ الشخصي أو المرفقي.

لمعالجة هذه المسألة يجب إقامة توازن بين المصلحة العامة و المصلحة الشخصية لكل من الموظف و المضرور، مما يقتضي التمييز بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي و لقد أخذ الفقه و القضاء بعدة معايير للتمييز بين الخطأين و من أهمها:²

1- النزوات الشخصية:

نسب هذا المعيار للفقيه laferrier و حسب هذا الاتجاه الفقهي نكون أمام خطأ شخصي إذا صدر التصرف عن العون العمومي و نبع عن نزوة شخصية و سوء نية لديه أو دافع شخصي أو

1 -R.Chapus, **droit administratif générale**, t1, Montchrestien, 15^e edition ,2001,p1293.

2- أحمد محيو، المرجع السابق، ص253.

غيرة أو حب انتقام و غيرها من المسائل الداخلية، فإن توافرت أحد هذه الحالات تحمل الموظف كامل المسؤولية و لا علاقة للمرفق به¹.

2- معيار الغاية أو الهدف:

ذهب اتجاه آخر في الفقه يتصدره الفقيه duguit لترشيح معيار الهدف، و القصد منه أننا نكون أمام خطأ شخصي إذا كان العون العمومي يسعى من خلال تصرفه إلى تحقيق أهداف شخصية أو خاصة، فإن ثبت ذلك تحمل المسؤولية الكاملة، و خلاف ذلك إذا تصرف من أجل تحقيق المصلحة العامة كنا أمام خطأ مرفقي².

3- معيار الانفصال عن الوظيفة:

نسب هذا المعيار للفقيه hauriou و يكمن مضمونه في ضرورة دراسة التعمق بشأن علاقة التصرف الصادر عن العون العمومي بالوظيفة أو المهام المسندة له، فإذا ثبت من التحقيق القضائي أن التصرف فرضته مقتضيات الوظيفة و له علاقة بمهام الموظف، كنا ساعتها أمام خطأ مرفقي، أما و إن ثبت خلاف ذلك تحمل العون المسؤولية و لا يجوز الزج بالإدارة العمومية و دفعها على تحمل مسؤولية خطأ بعيد عن الوظيفة و مهام الموظف³.

ثانيا: المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر أو دون خطأ

إن موضوع نظرية المخاطر الإدارية كأساس لمسؤولية الإدارة لاسيما عن أعمالها المادية تعد في الوقت الحالي من أدق الموضوعات و مازالت غير واضحة المعالم، فهي تدور في حدود السلطة التقديرية للقاضي و بعض التشريعات الجزئية.

هي نظرية قضائية في عمومها يعود الفضل في وجودها و تطبيقها إلى القضاء الإداري، وإذا كانت القاعدة العامة أن مسؤولية الإدارة إنما تقوم على أساس الخطأ المرفقي ، فيمكن أيضا قيام تلك المسؤولية على أساس فكرة المخاطر أي بدون إثبات خطأ الإدارة، حيث تكفي لتعويض المضرور أن يقيم و يثبت علاقة سببية بين نشاط الإدارة والضرر الذي أصابه، و الحقيقة أن مختلف الحالات

1- فارة سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة 8 ماي 1945 قالمة، ص2 و ما بعدها.

2- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص126.

3- عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 126.

التي يعتد بها المخاطر كسبب و أساس للمسؤولية الإدارية إنما يسودها و يكتسيها الطابع الاستثنائي و الغير الاعتيادي أو الطبيعي.

الفرع الرابع

تقدير التعويض و طرقه

اختلف الفقه قديما و حديثا في كيفية التعويض و تقديره، إلا أن المتفق عليه هو أن التعويض يجب أن يكون كاملا و عادلا لإصلاح الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء أعمال الغير، لاسيما في مجال مسؤولية الإدارة العامة، و خاصة إذا كانت الأعمال الصادرة عنها و التي أضرت بالغير هي أعمال مادية مشروعة، أي أن الضرر فيها يكون مباشرا كما أن سلطة تقدير هذا التعويض تعود للقاضي الذي يمنحه القانون السلطة الكاملة في تقديره.

أولا: التعويض العيني

يعتبر التعويض العيني من أنجع الطرق لتعويض المضرور، و ذلك من خلال إزالة و محو ما لحقه من ضرر، طبعا إذا كان ممكنا أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، و هو ما نصت عليه الشريعة الإسلامية حيث أنه إذا كان الشيء المتلف مثليا و جب تعويضه بمثله.

يعرف التعويض العيني أنه: "الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، أي يحق للمتضرر ترضية من جنس ما أصابه من ضرر و ذلك بطريقة مباشرة أي من دون الحكم له بمبلغ نقدي لإزالة الضرر عينا"¹.

يرى الأستاذ روجي دي بوبييه - أنه يعتبر من قبيل التعويض العيني إلزام المدين برد مثل المنقول الذي ضاع أو أتلّف بسبب إهماله أو إعادة بناء لجدار الذي تهدم، لأن الدائن في الحالتين لا يحصل على نفس حقه"².

يحكم بالتعويض العيني عند الإخلال بواجب عدم إلحاق أضرار بالغير، و متى ثبت ذلك تحققت المسؤولية و جب التعويض العيني، فقد يتخذ هذا الإخلال صورة القيام بعمل يمكن إزالة أثره، و هذا ما نصت عليه المادة 132 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه".

1- نصير صبار لفقة الجبوري، التعويض العيني، ط 1، دار فنديل للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص 21.

2- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دون ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 81.

ما نلاحظه في الواقع أن التعويض العيني لا يزيل ما حدث خلال الفترة الواقعة بين حدوث الضرر و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه في تلك الفترة فالضرر لا يزال قائما و هذا ما يوجب على المسؤول تعويض المضرور عن تلك الفترة التي حرم فيها من الاستفادة من الشيء المتضرر أو المفقود (المهلك).

التعويض العيني موجود في المسؤولية الإدارية كذلك، إلا أنه محدود، و هذا لما تمتاز به السلطة الإدارية أو الإدارة العامة من مظاهر السيادة، فلا يجوز إجبارها على تنفيذ الحكم بالتعويض العيني، و مثال ذلك أن تبني البلدية حائطا في ملكية عمومية يحجب على جيرانها الضوء أو الهواء، فللقاضي أن يحكم بهدم البناء (الحائط)، و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، و لا يجوز له أن يأمر بالتنفيذ العيني فللقاضي الإداري أن يكرهه على ذلك بغرامة تهديدية¹.

كخلاصة فإن للمضرور الحق في تحصيل التعويض العيني متى كان ذلك ممكنا، إلا أنه و في الكثير من الأحوال و لاسيما حالة الضرر المادي الذي ينشأ عن أعمال الإدارة المادية يتعذر التعويض العيني، لذا وجب على القاضي الإداري الاتجاه إلى نوع آخر من التعويض النقدي (بالمقابل).

ثانيا: التعويض بالمقابل

و المقصود بالتعويض بالمقابل هو إدخال قيمة في ذمة المضرور، بحيث تعادل القيمة التي فقدها، و الأصل في التعويض بالمقابل الذي يرمي إلى إصلاح الضرر أو إزالته أن يكون مبلغا نقديا، إلا أنه قد يكون التعويض بالمقابل أحيانا غير نقدي².

1- التعويض القانوني

المقصود به هو أن تحكم المحكمة بأداء أمر معين على سبيل التعويض أي في صورة إجراء آخر مناسب يحكم به على المسؤول المتسبب في الضرر لإزالة أثر ذلك من غير الحكم عليه بالتعويض النقدي، كما قد يكون من مصلحة المضرور أن يطالب بالتعويض غير النقدي، مثل فترات القحط و ارتفاع الأسعار التي تثقل كاهل المضرور بانخفاض قدرته الشرائية إذا كان التعويض نقدا.

1- علي علي سليمان، دراسة في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض)، ط3، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص208.

2- نصير صبار لفظة الجبوري، التعويض العيني، المرجع السابق، ص96.

2-التعويض النقدي

يعرف بأنه مبلغ من النقود يقضي به على المسؤول، و ينبغي على القاضي في جميع الأحوال التي يتعدر فيها التعويض العيني و لا يرى أمامه سبيلا إلى التعويض غير النقدي، أن يحكم بالتعويض النقدي.

أما في المسؤولية الإدارية فيكون التعويض فيها دائما تعويضا نقديا، حيث لا يتصور التعويض العيني، و مبرر ذلك أن إجبار القاضي للإدارة على التنفيذ العيني يتعارض مع مبدأ الفصل بين القضاة و الإدارة (مبدأ الفصل بين السلطات)، حيث لا يجوز للقاضي إصدار أوامر للإدارة بالإضافة إلى أن الحكم بالتعويض العيني يؤدي إلى تعطيل أعمال من شأنها أن تحقق الصالح العام من أجل نفع فردي خاص بالمضرور من أعمال الإدارة المادية¹.

يخضع القاضي الإداري في تقديره للتعويض إلى القواعد العامة من وجوب أن يكون التعويض كاملا شاملا للأضرار التي لحقت بالمضرور، بالإضافة إلى أن العبرة في تقديره للتعويض تكون بوقت الحكم به و القواعد التي يجب على القاضي الإداري الالتزام بها في تقدير التعويض هي:

- أن يكون التعويض كاملا:

القاعدة العامة هي أن يكون التعويض كاملا لما لحق من خسارة بسبب الأعمال و ما فاتته من كسب، أي أن المضرور لا يتحمل الضرر مادام لم يثبت مساهمته في إحداثه. هذا المبدأ مشترك بين القانونين المدني و الإداري و يفرض أن تضبط التعويضات و الفوائد وفقا لامتداد و قيمة الضرر الواجب إصلاحه، فلا يجب أن تفقر أو تغني الضحية من جراء الضرر الذي تعرض له².

- أن يتقيد القاضي بطلبات المضرور:

يجب على القاضي أن لا يقضي بأزيد مما طلبه المضرور فالقاضي لا يقضي بالتعويض إلا في حدود ما طلبه المضرور، و لا يجوز له أن يتجاوزهم، كما لا ينبغي على القاضي الحكم بتعويض لم يذكره المضرور في عريضة الدعوى.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية، دون ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص235.

2- لحسين بن الشيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، (نظام التعويض في المسؤولية الإدارية)، ج3، ط 1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص106.

- يجب أن يكون تقدير التعويض بقدر الضرر:

على القاضي أن يتحرى في حكمه ألا يفوق التعويض قدر الضرر، و لا يجوز له أن ينزل بالتعويض عن الحد اللازم لإصلاح و جبر الضرر، أما إذا وقع الضرر نتيجة لخطأ مشترك بين الإدارة العامة و المضرور فإن القاضي عند تقديره التعويض يتعين عليه أن ينزل منه قدرا يتناسب مع مساهمة المضرور في وقوعه، و تكون مسؤولية الإدارة بنسبة مساهمة خطأها في حدوث الضرر. من التطبيقات القضائية في هذا الصدد قضاء المجلس الأعلى بأن التقاط الضحية سلكا كهربائيا ملقى على الأرض يعد خطأ من شأنه تخفيف المسؤولية الإدارية، و نتيجة لذلك تتحمل الدولة المسؤولية بنسبة 5/4 و الضحية بنسبة 5/1 (المجلس الأعلى، 3 ديسمبر 1965، قضية الدولة ضد خطاب سعيد، مجموعة الأحكام لبوشهدة ، و خلوفي، ص15)¹.

- أن يكون تقدير قيمة التعويض في تاريخ الحكم به:

العبرة في تقدير التعويض تكون في يوم صدور الحكم بالتعويض و ليس بيوم وقوع الضرر و هذا حتى لا يتأثر المدعى عليه أو المضرور في تأخر الفصل في الدعوى بسبب تغير الأوضاع الاقتصادية كارتفاع الأسعار في الفترة ما بين الضرر و صدور الحكم في الدعوى، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض القدرة الشرائية للنقود. عليه يجب أن يكون التعويض ملائما للظروف الاقتصادية التي يصدر فيها الحكم به، و يكون تقدير التعويض يتناسب مع قيمة الضرر بتاريخ النطق، بقرار التعويض من طرف القاضي الإداري².

ثالثا: التعويض في القضاء الجزائري

درج القضاء الإداري الجزائري على اعتماد طريقة التعويض النقدي غالبا كوسيلة لجبر الأضرار التي تصيب الغير من جراء الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة العامة، و هذا اعتمادا على الخبرة التي يستعين بها القاضي الإداري في تقدير نسبة التعويض مع مراعاة أن الخبرة ليست ملزمة، كما يعتبر القضاء الإداري هذه الطريقة هي الأنجع و الأنسب لتعويض المضرور عما لحقه من أضرار،

1- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص398.

2- حسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص109.

كما أن جل الطلبات المقدمة في دعاوى التعويض الإدارية أمام القضاء الإداري الجزائري هي طلبات بالتعويض النقدي.

الفرع الخامس

تطبيقات مجلس الدولة في دعوى التعويض

المسؤولية على أساس المخاطر-المسؤولية على أساس الخطأ

يزخر قضاء مجلس الدولة بالعديد من القرارات في مجال دعوى التعويض على إثر الفصل في استئنافات مرفوعة أمامه، كما يزخر سجل الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا و المجلس الأعلى سابقا بعديد القرارات¹، و مست هذه الدعوى العديد من القطاعات كالدفاع و التربية و إدارة المستشفيات و المؤسسات العمومية والبلديات والولايات و غيرها من الهياكل و القطاعات.

أولا: الاجتهادات القضائية المكرسة للمسؤولية المرفقية

يلجأ الأفراد إلى الإدارة لتلبية حاجاتهم، ذلك لما تملكه من خدمات تقدم إليهم من طرف موظفيها و قد يصدر عن أحد موظفيها خطأ يلحق ضررا بالغير، لكن تسأل عنه الإدارة.

1-قرار رقم 55235 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 11-03-1989

ضحية لمركز خدمات مجانية للمرفق العام:

إن أحكام المادة 72 من القانون الأساسي للجمعية التابعة لمجلس الخدمات الاجتماعية و خدمات يتامى الجمارك لولاية الجزائر، توجب على الجمعية الرياضية تأمين أعضائها من الحوادث التي قد يتعرضون لها أثناء التدريبات و اللقاءات الودية و المنافسات الرسمية و من المستقر عليه قضاء أن مسؤولية الإدارة تقام حتى في حالة انعدام الخطأ اتجاه الأشخاص عندما يكونون مدعويين لتقديم مساهماتهم.

من ثم فإن العمليات التي قدمت فيها الضحية المتوفاة يد المساعدة مجانية تابعة للمرفق العام مادامت هذه العمليات منسوبة على خدمات اجتماعية لإدارة الجمارك تجعل مسؤولية هذا المرفق قائمة حتى في غياب الخطأ مما يترتب عليه الاستجابة لطلب التعويض.

1- فريجة حسن، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مجلة مجلس الدولة، العدد5، 2004، ص42.

2-قرار رقم 61942 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 03-06-1988 و موضوعه هو الضرر اللاحق بالغير بدون الخطأ الشخصي¹(حيث أثبت بأن الحادث ناجم عن خطأ الضحية أو قوة قاهرة و من ثم فإن المطعون فيه يعد خرق القانون، و الحادث وقع لضحية عندما اتكأ على عمود حديدي كأن يحمل خيط كهربائي عادي غير معزول بتلك الوضعية لدى شركة سونلغاز و بالتالي لا تنسب للضحية أي خطأ لذلك استوجب رفع الطعن.

3-قرار رقم 24681 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 24-05-2006 و قد جاء محتوى هذا القرار في إهمال المستشفى التصريح بوفاة أحد الأطباء إثر مرض مهني². و جاء مبدأ هذا القرار في (قضية مستشفى فرانز فانون ضد ورثة (ف.ف.))

أنه من مبدأ القانون أن كل قطاع إداري ملزم بتأمين عماله و بالتالي فإن المرفق الاستشفائي الذي أهمل التصريح بأحد الأطباء التابعين له لدى صندوق الضمان الاجتماعي يسأل المستشفى في حالة وفاة الطبيب إثر مرض ناتج عن الأضرار التي تنتج بسبب خطأه،و يلزم بالتعويض لذوي الضحية.

4-قرار رقم 06788 صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 03-06-2003 و مضمون هذا القرار وفاة مريض داخل المستشفى نتيجة الضرب³. و مبدأ هذا القرار هو: أن المؤسسات الاستشفائية قانونا ملزمة بواجب القيام برعاية و حماية المرضى الموجودين لديها للعلاج، و بالتالي فإن تعرض مريض موجود بالمستشفى لضرب قاتل أدى إلى وفاته يدل على إخلال المرفق بالتزاماته و واجباته تجاه المريض يجعله مسؤولا مدنيا عن الضرر المسبب لذوي حقوق الضحية و ملزما بتعويضهم.

5-قرار رقم 7733 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 11-03-2003 و تضمن القرار عدم مراقبة المستشفى الآلات المستعملة⁴.

1- المجلة القضائية، وزارة العدل، العدد1، 1992، ص125.

2- نشرة القضاة، الجزائر، العدد63، 2008، ص393.

3- القرار رقم 06788 صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 03-06-2003،قضية (م.ك) ضد مدير القطاع الصحي بعين تيموشنت، نشرة القضاة ، الجزائر، العدد63، 2008، ص387.

4- قرار رقم 7733 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 11-03-2003 قضية (م.ح) ضد مستشفى بجاية، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 05، 2004، ص208.

و المبدأ المستتب منه هو كآتي: المستشفى مسؤول مادام أخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته،و أن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوان المستشفى شكل خطأ مرفق عام.

6-قرار رقم 26678 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 19-11-2006 و محتواه نسبة العجز المقدر ب 100%¹:المبدأ المستتب من هذا القرار يتمثل في:

أن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق الاستشفائي بتعويض المتضرر و يحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به، و بالتالي فإن طلب ضحية الخطأ الطبي الرامي إلى مراجعة مبلغ التعويض المستحق لها جعله يتناسب و الضرر الفعلي وفقا لنسبة العجز اللاحق بها يعد مؤسسا.

7- القرار رقم 4166 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 03-06-2003 و موضوع هذا القرار هو مسؤولية المستشفى لبني مسوس².

المبدأ المستخلص من هذا القرار: يحق لمستشفى (بلوغين) بعد اكتسابه الاستقلالية رفع دعوى الرجوع على مستشفى (بني مسوس)،قصد استرجاع مبالغ التعويض المحكوم عليه بدفعها لضحية نتيجة الخطأ الطبي.

8-القرار رقم 33628 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 25-07-2007 و جاء في هذا القرار استعمال سلاح الخدمة في مقر العمل³.

إن الحادث الواقع داخل المركز الأمني و المؤدي إلى قتل عون نتيجة استعمال زميله سلاح الخدمة خطأ يجعل مسؤولية مرفق الأمن قائمة و يفتح المجال لذوي حقوق الضحية للمطالبة بتعويضهم عن الأضرار المادية و المعنوية اللاحقة بهم دون الإخلال بحقهم في منحة الوفاة عن حادث العمل المستحقة من قبل صندوق الضمان الاجتماعي.

1- القرار رقم 26678 الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 29-11-2006،قضية (س.م) ضد المركز الاستشفائي الجامعي، تيزي وزو، نشرة القضاة، العدد63، الجزائر، 2008، ص398.

2- القرار رقم 4106 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 03-06-2003 قضية (ع.ل) ضد مدير القطاع الصحي، المجلة القضائية، العدد4، الجزائر، 2003، ص98.

3- القرار مجلس الدولة رقم 33628 بتاريخ 25-07-2007، قضية صندوق الضمان الاجتماعي، ضد ذوى حقوق المرحوم، المجلة القضائية، العدد9، الجزائر، 2009، ص98.

9-قرار رقم 36230 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 30-01-2008 و محتوى هذا القرار إهمال صيانة عمود كهربائي¹.

المستتبط من هذا القرار: إن وفاة شخص نتيجة إهمال الصيانة لعمود كهربائي موجود بالطريق العمومي يدل على إخلال البلدية بواجب ضمان السلامة الواقع بحكم القانون مما يحملها مسؤولية الحادث و يلزمهما بتعويض ذوي الحقوق الضحية عن الأضرار اللاحقة بهم.

ثانيا: الاجتهادات القضائية المكرسة لمبدأ المسؤولية الشخصية

إذا كان العمل الضار يدخل في إطار الوظيفة أو بمناسبتها فالإدارة هي التي تتكفل بتغطية تلك الأضرار و لكن الأمر يختلف بالنسبة للمجالات التي يتسبب فيها الموظف بإضرار الغير، ففي هذه الحالة يمكن للضحية أو المتضرر مقاضاة الموظف شخصيا للالتزام بدفع تعويضات المستحقة فالموظف في نهاية الأمر كأبي مواطن عليه بجبر الضرر الذي سببه للغير، كما أن الدعوى المرفوعة لا تكون ممكنة إلا في حالات ثبوت الخطأ الشخصي للموظف.

1-القرار رقم 159719 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 31-05-1999 و قد جاء فيه دركي قتل دركي آخر بمسدس تابع لوزارة الدفاع الوطني خارج أوقات و مكان العمل².

جاء مبدأ هذا لقرار فيما يلي:

أن النزاع القائم ليس نزاع إداري، و بالتالي فإن الجهة المختصة بالفصل في النزاع هي القضاء العادي، حيث أن الفعل الذي ارتكبه (ب.ع) و الذي نتج عنه وفاة (ب.ي) و (ت.ع) هو جريمة من جرائم القانون الخاص.

هو مدان بجريمة القتل العمدي مع سبق الإصرار و قد ترتبت عليها عقوبة شخصية ولا علاقة لهذه الجريمة بوظيفة المحكوم عليه كدركي، و بالتالي فإن مسؤولية التعويض عن الضرر الناتج عن فعله تقع على عاتقه و ليس على عاتق الإدارة التابع لها أي وزارة الدفاع.

1- القرار رقم 036230 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 30-01-2008، قضية ضحية ضد البلدية، مجلة مجلس الدولة، العدد9، الجزائر، 2009، ص100.

2- القرار رقم 15719 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 31-05-1999، قضية ذوي الحقوق ضد وزير الدفاع، مجلة مجلس الدولة، العدد1، الجزائر، 2002، ص97.

2-قرار غير منشور، فهرس 367 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 18-06-2001 و موضوع

القرار حول مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلم أو المربي¹.

و المستنبط من هذا القرار: أن الضرر الذي وقع للتلميذ(ل.س) أثناء تدرسه بالثانوية وقع بسبب خطأه الشخصي و ليس بفعل فاعل مما تنتفي معه المسؤولية الناشئة و هي المسؤولية التي تحل فيها الدولة محل المعلمين و المربين المنصوص عليها في المادة 135 من القانون المدني، و أن القاعدة في تقدير مبلغ التعويض تحسب على أساس نسبة العجز الجزئي الدائم، طبقاً للحد الأدنى للأجور باعتبار التلميذ ليس له دخل وقت الحادث، حيث أن طريقة الحساب هذه تطبق على حوادث المرور حسب القانون الخاص بها، و لكن الحالة الراهنة تختلف، و قضاة الدرجة الأولى قدروا التعويض حسب نسبة الضرر اللاحق بالتلميذ.

3-القرار غير منشور، فهرس رقم 75 صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 31-01-2000

و موضوعه مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها².

المستنبط من هذا القرار: تعرض المدعو(د.م) للضرب و الجرح العمدي بسلاح ناري، و المفضى إلى عاهة مستديمة تسبب فيها(م.ع) عضو في الدفاع الذاتي تحت قيادة الدرك الوطني التابعة لوزارة الدفاع الوطني، و تحت مسؤولية المندوبية ببولنجة التابعة لوزارة الداخلية و لقد سلمت ل(د.م) إثر جروحه العديد من الشهادات الطبية تقضي نسبة عجز دائم يقدر بمائة بالمائة، و أقر بمسؤولية الإدارة عن أفعال موظفيها و إلزام الدولة الممثلة في شخص وزير الداخلية بأدائها للضحية مبلغ 500.000 دج عن كل الأضرار الممزوجة اللاحقة بها من جراء فعل محرم عن الدين.

4-قرار غير منشور، فهرس 602 صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 09-07-2001 يوضح

استعمال سلاح الخدمة.

المبدأ المستنتج من خلال هذا القرار: من خلال الموضوع يفيد أن السيد (ه.ر) الذي توبع بتهمة القتل العمدي، و الذي ارتكب الأفعال التي تركب منها موضوع النزاع، قد كان وقت ارتكابه الوقائع في تأدية وظيفته أو بسببها و أن خطأ المصلحة بمفهوم القانون الإداري غير متوفر، و الإدارة غير مسؤولة، و عليه فإن المسؤول عن التعويض هو الفاعل نفسه.

1- لحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، ط 2، دار هومة، ط 2، الجزائر، 2009، ص 89.

2- سايس جمال- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 971.

بعد تقييم دور القاضي الإداري في مرحلة التحضير، وجب تبيان هذا الدور في مرحلة المحاكمة إذ يعد دوره في هذه المرحلة إيجابيا متميزا بسلطة تقديرية واسعة، ذلك أنه في الأخير هو من يصدر الحكم النهائي، الذي يتحدد به مصير سير هذه الدعوى.

تظهر هنا السلطة التقديرية للقاضي الإداري، عندما منحه القانون إعادة السير في التحقيق، و الفرق بين تمديد التحقيق و إعادة السير فيه، فالتمديد يكون في حال تقديم طلبات جديدة أو أوجه جديدة تكتسي طابعا جديا، و لو بعد تاريخ اختتام التحقيق وفق ما هو منصوص عليه في المادة 854 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصدد استمرار القضية حسب ما تأمر به تشكيلة الحكم.

يتضح أن القاضي الإداري حسب وقائع القضية المعروضة عليه يتخذ هذا الإجراء، فإن اتضح له إعادة التحقيق من جديد فله ذلك، فسلطته الإيجابية في إمكانية تصحيح الخطأ أو الإغفال الذي يشوب الحكم مع حيازته لقوة الشيء المقضي فيه، كما يؤشر على أصل الحكم المصحح و على النسخ المستخرجة منه بما قضى به حكم التصحيح، و يبلغ الخصوم بحكم التصحيح إذا كان الحكم المصحح حائزا لقوة الشيء المقضي به، فلا يكون حكم التصحيح قابلا أي طعن.

في مرحلة المحاكمة يتبين دور القاضي الإداري أيضا في إمكانية تصحيح الحكم الصادر عنه، ذلك أن هذا الإجراء لا يمس بموضوع النزاع، إنما عبارة عن خطأ مادي، أما بالنسبة لموضوع فصله في الدعوى و على اعتبار أن القضاء الإداري قضاء متخصص مما يتيح الفصل في الدعاوى الإدارية فقط، أي يسهل هذا على القاضي الإداري النظر في هذه الدعاوى و اكتساب خبرة من خلال تعمقه في إيجاد الحلول، لكن رغم هذا فإن طبيعة بعض الدعاوى تستدعي الإحالة في إجراءاتها و البحث فيها أكثر، و أعمال سلطته في التحقيق مما يطيل الفصل في القضية و يؤدي هذا إلى تأجيل الدعوى الإدارية غالبا كالمنازعات الضريبية التي تطول إجراءاتها.

عند إعماله لحكمه فإن القاضي الإداري لا يكتفي بإيجاد حلول قانونية بحثة للمشاكل التي تعرض عليه، أي لا يقف دوره عند إنزال حكم القانون فقط، أو عند حد الرقابة على المشروعية فقط، بل يتغلغل كرجل إدارة في مجال الملائمة، بذلك تكون مهمته حماية التوازن بين حقوق الأفراد و امتيازات الإدارة التي تتطلبها المصلحة العامة، فعليه أن يكون ملما بكل النصوص القانونية و تحكمه في فروع القانون و شعبه المختلفة بما تحمله من اختلافات كثيرة و تباين في الأحكام،

خصيصة عدم التقنين، و محدودية دور العرف في القضاء الإداري، دورا إنشائيا و إبداعيا لأحكام و مبادئ القانون الإداري.¹

تكمن مهمة القاضي الإداري و تظهر في مرحلة المحاكمة، من خلال أحكامه، فكلما حاول القاضي الإداري التميز فيها من خلال سلطته في تسيير هذه المرحلة و عند فصله في النزاع بعد مروره على الإجراءات المنصوص عليها قانونا، و بذل جهد لتحقيق العدالة مستخدما كل الوسائل المتاحة له، و من خلال طلبات كلا الطرفين بعد أن يوازن بينها يجد الحل الذي يراه أصح و بالتالي تحقيق العدالة.

من كل ما سبق سواء ما يخص القاضي الإداري في مرحلة التحضير أو مرحلة المحاكمة فإن له دورا إيجابيا، و له دور إجرائي لا يستهان به و هذا ما أكده قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث اعتمد المشرع على الإجراءات القضائية التي سلكها القاضي الإداري من خلال النزاعات التي عرضت عليه، و اجتهاداته في هذا المجال سواء من خلال هياكل القضاء الإداري أي مجلس الدولة من خلال قراراته و الاجتهادات الصادرة منه، أو من خلاله شخصا عند إعماله مثلا وسائل الإثبات و كما حددنا سابقا نطاق سلطاته في هذا المجال لنصل لتأكيد هذا الدور.

و بما أننا تطرقنا في الباب الأول إلى دور مجلس الدولة في تكريس القواعد الإجرائية نتناول في الباب الثاني إلى دور مجلس الدولة من خلال تكريسه للقواعد الموضوعية.

1- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دون ط، دار الريحانة، الجزائر، 2002، ص ص 26-27.

الباب الثاني

دور مجلس الدولة في إنشاء القاعدة الموضوعية

إن مجال دراسة القانون الإداري هو معالجة جوانب ترتبط بالمصلحة العامة و تسيير المرافق العامة، الأمر الذي يتطلب أن تكون آلية التعامل مع هذا النشاط تتسم بقدر من الليونة و المرونة ما يسمح بالتطوير والتحديث المستمر، لمواكبة توسع مجال الدولة بما يتوافق مع مستجدات الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

من هذا المنطلق نجد القاضي الإداري يضع المبادئ و القواعد القانونية التي تتلاءم و النزاع المعروض أمامه، وله سلطة إلغائها و تعديلها بما يستقيم و صحة تطبيقها وفقا لما تمليه الظروف، وقد يتبادر إلى الذهن أن القاضي الإداري لا يتدخل لإنشاء القاعدة القانونية إلا عند عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع المعروض عليه إلا أن هذا القول تعزوه الدقة إزاء تكشف دوره الإيجابي.

قد يكون النص غامضا و هنا تبدو الحاجة الملحة لتدخل القاضي لإزالة الغموض، و قد يكون النص واضحا و لكن يحتمل أكثر من معنى و هنا تبدو الحاجة أكثر إلحاحا من ذي قبل لتدخل القاضي لبيان المعنى المقصود.

فإذا كان تدخل القاضي في الحالتين واجبا، فما هو الأسلوب الذي يتبعه لبيان المعنى المقصود

لإزالة الغموض؟

هل يتسنى للقاضي الإداري التدخل دائما دون حدود أو قيود؟ أم هناك حدود و قيود على دوره

في هذا الشأن؟.

قسمنا هذا الباب لفصلين:

الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة الموضوعية.

الفصل الثاني: الحدود الواردة على سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة الموضوعية.

الفصل الأول

سلطة القاضي الإداري في إنشاء القاعدة الموضوعية

ما يميز القانون الإداري من خصائص تؤدي بالضرورة في بعض الحالات إلى عدم وجود نص صريح للحالة التي يفصل فيها القاضي الإداري، و مما لا شك فيه أن دور هذا الأخير في خلق القاعدة الموضوعية يختلف تبعا للقاعدة التي يتدخل لإيجادها، ففي حالة عدم وجود نص، يستلهم الحل من قواعد القانون الطبيعي لكي يستطيع أن يقيم العدل بين الناس و كذلك الحال عند غموض النص، أما في حالة وجود النص فإنه يتعين تطبيقه على كل حالة ينطبق فيها من حيث لفظه أو فحواه كما تقتضي بذلك الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري¹ ، و تقصي روح النص و فحواه يكون كما جاء في معنى نص المادة إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية، أو أعماله التحضيرية و إما استنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته ، هذا بالنسبة للقاضي المدني ، فما هو موقف القاضي الإداري؟.

المبحث الأول

سلطة القاضي الإداري في حالة وضوح و غموض النص

إن التسليم بعدم كمال التشريع يمكن المتعاملين مع القواعد القانونية من تأويل ما يعترضها من غموض، فالقاضي و باعتباره المتعامل الأبرز مع النصوص القانونية يكون في حاجة لأن يفسر ما غمض منها²، ولقد رسم لنفسه منهجا لتأويلها، متعاملا معها و كأنه واضعها و سمح لنفسه بتفسيرها و تأويلها، التأويل الذي يتماشى وفهمه لها، حيث سعى إلى تبسيطها للمتقاضين عند تقديم الدعوى أو أثناء سيرها.

1- المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

2- مسعود جندلي، القاضي الإداري و تأويل النصوص القانونية، راجع الموقع: www.platform.almanhal.com، بتاريخ 25-05-2018 على الساعة 17.14.

فتفسير النصوص القانونية عمل اجتهادي يقوم به من يمارس العملية القضائية فالقاضي الإداري و بحسب مهمته ملزم بتفسيرها و تطبيقها على الوقائع على نحو يحقق قصد المشرع و ما يقوم به من تطبيق للنص القانوني على الوقائع هو ما يعرف بالاجتهاد القضائي¹.

المطلب الأول

سلطته في حالة وضوح النص

النص الواضح هو الذي يدل بنفس صيغته على المراد منه، لا يحتمل تأويلاً و لا مجال لفهم معنى غيره منه، و يسمى النص في هذه الحالة بالنص القطعي، لأن دلالاته على المراد منه مقطوع بها و لا يحتاج القاضي في هذه الحالة إلى اجتهاد في تعيين المراد منه².

من ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 815 من الكتاب الرابع الباب الأول الفصل الثاني القسم الأول من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام."³ فنص هذه المادة جاء صريحاً قطعياً أن عريضة الدعوى يجب أن تكون موقعة من طرف محام إلا ما استثنى بصريح النص و هي الدولة و الأشخاص المعنوية حيث جاء في نص المادة 827: "تعفى الدولة و الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه، من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل."⁴

مثل هذه النصوص لا تترك للقاضي مجالاً لإعمال سلطته في التفسير أو التأويل إذ لا اجتهاد مع النص، إلا أنه لما كانت النصوص القانونية ليست على درجة واحدة من الوضوح، فقد تعين على القاضي أن يتدخل لتعيين المراد من النص.

1- عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص9.

2- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص255.

3- المادة 815 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية.

4- المادة 827 من نفس القانون.

الفرع الأول

مفهوم القياس

قد يكون النص واضحاً لا يقبل التأويل و قد نجد في بعض الحالات أن المشرع قد يخصص العام كما جاء في نص المادة 03 من القانون المدني: "تحسب الأجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، فهنا المشرع قد خصص العام.

إذا كان هذا هو حال المشرع، فإن دور القاضي لا يقل أهمية إذ عليه أن يبذل نشاطاً ذهنياً فضلاً عما يجب أن يتمتع به من معرفة علمية و دراية باللغة العربية و مفرداتها و أوجه استعمالها¹، لأنه تقع عليه مهمة مزدوجة و هي عدم وقوفه عند المعنى الفوري للألفاظ بل يقع عليه استخلاص قصد المشرع من عبارات النص و ألفاظه.

يبدأ القاضي أولى خطواته بتحديد حالة النص، فإذا انتهى إلى أنه واضح يتعين عليه أن يستخلص المعنى الذي أرادته المشرع من ذات طبيعة النص، دون توقف على أمر خارج عن صيغته كما إذا صيغ بلفظ الكم فلا يملك القاضي إلا تطبيقه كما هو، و لا يجوز له العدول عنه أو تعديله. من الطبيعي القول أن القاعدة القانونية تتميز بجملة من الخصائص منها أنها عامة و مجردة، و من ثم فإن تطبيقها على الحالات الخاصة أمر تعترضه صعوبات كثيرة، إذ ينبغي قبل تطبيق النص الوقوف على المعنى الحقيقي له أي الكشف عن مضمونه و مقصد المشرع من خلاله².

و هنا يمكن تقسيم القياس إلى:

قياس عادي.

القياس من باب أولى.

القياس بمفهوم المخالفة.

1- الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، ط 1، 2005، ص102.

2- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص162-163.

الفرع الثاني

موقف القاضي الإداري

يملك القاضي الإداري تحت ستار التفسير أن يفسر القاعدة القانونية تفسيراً واسعاً و تفسيراً ضيقاً حتى يتفق النص التشريعي مع المبادئ العامة أو مع إرادة المشرع الضمنية حسب الأحوال. كما يملك تفسير القاعدة القانونية تفسيراً محدداً يجعلها تتفق مع المبادئ القانونية العامة من ذلك أنه عندما يواجه قاعدة قانونية غير محددة أو عامة المعنى، فإنه يحدد لها مضموناً يجعلها متفقة مع المبادئ القانونية العامة، وهو يحرص على ألا يخرج المعنى خروجاً صريحاً على النص أو يتعارض معه، وغالباً ما ينتهي هذا إلى خلق قانون جديد يختلف عن القاعدة الأصلية، و من ذلك أنه يضع حلولاً و إن لم تكن مختلفة تماماً مع القاعدة فهي على الأقل غريبة عنها، و ذلك تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية، فقد يلجأ القاضي إلى تطوير مضمون القاعدة القانونية مستهدفاً استمرارية المبادئ العامة، من ذلك أنه عندما يتعذر نسب أي خطأ إلى جهة الإدارة فإنه يلجأ و حتى يحكم بالتعويض إلى أن يؤسس قضاءه على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة و يقضي بالتعويض على أساس المخاطر¹.

فالقاضي الإداري و إن كان لا يغلب مبدأ من المبادئ القانونية العامة على نص قانوني صريح إلا أنه يعتبر هذه المبادئ قواعد تفسيرية يجب أن لا تخرج عنها القوانين.

من ذلك نجد قرار مجلس الدولة رقم 2871 المؤرخ في 2001/11/12² (قضية ك.س) ضد المجلس الدستوري، في مجال الترشح للانتخابات الرئاسية، هل قراراته في هذا المجال تندرج ضمن الأعمال الدستورية (نعم)، هل تخضع لرقابة مجلس الدولة (لا).

حيث أنه من الثابت أن الأمر يتعلق بترشح الطاعن للانتخابات الرئاسية.

حيث أنه من الثابت أن المجلس الدستوري مكلف بموجب أحكام المادة 163 من الدستور بالسهر على صحة العمليات الانتخابية لرئيس الجمهورية، ومنها مراقبة الشروط المحددة من المادة 73 من الدستور و تفسيرها.

1- C.E 14Janvier 1938, Societ  anonyme des produits laitiers « la fleurettes ».Roujou, www.conseil-etat.fr; 05-01-2019, 15.15h.

2- مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 1، ص 141.

حيث أن القرارات الصادرة في هذا الإطار لا تندرج ضمن الأعمال الدستورية للمجلس الدستوري و التي لا تخضع نظرا لطبيعتها لرقابة مجلس الدولة، كما استقر عليه اجتهاده، مما يتعين التصريح بعدم اختصاصه للفصل في الطعن المرفوع.

*قرار رقم 37 بتاريخ 2000/01/31 قضية (ش.ع) و من معه ضد وزارة التعليم العالي¹.

من هنا نجد أن القاضي الإداري احتفظ بالأولوية في التطبيق للمبدأ العام مفسرا النص التشريعي المخالف للمبدأ بأنه استثناء يطبق في أضيق الحدود، فعندما يواجه قاعدة غير محددة، أو عامة المعنى فإنه يحدد لها مضمونها يجعلها متفقة مع المبادئ القانونية العامة، و هو يحرص في ذلك ألا يخرج المعنى خروجاً صريحاً عن النص و أن لا يتعارض معه، وهذا التفسير غالباً ما يكون لصالح المبادئ القانونية العامة، و على حساب النصوص التشريعية.

هكذا تميزت سلطات القاضي الإداري بالمرونة الشديدة حتى رأينا أنه يطوع النصوص ضيقاً و اتساعاً حتى تتفق مع المبادئ العامة و غالباً ما ينتهي هذا إلى خلق قانون جديد تماماً يختلف عن القاعدة الأصلية².

يؤكد الدكتور محمد سليمان الطماوي أن التقرير بأن القاضي الإداري في تأديته لمهمته مثل القاضي العادي، إلا أن دوره أبعد، فهو في بحثه عن نقطة التوازن بين المصالح العامة و الخاصة، يجد نفسه مضطراً لصياغة مبادئ تشريعية، لا تستند إلى نص تشريعي³.

فالقضاء الإداري يتميز في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي يرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام و احتياجات المرافق العامة⁴.

1- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دون ط، دار الخلدونية، 2003، ص 257.

2- عبد الحليم شوقي الخطيب، المرجع السابق، ص 33.

3- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دون ط، د.د.ن، القاهرة، 1988، ص 12.

4- محمد على عبد السلام، الدور السياسي للقضاء الإداري-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 113.

المطلب الثاني

سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص

إذا كان دور القاضي في حالة وضوح النص لا يخلو من أهمية فإن هذه الأخيرة تزداد في حالة غموض النص، و التساؤل المطروح هنا ما هو دور القاضي الإداري في حالة وجود نص غامض أو فضفاض، و يحتمل تطبيقات متناقضة؟ و هو أمر ليس بالنادر في القانون الإداري¹.

و قد يرجع غموض النص إلى عدة أسباب منها:

- الخلل في الصياغة سواء كان الخلل في صورة خطأ مادي أو خطأ معنوي، و قد يكون الغموض من ضرورات السياسة التشريعية لملائمة المستجدات الحديثة.

- إضفاء صفة العموم، و قد يكون لعامل اللغة دورا في غموض النص.

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

فالنصوص التشريعية ليست جميعها واضحة الدلالة دائما، إذ أن بعض تلك النصوص يعتريها الغموض، إما لأنها مختصرة، أو لأن ألفاظها قد وردت على وجه الإجمال تحتاج إلى التفصيل، أو هي مطلقة تحتاج للتقييد، أو العموم تحتاج إلى التخصيص، و لكي يتمكن قاضي محكمة الموضوع من تطبيق تلك النصوص كان لزاما عليه أن يفسرها وفقا لقواعد التفسير المتعارف عليها، و حيث أن التفسير من مسائل القانون و ليس الواقع كان لا بد من إخضاعه للرقابة القضائية.

الفرع الأول

مفهوم التفسير القضائي في المادة الإدارية

في ظل ازدواج القضاء و القانون، يعتبر القانون الإداري مصدرا رسميا و القاضي الإداري له دور هام في مجال القانون الإداري، فيقوم بتفسير النص الغامض و يوفق بين النصوص المتعارضة،

1- حسن محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص27.

و ينشئ قاعدة جديدة للفصل في النزاع، فهو الذي يخلق نظرية القانون الإداري بمفهومه الضيق، و منه وجب التطرق أولاً إلى تعريف التفسير و ثانياً إلى طرق التفسير، مناهجه و نظرياته.

أولاً: تعريف التفسير

إن التفسير في اللغة العربية مصدره "فسر" و هي من الفسر بضم الفاء و معناه البيان و الكشف، و فسر الشيء و يفسره و فسرا أي أبانه و أوضحه، و فسر القول أي أبانه و أوضحه، و فسر بمعنى كشف المراد عن اللفظ المشكل¹.

ما نلاحظه كباحث في موضوع التفسير هو تضارب تعاريف هذا الأخير و اختلافها باختلاف توجهات رجال الفقه و مرجعياتهم، فالمقصود به في الاصطلاح القانوني أنه: "تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية بالكشف عن مختلف التطبيقات التي نتجت عليها أحكامها، و إيضاح ما غمض من هذه الأحكام و استكمال النقص فيها، و رفع ما قد يبدو في الظاهر من التناقض بين أجزائها أو يلوح من التعارض بينها و بين غيرها من القواعد القانونية"².

أمام صعوبة إيجاد تعريف جامع مانع للتفسير، و ما تولد عنه من خلاف بين الفقهاء القانونيين، انقسم هؤلاء في تحديد المقصود من التفسير إلى تيارات و مدارس يمكن التمييز بينها في اتجاهين:

1- المفهوم الضيق أو المحدود

يقصد بالتفسير بالمفهوم الضيق إزالة غموض النص و توضيح ما أبهم من أحكامه، وفقاً لهذا التصور التفسير لا يقع إلا في حالة غموض النص و لا شأن له بنقص النصوص أو قصورها أو تعارض أجزاء منها، لأن هذه الأمور حسب وجهة النظر هذه من اختصاص المشرع لا المفسر³.

2- المفهوم الواسع للتفسير

يقصد به في نظر أصحاب هذا الاتجاه، توضيح ما غمض من ألفاظ النصوص القانونية، و تقويم عيوبها، و استكمال ما نقص من أحكام القانون و التوفيق بين أجزائه المتعارضة على نحو

1- فاتح خلوفي، سلطات القاضي الإداري في التفسير، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 16.

2- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 279.

3- عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 191.

يجاري متطلبات تطور المجتمع و روح العصر و التفسير بهذا المعنى يلزم تطبيق القانون سواء أكان النص غامضا أو واضحا¹.

و هو إجراء منهجي تستطيع بواسطته السلطة المختصة من استنباط حكم أو مجموعة من الأحكام الغامضة أو عنصر من عناصر القاعدة الواجبة التطبيق و من هذين المفهومين يمكننا استخلاص مجموعة من المعاني:

- 1- التفسير عملية ذهنية يهدف إلى استخراج النص أو المضمون الحقيقي لقاعدة معينة.
- 2- التفسير يعني وجود اصطلاح مطلوب اكتشافه أو استخراج المحتوى الذي تتضمنه.
- 3- التفسير يقتضي وجود سلطة عامة تضطلع به و كذلك وجود حكم غامض و مبهم يتطلب التفسير.

يمكننا التطرق إلى المعنى الخاص لدعوى التفسير و أساسها القانوني و مبرراتها، فعرفت بأنها: "الدعوى القضائية الإدارية التي تحرك و ترفع من ذوي الصفة القانونية و المصلحة أمام الجهة القضائية المختصة، و هي أصلا جهة القضاء الإداري في النظم القضائية التي يوجد بها نظام القضاء الإداري، وفي النظام القانوني و القضائي الجزائري، الغرفة الإدارية بالمجالس القضائية و الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، و يطلب فيها من سلطة القضاء المختص بتفسير تصرف قانوني إداري غامض و مبهم، من أجل تحديد المراكز القانونية و توضيح الحقوق و الالتزامات الفردية"²، هذا التعريف المقدم قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

عرفت أيضا بأنها: "دعوى إدارية بمقتضاها يطالب صاحب الشأن من القضاء المختص إعطاء تفسير للقرار الإداري محل دعوى التفسير وفقا للشروط و الإجراءات القانونية، و من هنا لا يتعلق الأمر بتفسير القانون، و هي الوظيفة الطبيعية لكل قاض كما أشرنا من قبل، بل الأمر يتعلق بتفسير عمل انفرادي قامت به الإدارة تجسد في قرار إداري حمل بعض الغموض مما استوجب رفع دعوى التفسير على أساس أن الإدارة فسرت القرار في اتجاه معين و برؤية معينة، و المعني بالقرار

1- فارس حامد عبد الكريم، الإدارة العامة و التفسير المرجعي للقانون، الجزء الثاني، منشور على موقع www.iroker.dk بتاريخ 17-05-2018 الساعة 12:18.

2- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، الجزائر، دار هومة، 2002، ص92.

فسره من وجهة أخرى، مما أدى إلى تعارض المصالح و اللجوء للقضاء الإداري من أجل حسم هذه الإشكالية¹.

فموضوع هذه الدعوى ينحصر في تفسير العبارات الغامضة التي حملها القرار و أشار إليها صاحب المصلحة في عريضة افتتاح الدعوى، سواء أمام المحكمة الإدارية أو أمام مجلس الدولة حسب طبيعة القرار المراد تفسيره.

فالعبرة متى كانت غامضة و مبهمة يفترض أنها تكون محلا لتفسيرات مختلفة، فتمسك الإدارة بتفسير معين تراه من وجهة نظرها صائبا و سليما، و خلاف ذلك يتمسك صاحب المصلحة بتفسير آخر يخدم مصالحه، و إذا تعارضت المصالح فلا مفر من اللجوء للقضاء، والاحتكام أمامه كجهة محايدة ليعطي التفسير الحقيقي الواجب الاعتماد عليه، و هذا لن يكون إلا من خلال دعوى التفسير .

اعترف المجلس الأعلى سابقا ممثلا في غرفته الإدارية و بموجب قرار صدر بتاريخ 07 ديسمبر 1972 بسلطة التفسير و مما جاء فيه: "حيث أن القضاة المعروض عليهم النزاع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب، بل إن الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بالتفسير الواجب القيام به عندما تكون صياغة القانون غامضة أو غير كافية².

أما الأساس القانوني لدعوى التفسير فهو ثابت و مكرس في النصوص التالية:

-أمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم، المادة 07 و المادة 274.

-القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المعدل و المتمم المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله المعدل و المتمم.

-القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية المادة الأولى.

-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة 801.

1- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجزائر، جسر للنشر و التوزيع، ط 1، 2013، ص 169.

2- مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص 52.

فالتفسير هو الاستدلال على الحكم القانوني و على الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك، فتفسير القانون هو البحث عن إرادة المشرع بمساعدة العبارات التي يستخدمها¹، وهو الوقوف على معنى ما تضمنته القاعدة القانونية من حكم و تحديد الحكم الواجب إعطاؤه لما قد يعرض في العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية.

ثانياً: أنواع التفسير

من أهم أنواع التفسير التشريعي، القضائي، و كذلك التفسير الفقهي.

1- التفسير الفقهي:

هو التفسير الذي يتولاه فقهاء و شراح القانون بمناسبة شرحهم للقواعد القانونية المنصوص عليها في النصوص التشريعية²، فهو الذي يباشره رجال القانون في مؤلفاتهم³، و هم أساتذة الجامعات و المحامين و القضاة، حيث يتناولون فيها نصوص التشريع بالتحليل بقصد الكشف عن معانيها و ما تشتمله من أحكام، و هو مرجع لا غنى عنه للقاضي في تطبيقه للقانون و للمشرع الذي يلجأ إليه أحياناً لتعديل النصوص وفق ما استقر عليه الفقه.

التفسير الفقهي لا يرتبط بنزاع واقعي فهو غاية في حد ذاته بعكس التفسير القضائي المرتبط بواقعة معينة.

يعد التأصيل و التحليل للنصوص التشريعية من قبل الفقهاء، عاملاً مساعداً في توضيح أحكام القانون و بيان أوجه القصور فيه، الأمر الذي يؤدي إلى تبني تلك التفسيرات الفقهية فيما بعد على شكل نصوص قانونية ملزمة، و يندرج التفسير الفقهي من الوجيز إلى الوسيط ثم المطول و يتميز خاصة الوسيط و المطول منه بتأصيل النظريات و الآراء الفقهية، أي إرجاع النصوص التشريعية إلى النظريات و الآراء الفقهية التي استقيت منها تلك النصوص التشريعية مع الإشارة أحياناً إلى الأحكام القضائية الصادرة تطبيقاً للنص التشريعي المفسر.

و هناك طريقتان تسودان في التفسير الفقهي من حيث الشكل:

1- عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012-1433، ط1، العراق، ص 203.
2- عباس قاسم مهدي الداوقي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة، 2015، ص 198.
3- إدريس العلوي العبدلوي، أصول القانون، ج 1، نظرية القانون، دار القلم، 1971، ص 687.

أ- النظرية الأولى: و يطلق عليها نظرية الشرح على المتون، ففي الغالب يلجأ القاضي لتفسير النصوص التي تشوبها عيوب الغموض أو النقص أو تصحيح الأخطاء المادية، مع أنه من المبادئ الراسخة في القانون بصفة عامة أن النص التشريعي الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره و يعبر عن ذلك بأنه (لا اجتهاد مع وضوح النص)¹، لذا يرى أنصار هذه المدرسة أن دور المفسر يجب أن لا يتجاوز النص إذ يلتزم فقط بالكشف عن نية المشرع والمقصود ساعة وضع النص، وهو ما يستطيع الوصول إليه من خلال الألفاظ الواردة في القاعدة القانونية².

فالتفسير يكون في ذات النص، من خلال الاستعانة بالاستنتاج سواء من مفهوم المخالفة أو الموافقة، و كذا من جانب معاني الألفاظ والدلالات اللغوية و كذا تفسير مضمون النص جملة أو مجمولا³.

لهذه المدرسة عيوب، إذ تولي الاهتمام بالنصوص الحرفية على حساب المحيط الاجتماعي والاقتصادي و السياسي و الحضاري و العلمي، مع وجود معطيات وحقائق اجتماعية و اقتصادية و سياسية و علمية وقانونية متجددة ومتفاعلة مع مضمون قواعد القانون، الأمر الذي يجعل حتما تفسير القانون و التصرفات القانونية و تطبيقها خاليا من القيم القانونية الواقعية والحيوية و متناقضا مع روح المنطق و العدالة، فهي تقيد دور القاضي في التفسير لسد الثغرات و الفجوات و تكميل العجز و النقص الذي قد يوجد في القواعد التشريعية، حيث تقضي هذه المدرسة على حرية القضاء في الملائمة و التصرف في التفسير⁴.

إلا أن هذه النظرية لا تخدم دور القاضي الإداري الإنشائي، بشكل مباشر، بسبب الطبيعة الخاصة للقانون الإداري وما يتميز به من خصائص، وفي هذه الحالة أيضا قد اغفل أنصار هذه المدرسة أهمية المصادر الغير مكتوبة، التي غالبا ما يلجأ إليها القاضي الإداري لتكوين قناعته من أجل الحكم في النزاع المعروف عليه، مما لا يتيح التشبث بحرفية النص، ما أدى إلى وجود اتجاه يخالف هذا الاتجاه .

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون و الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 194.

2- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 199.

3- محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون -، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 304.

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

ب- النظرية الثانية:

هي الطريقة التي تتضمن تفسير نصوص القانون بحسب الموضوع دون التقيد بتسلسل ورود النصوص التشريعية في القانون المعني.

كأن يقوم المفسر أو الشارح لموضوع الخصومة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بشرح جميع النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع الخصومة، و ذلك بجمع تلك النصوص في موضع واحد و من ثم الربط بينها لتفسير الموضوع المعني.

يمكن القول بأن طريقة الشرح على المتون تشبه إلى حد كبير منهج التفسير التجزيئي عند علماء التفسير المسلمين، إذا يتم تفسير القرآن آية فآية بحسب تسلسل ورودها في القرآن الكريم.

بينما التفسير الموضوعي يقوم المفسر أو الشارح بتفسير النصوص التشريعية بالنصوص التشريعية، باعتبار أن تلك النصوص تمثل وحدة قانونية متكاملة تفسر بعضها البعض، وتكمل بعضها البعض، و للتفسير الفقهي مكانة على مستوى الدراسات القانونية و على مستوى التطبيقات القضائية أيضا.

إذ أن النظريات الفقهية هي وليدة تطور حاجات المجتمع و تجده و كثير من النظريات و الآراء الفقهية التي نظر لها فقهاء القانون قد جرى تقنينها في التشريعات الحديثة كنظرية الظروف الطارئة التي نادى بها فقهاء القانون أولا ثم جرى تشريعها في التقنينات الحديثة.

كحال القانون المدني الجزائري، أو نظرية الأثر المباشر للتشريع التي نادى بها الفقهاء الفرنسيون كرد فعل على نظرية عدم رجعية القوانين و التي عجزت لوحدها عن تفسير سريان القانون الجديد من حيث الزمان، وقد أخذ بالنظرية المذكورة (الأثر المباشر بالقانون) في القوانين المدنية.

كما أن القاضي و المحامي لا يمكنهما الاستغناء عن منهج التفسير الفقهي، إذ أن الاطلاع على شروحات الفقهاء و شراح القانون له الأثر الأكبر في إثراء ملكة الاستنباط لدى القاضي و المحامي و الباحث القانوني عبر الاستفادة من الآراء الفقهية لفقهاء القانون آخذين بعين الاعتبار أن الأحكام القضائية التي يصدرها القضاة لها الدور الكبير في إدخال النظريات الفقهية إلى مجال التشريع مع مبادئ و قواعد العدالة عند فقدان النص التشريعي، مما يتيح المجال لإدخال تلك النظريات الفقهية إلى النصوص التشريعية عند تشريعها .

2- التفسير التشريعي:

يقصد به العمل التشريعي الذي تصدره السلطة التشريعية التي أصدرت العمل التشريعي السابق، أو هيئة مفوضة في ذلك لبيان المقصود من هذا التشريع¹، أي أن يكون تفسير التشريع بتشريع مثله².

فهو الذي يصدر من المشرع في شكل نص لاحق، لإزالة غموض أو سد نقص في قانون اختلف في تفسيره، و أثير التناقض في أمر تطبيقه، و سرى بأثر رجعي، على الوقائع القائمة في ظل القانون المفسر و التي تصدر بشأنها الأحكام على ألا يتضمن التفسير التشريعي أحكام جديدة لم يتضمنها القانون المفسر فإنه يسري للمستقبل فقط.

فالتفسير التشريعي هو التفسير الذي يصدر عن السلطة التي أصدرت التشريع فالأصل أن تتولى تفسير التشريع سواء أكان أساسيا رئيسيا، أو فرعيا بالنسبة للجهات القائمة على تطبيقه³.

إذا يرى المشرع أو السلطة الإدارية التي أصدرت قرارا تنظيميا معيبا أن هذا القانون أو القرار قد أثار خلافا في تطبيقه يستدعي التدخل لتفسيره على نحو يقضي على هذا الخلاف و يقطع دابره لضمان وحدة التطبيق.

ذهب اتجاه آخر إلى أن التفسير التشريعي ليس تفسيرا بالمعنى الدقيق، لأنه ليس عملية ذهنية لاستخلاص قصد المشرع و إنما هو لا يعدو أن يكون مجرد إفصاح عن قصد المشرع بواسطة المشرع نفسه، في قواعد قانونية لها صفة الإلزام، لذلك لا نكون بصدد (تفسير للقاعدة و إنما يصدر قاعدة مفسرة) أخرى هي التي تعرف باسم: القواعد الشارحة.

مع ذلك فهناك اتجاه يرى بأن التفسير التشريعي لا يختلف إلى حد ما عن بقية أنواع التفسير إلا من حيث الجهة التي تمارسه و حسب، فالمشرع يستهدف من وراء إصدار التفسير التشريعي إزالة النقص الذي شاب النص القانوني الذي تعذر تطبيقه⁴، و التفسير التشريعي قد يكون في ذاته، و ذلك

1- عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص132.

2- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة-، القاهرة، 1977، ص 78.

3- عباس قاسم ماهر الداوقي، المرجع السابق، ص 132.

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

في حالة إيراد التشريع لمصطلحات أو تعابير أو كلمات و التعريف بها في صلب التشريع و قد يكون في صورة تشريع لاحق.

الجدير بالذكر أن القانون أو القرار المفسر تكون له ذات الصفة في الإلزام التي للقانون أو القرار المفسر و يسري هذا القانون اعتبارا من تاريخ العمل به، على أن لا يتعدى الأمر حدود التفسير إلى حدود التعديل، فإن كان الأمر في حقيقته تعديلا متخفيا في عباءة التفسير فسيكون سريانه بأثر فوري، على وقف القواعد المقررة في شأن سريان التعديل¹.

التفسير التشريعي إذا كان من جهة يعبر عن مضمون القاعدة و يكشف عن خفاياها لأنه صادر عن نفس الجهة التي أصدرت النص، إلا أن الظاهرة التي تشهدا المجتمعات اليوم، أن المشرع قلما يتدخل لتفسير التشريع فهو يتجنب أن يخطو هذه الخطوة، تاركا المجال في ذلك للقضاء و الفقه من أجل رفع الغموض الذي يحوم حول بعض القواعد التشريعية².

3- التفسير القضائي:

للتفسير القضائي أهمية كبيرة من الناحيتين العلمية و التطبيقية و ذلك أن قاضي محكمة الموضوع يمارسه بما له من سلطة قانونية ممنوحة له بموجب القوانين، و ذلك لفض النزاعات المعروضة عليه وصولا إلى العدالة التي يشيدها الخصوم عبر الحكم القضائي الذي يصدره، و يعتبر عنصرا جوهريا في تطبيق القانون، و هو ضروري لتطبيق القاعدة القانونية على واقع النزاع المعروض أمام القاضي، فهو وسيلة و ليس بغاية، ومن خلاله يؤدي القاضي واجبه في القضاء.

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

فالمشرع مهما كان حريصا في صياغة النص التشريعي، فتلك النصوص لا يمكن أن تكون مستوعبة لمستجدات الحياة المتغيرة من زمن إلى زمن، فالقاعدة القانونية التي جرى تشريعها قبل

1- عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في صياغة و تفسير التشريعات، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، القاهرة، 2012، ص 357.

2- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، طبعة منقحة، ربحانه للنشر، الجزائر، 2000، ص 192.

خمسین سنة على سبیل المثال قد لا تكون مستوفية لحاجات العصر الحاضر، لذا فإن هناك جملة قواعد ينبغي على القاضي أن يراعيها عند تفسير النصوص القانونية لكي يكون التفسير دقيقا و متماشيا مع روح العصر، و يمكن تلخيص القواعد فيما يأتي¹:

1- إتباع التفسير المطور للقانون.

2- عدم التقيد بحرفية النصوص و محاولة الغوص في أعماق النص التشريعي محاولا استجلاء روح النص عبر الوصول إلى قصد المشرع و الحكمة من التشريع و عدم الاكتفاء بالتقيد بظواهر النصوص و ما توحىها من معاني ظاهرية قد لا تفي بالعرض.

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

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

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

أما الفقهاء فيبحثون في القواعد القانونية بوجه عام دون أن تكون أمامهم حالات واقعية يهدفون إلى تعرف حكم القانون فيها أو حتى عندما يفترضون الفروض لمعرفة ما إذا كان حكم القاعدة القانونية يصدق عليها أم لا، فإنهم ينظرون إلى هذه الفروض مجردين عن كثير من الاعتبارات المختلفة التي تصحب القضايا التي تعرض على القضاة، و لهذا يغلب على التفسير الفقهي الطابع النظري الذي تغلب فيه اعتبارات المنطق.

1- عباس قاسم مهدي الداوقوي، المرجع السابق، ص 207.

إذن التفسير القضائي الذي يمارسه القضاة أثناء نظرهم في الدعوى التي ترفع إليهم حتى يتوصلوا إلى حكم المشرع أو القانون يتكون من التفسيرات التي يقوم بها القضاة بمناسبة المنازعات المطروحة عليهم، وهو ما يسمى بالسوابق القضائية¹.

من مزايا التفسير القضائي أنه ذو طابع عملي، فهو لا يصدر بمناسبة وضع حلول لقضايا محتمل وقوعها، فمهمته تتركز حول تطبيق التشريع أو القانون على قضايا واقعية، و هي قضايا قائمة بالفعل و مثارة في ساحة القضاء على شكل منازعات، و لذلك فإن التفسير القضائي يأتي عادة في ضوء تلك المنازعات المعروضة، فهو في ذلك يتأثر بالظروف و الملابسات المحيطة بها، فيكون عندئذ أشد صلة بالحياة العملية، و أكثر ملامسة لضرورة الواقع من أي تفسير آخر، فهو يتوخى الملائمة بين الاعتبارات النظرية المستمدة من النصوص و بين الاعتبارات العملية التي تفرضها ظروف المسألة الشرعية، أو القانونية المعروضة عليه، و ذلك لجعل أحكام الشرع و القانون متماشية مع مقتضيات الواقع²، وهو ما يدعو القاضي في بعض الأحيان إلى تخطي قصد المشرع الوضعي إذا ما وجد أن في تطبيق النص القانوني حرفياً فيه مجافاة للعدالة.

فالتفسير القضائي هو وسيلة لا غاية، فهو لا يصدر لذاته و إنما يصدر تمهيداً لتطبيق نص تشريعي، أو قانوني على منازعة معروضة على القضاء، سواء أكانت مرفوعة من قبل الأشخاص أو من قبل سلطات عامة، فوظيفة القاضي أصلاً هي فض النزاعات التي تثور بين خصوم لهم مصالح متناقضة، تلقي بظلالها على القاضي عند تفسير النص المراد تطبيقه، فالقاضي يضع في حسابه ما سيؤدي إليه الحل من نتائج عملية، و من ثم يكون همه تحصيل الحل القانوني الذي قصده المشرع، و هو الفصل في المنازعة القائمة أمامه، بخلاف الفقه القانوني الذي يقتصر همه على تحصيل الحكم القانوني الذي قصد المشرع تقريره فحسب، لذلك يقال أن التفسير الفقهي غاية في حين أن التفسير القضائي وسيلة³.

1- عبد القادر الشخلي، الحكم القضائي من النظرية إلى التطبيق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 1، 1431، 2014، عمان، الأردن ص 194 .

2- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، دمشق، المطبعة الجديدة، 2000، ص 139.

- نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، ج 1، (نظرية القانون)، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 281.

3- جميل الشراوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 198.

أما من حيث القوة الملزمة فإن التفسير القضائي بحسب الأصل ليس له قوة ملزمة قانونية، و تقتصر قوة إلزامه على أطراف المنازعة التي صدر التفسير القضائي بصدها، بناءً على حجية الأمر المقضي فيه التي تثبت الحكم، و بهذا لا تتعدى قوة الإلزام بالتفسير القضائي الحدود الشخصية و الموضوعية لحجية الأمر المقضي فيه.

من حيث تأثير التفسير القضائي، فبعد التقارب الذي حصل بين الفقه القانوني و القضاء، أصبح التفسير القضائي يؤدي دوراً كبيراً على الصعيد الفقهي، وخاصة أن أحكام المحاكم تزود الفقه القانوني بالحلول العملية والفروض الواقعية التي لم يكن يتوقعها، إذ هو قابع في محرابه يقتصر على التفسير النظري، و يتبع الفقه القانوني لأحكام المحاكم وتتميز هذه الأخيرة بالحلول العملية، وتأثر هذا الفقه بذلك و دفعه هذا التأثير في كثير من الأحيان إلى التراجع عن تفسيراته أو يحاول تضيق مسافة الخلاف بين تفسيراته المختلفة.

الفرع الثاني

حالات التفسير القضائي

للقاضي الإداري تفسير القاعدة القانونية تفسيراً واسعاً أو ضيقاً حتى يتفق النص التشريعي مع المبادئ العامة، و يملك أيضاً تفسيرها تفسيراً محددًا يجعلها تتفق مع المبادئ العامة القانونية، فهو يضع حلولاً إن لم تكن مختلفة تماماً مع القاعدة فهي على الأقل قريبة منها، فهو يقوم بعملية التفسير لعدة أسباب و التي تعيب النص القانوني مما يتطلب ضرورة تفسيره قبل تطبيقه، فيتتبع الخطأ الذي يلحق بالنص الغامض، و منطقياً أن تكون معالجة القاضي الإداري لهذا الخطأ تختلف تبعاً لهذا التنوع، و من الأمثلة التي ترد على الخطأ نوجز ما يلي:

أولاً: حالة الخطأ

1- خطأ مادي

يراد به أن يرد حرف أو لفظ زائد، أو تسقط منه سهواً كلمة، بحيث لا يستقر المعنى إلا بتصحيح هذا الخطأ المادي بالاستعانة بالأعمال التحضيرية، و المصدر التاريخي للنص وحكمة التشريع و القواعد اللغوية¹، فقد يأتي الخطأ المادي نتيجة إحلال لفظ محل آخر، و إما بإيراد لفظ غير

1- همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 163.

مقصود أو بسقوط لفظ من النص كان يلزم ذكره، بحيث لا يتم معنى النص إلا إذا حذفنا اللفظ الزائد غير المقصود في الحالة الأولى، أو أضيف اللفظ الذي سقط سهوا في الحالة الثانية.

من أمثلة ذلك في القانون المدني الجزائري ما جاء في نص المادة 220 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمته من أجله"¹.

فهنا نجد أن الصحيح أن توضع كلمة المدين في بداية عبارة نص هذه المادة لأن المدين هو الملزم بتنفيذ الالتزام، وبالتالي هو الذي تبرأ ذمته بأحد أسباب انقضاء الالتزام.

2- الخطأ القانوني

هو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة، كما لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه، و مثال ذلك ما ورد بالفقرة الأولى من المادة 576 من القانون المدني و التي جاء في نصها: "يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي"².

وجه الخطأ هنا أن هذا النص لم يميز ما إذا كانت الوكالة بأجر أم بغير أجر، إذا المسلم به أن الوكالة إذا كانت بغير أجر يجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، أما إذا كانت بأجر فيجب عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، وهذه الحالة نفسها قد تقع في النزاع الإداري الذي يفصل فيه القاضي الإداري فقد يحتمل وجوب سوء خطأ مادي أو قانوني أيضا.

ما ورد أيضا في نص المادة 92 من القانون المدني في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا"³.

إذ يتضح أن كلمة "محققا" خطأ، ذلك أن التعامل في الشيء المستقبل جائز مادام ممكنا غير مستحيل، و لكن هذا الشيء قد لا يوجد.

1- المادة 220 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78 لسنة 1975، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2005.

2- المادة 576 من القانون المدني.

3- المادة 92 من القانون المدني.

فمحل العقود الاحتمالية يمكن أن يوجد و يمكن ألا يوجد، فليس صحيحا أن المحل المستقبل يجب أن يكون محقق الوجود، بل يكفي أن يكون وجوده ممكنا لا مستحيلا استحالة مطلقة.

هذه الحالة نفسها قد تقع في النزاع الإداري الذي يفصل فيه القاضي الإداري فقد يحتمل وجود سوء خطأ مادي أو قانوني أيضا.

ثانيا: النقص و الغموض

قد يأتي غموض النص من النقص الذي يسوده، ويتمثل ذلك إما بسبب إغفال لفظ في النص بحيث لا يستقيم الحكم بدونه، وقد يكون لخلل في الصياغة و قد يأتي نتيجة مهارة في الصياغة أي أن الغموض يكون مقصودا تقتضيه السياسة التشريعية، فقد تقتضي طبيعة الموضوع أن يضع المشرع قاعدة عامة و يترك للقاضي تفصيل الجزئيات ليضفي قدرا من العدالة عند التطبيق¹.

تعتبر الأعمال التحضيرية من أهم الوسائل في تفسير النص الغامض لأنها غالبا ما تبين الغرض الذي قصده المشرع من النص كما تكشف عن نيته، إلا أنه ينبغي معرفة أنها تتضمن في بعض الأحيان آراء فردية خاصة بأصحابها الذين يثيرونها عند وضع القانون و قد تتعارض مع منطوق النصوص نفسها.

تجدر الإشارة إلى أن المراد بالقصور هنا هو النقص و القصور الذي ينتاب نص معروف و ليس قصور المنظومة التشريعية و التنظيمية ككل لأن هذه الحالة الأخيرة تعرف بالفراغ القانوني.

ثالثا: التعارض

يصادف القاضي حكمن مختلفين ينظمان نفس المسألة و ذلك إما في تشريع واحد أو بين تشريع وآخر، و يكون تعارض الأحكام في التشريع الواحد، مثلما ما ورد في المادتين 42 و 43 من القانون المدني، حيث اعتبرت المادة 42 المعتوه فاقد التمييز كالصغير والمجنون حيث نصت على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

في حين عاد المشرع في المادة 43 واعتبر المعتوه مميذا، و نصت على أنه: "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية"،

1- حسن محمود محمد حسن ، المرجع السابق ، ص 271.

فإن هذا التناقض يجعلنا في حيرة خاصة وأن الحكم على التصرف يختلف و أن المادة 85 من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات المعتوه غير نافذة¹.

لا بد من الإشارة إلى أن القانون الإداري يقوم على أساس أفكار السلطة العامة، و المرفق العام، والمصلحة العامة و ما يكتنف هذه الأفكار من غموض و إبهام، الأمر الذي يجعل قواعده وأحكامه تتسم دوما بالغموض والإبهام، و هو ما يجعل عملية تفسيره أكثر حتمية و إلحاحا ودقة وصعوبة، ويحتم تعاون وتكامل جهود كل من رجال الإدارة و الفقه والقضاء، و يجعل مهمة الجهة القضائية المختصة بتفسير وتطبيق القواعد صعبة معقدة و دقيقة، تحتم تطبيق منهجية قوية و فعالة ومرنة وواقعية في التفسير².

فالقاضي الإداري و هو يقوم بتفسير النص القانوني، يحاول معرفة نية المشرع عندما يعطي للقاعدة القانونية قيمة معينة، فتصبح بهذا المضمون قاعدة قانونية ملزمة للإدارة و الأفراد³.

هذا ما ذهب إليه نص القرار الصادر بتاريخ 1972.12.07 من طرف وزارة الأشغال العمومية ضد (ع.م) و الذي جاء في إحدى حيثياته: " بناء على المادة 04 من القانون المدني حيث أن القاضي الذي يرفض الفصل بحجة سكوت القانون أو غموضه أو قصوره يمكن متابعتة من أجل إنكار العدالة، حيث أنه بخصوص الاحتمال الأول فإن القضاة المعروض عليهم النزاع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب بل إن الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بالتفسير الواجب القيام به عندما تكون صياغة القانون غامضة أو غير كافية، و أنه بالتالي حسب الاحتمال الثاني فإن المادة المذكورة و بنصها على حالة انعدام الرد الإداري فإنها التزمت الصمت بخصوص حالة الجواب الصريح، وانه بالتالي كان يتعين على قضاة الدرجة الأولى، وسدا لهذا الفراغ القيام بعمل المشروع من خلال إيجاد حل مدروس قصد جعل النص أوضح واشمل.

حيث أن هؤلاء القضاة وإذا كانوا قد تجنبوا إنكار العدالة بفصلهم في القضية فإنهم لم يتداركوا سهو المشرع نظرا للتفسير الذي فسروا به مقتضيات المادة المذكورة بتصريحهم بقانونية طعن قضائي لم يتم تحديد شروط قبوله في القانون.

1- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 3، 2007، ص ص 208-209 .

2- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، دون ط، مصر، 2004، ص 299.

3 - حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 299.

وفي الأخير فإن العريضة غير مقبولة، لانقطاع أجل شهر الممنوح طبقا للنتائج العملية لأن الأجل انقضى بتاريخ 1971/10/09، وبالتالي تعين إلغاء القرار المستأنف لكون أن قضاة الدرجة الأولى لم يستندوا إلى المادة 04 من القانون المدني.

- لهذه الأسباب، يقضي المجلس الأعلى بالإلغاء والحكم على المستأنف عليه بالمصاريف¹.

من هذا نشير أن القاضي الإداري الجزائري قام باستعمال اجتهاده من خلال التفسير سواء كان لتفسير عقد إداري أو قرار إداري أو نص قانوني، وخير مثال يظهر فيه مشكل تفسير النص القانوني في القضاء الإداري الجزائري، هو قضية السيدة «ريفارشون» ضد والي ولاية الجزائر في حكم المجلس الأعلى للغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 1975/05/18 والذي جاء في حيثياته:

".....ومما جاء فيه، حيث انه بموجب عريضة مقدمة بتاريخ 1972/06/01، طالبت السيدة (ريفارشون) بإلغاء قرار والي ولاية الجزائر المؤرخ في 1972/02/28 و الذي صرح بموجبه عن حالة شغور مسكنها.

حيث أن والي ولاية الجزائر يتطرق في مذكرته إلى مضمون القضية مما يدل أنه سن الأسباب الكافية لتبرير قراره.

حيث أن وزير الداخلية في رده عن التظلم الذي رفعته المدعية بتاريخ 1972/04/13 ويزعم بأن هذه الأخيرة كانت غائبة عن الجزائر من 1970/07/06 الى 1971/07/11. وحيث أن وزير الداخلية لم يدعم إدعائه بأي دليل رغم الإعلان الذي وجه إليه في 1972/12/04 لهذا الغرض.

حيث أن المدعية «ريفارشون»، أتت بالشهادات التي تثبت بواسطتها أنها لم تترك مسكنها حيث يستنتج من هذه الوثائق أن المدعية لم تتخل أبدا عن التزاماتها كمالكة و أنها لم تتغيب عن مسكنها أكثر من شهرين وخاصة في الفترة الممتدة ما بين 1970/07/06 و 1971/07/11، كما يدعي بذلك وزير الداخلية.

حيث أنه بناء على أحكام المادة 11 من المرسوم 63-88 بتاريخ 1963/03/13 و المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة تعلن حالة الشغور للعقارات التي توقف ملاكها من تنفيذ التزاماتهم أو طلب حقوقهم المترتبة عنها في مدة تتجاوز شهرين متتالية.

1- مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 01، 2002، ص ص 38-39.

لهذه الأسباب يقضي المجلس الأعلى الغرفة الإدارية بإلغاء قرار والي ولاية الجزائر.¹

فالقاضي الإداري في قضية الحال فسر أحكام المادة 11 من المرسوم لكي يحدد وجه اللامشروعية، لكون الوالي أعطى تفسيراً خاطئاً لأحكامها، إذ يتضح دور القاضي عندما صرح بأن الإعلان عن شغور ملكية السيدة: «ريفارشون» من طرف الوالي يعتبر خطأ قانوني يجعل قراره مخالف لأحكام المادة 11 وقضى بإلغائه.

الفرع الثالث

طرق القاضي الإداري في تفسير المادة الإدارية

إن النص الصريح الواضح لا مجال لتفسيره، وليس على القاضي إلا أن يطبقه بحذافيره دون أن يحاول التغيير في معناه أو مخالفة الحكم الذي ينص عليه فالتفسير لا يجوز أن يتخذ وسيلة لتغيير معنى النصوص الصريحة الواضحة و تعديل مضمونها، لأنه ملزم باتباع هذه النصوص و لا يستطيع بحجة تفسيرها الخروج عن النص، إلا أنه عليه أيضا أن يتعرف على المعنى الحقيقي للنص و أن يبين فحواه عن طريق عباراته بصورة عامة، و لتفسير النصوص القانونية طرق عديدة، حيث يبدأ التفسير بالجانب اللغوي للنص القانوني¹، ثم النظر إلى الحكمة من التشريع و المصدر التاريخي للنص القانوني و الأعمال التحضيرية و المذكرات التفسيرية التي تلعب دورا في تسليط الضوء على النص القانوني، مما يشكل أساسا للتفسير المنطقي للنصوص القانونية.

أولا: طرق التفسير القضائية الداخلية

يقصد به التفسير اللغوي للنصوص القانونية، حيث يتطلب الوقوف على ألفاظ النص القانونية و تحديد معناها و تحديد النص القانوني العام من الخاص، الملزم و المكمل و دلالة النصوص القانونية منطوقا و فهما مع بيان الدلالة الواضحة و الغامضة للنصوص القانونية.

فطرق التفسير الداخلية هي الحالة التي يستخلص القاضي من داخل النص ذاته مدلوله و حكمه، دون اللجوء إلى أية وسيلة خارجية عن ذات النص، و يعتبر تفسير النص التشريعي

1- عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، دون ط، 2012، ص 211.

بالاستعانة بالاستنتاج من مفهوم الموافقة و من مفهوم المخالفة، و كذلك من جانب دلالات معاني الألفاظ اللغوية و الاصطلاحية، و تفسير مضمون النص جملة أو مجمولا¹.

كما أن القاضي الإداري الجزائري يقارن ما بين النصين العربي و الفرنسي للقانون و غالبا ما يغلب النص الفرنسي، لكون القانون وضع في الأصل بتلك اللغة ثم ترجم إلى العربية، حتى و لو اعتبر النص العربي هو الرسمي، فالقاضي الإداري لا يتقيد بصفة الرسمية، بل عليه البحث عن النية الحقيقية للنص القانوني، حتى و لو وجدها في النص المترجم إلى الفرنسية، مادام أن هذا الأخير منشور في الجريدة الرسمية².

1- المعاني و الدلالات اللغوية و الاصطلاحية

إن استخدام هذه الطريقة في التفسير تستلزم استنباط المعاني والدلالات اللغوية والاصطلاحية لأن واضح النص القانوني أو العمل الإداري ينتقي و يختار ألفاظ و مصطلحات ذات دلالات محددة ومضبوطة في مجال العمل القانوني، فعملية تقريب وتنسيق هذه الألفاظ والمصطلحات من أجل استخراج المعاني الحقيقية والصحيحة تعتبر وسيلة فنية من وسائل التفسير الداخلي.

فالنص التشريعي عبارة عن صيغة لفظية تستوعب هدفا محددًا يقصده المشرع، و هو حصيلة فكر تأملي و واع لمؤلفه، و أن المشرع اختار النص بتأمل، و أن ألفاظه تعبر بإخلاص عن فكره و إرادته³، و من ثم يجب أن تتجه أولا إلى صيغة النص، و يجب أن لا تتخطى هذه الصيغة، وأن تستخلص جميع معانيها.

الأصل أن لكل لفظ في النص القانوني ضرورة و لا يجوز اعتباره من نافلة القول لأن المشرع منزه عن اللغو، لذلك يتقيد المفسر بالألفاظ الواردة في النص، وليس له تغيير هذه الألفاظ لأن ذلك من عمل المشرع و ليس المفسر⁴.

للفظ معنيين الأول اصطلاحى و الثانى لغوي ، و العبرة تكون بالمعنى الاصطلاحى دون المعنى اللغوي، و ينبغى على المشرع إظهار نيته بشكل واضح في الأخذ بالمعنى اللغوي، ففي القانون

1- محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، دون ط، 2004، ص 304.

2- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، ج 2، ط1، الجزائر، 2005، ص12.

3- عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، صص211-212.

4- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص239.

عبارات مثل وضع اليد و الانتفاع و حسن النية، و نزع الملكية، والقوة القاهرة، فيجب فهمها وفقا لمعناها الاصطلاحي، لأن المفروض أن المشرع عندما يستعمل ألفاظا معينة إنما يريد معناها، و قد يستعمل ألفاظا تتطرق للمستجدات العلمية و التقنية، و ذلك بالرجوع إلى أمهات المصادر العلمية و الفنية في المجالات التي تستخدم فيها هذه المصطلحات.

فالمفسر عليه أن ينظر إلى أي نص باعتباره جزءا من كل كامل هو التشريع، و يفهم نصوصه في مجموعها دون الاكتفاء بفهم كل نص على حدة.

2- تفسير مضمون النص أو التصرف القانوني جملة

يقصد به تقريب و تنسيق مفردات و ألفاظ و جمل و فقرات النص القانوني الواحد و المتعلق بموضوع واحد و تنسيقها و فهم معانيها و دلالاتها و ألفاظها و مصطلحاتها التي تكمل بعضها بعضا، في ضبط و صياغة الموضوع أو المضمون القانوني الواحد و الرئيسي للنص أو التصرف القانوني، لأن أجزاء هذا النص أو التصرف القانوني من ألفاظ و مصطلحات و جمل و مفردات تفسر بعضها بعضا في نهاية الأمر¹.

هناك من يرى أنه و من خلال النص يمكن الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع باستخدام التفسير اللفظي، أي باستخدام التفسير المستند إلى المعنى اللغوي أو الاصطلاحي بشرط أن يغلب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي، إلا إذا انصرفت نية المشرع الحقيقية إلى تبني المعنى اللغوي².

مثال هذا القرارات التفسيرية التي يفسر بمقتضاها القاضي الإداري قاعدة قانونية موجودة و التي تكون غامضة أو تختلف بشأنها المحاكم الإدارية، خاصة و أن مصير القضية المطروحة على القاضي الإداري مرتبطة بالتفسير المعطى من طرف ذلك القانون، و يتوقف على ذلك مصير القرار الإداري (دعوى الإلغاء) أو التعويضات الممنوحة (القضاء الكامل)³.

1- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص25.

2- علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، ط1، مكتبة السنهوري، مصر ، 2011 ، ص31.

3- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 13.

3- وسائل التفسير المنطقي

عندما تكون الألفاظ و العبارات و المصطلحات غامضة و مبهمة لا يمكن استخراج معناها اللغوي و الاصطلاحي، أو كانت المعاني المستخرجة متناقضة بعد عملية تقريب و تنسيق الألفاظ و المصطلحات و الجمل و الفقرات التي يتألف منها النص، و التي تدور جميعها حول موضوع واحد، في هذه الحالة لا بد من الانتقال إلى مرحلة استعمال التفسير المنطقي و وسائله المعروفة هي:

-القياس من باب أولى.

-الاستنتاج بمفهوم المخالفة و الموافقة¹.

أ-الاستنتاج بمفهوم الموافقة:

الاستنتاج من مفهوم الموافقة هو إعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لإتحاد العلة في الواقعتين ويطلق على الاستنتاج بهذه الطريقة القياس الذي يقوم على فكرة أن ما يتشابه من المسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة و القياس بالتفسير نوعان : قياس عادي و قياس من باب أولى².

* **القياس العادي:** ويكون التفسير بالقياس بإعطاء وقائع غير منصوص على حكمها، الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين على علة هذا الحكم إذ أن الحكم يوجد حيث توجد علته.

* **القياس من باب أولى:** يقع هذا النوع من القياس بالتفسير من باب أولى، حيث توجد حالة منصوص على حكمها، وتكون علة هذا الحكم متوفرة بشكل واضح في حالة أخرى، غير منصوص عليها فيثبت لها الحكم من باب أولى.

مفهوم الموافقة هو إذا كانت هناك قاعدة قانونية مقررة لحالة معينة، وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها، ولكن تتوفر فيها العلة ذاتها التي أدت إلى وضع النص للحالة الأولى، جاز للمفسر أن يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية، و كذلك إذا كان هناك حكم لحالة منصوص عليها، و وجدت حالة لم يرد بشأنها نص، و كانت العلة في الحالة الثانية أظهر منها في الحالة المنصوص

1- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص185.

2- محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 304.

عليها، فهنا يطبق القاضي حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية و يسمى هذا "بمبدأ الحكم من باب أولى"، و يكون بتطبيق حكم الكثير على القليل، فالمدين الذي يتم إعدراه يتحمل تبعه الهلاك، يتحمل تبعه الظروف الطارئة من باب أولى.

كذلك إذا كان لشخص حق التصرف في عقار معين بنقل ملكيته إلى الغير فله من باب أولى أن يؤجره لأن التأجير أقل من نقل الملكية¹، و تطبيق حكم القليل على الكثير، فإذا كان قليله ممنوعا فكثيره ممنوع من باب أولى، و مثال ذلك إذا كان القاصر ممنوعا من التصرف بعوض فلا يجوز له أن يتصرف دون عوض من باب أولى.

ب- الاستنتاج بمفهوم المخالفة

يجوز القياس عن طريق مفهوم المخالفة و ذلك بإعطاء حالة لم ينص عليها عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى، لاختلاف العلة في الحالتين².

إذ يعني التفسير بواسطة الاستنتاج بمفهوم المخالفة إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس الحكم في حالة منصوص عليها، بسبب اختلاف العلة في الحالتين أو لأن الحالة المنصوص عليها هي جزئية من الجزئيات المنصوص عليها، حيث أن استقلالها وانفرادها بحكم يستخلص منه أن تتفرد بهذا الحكم دون غيره من الجزئيات الأخرى، فتخصيص حكم حالة أو حالة معينة يستوجب بالمنطق تطبيق عكس هذا على الحالة أو الحالات الأخرى، التي لا يشملها هذا الحكم³.

تشير أن الدور الذي يضطلع به القاضي الإداري في التعامل مع النصوص الغامضة والمبهمة أصعب مسارا و أشق تحديدا، وذلك إذا أخذنا في الاعتبار الوضع الخاص للقانون الإداري كونه غير مقنن، ولا ترابط بين نصوصه و أحكامه المتفرقة من مبادئ ونظريات عامة تجمع شتاتها و تبعث فيها روحا من الانسجام والوحدة، مما يجعل تطبيقها يحتاج إلى عناية خاصة من ناحية تفسيرها والوصول بشأنها إلى نية المشرع الحقيقية، الأمر الذي يجعل عملية التفسير لا تتم بطريقة واحدة أو أسلوب واحد، بل تنتوع الأساليب و الإجراءات بحسب نوع الغموض و أسبابه، فيعد التفسير من أخص

1- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 422.

2- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 261.

3- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 186.

وظائف القاضي خاصة عندما يجد نفسه مضطرا لإيجاد حل للنزاع المعروض عليه، وذلك برفع الغموض الذي يصادفه ليصل إلى التفسير الذي يراه متفقا مع نية المشرع الحقيقية¹.

ثانيا: طرق التفسير القضائية الخارجية

إن وسائل التفسير الخارجية هي مجموعة الأدوات والوسائل التي يستعين بهما المفسر بعد تعذر تحقيق التفسير بواسطة أدوات ووسائل التفسير الداخلية، مثل عملية التعرف على الحكمة من وجود التصرف القانوني، عملية الاسترشاد بالأعمال التحضيرية لإعداد وإصدار التصرف القانوني و عملية الاستعانة بالمصادر التاريخية ، وكذا عملية تحليل ومعرفة الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تكون في مجموعها البيئة المحيطة والمتفاعلة مع النص القانوني و التصرف القانوني²، فهي الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتفسير النصوص التشريعية وبيان معناها ومضمونها كلما كانت تلك الوسائل أو الوثائق أو الدلائل خارجة عن النص ذاته³.

1- حكمة التشريع

ما دام أنه لكل تصرف أو عمل قانوني أو تشريع أو حكم قضائي أو قرار إداري أو عقد أو معاهدة أو وصية، أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون هدفا عاما موجها يجسد و يبيلور القيم و المصطلحات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و الأخلاقية التي يستهدفها، فإن عملية البحث و التعرف عن غاية أو حكمة التصرف القانوني بدقة تساعد على تفسير هذا النص و استخراج معناه الحقيقي و الأصيل و الرسمي لتطبيقه على الوقائع المادية أو القانونية محل النزاع إذا كانت عملية التعرف على الحكم الصادر و وجود التصرف القانوني وسيلة و أداة فنية من وسائل و أدوات التفسير بصورة عامة⁴.

فعلى المفسر أن يستلهم الحاجات التي من أجلها وضع النص القانوني لإشباعها، فالقانون هدفه تحقيق مطالب اجتماعية و اقتصادية للجماعة، و على المفسر دراسة هذه الحاجات و المطالب دراسة دقيقة و عميقة، فالتفسير يبحث في مطالب الحياة العملية و الحقائق الاجتماعية.

1- حسن محمود محمد حسن ، المرجع السابق ، ص 275.

2- عمار عوابدي ، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق ، ص 186.

3- إسحاق إبراهيم منصور ، نظريات القانون و الحق ، د.م.ج ، بن عكنون ، 1999، ص 196.

4- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 187.

تتغير الحكمة التشريعية مع الزمن، فالمفسر الذي يبحث في قاعدة وضعت منذ زمن بعيد لا يتعين عليه أن يبحث عن السبب الذي دفع المشرع وقتئذ إلى وضع القاعدة، بل يجب أن يبحث عن أساسها الفعلي، الوقت الذي يفسرها فيه، فقد يحدث أن قاعدة وضعت من أجل غاية معينة تستهدف بعد ذلك تحقيق غاية أخرى، فالحكمة التشريعية هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة مادام هذا النص قائماً، وبذلك يستطيع أن يكسب مع الزمن معنى جديد أو ينطبق على حالات جديدة، وهذا المبدأ هو أساس التفسير المتطور.

الأصل أن المفسر لا يلجأ إلى حكمة التشريع لتفسير النص القانوني إلا إذا 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 المفسر الالتزام بالمعنى الذي استخلص منه.

نورد في هذا الصدد ملاحظة جد مهمة، و هي أن الأحكام القضائية الصادرة من مختلف درجات التقاضي في النظام القضائي الجزائري، سواء أكان في القضاء العادي أو الإداري تشير بصيغة مقتضبة و قصيرة و مكتفية غالباً بإشارات بسيطة و سريعة و خاطفة إلى المبدأ أو الأساس القانوني، و حتى بدون ذكره في بعض القرارات، دون شرح و تحليل واقعي يقنع المخاطب به أو قارئه بالكيفية التي ينمي عليها ذلك القضاء.

إن الأمر بهذا الشكل يحقق نتيجتين سلبيتين هنا:

- عدم إدراك المرجع القانوني المستند إليه و التحليل الذي يبرر هذا التأسيس.
- تشتت الاجتهاد القضائي و عدم اتخاذه موقف موحد يؤدي إلى تطبيقات عديدة بعدد التفسيرات و التأويلات للمبادئ القانونية، إذ أن هذه النتائج السلبية تظهر في إطار نشاط القضاء الإداري بحدّة أكبر، ذلك أنه إضافة إلى ما سبق فإن عدم شرح و مناقشة الأسس القانونية المرجعية يجعل محاولة معرفتها أمراً غاية في الصعوبة¹.

2- تقريب النص التشريعي

يسمى هذا الأسلوب في تفسير النصوص القانونية بالعامل التنسيقي، فمن العناصر المهمة في التفسير المنطقي البحث الشامل لكل النظام القانوني، فلا توجد قاعدة قانونية مستقلة أو منفصلة عن

1- مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 06، منشورات الساحل، الجزائر، 2005، ص ص 24-25.

غيرها من القواعد القانونية الأخرى، بل على العكس فهناك ترابط وثيق بين القواعد القانونية، لأن القانون ليس مجموعة من النصوص، معزول كل منها عن الآخر، بل يتكون من قواعد مرتبطة منظمة مما يجعل له كيانا مستقلا، فتكون كل قاعدة في هذا الكيان جزء من كل، لذا فإن معنى كل جزء يتضح في ضوء هذا الكل المتماسك فيجب عند تفسير التشريع اعتبار بنوده و مواده و نصوصه وحدة واحدة، غير قابلة للتجزئة ويكمل بعضها بعضا، و أن كل نص من النصوص يتحدد مداه عندما يقارن بالنصوص الأخرى¹.

3 - الاستعانة بالمصادر التاريخية

الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع النص، و قد يكون الشريعة الإسلامية أو قانون أجنبي، فمثلا يعتبر القانون المدني الفرنسي مصدر تاريخي للكثير من نصوص القانون المدني الجزائري²، كما أن عملية الاستعانة بالمصادر التاريخية تساعد كثيرا على معرفة إرادة وقصد مصدر هذا التصرف و تساعده في بيان معنى هذا التصرف لتطبيقه بعد ذلك على الوقائع المادية أو القانونية سبب ومحل نزاع ، فكثير من النصوص و الأعمال القانونية لها مصدر و سوابق تاريخية ومعرفتها تزيد من تحديد و توضيح المعنى الصحيح لهذه النصوص والأعمال القانونية ، ومن ثم كانت هذه العملية وسيلة من الوسائل الفنية الخارجية للتفسير، و عملية الاستعانة بالمصادر التاريخية و كذا عملية تحليل و معرفة الظروف الاجتماعية والاقتصادية و السياسية التي تكون في مجموعها البنية المحيطة و المتفاعلة مع النص القانوني أو التصرف القانوني³.

فلكي يتعرف المفسر على إرادة المشرع، يجب عليه دراسة القاعدة القانونية من حيث أصلها التاريخي، وهذا يؤدي إلى أن يفهم المفسر مضمون النص فهما عميقا كاملا على أساس وضعه النهائي، الذي استقر النص عليه وقت إجراء تفسيره.

فالاستعانة بالمصادر التاريخية يقصد بها الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع النص، و قد يكون الشريعة الإسلامية أو قانون أجنبي.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 218-219.

2- عمار بوضياف ، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 212.

3- عمار عوابدي ، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 186.

4- عملية الاسترشاد بالأعمال التحضيرية

يقصد بها مجموعة الوثائق الرسمية التي أعدت أثناء إعداد التشريع، ومناقشات الهيئات أو اللجان التي قامت بتحضيرها¹، أو هي مجموعة الوثائق التي تبين مختلف ما مر به النص، و تتمثل في مشروع أو اقتراح القانون مع بيان أسبابه و مختلف التقارير اللاحقة له، كالتقرير التمهيدي و التقرير التكميلي².

هي : " مجموعة الوثائق الرسمية والمعترف بها كحجية والتي تتضمن التقارير والمناقشات وبيان الأسباب و محاضر الجلسات و كذا وقائع ونتائج عمليات الخبرة والتحقيقات الفنية القانونية و الإجرائية الخاصة، وكذلك حيثيات الأحكام القضائية و قرارات العقوبات الإدارية و سلبيات القرارات الإدارية " ، فعملية الرجوع الجوازية لهذه الأعمال لتكوين و إصدار وإبرام التصرفات القانونية تساعد على انجاز العملية التفسيرية مادامت هذه الأعمال التحضيرية هي التي كونت و حققت الوجود المادي والفني النهائي للتصرفات القانونية و حضرت لعملية الإصدار والوجود القانوني لهذه التصرفات القانونية³.

كما للقاضي الإداري أن يلجأ إلى المصادر الأصلية و التاريخية للتشريع، ونشير أن إعماله لدوره يتجلى في المبادئ العامة للقانون، وعلى هذا الأساس عندما يواجه قاعدة غير محددة أو عامة المعنى فإنه يجدد لها مضمونها و يجعلها متفقة مع المبادئ القانونية العامة، وهو يحرص في ذلك على ألا يخرج المعنى خروجاً صريحاً عن النص، وهذا التفسير غالباً ما يكون لصالح المبادئ القانونية العامة، و على حسب النصوص التشريعية و هكذا تميز سلطته بالمرونة الشديدة حتى يطوع النصوص ضيقاً واتساعاً لكي تتفق مع المبادئ العامة وغالباً ما ينتهي هذا إلى خلق قانون جديد تماماً يختلف عن القاعدة الأصلية⁴.

لهذه الوثائق قيمة كبيرة في التعرف على نية المشرع، ليس بالنسبة إلى ما نص عليه التشريع، بل أيضاً بالنسبة إلى ما لم ينص عليه التشريع، كل ذلك يشترط أن لا يؤدي بالأمر إلى الخروج عن أحكام القانون و مخالفة نصوصه.

1- عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 221.

2- عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 211.

3- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 187.

4- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 267.

5- عملية تحليل الظروف الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية

تطبيقا لمبادئ وجود النظام الاجتماعي و الاقتصادي والسياسي، وانبثاقه من العوامل والظروف والحوادث و الظواهر الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية المحيطة به، و تكييف وتفاعل النظم مع هذه العوامل و الظواهر السائدة، فإن النظام القانوني في الدولة وكافة التصرفات والأعمال القانونية التي تصدر، وتفسر وتطبق في بطاقة لا بد من أن يستمد هذا النظام القانوني وجوده من العوامل والظواهر الاجتماعية و الاقتصادية والسياسية المتغيرة و المتطورة فعملية تحليل هذه الظروف المستجدة تساعد على تفسير التصرفات القانونية تفسيراً حقيقياً و واقعياً وعاجلاً وفعالاً¹.

نشير إلى أن الجهات المؤهلة بالاجتهاد القضائي الإداري في النظام القضائي الجزائري طبقاً لأحكام المادة 2 من القانون العضوي رقم 98-01 المنظم لاختصاصات مجلس الدولة المعدل و المتمم فإنه يعد هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وهو مكلف بمهمة توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون، و هذا ما أكدته المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016 في فقرتها الثانية حيث أكدت أن مجلس الدولة هو الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

من المعلوم أنه من حق كل جهة قضائية أن تفسر النصوص القانونية التي تطبقها أثناء الفصل في المنازعات لأن ذلك من مقتضيات عملها، ووفقاً للنظام اللاتيني الذي يأخذ به المشرع الجزائري فإن من حق المحاكم الإدارية ممارسة الاجتهاد للفصل في المنازعات لأن المشرع أعطى لها كما سبق بيانه الاختصاص العام في المنازعات الإدارية و إلا فلا حاجة للنص على جعل مهمة مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي، كما نظم المشرع الجزائري بالمادة 31 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة المعدل و المتمم حالة واحدة للتراجع عن الاجتهاد القضائي و اشترط أن تعقد جلسات المجلس مشكلاً من الفرق مجتمعة².

إن جهات القضاء الإداري المختصة، تستخدم كافة وسائل و أدوات التفسير وأنواعها في مراحل متدرجة و متسلسلة و متنوعة، حسب كل حالة و تطبيق قواعد القانون الإداري على المنازعات و الدعاوى الإدارية، لذا يجب أن تمتلك هذه الجهات القضائية القدرة الكافية لممارسة حرية التفسير

1- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ص 188-189.

2- عبد الجليل مفتاح و مصطفى بخوش، دور القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية وتطبيقها، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة، عدد 02، نوفمبر 2005، ص 120.

و استخدام مناهج و وسائل و أنواع عمليات التفسير في القانون الإداري بمهارة وبصورة صحيحة وفعالة وشرعية و معقولة و ملائمة كأساس و منهجية عملية التفسير تتطلب وجود جهات قضائية متخصصة علميا وقانونيا و مهنيا و عمليا في القانون الإداري و العلوم الإدارية و على دراية بمعطيات واقع الحياة الإدارية المختلفة، و نظرا لأهمية التفسير القضائي، فإن بعض الفقهاء يرون بأن هذه العملية التي يقوم بها القاضي بما فيها الخلق و الإنشاء تجعل القضاء مصدرا رسميا للقانون¹.

ثالثا: دور القاضي في الحالات الأخرى للتفسير

يمكننا إدراج دور القاضي في التفسير من ناحية ما إذا كان:

-النص القانوني خاص و عام،

-النص القانوني الملزم و المكمل،

-دلالة النصوص القانونية مفهوما و منطوقا.

1- النص القانوني الخاص و العام

أ- النص القانوني الخاص

هو اللفظ الموضوع للدلالة على معنى و تكون هذه الدلالة على سبيل القطع لا الظن، و أنواع النص القانوني الخاص ترد كحروف عطف (الواو، الفاء، ثم، بل، لكن، أو) التي لها أهمية كبير في التفسير فكثيرا ما ترد هذه الحروف في النصوص القانونية، وتلعب دورا مهما في فهم هذه النصوص، و هناك حروف الجر، وأهمها (على، الياء، من، ل، في) و يقصد بالنص القانوني الخاص المطلق إذا ورد في النص القانوني لفظ (خاص) دون ما يوجد ما يقيد به يسمى (مطلقا)، و أفاد ثبوت الحكم على الإطلاق، و يقابل بمطلق (المقيد)، وهو ما دل على فرد مقيد مطلقا بأي قيد يقلل من شيوعه في جنسه، و يدل المقيدة على موضوع واحد يتوفر فيه قيد من قيود الوصف أو الشرط أو الزمان أو المكان أو غيرها مما يقصره على بعض أنواعه..

1- الغوثي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 01، الجزائر 2000، ص ص 58-59.

من أنواع النص القانوني الخاص، الأمر و النهي، و الأمر و هو اللفظ الدال على طلب أداء الفعل أو امتناع على وجه الإلزام ما لم يقد دليل على خلاف ذلك أما النهي فهو اللفظ الدال على طلب الكف عن فعل على وجه الإلزام ما لم يقد دليل على خلاف ذلك.

ب- النص القانوني العام

هو اللفظ الموضوع بمعنى واحد على سبيل الشمول و الاستغراق لجميع أفرادة دون حصر في كمية معينة أو عدد معين، ومن أمثله رجل، نساء فكل لفظ من الألفاظ عام يستغرق جميع أفرادة و يتم تخصيصه، أما في القانون ذاته، بعد أن يورد المشرع النص القانوني العام ثم يخصص المشرع هذا الحكم في النص القانوني ذاته، أو يتم تخصيص العام في القانون ذاته، أو في قانون آخر، وقد يلتبس على البعض التمييز بين العام و المشترك، فالعام يشمل جميع أفرادة على سبيل الشمول و الاستغراق، فهو يوجب الحكم على جميع ما يدخل تحته من أفراد، أما المشترك فهو اللفظ الذي وضع للدلالة على معنيين أو معاني مختلفة بأوضاع متعددة، فإذا تحقق الاشتراك فيكون المفسر للنص القانوني أمام إحدى الحالتين:

الحالة الأولى: أن يكون اللفظ المشترك الوارد في النص له معنى لغوي و آخر في الاصطلاح القانوني فينبغي الأخذ بالاصطلاح القانوني لا اللغوي.

الحالة الثانية: أن يكون اللفظ المشترك الوارد في النص القانوني مشتركاً بين عدة معان لغوية، و في هذه الحالة يجب الاجتهاد لتعيين المعنى المراد منها، لأن المشرع ما أراد باللفظ إلا أحد معانيه و على المفسر أن يستعين بالرجوع إلى نصوص أخرى في القانون و التفسير المنطقي للنصوص القانونية بالرجوع إلى حكمة التشريع و المصدر التاريخي للنص القانوني و الأعمال التحضيرية و المذكرات التفسيرية.

2- النص القانوني الملزم و المكمل

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها في الإلزام إلى قواعد أمرة و ملزمة و قواعد مكملة أو مفسرة، و من أجل التمييز بينهما طريقتين، الطريقة المادية (الشكلية أو اللفظية) و ذلك بالرجوع إلى نص المشرع ذاته فإذا تبين من عبارات النص و ألفاظه أن القاعدة أمرة أو مفسرة، ترتب على ذلك عدم إمكان مخالفتها أو إمكان ذلك بحسب الأحوال، وقد يتضمن النص عبارة تشعر بأنه أمر، و ذلك التعبير بأي لفظ يؤدي إليه، الطريقة الثانية فتسمى بالطريقة (المعنوية) وهذه تعتمد على معنى النص

أو مضمونه، فإذا أفاد المعنى للنص أو مضمونه أنه يتضمن قاعدة لا يصح الاتفاق على خلافها، لأنها تتعلق بكيان المجتمع و مصالحه الأساسية، هذا إذا كانت القاعدة أمرية، أما إذا أفاد معنى النص أنه ينظم علاقة خاصة بين الأفراد و ليس فيها مساس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية فإن القاعدة تكون مكملة أو مفسرة فالقانون الملزم يتضمن الأمر، و إلزام الأفراد على احترامه و الالتزام به و ليس لهم الاتفاق على مخالفته، وتكون صيغته على شكل أمر أو نهي عن الإتيان بفعل أو تصرف معين، أما النص القانوني المكمل أو المقرر أو المفسر، فهو النص الذي يعاون الأفراد فيما تتجه إليهم إرادتهم بقصد ترتيب آثار قانونية معينة مهمة، ويجوز للأفراد مخالفتها بالاتفاق على عدم إتباع النص القانوني أي مخالفته و إتباع ما يروق لهم في تنظيم علاقاتهم، بشرط عدم مخالفة نص قانوني ملزم أو النظام العام أو الآداب العامة.

3- النصوص القانونية الواضحة و المبهمة

أ- النص القانوني الواضح

يقصد باللفظ الواضح الدلالة على معناه هو ما دل على المراد منه بنفس صيغته من غير توقف على أمر خارجي، و من أنواع النص القانوني الواضح، الظاهر و يقصد به اللفظ الذي يعرف المراد منه من صيغته و لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية، وحكمه وجوب العمل به على إطلاقه أو غموضه أو حقيقته، ما لم يرد دليل على التقييد أو التخصيص أو التجاوز.

النوع الثاني للنص القانوني الواضح هو النص، فهو اللفظ الذي دلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق و يلاحظ أن غالبية نصوص قانون العقوبات من قبيل النصوص طبقا لمفهومها الوارد في قواعد أصول الفقه.

المفسر هو النوع الثالث من النص القانوني الواضح، وهو اللفظ الذي يدل على معنى متبادر منه دلالة واضحة و هو المقصود الأصلي من الكلام دون أن يتحمل التخصيص أو التأويل، والنوع الأخير من النص القانوني الواضح، المحكم، و هو اللفظ الدال بصيغته على معناه دلالة واضحة قطعية و المقصود من سياق الكلام، دون أن يتحمل تأويلا و لا تخصيصا و لا نسخا.

ب- النص القانوني المبهم (الغامض)

من أسباب الغموض هو عدم تحديد نطاق سريان أحكام القانون بشكل دقيق و مضبوط، أو يرجع سبب الغموض إلى ورود كلمات في النص القانوني زائدة و لا فائدة لها، و قد يرجع الغموض، لوجود تعارض بين نصيين قانونيين فأكثر، ومن أنواع الغموض:

الخفي وهو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة، ولكن يعرض له خفاء من انطباق معناه على بعض الأفراد، لسبب خارج عن لفظه، ولا يزول هذا الخفاء إلا بالتأمل أو بالاجتهاد كما في تفسير مدى شمول لفظ المنقول للتيار الكهربائي، و مدى شمول لفظ القاتل للمورث بالقتل الخطأ، أو بالتسبب بغية حرمانه من الميراث.

و المشكل هو اللفظ الذي لا يدل على معناه لسبب في ذاته بل لا بد من قرينة خارجية لإزالة خفائه، كما في الاختلاف الذي حصل حول تفسير كلمة (الليل)، في النصوص العقابية و هل هي الظلام فعلا، أم الفترة الواقعة بين غروب الشمس إلى شروقها.

النوع الثالث هو (المجمل) و هو اللفظ الذي لا يتضح المعنى المراد منه لذاته سواء لتعدد المعاني فيه، أو لوضعه لغير معناه اللغوي، أو لغرابة اللفظ ولا يزول خفاؤه إلا ببيان من المجمل نفسه.

ترد في القوانين ألفاظ كثيرة مجملة، تقتضي البيان و التوضيح من المشرع، و لذا فإن المذكرات التفسيرية للقوانين لها أهمية كبرى في بيان هذه الألفاظ المجملة، و كثيرا ما يصدر المشرع تفسيرا تشريعيًا، في مثل هذه الحالات، أما النوع الأخير للغموض، فهو المتشابه، و هو اللفظ الذي خفي معناه المراد خفاء من ذاته، و لا توجد قرائن خارجية تبينه، وما يلاحظ أن هذا النوع من الغموض لا وجود له في النصوص القانونية، فهو من مباحث علم الكلام.

4- دلالة النصوص مفهوما و منطوقا**أ- منطوق النص القانوني**

يقصد بالمنطوق، ما دل عليه النص وهذا ما يسمى بالمنطوق الصريح و الأمثلة عليه لا تعد و لا تحصى إذ أن كل لفظ يرد عن المشرع و يدل على معنى معين من دلالات اللفظ فإنه يكون حينئذ قد دل بعبارة صريحة في النص، فكل نص قانوني إنما ساقه المشرع لحكم خاص قصد تشريعه

به بصياغة ألفاظه و عباراته¹، وهو ما تناوله اللفظ إشارة أو اقتضاء أو إيماء فإشارة النص تسمى دلالة الإشارة و يقصد بها دلالة اللفظ على المعنى الذي لا يتبادر فهمه منه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام و يحتاج إدراكه إلى نوع من التأمل.

مما سبق يتضح أن الاجتهاد القضائي الإداري هو مساهمة القضاة أو بتعبير آخر إضافة القضاة، لنتائج جهودهم في تفسير القانون، وسد النقص الموجود فيه أو تكميله، و رفع التناقضات الموجودة بين قاعدتين أو تحديد معاني القواعد، إذا شابها الغموض، إذ لا يمكننا أن ننكر دور القاضي الإداري في صنع القاعدة القانونية حتى بوجود النص القانوني و ذلك من خلال تفسيره له في الحالات التي تم ذكرها وهكذا تجلت سلطته في حالة غموض النص في الكشف عن إرادة المشرع الحقيقية، كما قام بدور المكمل للنصوص، و استخدام القياس عند توافر العلة كما استخدم القياس عند توافر الحكمة.

المبحث الثاني

سلطة القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص

قد يعرض على القاضي الإداري نزاع و لا يجد له حلا قانونيا، نظرا لغياب النص الذي يستند إليه و قد يرجع ذلك إلى دوافع تشريعية، و تتمثل في عدم ممارسة المشرع لوظيفته التشريعية²، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن القاضي الإداري مطالب بل هو ملزم بالفصل في النزاع المعروض عليه، فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة القانونية التي تفصل في النزاع المعروض عليه، و هنا يتحتم عليه أن يحل محل السلطة التشريعية، و ذلك بالاجتهاد القضائي، فالطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري، و حتى ظروف نشأته التاريخية و عدم تقنين كل قواعده القانونية و زيادة تعدد مجالات نشاطه، كل ذلك أدى إلى اعتبار القضاء الإداري مميزا في ابتداع قواعد القانون الإداري في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح العبارة مشرعا يحل قضاؤه محل القانون³.

1- عبد المنعم بدرابي، المدخل للعلوم القانونية، د.د.ن، 1966، ص 217.

2- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 287.

3- مروان الحمومي، دور القاضي الإداري في إنتاج قواعد القانون الإداري، مجلة قانونك، العدد الرابع، السنة الأولى، 1438هـ، أكتوبر 2017، ص 4.

فإذا لم يجد القاضي نصاً قانونياً ينطبق على الحالة المعروضة عليه، فلا يجوز له أن يفيض يده من هذه الحالة بحجة سكوت القانون عنها، لأن القانون حتم عليه أن يفصل في كل ما يعرض عليه وإلا اعتبر ناكراً للعدالة أو ممتعاً عن إحقاق الحق.

بغية انتظام العمل القضائي و عدم اضطراب أحكامه و جب على المشرع أن يبين للقاضي مصادر القانون الأخرى غير التشريع و التي يمكنه الرجوع إليها عند فقدان النص التشريعي.

فالدور الذي يلعبه القضاء الإداري بالنسبة للقانون الإداري مهم جداً، فالقاضي الإداري و على خلاف القاضي العادي إلى جانب تطبيقه قواعد القانون الإداري و تفسيره لها بما يتناسب و النزاع المعروض أمامه، فهو يؤدي دوراً إيجابياً أكثر جدية و أكثر جرأة في مجال صناعة القاعدة القانونية ذاتها في حالة انعدام النص التشريعي¹.

المطلب الأول

دوافع حلول السلطة القضائية محل السلطة التشريعية

إن طبيعة القانون الإداري و ما يتميز به من خصائص، يؤدي بالضرورة إلى عدم وجود نص صريح لحالة من الحالات التي يعالجها القاضي الإداري من خلال فصله في النزاع الذي يختص بالنظر فيه و إيجاد الحل المناسب فأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تلزم القاضي بإصدار الحكم في الدعوى المعروضة عليه، ولا يجوز له أن يمتنع عن إصدار الحكم بحجة فقدان النص التشريعي أو غموضه، وإلا عد ممتعاً عن إحقاق الحق، إذ أن الحصول على الحكم القضائي هو الغاية التي يهدف إليها المدعي من رفع دعواه.

الفرع الأول

وجود فراغ قانوني أو تشريعي

إذا كان القانون الإداري مستقلاً بذاته و مكتملاً، فكما يبدو أن معظم القواعد و المبادئ الأساسية فيه ليست من صنع المشرع، بل من ابتكار مجلس الدولة، لسبب بسيط هو انعدام النصوص التشريعية التي يمكن للقاضي أن يطبقها على القضايا الإدارية، كما أن بعض النصوص التشريعية التي يمكن

1- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد الثاني، بسكرة، ص 108.

أن يعتمد عليها القاضي الإداري أثناء محاولته لإيجاد حل للنزاع المعروض عليه لأن هذه النصوص لا تضع سوى المبادئ العامة و التي يصعب على القاضي الإداري الاكتفاء بها لوحدها لتطبيقها¹.

أكثر من ذلك فإن القانون الإداري في جزء كبير منه يعد غير تشريعي، فالمشرع حتى و إن صاغ قانونا فإنه في بعض الحالات يكتفي بوضع مبادئ عامة لدرجة أن القاضي الإداري هو الذي يحدد محتواها في الحقيقة.

فكثير من النصوص القانونية الإدارية ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي كالعقود الإدارية، المسؤولية الإدارية، قانون الوظيفة العامة، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، تنفيذ القرارات الإدارية.

فإن التشريع مع ذلك في مجال القانون الإداري يبقى يعاني من فراغ، و يظل قاصرا عن تغطية كل المجالات الإدارية، ذلك أن دوره محدود نظرا لكونه لا يهتم إلا بمعالجة بعض الحالات دون التصدي لكل ما قد يحدث من نزاعات تكون الإدارة طرفا فيها، و في هذه الحالة إذا وجد نزاع معروض على القاضي الإداري يكون ملزما بالفصل فيه، و إذا لم يفعل يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة، أما إذا فصل فيه و اجتهد و جد و أنشئ قاعدة قانونية ألا يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات؟ و بالتالي فقد حل محل السلطة التشريعية؟

فإذا كان عمل القاضي يتعارض من الناحية النظرية مع نص المادة 114 من الدستور و مبدأ الفصل بين السلطات، غير أن هذا الأخير لا يسلم من الناحية الواقعية و العملية، حيث ظهر قصور هذا الموقف، لأنه كثيرا ما يضطر القاضي الإداري حتى لا ينعت بهروبه عن العدالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع ثم تتواتر هذه الأحكام، وتستقر على الأخذ بهذا الحل على الحالات المشابهة، فتوجد و تخلق بذلك قاعدة قانونية.

ما يمكن قوله بخصوص هذا الإشكال المطروح، هو أن القانون الإداري بمعناه الفني و الدقيق أنه لم يظهر، إلا بعد أن أوجد المشرع جهة قضائية مختصة بالنظر في المنازعات الإدارية، و هذه الجهة التي قامت باجتهادات مختلفة في الميدان الإداري، و التي كانت سببا رئيسيا في وضع أسسه و مبادئه.

1- مروان الحمومي، المرجع السابق، ص 5.

الفرع الثاني

تشئت الكثير من النصوص القانونية للقانون الإداري

هناك الكثير من نصوص القانون الإداري قد تضمنتها تشريعات مستقلة مثل القانون الأساسي للوظيفة العامة فهذه التشريعات قد ترد في شكل قواعد تنظيمية، و منها ما يرد في الدستور، و منها ما يرد في قانون الصفقات العمومية.

فالتقنين له ميزة أساسية و التي تتمثل في تسهيل الرجوع إلى القواعد المقننة من جانب المشتغلين بتطبيق القانون و تنفيذها، و نقصد بطبيعة الحال هنا القاضي الإداري حيث يسهل عمله بشكل كبير و يجعله يقوم بمهمته على أكمل وجه، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني و القانون الجنائي، و لا يخفى ما للتدوين من أهمية في إضافة الثبات و الاستقرار.

فتناثر نصوص القانون الإداري هو عيب يلاحقه، مما يؤدي إلى تضارب نصوصه في بعض الأحيان مما يجعل السلطة الإدارية تستغل هذا التضارب، وعليه و في حالة وجود نزاع فإن القاضي الإداري تزيد مشقته في البحث على النص القانوني الذي يحكم هذا النزاع الأخير، حيث يبذل جهدا مضاعفا للتقريب على النصوص التي تحكم الموضوع الواحد.

ما يمكن التساؤل عنه في هذا المجال هو ما إذا كان من الممكن تجميع هذه التشريعات و جعلها في تشريع واحد يسمى التشريع الإداري، و حقيقة التحليل الصحيح لدور القاضي الإداري و هو يفصل في المنازعات المعروضة عليه و الاجتهاد في البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها ليصدر فيها حكمه النهائي، يتبن لنا من كل هذا تعدد وظائفه و التي هي بطبيعة الحال تملبها عليه طبيعة عمله، و التي تظهر لنا من خلال وجود نزاع أمامه و البحث عن القاعدة التي تحكمه، فهنا القاضي يمارس وظيفة أخرى إلى جانب وظيفته القضائية هي وظيفة الاجتهاد عن طريق إنشاء قاعدة قانونية.

بالتالي عندما يصيغ القاضي الإداري قاعدة قانونية فإنه يحل محل المشرع و هذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول قيمة هذا الاجتهاد أو قيمة هذه القاعدة القانونية المنشأة، فلا شك أن الدور الاجتهادي للقاضي هام جدا في جل فروع القانون و خاصة في مجال القانون الإداري فله طابعه الخاص.

المطلب الثاني

مصادر القانون الإداري عند غياب النص القانوني

إن النص التشريعي يعد أمراً مسلماً به، و بما أنه لا يوجد ما يسمى بالكامل المطلق للتشريع لأنه وضعي، فقد يمسه الغموض، النقص، أو قد لا يعالج مسألة معينة في هذه الحالة لا بد أن يواجهها القاضي الإداري باجتهاده، و في هذا الصدد فإن طبيعة القانون الإداري تجعل هذا النقص في مجال القضاء الإداري أمراً محتوماً لبروزه، لذا وجب إعمال دوره، خاصة في حالة غياب القاعدة القانونية.

على الرغم من وضوح هذا الدور فإن الفقه العربي يكاد يجمع أن القاضي الإداري لا يمكن أن يضيف إلى عناصر المشروعية شيئاً، حيث أنه ليس من اختصاصه خلق قواعد عامة و مجردة تطبق على الحالات المتشابهة مستقبلاً بشأن القاعدة التشريعية¹.

على ذات النهج الذي اتبعه القاضي المدني، عند عدم وجود نص-طبقاً لنص المادة 01 الفقرة 02 من القانون المدني باعتباره الشريعة العامة- فإن القاضي الإداري يلجأ عند عدم وجود نص يحكم النزاع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ثم إلى أحكام العرف فمبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة².

إن الفقه و القضاء³ في الجزائر قد سلم باعتبار العرف الإداري يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة، و ذلك نزولاً على القاعدة التي أوردتها القواعد القانونية المدنية، و يطلق الفقه على العرف في هذه الحالة العرف المكمل لأنه يسد النقص في النصوص القانونية الإدارية، وذلك بهدف تنظيم مسألة لم تتناولها هذه النصوص، و يتم ذلك إذا اعتادت الإدارة اعتياداً ملزماً على معالجة وضع لم يعالجه النص على نحو معين.

يغلب على القضاء الإداري الطابع الإنشائي لقواعد القانون الإداري عند عدم وجود نص أو عرف إداري بابتداع المبادئ الإدارية و تأسيس الحلول المناسبة لحكم الروابط القانونية الناشئة بين الإدارة العامة و الأفراد، وخاصة و أن النصوص الإدارية على عكس النصوص المدنية تخلو عادة من

1- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص108.

2- و إن كانت الأحكام التي بين أيدينا لا تظهر أن القاضي الإداري قد اتبع و التزم بنفس الترتيب الذي اتبعه القاضي المدني.

3- Waline Marcel, **Manuel élémentaire de droit administratif**, 4 éd, Paris, 1946, p16.

-A De Laubadère, **Traité élémentaire de droit administratif**, Revue internationale de droit comparé. Vol. 5 N°2, Avril-juin 1953, Paris, 1953, p28.

المبادئ الأساسية كما تقتصر على إيراد الحلول الجزئية، و حتى بعد تقنين بعض قواعد القانون الإداري فإن ذلك لم يمنع القاضي الإداري من ممارسة دوره الخلاق في ابتداع الحلول القانونية للمسألة المعروضة عليه عندما يعجز التشريع عن علاجها من خلال أحد المصادر التالية، حسب وقائع النزاع.

الفرع الأول

القانون المدني

ينشئ القاضي الإداري القواعد القانونية في المادة الإدارية فهناك الكثير من الحلول المقدمة من القضاء الإداري في حالة غياب أي نص وهي أكثر و أبعد من مجرد تفسير للنص، فالقاضي يلجأ أحيانا إلى أحكام القانون المدني ليطبق منها كل ما لا يتعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية، غير أنه لا يتمتع بحرية كبيرة في الرجوع إليها¹.

فله أن يطبق منها ما يتلاءم مع تلك المنازعات، وله أن يطرحها إن كانت غير ملائمة و له أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم، لأن مهمة القاضي الإداري ليست منصبة على تطبيق النصوص القانونية فقط، وإنما يكون له أن ينشئ القواعد القانونية و يستخلص الحلول المناسبة للمنازعات الإدارية في حرية تامة لذلك نجد أنه كثيرا ما يطبق بعض القواعد الواردة في القانون المدني لتتناسبها مع حاجات القضاء الإداري، و عدم مخالفتها لاعتبارات القانون العام، فسلطته تتمثل في ابتداع الحلول التي تتناسب و المنازعات الإدارية، ونجد أن سلطة الإبداع قد تظهر في إحدى صورتين:

- إما أن تقتصر على تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الخصومة الإدارية و تتمثل السلطة في هذه الحالة في الأخذ بقاعدة من قواعد القانون الخاص، كما قلنا (القانون المدني مثلا).

- إما أن تتسع سلطة الابتداع لأكثر من ذلك إلى حد استنباط القاعدة القانونية التي تحكم النزاع دون الالتفات إلى قواعد القانون الخاص.

نجد أن سلطة القاضي الإداري في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ تستمد من المبادئ العامة في القانون، فهو إما يستند في حكمه إلى مبدأ من المبادئ القانونية التي يعتبرها مسلمة، و إما يستخلص حكمه من مجموعة النصوص القانونية التي ترد في مصدر واحد أو أكثر،

1- عبد الجليل مفتاح و مصطفى بخوش، المرجع السابق، ص118.

و ربما استعان في ضبط هذا الحكم بالمبادئ القانونية العامة¹، فعملية الاجتهاد القضائي عن طريق اللجوء إلى المبادئ القانونية العامة ليست عملية هينة، وإنما هي عملية شاقة و دقيقة يجب فيها عليه أن يتحرى مصادر المبادئ التي يفرضها، و أن يتحقق من مشروعية المصالح التي يحميها و أهميتها، و أن يراعي بعد ذلك أن لا تتنافى هذه المصالح مع طبيعة القانون الإداري و أهدافه.

هنا يثار تساؤل حول الأساس الذي يعتمده القاضي الإداري لكل ينشئ قاعدة قانونية من العدم

مما لا شك فيه أن القاضي الإداري في حال عدم فصله في النزاع الإداري لأي سبب كان، حتى عندما يصادفه عدم وجود نص قانوني يضي الحل المناسب للنزاع الإداري، عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة من جهة، و من جهة أخرى لو سلمنا بأن القاضي الإداري يلعب دورا استثنائيا لقواعد القانون الإداري، فإن ذلك لا يعني و في كل الحالات و بصفة مطلقة أن يبتدع القاعدة القانونية و ينشئها من العدم² فهو ملزم خلال الفصل في النزاع المعروض عليه و في حالة عدم وجود نص في التشريع و عدم وجود عرف جار به العمل، التقييد بما اصطلح على تسميته بالمبادئ العامة للقانون.

كما أنه لا يمكن إنكار الدور الذي يلعبه القاضي بالنسبة للقانون الإداري، فالقاضي الإداري إلى جانب تطبيقه لقواعد القانون الإداري، و تفسيره لها بما يتناسب و النزاع المعروض عليه، فهو يؤدي دورا إيجابيا أكثر جدية و جرأة في مجال صناعة القاعدة القانونية ذاتها حالة انعدام النص التشريعي، لذلك كان و لا يزال منشئ للقاعدة القانونية، في مجال القانون الإداري، بحيث أنه في نص المادة الإدارية هناك الكثير من الحلول المقدمة من القضاء الإداري في غياب أي نص و هي أكثر و أبعد من مجرد تفسير للنص³.

فالقاضي الإداري قد يلجأ إلى القانون المدني على اعتبار أنه الشريعة العامة للقوانين إذن فهو يحاول أن يجد نصا في القانون العادي يحكمها، و في الأغلب الأعم يجد نصا قانونيا ينطبق عليها و لهذا للقضاء حرية واسعة في تطبيق القاعدة المدنية كما هي، فإن وجد القاضي الإداري أنه يتعين عليه تعديل القاعدة القانونية المدنية تعديلا جوهريا أو قانونيا، ذلك حتى تكون أكثر ملائمة لحل

1- عادل السعيد أبو الخير، اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق و الحريات، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 02، نوفمبر 2005، ص ص28-34.

2- بن حليمة إبراهيم، تطور مصادر القانون الإداري و أثره على حركة التشريع اتساعا و انحصارا، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثالث، بسكرة، مارس ، 2006، ص ص154-165.

3- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص108.

المنازعة، له أن يفعل ذلك، أما إذا وجد بأنها غير ملائمة فله أن يعرض عن تطبيقها وحينئذ يملك سلطة ابتداع قاعدة قانونية جديدة لغرض إيجاد الحلول للمنازعات المعروضة عليه¹.

الفرع الثاني

المبادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقانون هي التي يستخلصها القاضي الإداري من مجموعة القواعد التي تحكم المجتمع في بلد معين و زمن معين، و يلزم جهة الإدارة على احترامها و ذلك بإبطال كل عمل صدر عنها مخالفا لهذه المبادئ²، و بالتالي فإن القاضي الإداري يراعي هذه المبادئ العامة و لا يخالفها.

ونذكر منها:

-مبدأ المساواة أمام القانون.

-مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

-مبدأ المساواة بين مستعملي المرافق العامة.

-مبدأ احترام حقوق الدفاع.

قواعد المسؤولية على أساس المخاطرة، قواعد المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ المرفقي، مبدأ رجعية القرارات الإدارية، مبدأ الأجر الأدنى المضمون، مبدأ عدم الجمع بين الأجرة و التعويض، نظرية العلم اليقيني، مبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام و باضطراد... إلخ³ إذ يعتبر من هذه المبادئ:

1- ما هو مجموعة المبادئ الفلسفية التقليدية (إعلان حقوق الإنسان 1789)، وهي الفصل

بين السلطات و المساواة بين المواطنين في تطبيقاتها المتعددة و الفردية و احترام العقائد.

2- منها مجموعة المبادئ التي يستخلصها القاضي الإداري من القانون الخاص أو إجراءات

المرافعات و التي ينقلها للنطاق لتقديره أنها كامنة من نظام قانوني و من ذلك، عدم رجعية القواعد

1- عبد القادر الشليخي، ثقافتك القانونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005، ص96.

2- فريدة قصير مزياني، مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قرفي، باتنة، ط1، 2001، ص56.

3- الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الإداري، ج 02، المرجع السابق، ص12.

القانونية، والمسائل المبنية على الخطأ، حجية الشيء المقضي فيه، ضرورة اتخاذ إجراءات موجهة قبل توقيع أي جزاء، حياد القاضي بالنسبة لمن يفصل في دعوى له.

3- مجموعة من المبادئ التي يستخلصها مجلس الدولة من طبيعة الأشياء، أي طائفة ما و هو ضروري على أساس أن منطقاً كامناً في هذه النظم، كما أن هناك ضرورات كامنة في الحياة الاجتماعية بغض النظر عن جميع الاعتبارات الأدبية و من الأمثلة على ذلك: مبدأ استمرارية المرافق العامة، ومبدأ المشروعية الاستثنائية الذي يقضي بالتدخل من بعض ضمانات المشروعية العادية.

4- مجموعة القواعد التي تنتهي إلى ما هو عدل في صورته المثالية، و هي مبادئ خلقية لا تستمد من مبادئ سنة 1789، و لا من قواعد القانون الخاص، و إنما تنهض كقواعد قائمة بذاتها و من هذا القبيل التأكيد الضمني بأن الإدارة مقيدة بالبحث عن المصلحة العامة.

إذن فعلمية الاجتهاد القضائي عن طريق الاتجاه إلى المبادئ القانونية العامة ليست عملية هينة، إنما هي عملية شاقة و دقيقة يجب فيها على القاضي الإداري أن يتحرى بفحص مصادر المبادئ التي يفرضها، وأن يتحقق من مشروعية المصالح التي يحميها و أهميتها، وأن يراعي بعد ذلك أن لا تتنافر هذه المبادئ مع الطبيعة الخاصة للقانون الإداري و أهدافه¹.

الفرع الثالث

السوابق القضائية

للقاضي الإداري اللجوء إلى السوابق القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية أثناء فصله في منازعات مماثلة للنزاع المعروف عليه دون أن يتوصل إلى نتيجة، وهذا ما يعتبر بعد مدة عرفاً إدارياً، فعندما تتميز هذه السوابق بشروط العرف الإداري، يعتمد عليها القاضي كمصدر قانوني حتى في غياب القاعدة القانونية، إذ تزيد أهمية اجتهاده في هذه الحالة، لأنه يعمل على استنباط الحل المناسب، لضرورة الموازنة بين المصالح الخاصة و العامة من خلال حماية المصالح الفردية و حماية أملاك الدولة، فقد جعل المشرع السبيل واسعاً أمام القاضي الإداري خوفاً من ضياع هذه المصالح، من خلال إقراره جريمة إنكار العدالة.

1- Fouad Hadjri, **le juge administratif et les réalités juridiques**, Dar el gharb ed ,Oran ,2005 ,p65.

فكان من الضروري احترام ما توصل له القضاة من طرف المشرع أيضا، وهذا ما يلاحظ في نظرية العلم اليقيني، التي تؤكد أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يهملها، بل طبقها القاضي الفرنسي خلال عشرات السنين، قبل وصولها إلى عملية التقنين و تبنيها من طرف المشرع الفرنسي، لذا وجب على القاضي الجزائري أن يستخلص النتائج المنبثقة من الحالة العامة للقانون و الوضعية الحالية لترسانته القانونية.

الفرع الرابع

الفقه

يلجأ القاضي الإداري إلى الفقه، ذلك أن الفقيه المهتم بالقانون الإداري يتعمق في نظرياته، و يبحر في أحكامه و مبادئه، فيعرض عليه تخصصه القضائي أن يتبع حركة الدراسة الفقهية، ليعلم ما استجد من أمور في دائرة الفقه، وهو ما يؤدي في النهاية إلى تنمية قدراته القانونية و رفع مستوى تأهيله¹، و بهذا يمكن الاستعانة بما توصل إليه الفقه من حلول بعض المسائل التي قد أغفلها المشرع. لبيان الدور الذي يساهم به القاضي الإداري في بوتقة مصادر المشروعية، و كيفية الوصول إلى نتيجة مفادها أن للقاضي دورا خلافا يضيف به إلى النظام القانوني قواعد تجريبية تطبيقية تعتبر في حد ذاتها مصدرا لا يستهان به، و على أساسه تقاس مشروعية أعمال الإدارة عندما لا يسعنا المشرع بحلول قانونية رسمية للنزاع المعروض عليه، حينئذ تقوم القاعدة القضائية بذات الدور الذي كانت ستقوم به القاعدة التشريعية، حيث يعبر الحل القضائي القاعدي هنا هو الحل الأوحد المفروض على النزاع و على القاضي حتى لا يوجد إنكار للعدالة².

لا يمكن أن ننكر دور المصادر القانونية في تفعيل دوره المنشئ و هذا ما أحالنا للتطرق لأهم المصادر و التي غالبا ما يعتمد عليها المشرع عند غياب النص.

1- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص ص228-227.

2- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص108.

المطب الثالث

خطوات صنع القاعدة القانونية من طرف القاضي الإداري

يكتفي المشرع بصياغة بعض الأحكام التي تنظم الجوانب المختلفة للحياة الإدارية سواء في مجال التنظيم أو المنازعات تاركا المجال للقاضي الإداري ليجتهد و يبتكر و كثيرا ما لا يجد النص الذي يتناسب و القضية المعروضة أمامه ليجتهد ليصل إلى الحل فيتمصص بذلك دور المشرع و القاضي في ذات الوقت¹ ذلك من خلال مراحل يتبعها لإنشاء القاعدة القانونية .

الفرع الأول

مرحلة الاكتشاف المزدوج

يكتشف القاضي الإداري أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقانون و من ثم يكتشف الحل في الدرجة الثانية، و يكمل العجز في النظام القانوني القائم و هذا الاكتشاف المزدوج لا يأتي فجأة و إنما يأتي نتيجة تفكير طويل و خبرة طويلة لديه و شفافية إدراكه بكل جوانب النظام القانوني القائم²، و تسمى أيضا بمرحلة الوعي و العلم بالنقص الذي يشوب النظام القانوني القائم

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

الأمثلة على هذه المرحلة كثيرة يمكن أن نذكر منها: استبعاد أعمال السيادة من نطاق الرقابة القضائية، حيث أن القاضي الإداري قد اكتشف أولا الخطر الذي يحيط به و هو في مهده الأول من التصدي لأعمال سياسية و مواجهة الحكومة، ثم تبعه باكتشاف الحل القضائي القاعدي لهذه الفئة من الأعمال و جعلها بمنأى عن رقابة القضاء.

1- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص208.

2- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص109.

يمكن أن نذكر "التعويض عن الضرر المعنوي" و بالتحديد عن "الألم المعنوي la douleur moral حيث فصل القاضي الإداري في قضية¹ Le Tisserana إلى عجز القانون القائم و نقصانه لعلاج هذه المسألة و ضرورة وضع قاعدة قانونية قضائية لعلاج هذا العجز.

أخيرا تقرير دعوى l'action récursoire في المسؤولية الإدارية، حيث اكتشف القاضي في مرحلة لاحقة أن القضاء مستقر على عدم مسؤولية العاملين في الدولة و مدى إجحاف هذا القضاء، و تيقن من ضرورة إيجاد حل و الذي تمثل في تقرير حق الإدارة في الرجوع على الموظف حيث تتولى هي التعويض عن ضرر ناتج عن خطأ شخصي للموظف².

الفرع الثاني

مرحلة التجريب

تظهر السرية التي اكتتفت عمل القاضي في المرحلة الأولى، و تحقق العلانية لميلاد القاعدة الجديدة و التي لم يطلق عليها بعد قاعدة إنما هي مجرد حل، و لم تدخل بعد كعنصر من عناصر النظام القانوني، و للقضاة طرق عديدة للتعبير عن هذا الحل كالمقالات التي ينشرونها بالمجلات القضائية أو في الندوات و المحاضرات³.

تعتبر أدق مراحل صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري، يتولى فيها إظهار نيته في إيجاد حل معين لمشكلة معينة لم يتناولها المشرع، و هنا تتكشف السرية التي اكتتفت عمل القاضي في المرحلة الأولى و تتحقق العلانية لميلاد القاعدة الجديدة و التي لم يطلق عليها بعد "قاعدة" بل مجرد "حل" و يعد 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.

1- تتلخص وقائع القضية التي فصل فيها مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24 نوفمبر 1916: "أن سيارة الحكومة اصطدمت بدراجة قتلها ركبها و ابنه الذي كان معه فرفع والد صاحب الدراجة دعوى للمالية 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". مارسولنغ، بيارد لفولفيه وآخرون، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، مجد، ط1، لبنان، 2009، ص ص192-197.

2- رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية و منحنياتها-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص106.

3- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص109.

يمكن للقاضي التلميح بميلاد القاعدة الجديدة في حكم نفسه و لكن في نزاع آخر، فهذه المرحلة هو إخراج الحل القضائي إلى الوجود و التعريف به حتى يتلقى القاضي رأي المختصين و احتمالية أن يصبح هذا الحل قاعدة قانونية فيتأكد من سلامته.

من أبرز الأمثلة على هذه الوسيلة الأخيرة للإعلام بالقاعدة الجديدة القضائية ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية الدولة عن القوانين فمن المعروف أنه قد قرر هذه المسؤولية بشروطها في حكمه الشهير¹ *société la fleurette*.

لكن الحقيقة غير ذلك إذ أن حكم *la fleurette* لم يكن إلا إضافة للصفة الرسمية للقاعدة القانونية القضائية بتقرير المسؤولية عن القوانين و التي سبق أن لمح بها مجلس الدولة نفسه في العديد من الأحكام تتجاوز في عددها الخمس عشرة حكما على مدار خمسة عشر سنة سابقة على حكم *la fleurette*، ولقد اعتمدت الجمعية العمومية للمجلس تفسيراً واسعاً للنص التشريعي المانع من المسؤولية و ذلك بقولها بأنه 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 ما لم يكن بصورة مطلقة.

الفرع الثالث

مرحلة الإدماج

يسعى فيها القاضي الإداري إلى إدماج حله القانوني ضمن قواعد القانون و ذلك بعدما تناول المختصون هذا بالنقد و التعليق، و خصوصا من جانب الفقه و تبادل الصيغ الأمثل لها من خلال تعليقات الفقهاء و وعي القاضي بالصورة و الشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل

1- قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 14/01/1938 في قضية شركة المساهمة لمنتجات الألبان مجموعة 25 تقرير روجو من حيث أنه طبقا للمادة الأولى من قانون 29 يونيو 1934 المتعلق بحماية منتجات الألبان "يحضر صناعة أو عرض أو العرض للبيع أو بيع أو استيراد أو تصدير أو نقل:

- أي منتج تحت إسم "الكريم" متبوعا أو غير متبوع بأية صفة أو تحت إسم متخيل أيا كان، له مظهر الكريم ومخصص لنفس الاستعلامات، لا يكون مصنعا من اللبن وحده فقط، و يحظر بصفة خاصة إضافة أية مواد دهنية غريبة"

و من حيث أن الحظر المقرر على هذا الوجه لصالح صناعة الألبان قد ألزم الشركة الطاعنة بتوقيف تصنيع المنتج الذي كانت تبيعه من قبل تحت اسم "غرادين" و الذي يدخل في التعريف الذي حددته مادة القانون سابقة الذكر و الذي لم يدع أنه يمثل أي خطر على الصحة العامة، و أنه ليس في نص القانون ذاته أو أعماله التحضيرية و لا في مجموع ظروف القضية ما يسمح بالقول بأن المشرع أراد أن يحمل صاحب الشأن عبئا لا يقع عليه عادة. www.conseil-etat.fr, 12-12-2020, 17.45H.

قانوني و عادل و كعلاج للفراغ التشريعي¹، يتولى القاضي إدماج incorporation و إدخال هذه القاعدة في حيز النظام القانوني القائم لتصبح بذلك عنصرا من عناصر المشروعية وعلى أساسها تقاس مشروعية أعمال الإدارة، صحة و بطلانا، فقبل عملية الإدماج هذه يكون للقاعدة القانونية قوة و سلطة تفرض نفسها على العاملين في الوسط القانوني، و لذلك يتولى القاضي الإداري بأساليبه السرية و الملتوية و ببطء متعقل-تجنبيا لأي اصطدام-فرض احترام هذه القاعدة و وجودها داخل النظام القانوني الوضعي، و لقد عبر العلامة Hauriou عن ذلك بأدق 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 a peu la position centrale."²

خير مثال على هذه المرحلة، نظرية الظروف الطارئة l'imprévision فقد حاول مجلس الدولة الفرنسي التلميح بها و التعويض على أساسها في أحكام كثيرة سبقت حكمه الشهير و الذي عمدوا كجزء من النظام القانوني الوضعي و هو حكم gaz de bordeaux³ فلقد تلقى القانونيين هذا الحكم بصدور رحب و دون أدنى منازعة و ذلك لكونه ليس إلا حلقة في سلسلة من الأحكام التي سبقته و أعلنت عن قدوم هذه النظرية.

في مقالته الشهيرة المعبرة بوضوح عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري و الذي تحمل عنوان "القاضي الإداري الفرنسي قاضي يحكم" le juge administratif français : un juge qui gouverne.⁴ و كلمة الحكم يقصد بها الحكم بمعناه السياسي و الدستوري و المشتق من حكومة،

1- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص109.

2- مقتبس عن رأفت فودة، المرجع السابق، ص108-109.

3- بموجب القرار الصادر عن مجلس 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 وقائع هذه القضية: إن الشركة العامة في بوردو كانت تريد أن تتحمل بلدية بوردو زيادة الكلفة التي ترتبت بفعل ارتفاع الكبر في أسعار الفحم منذ إبرام عقد الامتياز بين الطرفين في 1916، ذلك أنه بسبب ح ع 1 سقطت معظم المناطق المنتجة للفحم في أيدي الألمان و بمناسبة هذه القضية قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه من المفروض أن عقد الامتياز يحدد بصفة نهائية التزامات 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 جدا لم يكن يتوقعها الأطراف، فإنه لا يمكن للملتزم أن يضمن سير المرافق 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 المترتبة عن هذا الاضطراب و التي تتجاوز المخاطر الاقتصادية العادية.

www.conseil-etat.fr ,12-12-2020, 22.45h.

4- www.criminocorpus.org, 14-12-2018, 21.20.

عبر عن كل هذه المراحل التصويرية لعملية وضع القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري و بصفة أساسية ركز الكاتب على التكييف القانوني لهذه القاعدة بأنها: "قانونية" بمعنى أن الكلمة تنطوي على جزء يوقع على كل عمل مخالف لها لتصبح بذلك جزء لا يتجزأ من القانون الوضعي إذ يقول:

« peut être est on fondé à dire sans trahir la pensée de en opposition avec les ses plus fidèles analystes qui formule continentale du règne de la loi, ouvre de la volonté nationale , l'effort du juge pour affirmer l'existence d'un Corp. de principales, 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 ».

تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري لقيامه بهذا الاجتهاد فإنه ينفرد بخصوصيات نذكر منها التالي:

1- الواقعية و مراعاة الظروف المحيطة بالنزاع: فالقاضي الإداري عندما يجتهد في الكشف عن القاعدة الواجبة التطبيق إنما يجري موازنة بينما يصدره من أحكام و بين الظروف الواقعية المحيطة بالنزاع.

2-ارتباطه بأسس النظام السياسي و القانوني للدولة: فغالبا ما يكون الاجتهاد ضمن أحكام المبادئ العامة للقانون، إذ يعتمد في محاولة استنباطها على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي و القانوني للدولة.

3-تجاوز القاضي الإداري لدوره كحكم في النزاع: فالأصل أن القاضي الإداري في الشريعة اللاتينية له سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون، ولكن قد يتجاوز تطبيق القانون إلى البحث عن الموازنة بين مصلحة عامة و مصلحة فردية، ويتجاوز حكمه مهمته العادية، باعتباره فاصلا في خصومة معينة و يتحول القاضي الإداري من خلال الحكم الذي يصدره مصدرا إنشائيا للمبدأ العام الذي يضعه و للقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ و هذا ما تؤكدته الكثير من الدراسات¹.

نخلص إلى أن دور القاضي الإداري يكون أكثر وضوحا عند غياب القاعدة القانونية ليكون بهذا اجتهاده هو الحل القانوني الأمثل معتمدا في هذا على أي مصدر قانوني يساهم في هذا الحل

1- Marie Christine Rouault, **droit administratif : sources et principes généraux**, l'organisation administrative, l'activité administrative, le contrôle de l'administration, Gualino-Lextenso, 2010, 6° éd., Mémentos LMD, Paris ,p67.

مراعيًا في هذا الضروري و الأهم، ومستعينا بالآلية التي تساعد في صنع القاعدة القانونية الجديدة، و معتمدا في هذا على كل سابقة قضائية .

الفصل الثاني

الحدود و الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

بما أن دور القاضي الإداري يزيد عند غياب القاعدة القانونية و يتجلى اجتهاده أكثر في هذه الحالة، و رغم الحدود التي تعرقله عند قيامه بهذا الدور، من حدود قضائية و سياسية، ارتأينا أن نبينها لتوضيح مدى تأثيره بها.

و على الرغم من كل ما تم ذكره في الفصل السابق، إلا أن الاجتهاد القضائي الإداري يبقى مصدر ضعيف للقانون نظرا لعدة عوامل، منها ما يتعلق بطبيعة اختصاص القضاء الإداري، من خلال القيود التي فرضت عليه بموجب الدستور أو حتى من خلال ارتباطه الوثيق و الأزلي بالمعيار العضوي، و حصانة بعض أعمال السلطة الإدارية في مواجهة رقابة القضاء الإداري.

يعتبر القاضي الإداري شبه عاجز على وضع اجتهاد قضائي إداري يرقى لأن يكون مصدرا من مصادر القانون نظرا لهيمنة السلطة التنفيذية على السلطة القضائية و القضاء الإداري، كما أن عدم تخصص القاضي الإداري يعتبر عثرة ثانية في طريق الوصول إلى اجتهاد قضائي إداري مبني على مبادئ و قواعد القانون الإداري.

المبحث الأول

الحدود الواردة على دور القاضي في إنشاء القاعدة الموضوعية

لا أحد ينكر الدور الذي يلعبه القضاء بالنسبة للقانون الإداري، فهو إلى جانب تطبيقه لقواعد القانون الإداري و تفسيره لها بما يناسب النزاع المطروح أمامه، فهو يؤدي دورا إيجابيا أكثر جدية و جرأة في مجال صناعة القاعدة القانونية ذاتها حالة انعدام النص التشريعي و حالة وجود نقص في التشريع القائم، فلم يعد القاضي الإداري مجرد أداة تطبيق أو تنفيذ لإرادة المشرع في كثير من الأحيان، و لكن هذا الدور تعترضه العديد من الحدود .

المطلب الأول

الحدود السياسية

إن الحدود الواردة على الدور الذي يقوم به القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية الموضوعية تتجلى فيما أسماه الفقه " بنظرية أعمال السيادة " إذ تبالغ الحكومة في إسباغ هذه النظرية-أعمال السيادة-على كثير من تصرفاتها بهدف إبعادها عن الرقابة القضائية، غير أن القضاء الإداري قد حاول في الكثير من أحكامه تحديد هذه النظرية، وذلك للحيلولة بين الحكومة و التوسع في أعمال هذه النظرية.

الفرع الأول

مفهوم نظرية أعمال السيادة

تعد أعمال السيادة من أهم المفاهيم في العالم المعاصر التي تتناقض إلى حد كبير مع مبدأ المشروعية أو خضوع الدولة للقانون حيث نجد مع هذا المصطلح تراجع خضوع الدولة لرقابة القضاء من خلال نزع صلاحيته أو اختصاصه بالنظر في المنازعات المتعلقة بها، و من ثم فهي تعمل فوق كل المؤسسات و قد تلغي الحريات أو تقيدها.

أولاً: تعريفها

هي تلك الحدود التي يتخطاها القاضي الإداري عند فصله في المنازعة الإدارية، و خاصة إن اصطدم بعدم وجود قاعدة قانونية تمكنه من الفصل فيها، و مع عدم وجود قانون إداري يشكل مرجع عام يرجع إليه القضاء و إنما هو عبارة عن نصوص متفرقة ما فتح المجال للقاضي الإداري في الكثير من الأحيان من الاجتهاد، من هنا دعت الضرورة لوضع حدود لضمان عدم تعسفه¹.

فالقاعدة القانونية الجديدة التي ينشئها القاضي الإداري يجب أن تكون ضمن مبدأ المشروعية فأى قاعدة قانونية لصحتها يجب أن لا تتجاوز حدود المشروعية كأن لا يجد في كل المصادر التي تم ذكرها في السابق نصاً قانونياً يساعده في حل النزاع المعروض أمامه، فيلجأ لإعمال اجتهاده، لكن يجب أن لا يخالف فيه ما نص عليه الدستور مثلاً على اعتبار أنه الوثيقة العليا في الدولة، وإلا اتصفت بعدم الدستورية، وإن اعتبرنا أن الإجراءات القضائية الإدارية تلعب دوراً مهماً من خلال كفالة

1- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص210.

نجاح الجهاز المعني في أدائه لدوره، فمن شأنها إلزام أعضاء هذا الجهاز القضائي ببحث الوثائق المطروحة عليهم، و التأكد من مطابقتها للنموذج القانوني المعني توصلًا لقبول الدعوى أو رفضها¹، و الجانب السياسي لهذه الأخيرة يظهر في أعمال السيادة التي لا بد أن نوضحها و نبين بأن القاضي الإداري لا يستطيع أن يلجأ إلى أعمال السلطة المتمثلة في وضع قاعدة قانونية إن كان موضوع النزاع يخص أعمال السيادة، فاجتهاد القاضي لا يجب أن يخرج عن النص روحا و حرفا، ولقد تبين أن القاضي يطبق القانون بوسائل يقررها القانون، وضمن الأطر التي يرسمها القانون نفسه.

فالقانون يشكل في نفس الوقت الوسائل و الحدود لتدخل القاضي الإداري و هذا الأمر ينطبق أيضا على الاجتهاد القضائي، إذ أن القانون هو ما يؤكد هذا الاجتهاد، و إلزامية القاضي الإداري في هذا الصدد من أعماله لاجتهاده و إلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة و هذا ما تبين من خلال القرار الصادر بتاريخ 1972/12/07 في قضية وزير الأشغال العمومية، فما جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا: "حيث أن القاضي الذي يرفض الفصل بحجة سكوت القانون أو غموضه أو قصوره يمكن متابعته من أجل إنكار العدالة".

حيث أن القضاء و بصياغته لهذا الحكم على هذا النحو، قصد إلزام القضاة بالفصل من جهة عندما لا تكون النصوص القانونية واضحة تمام الوضوح، و من جهة أخرى في حالة الصمت الكامل حول مسألة أو عدة مسائل قانونية.

حيث أنه و بخصوص الاحتمال الأول فإن القضاة المعروض عليهم النزاع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب، بل إن الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بالتفسير الواجب القيام به عندما تكون صياغة قانونية غامضة أو غير كافية، حيث أنه كان يتعين على قضاة الدرجة الأولى وسدا لهذا الفراغ في النص القانوني القيام بعمل المشرع من خلال إيجاد حل مدروس قصد جعل النص أوضح و أشمل، حيث أن هؤلاء القضاة و إن كانوا قد اجتنبوا إنكار العدالة بفصلهم في القضية فإنهم لم يتداركوا سهو المشرع نظرا للتفسير الذي فسروا به النص القانوني، حيث أنه كان في إمكان المجلس أن يحي في نفس النص القانوني عناصر التفكير الضروري للتوصل إلى الجواب على الفرضية المطروحة.

1- هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه و أحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990، ص21.

ثانيا: رقابة القاضي الإداري على أعمال السيادة

إن الاهتمام المنصب على نظرية أعمال السيادة، مرده أنها تمثل انتهاكا خطيرا لحقوق الأفراد و حرياتهم، حتى ذهب البعض إلى اعتبار هذه النظرية خرقا لمبدأ المشروعية فأعمال السيادة التنفيذية التي تتحصن بنظرية أعمال السيادة تفلت من رقابة القضاء إلغاء و تعويضاً، و ما يثير الاستغراب أن نشأة هذه النظرية كان من رحم القضاء، فقد كانت نشأتها نشأة قضائية خالصة¹.

فأعمال السيادة تمثل خروجاً حقيقياً على مبدأ المشروعية، وهي ما تعرف أيضاً بأعمال الحكومة، فلا تخضع لرقابة القاضي العادي و لا القاضي الإداري بل لا تملك أي جهة قضائية كانت الرقابة عليها، فهي بمثابة إنكار لمبدأ المشروعية و عدم الاعتراف به.

فهي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا تخضع للرقابة القضائية، و هي قرارات إدارية تصدر من السلطة الإدارية و ترتب آثاراً قانونية، لكن هذه القرارات تتحصن من رقابة القضاء عليها نظراً لموضوعها².

و عرفت على أنها: "أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي بعض الأعمال التي تقوم بها السلطات الإدارية المركزية (الحكومة) و التي تستند إلى باعث سياسي mobile politique رغم ما يكتنف هذا المعيار من غموض"³.

أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تخرج عن رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها، إذ لا يمكن الطعن بها أمام أية جهة قضائية سواء كان ذلك بالإلغاء أو بالتعويض، وبذلك فإن نظرية أعمال السيادة تختلف عن نظريتي السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية، ذلك أنها تمنح قرارات الإدارة حصانة تامة تجاه رقابة القضاء، في حين أن غاية ما تنتهي إليه نظريتا السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية هو توسيع سلطات الإدارة⁴.

1- ابتسام فاطمة الزهراء شفاف، المرجع السابق، ص 64.

2- فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 82.

3- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، ط 2005، ص 22.

4- وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري، ط 1، 2015، ص ص 57-71.

رأى مجلس الدولة الفرنسي أن بعض الأعمال الإدارية نظرا لأهميتها و تعلقها بكيان الدولة الخارجي و الداخلي فإنه من المصلحة ألا تعرض هذه الأعمال على القضاء بما يستلزمه من علانية و تحقيقات¹.

نظرية أعمال السيادة كمعظم النظريات في القانون الفرنسي هي من صنع 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 بيئت 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 الاطمئنان على مصيره و هكذا اتخذ مجلس الدولة بتلك النظرية التي ابتدعها وسيلة للحفاظ على كيانه و ضمان أمان يكفل حمايته مما كان معرضا له و مهددا به من جانب السلطة التنفيذية²، من أجل هذا حاول مجلس الدولة الفرنسي بخلقه لفكرة أعمال السيادة تجنب الخوض في بعض الأعمال الصادرة عن الجهات الإدارية العليا و التي تنطوي على مظهر مميز غير متوفر بالنسبة لبقية الأعمال، و لما لها من صلة بالأعمال السياسية أو ما يسمى بالسياسة الداخلية العليا للدولة، إذ التسليم لدور مجلس الدولة في مجال الرقابة على هذا النوع من الأعمال يعني الاعتراف له بالدور السياسي و هذا الأمر يؤدي بالضرورة إلى خروج جهاز القضاء عن المهام الموكلة له.

من المؤكد أنه لو تصدى مجلس الدولة الفرنسي لكل الأعمال الصادرة من الإدارة خاصة في قمة هرمها، و أخضعها إلى رقابته دون تمييز من حيث مضمونها و أبعادها، لأدى ذلك حتما إلى زواله خاصة و أن السلطة في ذات البلد أقدمت على إلغاء البرلمانات القضائية بعد أن أدركت خطورتها³.

أما في الجزائر هناك قرارات قضائية جاءت وقائعها بعد الاستقلال مباشرة و أقر فيها القاضي الجزائري أن نظرية أعمال الحكومة هي نظرية قضائية⁴.

1- سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، د.د.ن، د.ط، د.ب.ن، 1971، ص283.

2- سليمان محمد الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي ، 2006، ص135.

3- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ج1، المرجع السابق، ص46.

4- إلا أن المقصود بذلك هو أن تلك النظرية هي ذات نشأة قضائية فرنسية لأن الجزائر كانت حديثة الاستقلال.

الفرع الثاني

معايير تحديد أعمال السيادة

كيف يمكن أن نتعرف على أعمال الحكومة؟ وما هو معيار تحديدها؟

اختلف الفقهاء بشأن المعيار الواجب إعماله و تطبيقه للقول بأن هذا العمل من أعمال السيادة و بالتالي يحسن ضد الرقابة القضائية أو أنه عمل إداري عادي يخضع لرقابة القاضي إلغاء و تعويضا و فحسا و تفسيرا ، ويمكن إيجاز هذه المعايير فيما يلي:

أولاً: معيار الباعث السياسي

حسب هذا المعيار يكون التمييز بين أعمال السيادة و غيرها من الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية، باعتبار أن أعمال السيادة تتطوي على باعث سياسي، فإن خلى العمل الإداري من هذا الباعث عد العمل عاديا و خضع لرقابة القضاء، أما إذا انطوى على باعث سياسي حصن ضد الرقابة القضائية.

*نقد المعيار:

إن ما يؤخذ على هذا المعيار هو المرونة فهو معيار ذاتي(شخصي) عيوبه تتمثل في أنه يترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تحديد الأعمال السياسية و بالتالي لا يحقق أي ضمانة لحقوق الأفراد، فمن وجهة نظره تستطيع جهة الإدارة أن تفلت من رقابة القضاء جراء قيامها بعمل إداري إذا ادعت أمام القاضي أن الباعث للقيام بهذا العمل سياسي محض، و عندها يجد القاضي نفسه مضطرا للتصريح بعدم إمكانية إخضاع هذا العمل لرقابته و فحصه، فالقرار السياسي أولى بإخضاعه لرقابة القضاء عن غيره كما أنه يترك تحديد أعمال السيادة للسلطة صاحبة السيادة¹.

1- إن القاضي الجزائري أخذ بالمعيار السياسي من خلال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/01/17 في قضية(ي.ن) ضد(وزير المالية)ذهبت الغرفة المذكورة إلى القول:"متى ثبت أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق النقدية من فئة 50 دج،وكذا القرار المحدد لقواعد 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 إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة حيث أن القرار المستوحى من باعث سياسي غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن" لمزيد من التفاصيل راجع قرار المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص43.

ثانيا: معيار طبيعة العمل أو موضوعه

مقتضاه أن أعمال السيادة تتحدد بطبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن غايته، فقد انقسم دعاة هذا المعيار حسب ما تقوم به السلطة التنفيذية من وظيفة إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب اتجاه في الفقه إلى ترشيح معيار طبيعة العمل، فيكون العمل سياديا أي من الأعمال السيادية إذا صدر تنفيذا لنص دستوري، و يكون العمل عاديا إذا صدر تنفيذا لنص قانوني أو لائحي¹، و من هنا ربط هذا الاتجاه بين فكرة أداء العمل و بين النص الذي يخول الإدارة القيام به، فإذا كان أساس العمل الذي قامت به الحكومة يعتمد على نص دستوري وجب تحصينه ضد الرقابة، أما إذا خرج عن هذا الإطار فيخضع للرقابة القضائية.

إن الأخذ بهذا الرأي يجعل من النصوص الدستورية أداة و مجالا للتهرب من الخضوع لرقابة القضاء بعنوان أعمال السيادة، ثم إن العمل الإداري قد يصدر تنفيذا لقاعدة دستورية كما لو اعترف الدستور للوزير الأول بسلطة توقيع المراسيم التنفيذية، فوفقا لهذا الرأي لا تخضع هذه المراسيم التنفيذية للرقابة كونها صدرت تنفيذا لقواعد دستورية، وهذا قول غير سديد و بإمكانه أن يؤدي إلى تلاشي دولة القانون².

ب-الرأي الثاني:

ضمن إطار المعيار الموضوعي فالعمل يكون سياديا إذا صدر عن السلطة التنفيذية بوصفها حكومة، أما إذا صدر عنها بوصفها إدارة فيكون العمل من قبيل الأعمال الإدارية العادية و يخضع حينئذ لرقابة القاضي.

* نقد المعيار

إن هذا الرأي و إن بدا منطقيا على الأقل من حيث الظاهر في تقسيم أعمال الإدارة إلى نوعين عادية و حكومية، و أخضع الأول إلى الرقابة القضائية و حصن الثاني ضدها، إلا أنه أقام التمييز بين العاملين السيادي و العادي على فكرة الحكومة و الإدارة، و هو مفهوم ينطوي على غموض كبير، إذ قد تتمسك الإدارة للابتعاد عن رقابة القاضي بفكرة أن العمل الصادر عنها أتخذ بعنوان العمل

1- Charles Debbach- Frédéric Colin, **droit administratif**, 10eme édition, Economica, Paris, 2011, p105.

2- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ج1، المرجع السابق، ص48.

الحكومي لا العمل العادي و تقلت حينئذ من الرقابة، و من الصعوبة إقامة حد فاصل بين وظيفتي الإدارة بوصفها سلطة حكم أو بوصفها سلطة إدارة لصدورهما عن جهة واحدة، فمع هذا المعيار يستحيل وضع حد فاصل دقيق بين أعمال الإدارة و أعمال الحكومة.¹

ثالثا: معيار القائمة القضائية (أعمال الحكومة)

وفقا لهذا المعيار فإن أعمال السيادة هي ما يعتبرها القضاء كذلك، ويستبعدا من اختصاصه نتيجة لذلك، إذ أن تسمية بعض الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية بأعمال السيادة لاستدلاله من الدستور، فإزاء فشل المحاولات السابقة في الوصول إلى معيار جامع مانع لتمييز أعمال السيادة فقد أقر الفقه أن أفضل وسيلة لذلك هي اللجوء إلى أحكام القضاء و التعرف من خلالها على أعمال السيادة، ومعنى ذلك أن الفقه أقر بأن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي يطبق عليها القضاء هذه الصفة و من ثم يمكن القول أن المرجع لتحديد ما إذا كان عملا يعد من أعمال السيادة أم من الأعمال الإدارية هو القضاء.²

و هي تشمل الأعمال التالية³:

- 1- الأعمال التي تنظم العلاقة بين السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية .
- 2- الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية .
- 3- الأعمال المتعلقة بالحرب.
- 4- الأعمال المتعلقة بأمن الدولة الداخلي .

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 1966⁴ فإذا كان الإلغاء مازال مستحيلا فإن التعويض عن أعمال الحكومة أصبح ممكنا و لكن بشروط:

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

2- إياد على محمود القيمي، القضاء الإداري، ط1، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، 1999، ص 69.

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

4- لمزيد من التفاصيل أنظر: على محمود، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، ط1، مجد المؤسسة للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 41 وما بعدها.

-أن المسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ.

-لا يوجد أي نص صريح أو ضمني بمنع التعويض.

-أن يكون الضرر خاصا و جسيما.

رابعا: معيار العمل المختلط

ما يميز أعمال السيادة وفق هذا المعيار أنها أعمال مختلطة تصدر عن السلطة التنفيذية في علاقتها بسلطة أخرى و لا تخضع لرقابة القضاء¹، يتضح هنا عدم اتفاق الفقه على تعريف واحد لها، مما ينتج عنه عدم استقرار المحاكم على معيار معين لتمييزها و إذ كان قد غلب على القضاء معيار الباعث السياسي و طبيعة العمل، فمن المؤكد أن معيار التمييز في فقه القانون عامة و حتى في فقه القضاء و جب أن يتسم بالوضوح لا الغموض ليسهل توظيفه و إعماله و بالتالي التصريح بنجاحه و سلامته و دقته، و هو ما لم ينطبق بالنسبة للمعيار الموضوعي، و ظلت فكرة أعمال السيادة إلى يومنا هذا من المسائل التي يحوم حولها الغموض في فقه القانون الإداري و القانون الدستوري رغم الجهود المبذولة سواء على صعيد الفقه العربي أو الغربي.

مما سبق يمكن أن نقول أن أعمال السيادة تعد حدا لا يمكن تجاوزه من قبل القاضي الإداري عند تأديته مهمة النظر في النزاع الإداري، فلا يظهر دوره المنشئ سواء في حال وجود نص قانوني يفيد الحل لتلك الحالة أو في حال عدم وجوده، و في نفس الصدد نشير أنه إضافة لأعمال السيادة، فإنه عندما يقوم باجتهاده يجب أن يراعي مجال النظام العام.

فاعتبار أن القاضي الإداري هو قاضي إدارة و قاضي حقوق لمرتفقي مرفق القضاء، يجب أن تكون لديه بهذا نظرة عامة و موضوعية، حول النظام العام و حول حقوق المواطنين، فيجب أن يراعي إيجاد التوازن العادل ما بين المصالح العامة و المصالح الخاصة.

إلا أن تحقيق التوازن بين مطالب النظام العام و حماية الحريات الشخصية في الجزائر يبقى بعيدا عما هو عليه الشأن في فرنسا نظرا للتجربة الطويلة للقضاء الإداري في هذا الشأن، و قد أثبت القاضي الإداري الفرنسي بالأحكام التي أصدرها، اضطلاعا و خبرة واسعة بإحداث هذا التوازن، و الاجتهاد القضائي في هذا الشأن يؤكد هذا الأمر، و يشمل قائمة من الحقوق كان مجلس الدولة في

1- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 302-303.

فرنسا فرصة تقريرها و حمايتها ضد تعسف الإدارة، خاصة أن فرنسا قامت بالتصديق على الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و سمحت لمواطنيها بعد استنفاد كل طرق الطعن على المستوى الداخلي باللجوء إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بستراسبورغ¹.

المطلب الثاني

الحدود القضائية

استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات فإن وظيفة القاضي بصفة عامة هي الفصل في المنازعات التي تعرض عليه، بتطبيق القواعد القانونية الموجودة سابقا و الموضوعة من قبل المشرع على النزاع المعروف عليه، إلا أن ذا الأمر لا يخلو من بعض القيود التي ترد على دور القاضي الإداري و التي تحد من دوره في خلق القاعدة القانونية، بالرغم من وجود نص ينطبق على النزاع.

الفرع الأول

مفهوم الحلول

إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات أمام القاضي العادي يعني ألا يتدخل القاضي في عمل السلطة التشريعية، فإن هذا المبدأ أمام القاضي الإداري يعني استقلال الإدارة عن القاضي الإداري. أدرك القاضي الإداري عقب صدور قانون 24 ماي 1872 في فرنسا أنه لم يعد عضوا من أعضاء الإدارة، و أدرك طبيعة وظيفته القضائية، و التزم حدودها و ذلك بأن حظر على نفسه أن يتدخل في عمل الإدارة سواء بالتقرير أو بالحلول² substitution و ترتب على ذلك الفصل بين الوظيفتين القضائية و الإدارية فأصبحت الإدارة تختص بأعباء الوظيفة الإدارية، بينما تقتصر سلطة القاضي في فض النزاعات التي تعرض عليه دون أن يحل محل الإدارة في وظيفتها، أو أن يجري بتقديرها ما يتطلب تقديرها.

1- قاضي أنيس فيصل، دولة القانون و دور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، فسنطينة، 2009-2010، ص2011.

2- و يقصد بالحلول كما عرفه الأستاذ Delaubadère بقوله: "إمكانية السلطة المراقبة (بكسر القاف) بالتصرف محل و مكان السلطة لمراقبة (بفتح باء) راجع: بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، دار هومة، الجزائر، 2010، ص117.

يعد التقرير و الحلول وسيلتان من وسائل الرقابة الإدارية تمارسها الإدارة سواء المركزية أو اللامركزية على مرعوسيهما و يشترط فيهما أن يكون العضو مندمجا في الإدارة و ليس أجنبيا عنها. إلا أن الحلول يمكن أيضا اعتباره وسيلة رقابة إدارية لهيئة إدارية على جهة إدارية أخرى عملا بمبدأ عدم تركيز السلطة، لأن تركيزها من شأنه أن يشل فعالية و مقدرة سلطة الإدارة على إنجاز المهام المسندة إليها، و الهدف منه هو نقل سلطة إصدار القرارات المتعلقة بتسيير الوظيفة الإدارية من أيدي الرئاسات المركزية إلى أيدي الرئاسات الواقعة تحديدها مباشرة في المجالات المتعلقة بالمصلحة العامة.

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري من الحلول

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى الفقه و الاجتهاد الفرنسيين ، ففي هذا الصدد ليس من العيب التنكير بدور تاريخ العدالة الإدارية و تأسيسها على الفصل بين القاضي و رجل الإدارة، و هو استقلال قائم على استقلالية الإدارة التي تمنع على القاضي الحلول محلها¹ و في هذا الصدد يقول Chevalier: «l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administration».

بحيث أن خضوع الإدارة لحجية الأمر المقضي فيه خاضع لإرادتها الحسنة.

هذا التحديد الذاتي للقاضي أيده الفقه، و حقق الاستقلالية النهائية للإدارة، بل إن مجلس الدولة ذاته حرص على احترام هذه القاعدة فلم يتردد على إلغاء قرارات المحاكم الإدارية التي تتضمن منطوقها مثل هذه الأمور، و فضلا عن ذلك فقد اعتبر أن قاعدة عدم توجيه أوامر للإدارة و عدم الحلول محلها من النظام العام².

هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في عدة قرارات له منها قرار Berry الصادر في 10-03-1905 إذ جاء فيه التنكير على أن أمر القاضي الإدارة بإعادة الموظف للسكن الوظيفي المطرود منه: "مخالفة للقانون و مساسا بالنظام العام و كان هذا الدفع أثير تلقائيا من طرف مجلس الدولة".

1- بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص118.

2- Martine Lombard- Gillet Dumont- Jean Sirinelli , **droit administratif, cours et travaux dirigés**, 13eme édition, dalloz, 2019,p131.

إن القاضي الإداري في الجزائر لم تفسح له فرصة و لا إمكانية الحلول محل الإدارة لذلك فإن الاجتهاد اكتفى بالتذكير بالقاعدة التي أرساها القاضي الفرنسي، و هي الحذر من الحلول، و على كل حال فإن امتنع القاضي عن توجيه أوامر للإدارة لا يمكنه بالأحرى الحلول محلها، هذا ما صرحت به المحكمة العليا بدون لبس: "إن تنفيذ القرار القضائي الناطق بإلغاء القرار البلدي، المتضمن راتب موظف فرنسي سابق للبلدية يرجع فقط لهذه البلدية".¹

الفرع الثالث

مضمون قاعدة عدم الحلول

حسب Chevalier: "فإن الجهات القضائية الإدارية ترى انعدام صفتها في الحلول محل الإداريين المختصين باتخاذ الإجراءات الواجب عليهم اتخاذها قانوناً".²

و يضيف قائلاً: "القرار أو الحكم القضائي لا يشكل أبداً سنداً كافياً في ذاته بالنسبة لمن قضى له، فعلى الإدارة يقع تنفيذ الحكم، وهذا التنفيذ الرضائي المحض، يعطي وحده للمدعي الارتياح الفعلي الذي هو من حقه".³

و ينتهي القول إلى أن: "القرار القضائي لا يفعل أكثر من الكشف عن الالتزام بعمل واقع على عاتق الإدارة فلا يمكنه مثلاً اتخاذ تدابير التنفيذ اللازمة مثل إحلال الحل الذي تستوجبه الشرعية محل الحل الذي حكم بعدم شرعيته.

إن القاضي غير مختص قانوناً لاتخاذ قرارات إدارية نافذة و هذا الحذر يخص كل مجالات تدخله".

فإذا كان هذا هو موقف مجلس الدولة الفرنسي فقد كانت له الفرصة للخروج عن هذا المبدأ الذي فرضه هو على نفسه، حيث قضى في بعض أحكامه بإلزام جهة الإدارة في مثل هذه الحالة بمنع

1- قرار الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا الصادر في 20-04-1965، مجلة القضاء لسنة 1965، ص245.

2- « Les juridictions administratives estiment n'avoir pas qualité pour prendre aux lieux et place des administrateurs comptent les mesures que ceux-ci sont juridiquement obligés de prendre ». Chevalier Jacques: article : « l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur, a.j.d.a, 1972, p70.

3- Un arrêt ou jugement ne constitue jamais un titre suffisant en lui-même pour celui qui a eu gain de cause.....c'est à l'administration qu'il appartient d'exécuter la sentence et cette exécution purement volontaire donnera seule au requérant la satisfaction concrète à laquelle il a droit » Chevalier Jacques , même article,op , cit , p 70.

الموظف المحكوم له بالترقية بالاختبار التي حصل عليها زملاؤه إلا إذا أثبتت الإدارة أن أسبابا خاصة به كانت سوف تمنع ترقيته بالاختبار لو كان موجودا وقت صدور قرار ترقية زملاؤه، و كذلك إذا صدر حكم بإلغاء قرار إداري معين فإن الإلغاء يشمل أيضا القرارات المرتبطة به بشكل حتمي فإذا حكم مثلا بإلغاء قرار و إنهاء خدمة موظف فإن الإدارة تلتزم بإعادته إلى منصبه محل من تم تعيينه بدلا عنه.

ذهب إلى حد تعديل القرار الإداري على أساس أن: "الإلغاء الجزئي يشبه التعديل إذا لم يدخل القاضي أي عنصر جديد، بحيث يكفي بحذف بعض العناصر للقرار المطعون فيه، مع أنه بهذه الوسيلة يغير القاضي مضمون و معنى القرار مثلا بحذفه بأثره الرجعي"¹.

في هذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه إذا وجد القاضي الإداري أن القرار المطعون فيه معيب في أحد عناصره أو أجزاءه و سليم في باقي عناصره، و قدر أن الجزء الغير مشروع قابل للانفصال عن باقي الأجزاء، فإنه يقضي بإلغاء الجزء الغير المشروع وحده، و قد يرد الإلغاء على جزء من مضمون القرار كما قد يرد على أثر من آثاره .

فالقاضي الإداري لا يجوز له أن يتدخل في أعمال الإدارة إلا فيما يجيزه القانون كغيره من القوانين، إلا أن القاضي الإداري عند ابتكاره الحل المناسب لا يستطيع في دعوى الإلغاء مثلا أن يعدل بنفسه القرار الإداري المطعون فيه، أو أن يرفع عنه عناصر البطلان و يحل محلها عناصر الصحة، أو أن يقوم في دعوى التعويض بالعمل القانوني الذي امتنعت الإدارة عن اتخاذه، كما ليس من اختصاص المحكمة أن تصدر حكما بترقية موظف بل ذلك من شأن الإدارة، التي لا تحل المحكمة محلها فيه، و منه فإن القاضي الإداري يقف عند حد إلغاء القرار الإداري الغير المشروع، أما تنفيذ هذا الإلغاء تختص به جهة الإدارة.

ذهب رأي في الفقه إلى التفرقة بين منازعات الإلغاء و منازعات القضاء الكامل إلى أن القاضي الإداري لا يملك في منازعات الإلغاء الحلول فأما أن يلغي القرار المطعون فيه أو أن يرفض الطعن، بينما يملك في منازعات القضاء الكامل سلطة الإلغاء و التعديل و الحلول .

1- « l'annulation partielle ressemble fort à une réformation si aucun, élément nouveau n'est introduit par le juge, qui se borne à supprimer certains élément de la décision attaquée, le juge n'en modifié pas mois considérablement par ce procédé, la portée et la signification de l'acte, par exemple en éliminant sa valeur rétractive ». Chevalier Jacques, même article, op ,cit, p72.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن سلطة القاضي الإداري سواء قاضي الإلغاء أو قاضي التعويض لا يمكن أن تؤدي إلى حله محل الإدارة، إنما يكون ذلك بحكم قضائي فقط، فقاضي التعويض يملك أن يعيد الأمور لنصابها بتقرير مبلغ التعويض إلا أنه يستطيع أن يكره الإدارة على أن تدفع التعويض، و لا يعني ذلك حلول القاضي محل الإدارة فالحكم الصادر بالتعويض لا يتضمن أمراً للخرينة بدفع المبلغ للمضرور، و إنما يتضمن تقرير أحقيته في هذا التعويض، و أن تعمل الإدارة على تنفيذه وفقاً لإجراءاتها الخاصة¹.

يتفق مبدأ منع القاضي من الحلول محل الإدارة مع المبدأ القاضي من التقرير في الأساس الذي يقوم عليه كل منهما و الذي يتمثل في مبدأ استقلال الوظيفة الإدارية في مواجهة الوظيفة القضائية كنتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات، فهو في حال عدم وجود نص قانوني، لا يتجاوز ما يسمح له القضاء في حدود مبدأ المشروعية، فلا يمكنه أن ينشئ حلاً لا يتناسب و المبادئ العامة التي كفلها الدستور أو أي قاعدة قانونية صريحة، من القانون العضوي أو العادي.

من خلال كل ما سبق يظهر أن القاضي الإداري له دور لا يستهان به، و يزيد دوره في صنع القاعدة القانونية، في حالة عدم وجود نص قانوني يحل النزاع المطروح على القاضي، فيحاول هذا الأخير أن يستعين بكل مصادر القانون، و خاصة المصادر غير المكتوبة كالمبادئ العامة للقانون و العرف لكي ينتقل إلى تتبع المراحل التي تلزمه ليستخلص حلاً قانونياً جديداً لم يكن من سابقه فإن لم يجد استعان بالسوابق القضائية، و إذا لم يجد، ما توصل إليه الفقه الإداري.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

ما يقدمه القاضي الإداري للقانون 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، و يخطئ من يظن أن طريقه في هذا السبيل كان سهلاً ميسوراً و إنما سلك في سبيل إنشاء تلك المبادئ و هذه القواعد طرقاً صعبة و مسالك، حتى استطاع بجهد و

1- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 316-317 .

خبرته أن يثيرها لمن يأتي بعده، و إن كان مازال هناك قلة من الفقه من يختلف في تحديد طبيعة دور القاضي الإداري هل هو كاشف عن تلك المبادئ، أم مقرر لها.

المطلب الأول

المبادئ العامة للقانون

لا يمكن حصر المبادئ العامة في إطار حدود معينة، لأنها قابلة للخلق و التطور بمرور الزمن، و رغم إقرار جميع الفقهاء بالأهمية الكبرى لها على أساس أنها تعبر عن حيوية النظام القانوني و أداة من أدوات تنميته و تطوره، فإنه لا يوجد اتفاق فقهي على تحديد المقصود منها.

فهي لا تستند مباشرة لنص قانوني مكتوب، و إنما تجد مصدرها المباشر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي يرجع له وحده الفضل 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، و إن دراستها تتطلب التعرض إلى طبيعتها كنظرية قضائية، ثم دور القاضي الإداري في استخلاصها.

الفرع الأول

ماهية المبادئ العامة للقانون

تعد المبادئ العامة للقانون مصدرا غير مكتوب من مصادر مبدأ الشرعية في الدولة، و مصدرا للقانون الإداري¹، و هي مجموعة من القواعد القانونية الأساسية في مجال القانون الإداري فهي نتاج أحكام قضائية طويلة صادرة عن مجلس الدولة الفرنسي.

تعتبر نظرية المبادئ العامة للقانون نظرية قضائية، بل يمكن اعتبارها من أقوى النظريات على الإطلاق بالنظر إلى أهميتها و الأهداف التي تحققها، و الوظائف التي يمكن أن تؤديها، و هذه النظرية إلى يومنا هذا أثرت القانون و التشريع بمبادئ جديدة في القضاء الحديث، و مازالت تطبيقاتها متجددة.

1- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج1، النظام الإداري، د.م.ج، ط2002، ص101.

لكي يتم تحديد مفهوم المبادئ العامة للقانون يجب التطرق إلى تعريفها من خلال ما جاء في فقه القانون الإداري و ما يميزها من خصائص، و دور القاضي الإداري في استخلاصها، و أيضا لا بد من التطرق إلى الحدود التي تقيد من نطاقها.

أولاً: مفهوم المبادئ العامة للقانون

تعددت التعاريف الخاصة بالمبادئ العامة للقانون، فيقصد بها مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يقرها¹ أو يكتشفها² أو يستنبطها القاضي الإداري و يعلنها في أحكامه و يجبر الإدارة على احترامها عن طريق الإلغاء أو إقرار أو إبطال أي إجراء يصدر منها مخالفا لهذه المبادئ.

ما جاء أيضا في تعريف مقرر الحكومة Letourneur في تقريره عن قضية³ société des concert du conservatoire فهو يقول بشأنها مخاطبا مجلس الدولة ما يلي: "إن قضائكم قد قبل منذ مدة طويلة أنه إلى جانب القوانين المكتوبة توجد مبادئ كبرى يعتبر الاعتراف بها كقواعد قانونية أمرا ضروريا لتكملة الإطار القانوني الذي في ظلّه يجب أن تتطوي الأمة بما لها من تنظيمات سياسية و اقتصادية و أن مخالفة هذه المبادئ الكبرى لها ذات النتائج التي ترتبها مخالفة القانون المكتوب أي إلغاء القرار الصادر على خلافها و التزام السلطة التي أصدرته بالتعويض عن قرارها الخاطيء".

هي: "مجموعة من القواعد القانونية ترسخت في ضمير الأمة، يتم اكتشافها بواسطة القضاء، و يعلنها هذا الأخير في أحكامه، فتكتسب قوة إلزامية و تصبح بذلك مصدر من مصادر المشروعية"⁴.

فالمبادئ العامة للقانون هي تلك المبادئ التي يستنبطها القضاء و يعلن التزام الإدارة بها و احترامها، و إلا عدا تصرفها غير مشروع، فهي لا تجد إذن مصدرا في نص قانوني مدون، و إنما المرجع في معرفتها هو أحكام القضاء.

يرجع الفضل في هذا الميدان إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي استخدم المبادئ القانونية العامة التي يتعين على الإدارة احترامها و إلا عدت أعمالها غير مشروعة، فهذه المبادئ تعد مصدرا من

1- فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ص47. محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشأة

المعارف، ص94. محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص40.

2- طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، 1973، ص108.

3- C.E 9 mars 1951, société des concerts du conservatoire. www.conseil-etat.fr,

5-01-2021, 11.23h.

4- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج1، المرجع السابق، ص101.

مصادر الشرعية و ترجع في مصدرها إلى القضاء و تختلف عن المبادئ المقررة بنصوص مدونة، والتي يكون مصدرها التشريع بمعناه الواسع كالمبادئ الدستورية، المبادئ التي تنص عليها مجموعة القوانين المدنية و التجارية و الجنائية، كما تعتبر السياج الذي يحيط بالمجتمع مثلا في ظروفه السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية في بلد معين و زمن معين.

فقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الدور الإنشائي و المبدع في نظريات القانون الإداري كمنظريه العقد الإداري و القرار الإداري و مسؤولية الإدارة و غيرها¹، فهي من الناحية الشكلية تعتبر من صنع القضاء الإداري و من الناحية الموضوعية قواعد عامة و مجردة كالتشريع².

إذا سائر جل الفقه هذا الاتجاه، إلا أن الأمر لم يسلم من النقد، إذ ذهب بعض الفقه إلى أن القاضي لا يخلق المبادئ العامة للقانون و لا يخلق قواعد قانونية عامة، و أن أبعد ما يبتدعه ما هي إلا حلول فردية لا تتجاوز أطراف النزاع الذي صدرت بمناسبته³.

قد أخذ الفقه بالقول أن المبادئ العامة ذات خاصية مستقلة فهي تختلف عن كافة مصادر المشروعية من وجه و تتفق معها من ذلك أنها غير مدونة كالعرف و القانون الطبيعي و مع ذلك فهي صادرة عن هيئة من هيئات الدولة و هي جهة القضاء، و إن كانت لا تتسم بالدقة و التحديد و الوضوح كالتشريع، فإنها تتسم بالثبات و الاستقرار⁴.

ثانيا: مميزات المبادئ العامة للقانون

من خلال التعريفات السابقة يمكننا إيجاز بعض ما تتميز به المبادئ العامة للقانون في النقاط التالية:

1- المبادئ العامة للقانون هي بحق نظرية قضائية، و يعود الفضل في إنشائها و تقريرها كقواعد قانونية ملزمة لمجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه.

1- على حسن عبد الأمير، كشف و ابتكار المبادئ العامة في القانون و القضاء الإداري، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية للنشر و التوزيع، عمان، 2019، ص137.

2- محمد حلمي، تدرج القاعدة القانونية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد1، ص81.

3- ثروت عبد العال، المرجع السابق، ص ص572-573.

4- ثروت عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص569.

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:

* المرحلة الأولى و التي تبدأ منذ أن اكتسب مجلس الدولة صفة القضاء العام للمنازعات الإدارية و تستمر حتى عام 1945، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي يستلهم في قضاؤه عددا من المبادئ العامة التي يؤسس 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 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 و لم يرد القاضي الإداري التصريح بها بعد، بل و حتى عام 1944 و في حكم « Dame Veuve Trompier Gravier »¹ الذي يذكره الفقه قاطبة كحكم هام لنظرية المبادئ العامة للقانون، لم يذكر مجلس الدولة صراحة مبدأ احترام حق الدفاع في الحكم، و إنما يستخلص بطريقة ضمنية، فهناك استثناءات قليلة جدا، نجد فيها مجلس الدولة يخرج عن صمته و يعلن المبدأ العام الذي يتأسس عليه الحكم، و أهم الاستثناءات حكم² Abdoulhousseme، 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 صياغة المبادئ بطريقة مباشرة، ومنها أيضا عدم ميل مجلس الدولة عموما لأن يقيد نفسه بصفة نهائية بقاعدة جامدة، و لو كانت تلك القاعدة مبدأ قانونيا عاما ولعل السبب الأقوى هو أن مجلس الدولة لم يكن يستشعر ضرورة ذكرها صراحة نظرا لأن مبادئ الحرية و المساواة و غيرها كانت متأصلة في النظام الدستوري و القانوني للجمهورية الثالثة، إلى درجة تجعل تلك المبادئ الحرة من الوضوح و القوة بحيث لا تحتاج لتأكيد³.

1- C.E, 5mai1944, Dame Veuve Trompier Gravier, p110, www.conseil-etat.fr, 06-01-2019, 18.47h.

2- هذا الحكم الذي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23 نوفمبر 1936 اعتبره *letourneur* حكما ثوريا حيث أعلن فيه المجلس صراحة مبدأ المساواة بين الضرائب. للتفصيل أكثر راجع كتاب: خالد الزعبي، القانون الإداري و تطبيقاته في الأردن، دار الثقافة للنشر، عمان، 1998، ص51.

3- Jean Rivero, le juge administratif français: un juge qui gouverne, Dalloz, 1951, p21.

* و تأتي المرحلة الثانية و تبدأ بالذات في 26 أكتوبر 1945 حيث أصدر مجلس الدولة

الفرنسي مجموعة من أحكام¹ Monsieur Aramu-Mattei-Belloir-Tabti

و فيها أعلن صراحة "المبادئ العامة للقانون الواجبة التطبيق حتى بدون نص.

« Les principes généraux du droit applicable même en l'absence de
texte ».

لتأسيس مبدأ احترام حق الدفاع و ضرورة تطبيقه على كل قرار إداري يتضمن معنى الجزاء
و منذ ذلك الحين أصبح مجلس الدولة يذكر دائما و صراحة المبادئ العامة، و كأمثلة نذكر
حكم² clary عام 1946 بخصوص مبدأ حق الدفاع أيضا و حكم³ Sionnet في عام 1940.

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 العصيبة 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 قوانينها تتعارض مع المبادئ الديمقراطية التي طالما
عاشت في ظلها البلاد.

لذلك قام مجلس الدولة ببناء على الجهود الكبيرة التي بذلها مفوضو الحكومة في تقاريرهم الذين
لم يتوانوا عن دفع المجلس إلى الإعلان عم المبادئ العامة و التصريح بها لكي تكون سنداً في إلغاء
القرارات المخالفة للمبادئ الحرة الكبرى.

3-المبادئ العامة غير المكتوبة، فمن أهم ما يميز المبادئ العامة للقانون أنها قواعد غير
مكتوبة فبالرغم من أنها قواعد ملزمة للإدارة إلا أنها لا تستمد تلك القوة الملزمة بصورة مباشرة من أية

1- Georg Vedel, Droit administrative, 1980, p378.

2- C.E 4-11-1946, clary, rec, p252,

أشار إليه على خاطر الشنطاوي، المرجع السابق، ص 53.

3- C.E 16 décembre 1949, Sionnet, p553.

أشار إليه: موريث نخلة، المختار في الاجتهاد الإداري، منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت، 1998، ص64.

قواعد مكتوبة بالذات فمجلس الدولة منذ أن أعلن ميلاد نظرية المبادئ العامة للقانون رسمياً في أحكامه يصر على أن يصفها بأنها: "واجبة التطبيق حتى بدون نص أو مع غياب نص"¹.

يقول مفوض الحكومة Letourneur عن المبادئ العامة للقانون بأنها: المبادئ الكبرى التي توجد بجانب و جوار القوانين المكتوبة" فهي بطبيعتها ليست مكتوبة في تقريره عن حكم société des concerts du conservatoire.

في الواقع هناك عدد لا بأس به من المبادئ العامة للقانون استخلصها مجلس الدولة الفرنسي من خلال نصوص ذات صفة دستورية كإعلان حقوق الإنسان عام 1789 و مقدمة دستور 1946، أو من خلال نصوص تشريعية أو لائحية متناثرة، ولكن 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 جزاء محدد، فإذا كانت المبادئ العامة للقانون تتميز بأنها غير مكتوبة و لها وجود ذاتي مستقل عن أي نص، فإنها تتميز أيضاً و في نفس الوقت بأنها قاعدة وضعية أي أنها قاعدة قانونية ملزمة للإدارة و الأستاذ Letourneur عندما تحدث عن قيمتها كقاعدة وضعية أضاف مباشرة بأن لها على وجه الخصوص قيمة القانون المكتوب²، و أن مخالفة الإدارة لمضمون المبدأ القانوني العام لها جزاء على مستوى قضاء الإلغاء و كذا قضاء التعويض.

5- ميزة العمومية و الدوام، هذه الخاصية 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 أنها تتمتع أيضاً بقدر كبير من الدوام و الاستقرار، تجعلها قابلة للتطبيق اللانهائي من حيث الزمان، فحقيقة التطور قد تقتضي ملائمة في التطبيق و في إعادة رسم حدود المبدأ، و لكن المبدأ ذاته يظل عادة قائماً نظراً لما تمثله المبادئ العامة من قيمة إنسانية في حماية الفرد من تعسف السلطة في أي وقت و في كل مكان، و إذا كانت العمومية بالنسبة للمبادئ العامة

1- في بعض الأحيان يستخدم مجلس الدولة 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 ممكن بدون نص ضد كل قرار إداري وفقاً للمبادئ العامة للقانون و ذلك بهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية". www.coseil-etat.fr, 12-01-2021, 17.32h.

2- عصام الديس، القاضي الإداري و رقابته لأعمال الإدارة-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص58.

للقانون و طابعها العام تتبعثان من طبيعتهما الأصلية كقواعد جوهرية على وجه الإطلاق، الأمر الذي يبرر جمعهما في خاصية واحدة.

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

من مثال ذلك حكم Dame Lamotte حيث و من خلاله أعلن مجلس الدولة الفرنسي وجود حق لكل ذي شأن في استخدام الطعن بالإلغاء أو لتجاوز السلطة و ذلك استنادا إلى المبادئ العامة للقانون كمجموعة قانونية، فهو يقول أيضا "الطعن لتجاوز السلطة يتقرر حتى بدون نص.....وفقا للمبادئ العامة للقانون".¹

لكن هناك تحفظ على اعتبار المبادئ العامة للقانون مجموعة قانونية واحدة، تتصل بمجموعة المبادئ العامة و المنظور إليها من الداخل، أي أن هناك علاقة بين العناصر و المبادئ التي تكونها، و لا تتصل 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 إعطاء المبادئ العامة قيمة التشريع العادي، و قوته، و لكن بعد صدور الدستور رأى جانب من الفقه أنه من الضروري "ترقية" بعضها لتصبح ذات قيمة دستورية و مجموعة أخرى ذات قيمة تشريعية تمثل المبادئ التي لا تجد أساسا في مقدمة الدستور، و هكذا

1- بحكم مجلس الدولة في هذه الأمور و إن لم يكن على عكس القانون فعلى الأقل مجاوزا للقانون، ففيما عدا الحالة التي يعبر فيها واضع النص على وجه قاطع في عبارات صريحة عن إرادته استبعاد أي طعن، لا يعتمد القاضي الإداري إلا قليلا بقصد "المشروع بالمعنى السيكلوجي للتعبير، فمتى كان النص واضحا بذاته يقتصر على تطبيقه، أما إذا ترك مجالاً للشك فيفضل تفسيره على أساس قضائه هو و المبادئ العامة للقانون، و لا يحيل مجلس الدولة إلى الأعمال التحضيرية إلا استثناء، بل ويكاد يكاد الجزم بأنه يحدد هو نفسه قصد "المشروع" أنظر:

Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Piere Debolvé, Bruno Genevois, **les grand arrêts de la jurisprudence administratif** , 16 éd, 2007, Dalloz, p434.

انفجرت نظرية المبادئ العامة للقانون من داخلها إذا صح هذا التعبير إلى قسمين مختلفين في القيمة القانونية.

ثالثاً: أنواع المبادئ العامة للقانون

تنقسم المبادئ العامة للقانون إلى قسمين:

1- القسم الأول:

هي المبادئ العامة المدونة، كالمبادئ المدنية و التجارية و الجنائية، و تكتسب قوتها الإلزامية بوصفها مبادئ تشريعية¹.

فالقاضي المدني مثلاً و هو يفصل في المنازعات المعروضة عليه، يجد أمامه مجموعة قانونية كاملة تتضمن المبادئ العامة للقانون المدني، كما تتضمن القواعد المدنية التي يتعين تطبيقها، و هو يجد في هذه المجموعة في معظم الأحوال نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه، و في الحالات التي لا يوجد بشأنها نص صريح يجد القاضي نفسه ملزماً بالرجوع للمبادئ العامة التي أوردتها نصوص القانون المدني و هي مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

2- القسم الثاني:

هي المبادئ القانونية التي لا تستند إلى نص مكتوب صادر عن سلطة عامة مختصة بإصداره و هذه المبادئ مصدرها في الحقيقة القضاء لا التشريع²، بمعنى أنها لا تقرر بنص دستوري أو قانوني صريح تكون له بطبيعته صفة الإلزام، و إنما تقرها أحكام القضاء أو بعبارة أخرى ينشئها القضاء الإداري بمقتضى ما يملكه من سلطة أثناء إنشاء مبادئ القانون الإداري.

الفرع الثاني

حدود المبادئ العامة للقانون

إن المبادئ العامة للقانون برغم عموميتها و دوامها و ارتباطها العميق بأسس التنظيم الديمقراطي الحر، لها حدود تقف عندها و تقيد من نطاق تطبيقها، فهناك قدر من النسبية في أي نظام قانوني، فما هي إذن حدود نظرية المبادئ العامة للقانون؟.

1- حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003 ص30.

2- إبتسام فاطمة الزهراء شفاف، المرجع السابق، ص81.

أولاً: استبعاد تطبيق المبادئ العامة لنص قانوني خاص

إن مجلس الدولة الفرنسي مستقر في أحكامه منذ أن أعلن نظرية المبادئ العامة على أن النظرية تجد حدودها الطبيعية في نص القانون، فالمجلس يصرح دائماً 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 Dame David¹ 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 المبدأ العام"

« il appartient qu'au législateur d'en déterminer, d'entendre ou d'en restreindre les limites ».

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

1- إن أهمية المبادئ العامة للقانون تظهر من خلال ارتباطها بأسس التنظيم الاجتماعي والسياسي وبالقيم الاجتماعية والقانونية من ناحية أولى، وكذلك تكرار النص عليها، وتأكيداتها في أحكام مجلس الدولة من ناحية ثانية، هذان الاعتباران يجعلان من الصعب جدا على المشرع مخالفة المبادئ العامة، فهو يتردد أكثر من مرة قبل الإقدام على مخالفة مبدأ قانوني عام، وهو لا يفعل ذلك إلا لضرورة مؤكدة².

2- لكي يخالف القانون المبدأ العام و يستبعده من التطبيق، يتطلب مجلس الدولة أن يكون النص التشريعي صريحا واضحا، فلا يكفي استنتاج المخالفة للمبدأ من النص بطريقة ضمنية، وهناك أحكام تؤكد ذلك بطريقة مباشرة، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له أن النصوص موضوع

1- Conseil d'Etat, Assemblée, 4 octobre 1974, Dame David, requête numéro 88930, rec. p. 464,

voir : www.larevuegeneraledudroit.eu. Le 20-12-2018 a 8.31h.

2- René Chapus, de la juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, Dalloz, p102.

مصطفى أو زيد، القضاء الإداري و مجلس الدولة، المرجع السابق، ص537.

طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، د.د.ن، د.س.ن، القاهرة، ص37.

القرار المطعون فيه تمثل إهدارا لمبدأ حرية التجارة و الصناعة و لا يمكن بالتالي بأن تقرر "إلا بتطبيق نص تشريعي صريح"¹.

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 تفسيراً ضيقاً تطبيقاً للقاعدة العامة في التفسير القائلة بأن الاستثناء لا يقاس عليه و لا يتوسع في تفسيره و من ثم يصل القاضي الإداري إلى الإبقاء على المبدأ العام خارج نطاق الحالات التي يواجهها النص صراحة.

4- وصل مجلس الدولة الفرنسي أحيانا إلى حد إهدار القانون المخالف للمبدأ العام حماية لمبادئ اعتبرها جوهرية إلى أبعد حد و على وجه الإطلاق، و من ثم رغم صراحة نص القانون المخالف لها عمل المجلس على استخدام أسلوب جريء في التفسير بهدف 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 (من هذه القرارات)، و ذلك الطعن يبقى مفتوحا حتى بدون نص ضد كل قرار إداري وفقا للمبادئ العامة للقانون....".

التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو: هل يمكن للقانون إلغاء المبادئ العامة كلية؟.

في الحقيقة كثير من الفقهاء الذين عالجوا المبادئ العامة للقانون، اكتفوا بالقول بأن المشرع له أن يخالف أي من المبادئ العامة باستبعاد تطبيقه في حدود نطاق نص القانون، ولكنهم 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.

لكن الذي يطرح التساؤل بإلحاح هو أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن من حق المشرع ليس فقط استثناء على المبدأ العام، بل يجوز له أيضا إلغاءه تماما من كل تطبيق².

1- C.E , 17novembre 1922 , légillon , rec, p849 : «Considérant que le secret des délibération dans les assemblée juridictionnels est un principe générale du droit public français, que ce principe a pour objet d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décision, qu'il s'impose, dès lors, à toute les juridictions, à moins d'exception formelle consacrée par la loi. » consulter : www.contentieux-administratif.fr, 20-12-2018, 10.54h.

2- André De Laubadère, droit administratif, op, cit, p264.

تفسير ذلك في منطق هذا الفقه هو أن الاعتراف بأن المبادئ العامة لها قيمة قانونية معادلة للقانون يعني أن المشرع ليس له فقط الاستثناء على المبدأ العام بل يمكنه دائما أن يعدل أو يلغي قانونا سابق بقانون لاحق.

لكن لا يمكن التسليم بحق المشرع بإلغاء مبدأ قانوني، و السبب الرئيسي هو طبيعة المبادئ العامة ذاتها فقد سبق و أن رأينا عند عرض مميزاتها أنها تتميز بعموميتها و دوامها فهي تمثل "القوانين الأساسية" أو النظريات الأساسية التي تحل محل التقنين الغائب، ومن ثم هناك استحالة نظرية، و أيضا عملية بأن يقوم المشرع بإلغاء مبدأ قانوني عام بحكم انتشار الإطار الإشعاعي لهذا المبدأ العام في أكثر من ميدان، و الأقرب للواقع بأن يقوم المشرع بوضع "استثناءات" على المبدأ العام، بحيث يستبعد تطبيق المبدأ على الحالة الخاصة التي يواجهها النص المخالف مع بقاء المبدأ العام قابلا للتطبيق في غيرها من الحالات الأخرى¹.

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، تأكيدا على تلك العبارة التي استخدمها مجلس الدولة الفرنسي في حكم Dame David المشار إليه سابقا بعد الاعتراف بالمبدأ العام أن: "من حق المشرع وحده أن يحدد أو يوسع أو يضيق من نطاق المبدأ العام."

فالمشرع قد يقيد المبدأ العام كما جاء في حكم المجلس الدولة و لكن الإلغاء غير وارد على الإطلاق.

ثانيا: جواز مخالفة الإدارة للمبادئ العامة للقانون في الظروف الاستثنائية

إن الحد الثاني يتمثل في أنه إذا طرأت على الدولة ظروف استثنائية فإن السلطات الإدارية لها أن تخالف المبدأ القانوني العام و لتصبح هذه المخالفة مشروعة نتيجة الظروف الاستثنائية، لا بد من توافر مجموعة من الشروط حيث يجب أن نكون بصدد ظرف استثنائي إذا كنا أمام تصرف

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

اضطراري للإدارة نتيجة ظرف غير عادي ذو خطر على المصلحة العامة بحيث لا يسمح باحترام قواعد المشروعية العادية.

إذا أردنا أمثلة قضائية على مخالفة الإدارة للمبدأ العام في ظروف استثنائية فإننا نذكر ذلك القضاء المستمد من حكم مجلس الدولة الفرنسي¹ Couitéas، ففي هذا الحكم قضى المجلس بمشروعية قرار الإدارة السلبي بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي صادر لمصلحة السيد Couitéas و القاضي بطرد الأهالي المعتدين على أرض يملكها في جنوب تونس قبل الاستقلال، فهنا امتناع الإدارة عن استعمال القوة في سبيل تنفيذ الحكم يمثل مخالفة، و هذا لمبدأ قانوني عام هو مبدأ قوة الشيء المقضي فيه، 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 فهل تمثل الظروف الاستثنائية في ذاتها مبدأ عاماً للقانون؟

بالرغم من أن مجلس الدولة لم يصفها كذلك صراحة إلا أن هناك من الفقهاء من رأى أنه بالنظر إلى أهمية الظروف الاستثنائية فهي تستحق وصف مبدأ قانوني عام و مثال ذلك قول الفقيه Rivero و الذي نادى في مقالته الشهيرة le juge administratif français :un juge qui gouverne.

فهو يقول:"بين نظرية الظروف الاستثنائية و بين إعلاء المبادئ العامة للقانون، توجد علاقة إنشاء واضحة، حينما يعلن القاضي بالنظر لهذه الظروف مشروعية قرار إداري من الواضح مخالفته للقاعدة المكتوبة، هو لا يقوم إلا بتطبيق مبدأ عام، ذلك أن المبدأ الذي صاغه أحد مفوضي الحكومة في هذه العبارة²:"ظروف استثنائية في وقت أو مكان معين يمكن أن تضيء الشرعية على قرارات لا تكون مشروعة في الأوقات العادية و بالنظر إلى التشريع القائم".

فنظرية الظروف الاستثنائية لها كل مقومات المبدأ القانوني العام، فهي لها طبيعة المبادئ العامة من حيث درجة عموميتها، هي تخلق مشروعية استثنائية تخالف المشروعية العادية، و أثر ذلك

1- C.E, 30 novembre 1923, Couitéas, Rec Lebon, p789, voir :Morceau long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administratif, 16^e édition, 2007, Dalloz, p263.271.

2- يشير الأستاذ RIVERO إلى تقرير مفوض الحكومة Letourneur في حكم مجلس الدولة الفرنسي langier Sirey في 16 أبريل 1948. راجع في ذلك: www.pimido.com, 26-11-2019, 15.15h.

هو أن إجراءات السلطة العامة تكون مشروعة في إطار المشروعية الاستثنائية التي حددها مجلس الدولة و لو خالفت هذه الإجراءات نصوص القوانين أو المبادئ العامة للقوانين الأخرى، و من حيث دوامها، فهي تنظيم قانوني استثنائي دائم مستقر يظل في حالة السكون في الأوضاع العادية، و لكنه ينشط كاملا فور حدوث الأزمات بهدف الإبقاء على الدولة.

إذا افترضنا أن نظرية الظروف الاستثنائية تعد مبدأ قانونيا عاما لها طبيعة المبادئ العامة للقانون، فكيف يمكن لمبدأ قانوني عام أن يوقف غيره من المبادئ العامة الأخرى؟

إن فكرة التنازع أو قيام صراع في التطبيق بين المبادئ العامة للقانون هي فكرة ممكنة الحدوث و تحدث فعلا أمام القاضي الإداري، فإذا وقع صدام بين المبدأ الذي يعبر عن نظرية الظروف الاستثنائية و بين أي مبدأ آخر عام، يقوم القاضي الإداري بحل هذا التنازع لصالح نظرية الظروف الاستثنائية لأن الإبقاء على وحدة الدولة و سلامتها يجب أن يعلو على كل قانون أو كل مبدأ عام للقانون¹.

حكم Couitéas، يمثل تطبيقا لهذه الفكرة، فمجلس الدولة الفرنسي إزاء الصراع بين قوة الشيء المقضي فيه، الذي يتطلب قيام الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي النهائي، و بين مبدأ الظروف الاستثنائية الذي يتطلب ضرورة الحفاظ على الأمن العام على إقليم الدولة قد قام بتغليب مبدأ الظروف الاستثنائية و استبعد مبدأ قوة الشيء المقضي فيه من التطبيق.

ثالثا: المكانة التأسيسية للمبادئ العامة للقانون و موقعها من التشريع

الرأي الراجح أن لهذه المبادئ القانونية العامة قيمة دون التشريع، لأنها لا تعترض سبيل السلطة التشريعية التي يمكنها أن تخالفها لأنها ليست من صنعها، و لها قيمة أعلى من المرسوم، ما يلزم السلطة التنفيذية باحترامها و عدم مخالفتها، و لهذا اتفق كل من الفقه و القضاء على أن المبادئ العامة للقانون هي قواعد قانونية عامة و مجردة و ملزمة لما ترتبه من آثار قانونية، و المتمثلة في إنشائها للحقوق و ترتيبها للالتزامات².

أما عن مرتبة و درجة المبادئ العامة للقانون، فإنها تحدد وفقا للقيمة القانونية التي تتضمنها في سلم تدرج النظام القانوني في الدولة، و بمعنى آخر هل القيمة القانونية للمبادئ العامة هي الأقوى

1- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص74.

2- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، د م ج، 1996، د.ب.ن، ص50.

مقارنة بالقانون العادي، أم هي مساوية له؟ أم أن القوة القانونية للمبادئ العامة للقانون هي أدنى مرتبة من مرتبة القانون العادي¹؟.

دون التطرق إلى مسألة اختلاف الآراء و النظريات حول الجواب على هذا السؤال، تقرر الحقيقة التي يتفق عليها جل الفقه و القضاء الإداري، هي أن المبادئ العامة للقانون تحتل المرتبة الأدنى من التشريع أو القانون العادي.

يترتب عن حقيقة كون المبادئ العامة للقانون أدنى مرتبة و درجة في قوتها القانونية من القوة القانونية للتشريع العادي آثار قانونية منطقية، و هي أن قواعد القانون العادي تملك إلغاء المبادئ العامة للقانون و تعديلها من خلال تقرير و إنشاء قواعد قانونية جديدة.

الفرع الثالث

نطاق المبادئ العامة للقانون

إن حقيقة أن المبادئ العامة للقانون تجد مصدر قوتها و قيمتها القانونية في القضاء، و أن هذا القضاء الذي ينشئها و يخلقها يجب عليه عدم الخروج و مخالفة قواعد القانون العادي فكما يستتبعه و يكشفه من مبادئ عامة للقانون، فهو ملزم بتطبيق قواعد القانون العادي و احترامها.

أولاً: المبادئ العامة للقانون تطبق مستقبلاً على المنازعات المشابهة

كان القاضي الإداري قبل سنة 1945 يستلهم في قضائه عدداً من المبادئ العامة و يؤسس عليها أحكامه، و لكن دون أن يفصح عنها و يدركها صراحة في حيثيات تلك الأحكام، إلا أن تحليل هذه الأحكام كان يكشف أن الأمر لا يخرج عن كونه مجرد حيلة قضائية حتى يحمي نفسه ضد كل نقد محتمل قد يوجه إليه، و في عام 1945 و جد أن الوقت أصبح ملائماً للإعلان عن الميلاد الرسمي للنظرية القضائية التي ظلت لمدة طويلة في بطون الأحكام دون الإشارة الصريحة إليها، حيث أعلن أن "المبادئ العامة للقانون واجبة التطبيق حتى بدون نص"².

1- عمار عوادي، القانون الإداري، ج 1، التنظيم الإداري، د م ج، 2002، د.ب.ن، ص 105.

2- إبراهيم عبد العزيز شحيا، مبادئ و أحكام القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، 2009، د.ب.ن، ص 94.

بالتالي عند صياغة القاضي الإداري مبدأ قانوني عام، فإنه يتصرف و يظهر بمظهر المشرع، فهو يعدل القانون الوضعي بتضمينه قاعدة جديدة لم يكن على علم بها من قبل، فما هي قيمتها القانونية؟.

ثانيا: القاضي الإداري مشرع المبادئ العامة للقانون

يرى جانب من الفقه¹ أنه إذا كان للقاضي دور في تقرير و تحديد المبادئ العامة للقانون، فهو لا يعتبر المصدر الحقيقي لقوتها الإلزامية، و إنما مصدرها الحقيقي هو النصوص الوضعية مثل مقدمات الدساتير، المواثيق، الدستور، التشريع، و هنا لا يكون القاضي الإداري مشرعا لهذه المبادئ التي لا تستمد قوتها الإلزامية من الحكم و إنما ترتد إلى مصادرها الوضعية المقررة، فدور القاضي هنا لا يتعدى مجرد التطبيق للمبدأ شأنه في ذلك شأن تطبيق القاعدة القانونية لمصدرها الرسمي و هو القانون المكتوب بدرجاته، و من ثم فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا لقواعد القانون.

لكن هذا الاتجاه الفقهي في رأي كثير من الفقهاء² لا يقدم التفسير الحقيقي لمصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون فهي "واجبة التطبيق حتى بدون نص"، و هذه إشارة صريحة للدور الخلاق لمجلس الدولة نفسه، لأن تلك المبادئ تستقيم بنفسها، و لو لم ينص عليها في أي تشريع، فمن أي تجد قوتها الملزمة إذن لم يكن من الأحكام ذاتها التي تعلنها؟ حقيقة الواقع هي أن القضاء الإداري وحده هو الذي خلق أو أنشأ المبادئ العامة للقانون و هو نفسه المصدر الحقيقي لقوتها الملزمة، و الاتجاه الفقهي السابق حينما يحصر دور القاضي الإداري في مجرد تفسير النصوص التشريعية و في مجرد تطبيق القانون فهو يتجاهل الدور الإيجابي الخلاق للقاضي الإداري.

في هذا الاتجاه يقول الدكتور طعيمة الجرف: "هنا يتجاوز حكمه مهمته العادية باعتباره فصلا في خصومة معينة، ويتحول القاضي الإداري من خلال الحكم الذي يصدره مصدرا إنشائيا للمبدأ العام الذي يضعه، و للقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ، و بالتالي فإن حكم القاضي الإداري في هذه الحالة سوف يتجاوز حدود مبدأ السببية المقررة لحجية الأحكام القضائية، ليكون بمثابة القاعدة

1- من أصحاب هذا المذهب نذكر على سبيل المثال: إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ و أحكام القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص96. و أيضا على خاطر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص53.

2- نذكر على سبيل المثال لا الحصر: محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن، 2009، ص77. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية و منحياتها، المرجع السابق، ص117.

القانونية ذات القوة الإلزامية العامة، و الواجبة التطبيق مستقبلا في الحالات المشابهة، و معناه أن تلتزم الإدارة فتزاعيا في تصرفاتها حتى لا تقع هذه التصرفات باطلا حقيقية بإلغاء إذا ما طعن فيها أمام القضاء كما لا يجوز لها أن تصدر لوائح تنظيمية عامة بالمخالفة لأحكامها".

كما يرى الأستاذ Vedel: "أن المبادئ العامة للقانون ليست سوى مجرد تطبيق للسلطة الخلافة لمجلس الدولة."¹

هنا يكون القاضي الإداري مشرعا بقاعدة قانونية جديدة، و كل قاعدة يقرها القاضي تعتبر و "بحق" جزء لا يتجزأ من كتلة النظام القانوني.

إذ يرجع الفضل أولا و أخيرا للقاضي الإداري في البحث عن هذه القاعدة في المحيط القانوني، و إيجاد الصيغة المناسبة لها، ثم تجربتها بإعلانها، و إدخالها الحيز القانوني و في النهاية إدماجها في القانون الوضعي القائم، و أكثر من ذلك فرض الجزاء القضائي على كل من يخالفها من أشخاص و أفعال، تكون الإدارة قد أصدرتها على عكس ما تقتضيه القاعدة القضائية².

تصبح القاعدة التي أنشأها القاضي الإداري مصدر إلزام للإدارة كالقاعدة التشريعية حال وجودها، إذ تتولى القاعدة القضائية ملئ الفراغ التشريعي و تصبح حسب هؤلاء الفقهاء، التشريع الواجب التطبيق و المفروض احترامه و نفاذه.

مهما كان من أمر الخلاف الفقهي حول السلطة الخلافة للقضاء، فإنه من المسلم به أن القضاء الإداري يعتبر في حقيقة الأمر مصدرا رسميا للقانون الإداري الذي من خصائصه الأساسية أنه قضائي، في هذا الإطار القضائي الإداري العام يجب أن تضع نظرية المبادئ العامة للقانون باعتبارها أقوى مظهر لتلك السلطة الخلافة للقضاء الإداري، و لا يقلل إطلاقا من هذه الصفة الخلافة، أن مجلس الدولة يستلهم و يستوحي في إنشائه للمبادئ العامة الأفكار الأساسية التي تكشف عنها بعض النصوص الدستورية أو التشريعية أو التي تكشف الفلسفة السياسية الحرة أو طبيعة النظم السائدة، فهذا أمر طبيعي و غير ذلك يكون أمرا مستهجنا، والقاضي الإداري في ذلك ممثل المشرع الذي لا يشرع من فراغ، بل من خلال و على ضوء الواقع السياسي و الاجتماعي و المشكلات القائمة و الأفكار السائدة.

1- George Vedel, **droit administratif**, op,cit, 1980, p283.

2- رأفت فودة، المرجع السابق، ص ص116-117.

بناء على ذلك ليس صحيحا القول بأن المبادئ العامة هي امتداد أو تطبيق للتشريع بمجرد أن مجلس الدولة يستقيها من روح بعض النصوص المتناثرة لأن المبدأ العام في هذه الحالة يحيا حياة مستقلة جديدة أعلى من مستوى هذه النصوص¹.

ثالثا: مصادر المبادئ العامة للقانون

1- المبادئ العامة التي استقاها مجلس الدولة من إعلان الحقوق و مقدمة الدستور

هي المبادئ العليا التي ترتبط بفكرة المساواة أو فكرة الحرية، فتلك المبادئ التي سماها مفوض الحكومة Letourneur المبادئ الكبرى و وصفها الأستاذ Rivero بأنها "تمثل الفلسفة السياسية للأمة"، و التي عبر عنها المستشار Odent بأنها: "أساس نظامنا و حضارتنا القانونية"².
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 للدولة الديمقراطية.

و هي تنقسم إلى قسمين:

أ- 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 أساس كل مجتمع ديمقراطي.

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

عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ الأساسي في أحد أحكامه بخصوص السلطة اللاتحوية التي تتمتع بها نقابات المهن الحرة، فقرر المجلس أن لائحة آداب المهنة التي يضعها مجلس

1- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص79.

2- إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ و أحكام القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، ب.ب.ن، 2009، ص97.

النقابة طبقاً للقوانين يجب أن تحترم الحريات الفردية التي تثبت لأعضاء النقابة من المواطنين العاديين¹.

و إلى جانب هذا المبدأ العام الرئيسي، هناك مبادئ عامة أخرى متفرعة عنه و تتصل بمفردات تلك الحريات: مثل الحرية الشخصية، حرية الرأي، حرية العقيدة².

ب-المبادئ المتصلة بفكرة المساواة:

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

إلى جانب الصفة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القانون فهو يعتبر مبدأ قانوني عام، هكذا اعتبره مجلس الدولة الفرنسي و ينظر إليه كمبدأ عام يمكن أن يستقيم بذاته بجانب كونه نصا دستوريا. إلى جانب هذا المبدأ العام الرئيسي هناك مبادئ أخرى متفرعة عنه و يتضح هنا بصورة أقوى الدور الإنشائي و الخلاق 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.

أهم هذه المبادئ التي تتفرع عن مبدأ المساواة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة، مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة، مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

2-المبادئ الأخرى التي تعبر عن المعتقدات الدفينة في ضمير الأمة

تظهر هنا أعلى درجات الدور الإنشائي و الخلاق للقاضي الإداري لأنه لا يستقي تلك المبادئ من أصول محددة، بل من أفكار فلسفية و سياسية غير محددة و مبهمة، و يضيف عليها القاضي الإداري التحديد و يبلورها في مبادئ عامة محددة وصيغة مباشرة، و من أمثلتها:

1- Marceau long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvové, Bruno Genevois , op, cit, p362 .

2- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص226.

مبدأ خضوع كل قرار إداري للطعن بالإلغاء:

قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير Dame Lamotte السابق الإشارة إليه هذا المبدأ، فإزاء أحد قوانين حكومة Vichy الرجعية الصادر عام 1943 و الذي تضمن في أحد نصوصه تحصين بعض القرارات الإدارية بطبيعتها من الطعن الإداري أو القضائي، فعمل مجلس الدولة على تفسير هذا النص الصريح تفسيراً ضيقاً يصل إلى حد إهداره تماماً، فقرر المجلس أن هذا النص رغم ظاهر عباراته فهو لم يستبعد الطعن بتجاوز السلطة (الطعن بالإلغاء) أمام مجلس الدولة، و استطرد المجلس موضحاً المبدأ العام، فقال: "إن الطعن لتجاوز السلطة يبقى مفتوحاً و ممكناً حتى بدون نص ضد كل قرار إداري ليضمن طبقاً للمبادئ العامة للقانون احترام مبدأ المشروعية"¹.

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

نفس الموقف اتخذته مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2000/01/17 إذ قرر أن: "الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود و حتى لو لم يكن هناك نص"².

3- المبادئ التي أقرها القضاء الإداري

الرأي الراجح في الفقه الفرنسي أن القضاء هو مصدر هذه المبادئ، لأنه هو الذي اكتشفها و أضفى عليها القوة الإلزامية في حكمه، فوجد الأستاذ De Laubadère يقرر بأن: "المبادئ العامة للقانون ذات مصدر قضائي خاص".

* les principes sont de source purement jurisprudentielle* و يرى العميد George

"Vedel": "أن التفسير بالنسبة لمصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة هو أنه قد تم إنشاؤها و اكتشافها بواسطة القاضي"³.

1- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 121.

2- مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2002 ص 09.

3- عبد الله عبد الغني بيسيوني، المرجع السابق، ص 33-34.

4-إنشاء المبادئ العامة للقانون من اجتهادات قضائية

إن القضاء عندما يخلق و يعلن المبادئ العامة للقانون، لا يستمدّها أو يستلهمها من نصوص تشريعية دستورية و سياسية موجودة، و إنما يجتهد و يحاول استنباطها و خلقها و استخراجها من الأسس و المبادئ العامة للنظام الاجتماعي و الاقتصادي و السياسي السائد في المجتمع و الدولة، و من رواسب و مكونات الضمير القانوني للأمة، و ما يحتويه من مثل و أخلاق و قيم فلسفية و حضارية و مبادئ و أفكار العدالة و دور القضاء في هذه الحالة دور اجتهادي إنشائي خلاق بالأساس، و لا يقتصر دوره على الكشف و البلورة و التقرير و الإعلان، و إنما دوره في هذه الحالة أعمق، و يمتد إلى خلق و تقرير المبادئ العامة للقانون.

الفرع الرابع

القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

إن مسألة تحديد القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون لم تكن تثير مشكلة قبل دستور الجمهورية الخامسة سنة 1958، فقد اتفق الفقه الفرنسي على أن قيمتها القانونية تعادل نفس قيمة التشريع العادي، و هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي¹، أما بعد صدور دستور 1958 فقد ذهب الرأي الراجح إلى أن قيمتها تعادل الدستور²، و استند هذا الرأي إلى قضاء مجلس الدولة في قضية Dame Lamotte، الذي صدر في فبراير 1950 (السابق الإشارة إليه)، ففي هذه القضية أعطى مجلس الدولة الفرنسي للمبادئ العامة قيمة أكبر من القانون.

بعد صدور الدستور الفرنسي لسنة 1958 انتهى عهد الاستقرار و بدأت مسألة القيمة القانونية للمبادئ العامة تثار 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 اتجاهات فقهية و لعل أبرزها:

1- C.E 30juin 1950,Sieur Quéralt, rec 99882, p413. WWW.revuegeneraledudroit.eu, 30-12-2018, 13.14 h.

2- George. Vedel, **droit administratif**, op,cit, p202.

الاتجاه الأول: يرى أن لها القيمة التقليدية التي كان الفقه متفقا عليها من قبل و هي قيمة التشريع العادي¹ و أن هذا الرأي يستند على أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي و التي تشير لذلك صراحة، فهناك أحكام تؤكد باللفظ الصريح أن "المبادئ العامة للقانون ذات قيمة تشريعية"²، وقد استخدم المجلس هذا التعبير في حكم، Syndicat des propriétaires de forêts de chenes liège d'Alger الصادر في 7 فبراير 1958³، ثم استخدمه في حكم لاحق على صدور دستور 1958 و هو حكم

Les fédérations algériennes des syndicats de défense des irrigants الصادر في 19 فبراير 1960.

أكد مفوض الحكومة صراحة تلك القيمة المعادلة للتشريع العادي فيقول الأستاذ Letourneur: "إن المبادئ العامة للقانون لها على وجه الخصوص قيمة القانون المكتوب، أي قيمة التشريع العادي". **الاتجاه الثاني:** يرى أن مستواها أقل من القانون و أعلى من التنظيم⁴ و حسب هذا الاتجاه تؤسس هذه القيمة القانونية للمبادئ العامة على دليلين أساسيين:

من ناحية أولى في القانون العام قيمة القاعدة القانونية أو مرتبتها تحدد تبعا لقيمة أو مرتبة السلطة التي أصدرتها و نظرا لأن القاضي يخضع للقانون و لكنه يراقب اللوائح، لذلك تكون المبادئ العامة التي يصدرها مجلس الدولة لها قيمة معادلة لمصدرها القضائي، أي أنها أدنى من القانون و أعلى من اللائحة، و من ناحية أخرى يؤكد هذا الاتجاه وجهة النظر 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، وبالتالي لا يمكن أن يكون القضاء الإداري معادلا للمشرع بل أدنى منه.

ما يعاتب على هذا الاتجاه أنه يطبق على القاضي الإداري النظرية الرسمية لمصادر القانون، و منه نستخلص نتيجة و هي أن المبادئ العامة تأخذ قيمتها من مستوى القاضي الإداري في تدرج

1- مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري، مجلس الدولة، ط4، ب د ن، القاهرة، 1989، ص 735. أيضا: محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ب.ب.ن، 2009، ص175. أيضا: محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، ج1، ب.د.ن، ب.س.ن، ص90 و ما بعدها. أيضا: محسن خليل، القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة، ج1، ب.س.ن، د.ب.ن، ص37.
2- إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص105.
3- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص176.
4- من أصحاب هذا الموقف نذكر على سبيل المثال: الأستاذ Chapus.

مصادر القانون بحيث لا يستطيع حتى القاضي نفسه أن يضيف 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 لمصادر القانون، لأن التي يبدأ منها هذا الاتجاه، 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 الكامل 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.

الاتجاه الثالث: لها قيمة مساوية للدستور

الاتجاه الرابع: لها قيمة مساوية للدستور بالنسبة للمبادئ التي تجد أصولها في إعلان حقوق الإنسان و في مقدمة الدستور، أما الأخرى فلها قيمة التشريع العادي. إن القيمة الدستورية للمبادئ العامة يتنازعها فريقان من الفقهاء، و إذ جئنا للاتجاه الثالث الذي يعطي القيمة الدستورية لكافة المبادئ العامة للقانون نجد أن من نادى بهذا الرأي، بوجه خاص الأساتذة Dray و Auby و الدكتور Fromant، و هم يؤسسون القيمة الدستورية من ناحية أولى بناء على أن بعض هذه المبادئ قد قررها إعلان الحقوق العام لسنة 1889 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 تمثل نتيجة المبادئ الأولى.

أما الاتجاه الرابع فهو يضم الجانب الأكبر من الفقهاء Vedel، Rivero Delaubadere فهذا الاتجاه تأثر أساسا بموقف المجلس الدستوري الفرنسي، الذي أصدر عدة أحكام حديثة أقر فيها القيمة الدستورية لعدد من المبادئ المستمدة من إعلان حقوق الإنسان و مقدمة الدستور، كما نرى أن هذا الموقف أدى بكثير من الفقهاء المعاصرين إلى الاعتراف بانفصال المبادئ العامة للقانون إلى مجموعتين: مجموعة ذات قيمة دستورية بالنظر لمصدرها و مجموعة أخرى ذات قيمة تشريعية تمثل

1- George Vedel, **droit administratif**, op, cit,p288.

المبادئ التي لا تجد أساسا في مقدمة الدستور و النصوص التي أحالت إليها، و هذا هو الرأي المطبق في الجزائر¹.

سنتطرق للأسباب التي دفعت الاتجاه الغالب في الفقه الحديث إلى تأكيد القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون كلها أو بعضها:

إن أول الأسباب التي دفعت الفقه إلى الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون في أن تلك الترقية للمبادئ العامة ضرورة لا بد منها حتى تضمن رقابة موضوعية فعالة من مجلس الدولة على كل من اللوائح المستقلة التي نص عليها الدستور في المادة 37 وفيما يلي تفصيلا لذلك:²

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

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

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

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.

لكن المشكلة التي واجهت الفقه هي أن القيمة القانونية المعادلة للتشريع العادي التي كان من المنفق على الاعتراف بها للمبادئ العامة للقانون، لم تعد كافية لكي تحقق هذه المبادئ هذا الدور

1- مراد بدران، محاضرات أقيمت في مقياس المنازعات الإدارية على طلبة الماجستير ، تخصص القانون الإداري المعمق، دفعة 2012/2013، جامعة الجزائر 1.

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

لأن السلطة التنفيذية في نطاق اللوائح المستقلة تبدو وكأنها ذات سيادة مثلما كان المشرع الذي أخذت مكانه، و من ثم إذا بقيت المبادئ العامة للقانون من مستوى القانون فليس هناك ما يمنع السلطة التنفيذية في لوائحها المستقلة من أن تخالف أو تعدل هذه المبادئ و من ثم أصبح من الضروري أن ترفع من قيمتها القانونية 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 يبقيها في جزء رقابة المشروعية.

كذلك استند 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 26-06-1959¹.

و في صياغة الحكم عبارات اعتبرها الفقه إعلاناً من مجلس الدولة الفرنسي للقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون، فالمجلس قرر في هذا الحكم بأن رئيس مجلس الوزراء في ممارسته لسلطته اللائحية في المستعمرات الفرنسية يلتزم بمراعاة: "المبادئ العامة للقانون التي بالنظر تستخلص بوجه خاص من مقدمة الدستور، و تفرض احترامها على سلطة لائحية حتى في غياب النصوص التشريعية."، و هكذا فإن 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 لاسيما و أن القوة الوضعية الدستورية لمقدمة دستور فرنسا لسنة 1946 الذي صدر في ظل ذلك الحكم سبق و أن أكدها مجلس الدولة الفرنسي في أحكام سابقة.

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.

أعلن المجلس الدستوري الفرنسي بقيمتها الدستورية و أكد على أن أساسها كما يظهر في نصوص لها قيمة دستورية وضعية و ملزمة للمشرع، و هي مبادئ مستمدة إما من إعلان حقوق الإنسان، و إما من مقدمة دستور 1946، و معروف أن مقدمة دستور 1958 قد اعتبرت هذه النصوص الدستورية جزء لا يتجزأ منها.

1-consulter : www.conseil-etat.fr, 25-11-2019, 16.27h.

تجدر الإشارة لأهم تلك الأحكام: حكم المجلس الدستوري بتاريخ 16 جويلية 1971¹ الذي أعلن القيمة الدستورية لمبدأ حرية تأسيس الجمعيات Liberté d'association المستمد من القانون الجمهوري الصادر في 1 جويلية 1901 و الخاص بتكوين الجمعيات .

حكم المجلس بتاريخ 27 ديسمبر 1973² و الذي أكد القيمة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القانون المستمد من المادة 06 من إعلان حقوق الإنسان.

أيضا حكمه بتاريخ 23 جويلية 1975³ الذي أبرز القيمة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القضاء باعتباره متفرعا من المبدأ الأصلي الأساسي و هو مبدأ المساواة أمام القانون.

كذلك حكم المجلس الدستوري بتاريخ 15 جويلية 1976⁴ بشأن القيمة الدستورية لمبدأ المساواة في معاملة الموظفين. Principe de l'égalité de traitement des fonctionnaires. و الذي يمكن اعتباره أيضا متفرعا عن مبدأ المساواة أمام القانون، و إذا كان المجلس لم يحدد ذلك صراحة، و أيضا حكمه بتاريخ 23 نوفمبر 1977⁵ بشأن القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعليم باعتباره أحد المبادئ الأساسية للقوانين الجمهورية، وقد استمد المجلس من المادة 91 من القانون المدني الصادر في 31 مارس 1931.

نذكر أيضا حكم المجلس الدستوري بتاريخ 12 جويلية 1979⁶ الذي قرر القيمة الدستورية لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، الذي اعتبره المجلس نتيجة لأزمة لمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة 06 من إعلان حقوق الإنسان.

أخيرا حكمه بالأحدث بتاريخ 25 جويلية 1979⁷ الذي أكد 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 بالنظر لهذه الأحكام الصادرة من المجلس الدستوري.

1- consulter : www.mqfr.fr, 25-11-2019, 16.30h.

2- consulter : www.conseil-constitutionnel.fr, 25-11-2019, 17.00h.

3- consulte : www.conseil-constitutionnel.fr, 25-11-2019, 17.00h.

4- consulter : www.conseil-constitutionnel.fr, 25-11-2019, 17.15h.

5- consulter : www.conseil-constitutionnel.fr, 25-11-2019, 18.00h.

6- consulter : www.conseil-constitutionnel.fr, 25-11-2019, 18.30h.

7- consulter : www.conseil-constitutionnel.fr, 25-11-2019, 18.30h.

كما أن جانباً من الفقه ذهب إلى أن تكرار هذه المبادئ العامة و تأكيدها بواسطة القضاء يجعل من العسير انتهاكها من المشرع نفسه¹.

ترجع أهمية القيمة القانونية للمبادئ العامة باعتبارها أحد مصادر مبدأ المشروعية بما يترتب على هذه القيمة من آثار، أما إذا نظر إلى تلك المبادئ باعتبارها تماثل القوانين العادية فيجوز للسلطة التشريعية في هذه الحالة أن تخالفها بنص قانوني صريح، و إن كان لا يجوز للإدارة أن تخالف تلك المبادئ بما تصدره من قرارات و لوائح و إلا عد عملها باطلاً مخالفاً لمبدأ المشروعية.

و ذهب رأي وسط إلى أن قيمة المبادئ العامة تعلو على القوانين العادية و إن لم تصل إلى قوة الدستور²، و بمناسبة حكم³ Dehaene ذهب رأي إلى أن المبادئ العامة في مركز أدنى من إعلانات الحقوق و من ديباجة الدستور، أي أن لها قيمة الدستور نفسه⁴، واستند هذا الرأي إلى طعن السيد Dehaene في قرار صدر بمعاقبته بسبب مشاركته في إضراب و كان أمام مجلس الدولة الفرنسي أن يوازن بين أمرين، إما أن يحكم بإلغاء القرار مبدأ حرية الموظفين و حقهم في منع الإضراب الذي يهدد سير المرافق العامة بانتظام و اطراد.

رفض مجلس الدولة الدعوى قائلاً: "إنه و إن كان حق الإضراب مقرراً في ديباجة المصالح المهنية التي تعتبر الإضراب أحد مظاهرها و بين المصلحة العامة التي تهدد بسبب الإضراب، و حيث إن المشرع لم يستجيب لهذه الدعوى، فلم يتضمن التشريع نص ينظم هذا الموضوع فإن مجلس الدولة لا يتزدد في تكملة هذا النقص فيقرر أن على الحكومة في سير المرافق العامة أن تحدد بنفسها تحت رقابة القضاء طبيعة و نطاق هذا الحق و حدوده لتمنع سوء استعماله و إضراره بالنظام العام."

أما من ذهب إلى أن المبادئ القانونية العامة لها نفس قيمة الدستور⁵ فقد استند لنص المادتين 37 و 38 من دستور 1958 اللتين أجازتا للسلطة التنفيذية إصدار لوائح مستقلة لتنظيم مسائل هي من اختصاص المشرع عادة، و بالتالي لن تستطيع السلطة التنفيذية مخالفة المبادئ القانونية

1- حيث يقول الأستاذ طعيمة الجرف: "إن المبدأ العام الذي يتضمنه حكم القاضي الإداري لا تنشئه هذا الحكم إنشاءً، و لا خلقاً و إنما هو موجود و مستكن في الضمير القانوني العام للجماعة و أن القاضي لا يفعل بصدده أكثر من مجرد تقريره و النطق به" المرجع السابق، ص109.

2- ساسي جمال الدين، *تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية*، د.ب.ن، د.س.ن، ص105.

3- C.E 7juillet 1950, Dehaene, www.conseil-etat.fr, 31-12-2018, 11.40h.

4- Maceau Long et autre, op,cit, 2007, p 435- 436.

5- George Vedel, **droit administratif**, Thémis, 5édition, 1973, p284.

العامة، لأن الدستور في مرتبة أعلى من القانون، إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد أيضا للمغلاة في تقدير قيمة المبادئ بجعلها في مصاف القواعد الدستورية، ذلك أنها تستنبط من مجموع النصوص التشريعية و الحقائق الاجتماعية كما أن إعطاء المبادئ العامة قيمة دستورية لا فائدة منه خاصة و أنه لا يمكن إخضاع القانون لها¹.

الفرع الخامس

دور مجلس الدولة في جمع المبادئ العامة للقانون

عندما يعرض النزاع على القاضي الإداري و لا يجد له نصا قانونيا ينطبق عليه ليفصل فيه، يستوحي نفس الحل الذي كان سوف يقرره المشرع لو تولى تنظيم نفس النزاع، مما يعني أنه يقوم بعمل أقرب منه إلى عمل المشرع، فهما في كل الأحوال يستلهمان نفس المعنى، فالجوهر واحد يستمد منه المشرع قواعده التشريعية و يستخلص منه القاضي المبادئ العامة، فيكشف عنها و يعلن عن وجودها في الحياة الاجتماعية.

فإذا ما استقر القضاء في مجموعه و تواتر على الأخذ بحل معين في المنازعات المتماثلة تكونت عندئذ القواعد العامة التي يتعين تطبيقها على جميع الحالات المستقبلية مكونة للمبادئ العامة. يبدأ دور القاضي بالنسبة للمبادئ العامة بالإعلان عنها، ثم ينتقل إلى استخلاص ما يمكن استخلاصه منها من قواعد قانونية يمكنه أن يطبقها على المنازعات المعروضة عليه و يستند إليها فيما ينتهي إليه من حلول فردية لهذه المنازعات، و القاضي في عمله هذا سواء في الإعلان عن المبادئ العامة للقانون أو استخلاصه للقواعد الناشئة عنها، لا يقوم به من فراغ و إنما يسترشد بجملة من النصوص التشريعية و الدستورية التي يتكون من جملتها النظام القانوني السائد في الدولة².

يستخلصها القاضي الإداري عن طريق التفسير الواسع لنصوص التشريع، و الرأي الغالب في الفقه أن تطبيق النصوص المدنية في مجال القانون الإداري لا يعتبر تطبيقا للتشريع، بل يعتبر تطبيقا للمبادئ العامة، فبعض نصوص القانون المدني و وضعت لتطبيق في مجال القانون الخاص و العام و من أمثلة ذلك القاعدة التي تقرر أنه: "متى كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف

1-René Chapus, , les valeurs juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielle en droit administratif, Dalloz 1966, p99.

2- ثروت عبد العال أحمد، المرجع السابق، ص572.

عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين"، و قد يستخلص القاضي الإداري المبدأ العام من البحث عن نية المشرع، إذا لم يصرح بها من روح النص أو من روح مجموعة النصوص، أي أنه يحل محل المشرع بموافقة ضمنية منه.

يقوم القاضي الإداري بدور إيجابي في تحديدها و ضبطها بحيث يتجاوز القول بأنه يكتفي بمجرد ملاحظتها و تقرير وجودها، فهو يختار من بين المبادئ السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية ما يراه صالحا للتطبيق و ذلك وفقا لتقديره الشخصي، إلا أنه يمكن القول أن الوجود السابق لتلك المبادئ كقيم سائدة في المجتمع قبل أن يتدخل القاضي لإعلانها و تقريرها في أحكامه لا يقلل وجودها السابق على هذا التدخل من أهمية الدور الذي يقوم به القاضي في إنشائها و إضفاء قيمة القواعد القانونية عليها، و هكذا فإن تدخله في تحديد المبادئ العامة للقانون و تطبيقه لا يجعل منها تعبيرا عن سلطة شبه تشريعية يتمتع بها القاضي حيث يتماثل عمله مع عمل المشرع فكلاهما يشرع كل في حدود اختصاصه و من الطبيعي أن يضيق مجال التشريع أمام القاضي لأنه ليس صاحب اختصاص أصيل في ممارسة التشريع، و إنما يمارسه استثناء و بمناسبة وجود ثغرات أو نقص في نصوص القانون الذي يطبقه على النزاع المعروض عليه.

قد يستخدم القاضي نفس الوسائل الفنية التي يلجأ إليها المشرع عند وضع قاعدة قانونية، فالقاضي و هو بصدد خلق المبادئ العامة يتبع نفس الخطوات التي يتبعها المشرع، فهو يعكف على الحياة الاجتماعية محاولا أن يكتشف احتياجاتها متمثلا دائما بمتطلبات العدالة، و هذه بعينها نفس التوجهات التي يضعها المشرع نصب عينه و يسترشد بها عند إنشائه لقواعد التشريع.

كما يستطيع القاضي الإداري أن يضيف صفة العمومية على مبادئ حددت في القانون لحالات معينة فيخضع لهذه المبادئ مجالات جديدة، من ذلك أن مبدأ حقوق الدفاع قد وجد في البداية ليطبق في مجال الوظيفة العامة كضمانة للموظفين العموميين في المحاكمات التأديبية ثم مده القاضي الإداري في حالات توقيع الجزاءات من طرف جهة الإدارة¹.

وقد يستخلص القاضي الإداري المبادئ العامة باستلهايم قيم أخلاقية معينة² مثل التزام الإدارة بأن تستهدف في كل ما يصدر عنها من أعمال و تصرفات المصلحة العامة دون سواها، و إذا كان

1- C.E 5 mai 1944 , Dame veuve Trompier Gravier, www.conseil-etat.fr, 31-12-2018, 13.10h

2- Jean Rivero, **Le juge administratif un juge qui gouverne** , op , cit, p21et ss.

القاضي لا يمكنه أن يخالف المشرع مخالفة صريحة فإنه كثيرا ما يلجأ إلى تأويل القاعدة التشريعية لتتفق مع المبادئ العامة.

فكذلك قد يلجأ القاضي الإداري إلى تطبيق القاعدة التشريعية لصالح المبدأ العام إذا تعارضت القاعدة التشريعية مع المبدأ العام، و قد يصل التفسير الضيق للنص إلى حد تعطيل النص إذا خالف المبدأ مخالفة مباشرة و قد ظهر ذلك واضحا في قضية¹ Dame Lamotte.

أما إذا كانت مخالفة القانون للمبدأ العام صريحة فإن القاضي الإداري يلجأ إلى وسيلة يخفف بها من حدة هذه المخالفة ليؤكد أولوية المبدأ العام في التطبيق فمع احترامه لظاهر النص يعتبره استثناء لا يمس القاعدة العامة، و بهذا يحتفظ بسلطان المبدأ العام من الناحية المذهبية كما يضيق من نطاق تطبيق النص من الناحية العملية².

أحيانا يؤدي التفسير الضيق للنص إلى أن يحدد القاضي شروطا لتطبيقه لا يشتمل عليها النص نفسه³، فعندما يخول القانون الإدارة سلطة تقديرية في التطبيق، يعمد القاضي إلى فرض شروط إضافية للمشروعية بما يضيق على الإدارة حدود سلطتها التقديرية، و قد يلجأ إلى ذلك كلما رأى أن إطلاق السلطة التقديرية للإدارة يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع المبدأ العام.

المطلب الثاني

القواعد القضائية

إذا كانت المبادئ العامة للقانون تعد المظهر الأول من مظاهر سلطة القاضي الإداري الإنشائية، فإن القواعد القضائية تعد المظهر الثاني، فهما كوجهي لعملة واحدة حتى إن القاضي الإداري كثيرا ما يتحدث عن المبادئ في إشارة إلى القواعد.

فما هي طبيعة هذه القواعد؟ و ما هو دور القاضي الإداري في ضبط و تحديد تلك القواعد؟

1- C.E 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte, www.conseil-etat.fr, 31-12-2018, 13.30h.

2- محمد علي عبد السلام، الدور السياسي للقضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص129.

3- C.E 7 Aout 1909, Sieur Winkel, www.ligifrance.gouv.fr, 31-12-2018, 14.15h.

الفرع الأول

ماهية القاعدة القضائية

إن تحديد ماهية القاعدة القضائية لأمر بالغ الأهمية و الصعوبة في آن واحد، أما الصعوبة فترجع إلى التداخل و الارتباط الوثيق بين القواعد القضائية و المبادئ العامة للقانون من جهة، و أما الأهمية فتكمن في إبراز الفرق بين القواعد القضائية و القواعد القانونية من جهة أخرى، الأمر الذي يقتضي منا بيان المقصود بالقواعد القضائية و طبيعة تلك القواعد.

أولاً: مفهوم القاعدة القضائية

يقصد بالقواعد القضائية مجموعة القواعد القانونية غير المقننة التي يستنبطها القاضي من ضمير الجماعة و روح المجتمع و مبادئ العدالة عند عدم وجود القواعد التشريعية أو العرفية التي تحكم المنازعات المعروضة عليه¹.

ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن القواعد القضائية تعني الاتجاه الذي استقرت عليه أحكام المحاكم في شأن مسألة معينة بحيث تتعداها إلى الحالات المماثلة في المستقبل، فمهمة القاضي عند هذا الاتجاه لا تقتصر على تطبيق القانون أو تفسيره بل تتجاوز ذلك إلى وضع القواعد القانونية، إذ أن المشرع مهما كان دقيقاً لا يمكن أن يتنبأ بجميع الحالات التي سوف تحدث في المستقبل، و إذا كان هذا وارداً في القانون الخاص، فإنه يتسع إلى أبعد مدى في القانون العام، حتى استقر فقه القانون العام على أن القضاء يعتبر دون شك مصدراً رسمياً لأغلب القواعد القانونية الملزمة.

كما ذهب رأي آخر إلى أن المقصود بالقضاء كمصدر للقانون الإداري هو استنباط المبادئ القانونية أو استخلاصها من النصوص بواسطة أحكام القضاء الإداري²، ذلك أن تلك القواعد موجودة قبل تدخله و أن القاضي حين ينطق بالحكم لا يصدر لائحة عامة و لا يضع قاعدة قانونية جديدة يضيفها إلى جملة القواعد المكونة للنظام القانوني في الدولة، فإذا كان ما سبق هو مضمون القواعد القضائية فما هي طبيعتها.

1- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، د م ج، الإسكندرية، 1994، ص62.

2- وهيب عباد سلامة، دروس في القانون الإداري، دراسة مقارنة، 1994، ص92 .

ثانيا: طبيعة القاعدة القضائية

إذا كانت طبيعة قواعد القانون المدني تجد مصدرها الرئيسي في التشريعات المدنية، فإن قواعد القانون الإداري تستوحي من أحكام القضاء، هذا لأن قواعد القانون الإداري لم تنشأ على يد المشرع وإنما جاء بها القضاء الإداري المتمتع بالحرية في ابتكار الحلول الملائمة للمنازعات الإدارية التي تطرح في ساحته، مراعيًا في ذلك الظروف و الملابسات المحيطة.

بهذا يمكن أن نقرر أنه و باعتبار أن القضاء المصدر الرئيسي لقواعد القانون الإداري أثر كبير في تحديد طبيعة هذه القواعد، فهي تمتاز بالمرونة نظرا لأنها لم تجمع في نصوص تشريعية محددة، وإنما جاءت وليدة الظروف الواقعية متجاوبة معها و متطورة بتطورها.

فالقانون الإداري من القوانين التي تتأثر بما يجري في البلاد من تطورات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، و حيث أن هذه التطورات مستمرة و دائمة كان من اللازم أن تبقى قواعد القانون الإداري قابلة للتطور السريع حتى تكون متجاوبة مع الظروف المتغيرة و حتى لا تعوق النشاط الإداري، أو تشل يد السلطة الإدارية التقليدية، فإذا كان القانون عموما يجب أن يكون متطورا دائما لأنه تنظيم لعلاقات اجتماعية و هذه العلاقات من طبيعتها التطور و التغيير، إلا أن القانون الإداري يمتاز عن القوانين الأخرى بكونه أسرعها تطورا.

ذهب جانب من الفقه إلى أن قواعد القانون الإداري تكاد تكون سرية¹، نظرا لأن معظمها ذات مصدر قضائي، و لا يمكن معرفتها إلا للقلّة من المهتمين من القانونيين.

كما تتميز القاعدة القضائية بأنها قاعدة نسبية أو خاصة صدرت في الأصل لتطبق على النزاع الذي ولدت في كنفه²، و قد تطبق على منازعات أخرى مماثلة و مع ذلك تظل على نسبتها حتى و لو أصبحت فيما بعد سابقة قضائية³، فاستمرار العمل بها لا يغير من طبيعتها بوصفها تقررت في خصوصية مركز قانوني معين، و تنفرد قواعد القانون الإداري بطابع خاص يميزها، ألا و هو طابع السلطة العامة، الذي يدفع هذه القواعد و يجعلها خارقة للقواعد التشريعية العامة.

1- Vedel, **droit administratif**, op,cit, p56.

2- ثروت عبد العال أحمد، القانون الإداري، ج1، 1955، ص90.

3- محمد على عبد السلام، المرجع السابق، ص115.

فقواعد القانون الإداري ترتبط في تقريرها بوجود الإدارة طرفا في المنازعة، و يشترط بأن تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة، و تتمثل هذه المظاهر في خاصيتين:

أولاً: تمثل الامتيازات الواسعة في سلطات الإدارة مثل التنفيذ المباشر و نزع الملكية للمنفعة العامة، و حق الاستيلاء على المنقول، و هي امتيازات غير معروفة في القانون الخاص تسمى القاعدة في هذه الحالة قاعدة إدارية خارجة على القانون الخاص بالزيادة.

ثانياً: تمثل قيودا و التزامات و تحديدا لنشاط الإدارة كإتباع نظام الإعلان و المسابقات في اختيار موظفيها، أو التزام أسلوب المناقصات أو المزايدات العامة في التعاقد، و تسمى القاعدة في هذه الحالة قاعدة إدارية خارجة على القانون الخاص بالنقص.

أي أن السلطة العامة تتبلور في قواعد القانون الإداري في أحد مظهرين، إما مظهر الامتيازات الإداري، و إما مظهر القيود و الالتزامات الإدارية.

فهي التي تحدد لنا الطبيعة الإدارية للقاعدة القانونية، تلك الطبيعة التي اعتبرها جل الفقه في القانون العام إلى جانب المرونة و النسبية من أهم ما يميز القاعدة القضائية.

هناك من ينكر على القاعدة القضائية مرونتها أو نسبيتها على أساس أن هذه المرونة و تلك النسبية من شأنهما أن تهدما مبدئين أساسيين من مبادئ القانون العام، و هما مبدأ المشروعية و مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن إعمال مبدأ المشروعية يفترض أن القاعدة التي يجب أن تلتزم بها الإدارة موجودة و سابقة على تصرفاتها، في حين أن القاعدة القضائية تولد لحظة الفصل في هذا النزاع، أما من ناحية مبدأ الفصل بين السلطات و الذي يعني قصر مهمة القاضي على تطبيق القانون دون إنشائه¹، فإن هذا القول مردود عليه بأنه من المتعذر عمليا الفصل شبه الكامل بين السلطات الثلاث، و هذا ما أكده جانب من الفقه و الذي تبني هذا الرأي².

حيث ذهب إلى أنه يجب أن يقوم قدر من الانسجام و التوافق بين هذه السلطات، كما أن هذا القول يقضي بالضرورة إلى منع القاضي من الفصل في النزاع إذا لم يجد نص يطبقه و هذا ما لم يقل به أحد، هذا فضلا على أن تدخل القاضي ليقول في المنازعة كلمة القانون ليس في هذا اعتداء على سلطة المشرع.

1- طعيمة الجرف، القضاء مصدر إنشائي للقانون الإداري، المرجع السابق، ص11.

2- ثروت عبد العال أحمد، الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص619.

ثالثاً: أساس القاعدة القضائية

لم يتفق الفقهاء على أساس موحد تستمد منه القاعدة القضائية قوتها الإلزامية كالقاعدة القانونية، وإنما تشعبت بهم السبل، و تفرقت بهم المذاهب فمنهم من يعوز أساسها إلى العرف، و منهم من ردها إلى التفويض التشريعي، و آخرون ذهبوا إلى أن إقرار المشرع الصريح أو الضمني أساس القاعدة القضائية، بينما ذهب أكثر الفقهاء تفاؤلاً إلى أن أساس القاعدة القضائية يتمثل في رضا الأطراف بها.

1- العرف أساس القاعدة القضائية

تظهر أولى محاولات الفقه في بيان الأساس الذي تقوم عليه القاعدة القضائية في محاولة المطابقة بينها و بين القاعدة العرفية، و قد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء المطرد تتوافر فيه كافة العناصر و الشروط اللازمة لتكوين القاعدة العرفية و من ثم تأخذ نفس قيمتها، حتى قيل بأن القاعدة القضائية هي قاعدة عرفية في ثوب جديد.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن القاعدة القضائية التي تجد أساسها في القاعدة العرفية لا تنصرف إلى القاعدة القضائية الفردية التي تنشأ لحظة الفصل في النزاع، و إنما تنصرف إلى القضاء المطرد و الذي يتمثل في مجموعة من الأحكام الصادرة في عدد من الحالات الفردية المتماثلة.

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد باعتبار أن القواعد التي تستمد أساسها من العرف تكون قواعد عرفية و ليست قواعد قضائية، فاطراد المحاكم على الأخذ بالأمر يؤدي إلى قيام عرف قضائي. كذلك تختلف القاعدة القضائية عن القاعدة العرفية اختلافاً جوهرياً ينصب على طبيعة كل منها، فالقاعدة القضائية مرنة و نسبية، أما القاعدة العرفية فهي عامة و مجردة¹، و حتى إذا حملت القاعدة القضائية على القضاء المطرد و بفرض اشتراكها مع العرف في صفة الاطراد فإنها تختلفان في باقي العناصر، بحيث أن العنصر المادي في العرف يتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين و اعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم ، و هذه العادة لا تفرضها سلطة معينة إنما تنشأ بصورة تلقائية.

في حين أن القاعدة القضائية تعتبر تعبيراً عن إرادة القاضي الذي أصدرها غاية ما في الأمر أن القضاء المطرد قد يؤدي إلى تكوين قاعدة قانونية مصدرها العرف و ليس القضاء، لذلك قيل: "القضاء المطرد إن هو إلا محرك أو دافع نحو نشأة أو تكوين قاعدة قانونية عرفية."

1- ثروت عبد العال أحمد، الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص623.

2- التفويض التشريعي أساس القاعدة القضائية

وفق أنصار هذا الاتجاه فإن القاعدة القضائية التي يطرد القضاء على إنشائها في المنازعات المتماثلة لا ترقى إلى مصاف القواعد القانونية إلا في حالة اعتراف المشرع الصريح بها و يتخذ هذا الاعتراف شكل التفويض الصادر من المشرع القاضي بإنشاء قواعد قانونية.

باعتبار أن المشرع صاحب السلطة التي أناط بها الدستور مهمة التشريع و يستطيع صاحب الاختصاص الأصيل أن يفوض غيره في إصدار قواعد قانونية.

قوبل هذا الاتجاه بنفس النقد الذي وجه للاتجاه السابق، فإذا كانت القاعدة التي ينشئها القاضي تجد أساسها في إرادة المشرع الصريحة و تستمد من تلك الإرادة قوتها الإلزامية فإنه يكون من الطبيعي أن ترد هذه القواعد إلى المشرع و يكون هو مصدرها المباشر و يكون القضاء مصدرا غير مباشر لها. و إذا كانت القاعدة القضائية تجد أساسها و تستمد قوتها من صفتي الاطراد و الاستمرار من القضاء المكون لها فإنه لا يكون هناك داع من التفويض.

كما أن هذا الاتجاه قد وقع في تناقض إذ اشترط صفة الاطراد في القاعدة القضائية في حين أن التفويض يمكن خلال قاعدة وحيدة، فضلا على أن السلطة لا تفوض.

3- الإقرار الضمني أساس القاعدة القضائية

ذهب أنصار هذا المذهب إلى أن المشرع عند تنظيمه لموضوع ما، يضع نصب عينه القواعد القضائية التي يضعها القضاء، و ذلك إما بإقرارها أو رفضها، و لا تظهر مشكلة في هذه الحالة، و لكن هناك قواعد لا يظهر للمشرع رد فعل بشأنها ففي هذه الحالة يفسر موقفه على أنه قبول أو إقرار ضمني من جانبه لهذه القواعد، و إن كان في تحديده لمرتبتها قد أعطاهما قيمة القواعد القضائية. تعرض هذا الاتجاه للنقد كسابقه ذلك أن القاعدة القضائية إذا كانت تكتسب قيمتها من إقرار المشرع لها و تجد أساسها في هذا القبول فكان من الأجدر إعطائها نفس قيمة القواعد التشريعية، لأن من آثار هذا الإقرار إذا سلمنا بدلا بوجوده هو الارتقاء بالقاعدة القضائية إلى مصاف القواعد القانونية.

أيضا كان هذا الاتجاه مثيرا للنقد على أساس أنه يفترض وجود قنوات اتصال بين القاضي و المشرع، و أن ما يفعله الأول لا بد وأن يفعله الثاني وهو تراض غير صريح.

4- رضا الأطراف هو أساس القاعدة القضائية

القاعدة القضائية في مفهوم هذا الاتجاه تقوم في أساسها على عنصرين:

أولهما: هو الطبيعة القانونية للمحاكم كسلطة اجتماعية يفرض الواقع وجودها في المجتمع، هذه السلطة تكفل للقاضي أن ينشئ قواعد قضائية لا ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية .

ثانيهما: هو الذي يمنح للقواعد القضائية قيمتها القانونية و يتمثل هذا العنصر في رضا الأطراف و اعتقادهم بالصفة الإلزامية للقواعد القضائية.

إن القاعدة القضائية في مفهوم هذا الاتجاه لا تقوم إلا بتوافر هذين العنصرين مجتمعين، قرار المحكمة و رضا الأطراف.

إن كان هذا العنصر الأخير قد واجه نقدا من الفقه على أساس أن القاعدة القانونية متى استجمعت عناصرها و شروطها و يجب على القاضي تطبيقها بغض النظر عما يحدثه من صدى في نفوس المتقاضين، فضلا عما يمثله عنصر الأطراف من غموض خاصة و أنه لا يقصد بالأطراف في مفهوم هذا الاتجاه مجموع المتقاضين و لكن قد يكون المنشغلون بالقانون، أو القضاة أنفسهم ، أو من يمثل أطراف النزاع، وإن كان هذا العنصر-رضا الأطراف-و ما تحدثه القاعدة في نفوسهم يعد غريبا عن عناصر القاعدة و منفصلا عن قيمتها.

إذا كانت الاتجاهات السابقة لم تقدم لنا أساسا للقاعدة القضائية يسلم من النقد على النحو الذي سلف بيانه فهل يمكن القول مع بعض الفقه¹ بأنه: "ينبغي عمليا أن نكتفي بالاعتراف بالقضاء كمصدر رسمي من مصادر القانون و بسلطته في إنشاء قواعد القانون و ذلك كحقيقة واقعة، دون محاولة تأصيلها أو البحث عن أساس قانوني لها و ذلك لعدم وجود مكان لهذه القواعد القضائية في ظل نظامنا القانوني".

تكمن المشكلة في الخلاف الذي ثار في الفقه بين طبيعة كل من القاعدة القانونية و القاعدة القضائية، فهما تختلفان من حيث الجوهر، حيث تظهر المبادئ القانونية العامة على أن لها صفة العمومية في التطبيق، فهي تنطبق على عدد غير محدد من الحالات، بينما القواعد القضائية تفتقد صفة العمومية شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة بها فحجيتها نسبية حتى ولو أصبحت سابقة

1- Vedel, **droit administratif**, op, cit, p402.

قضائية و طبقت على الحالات المماثلة فلا تتغير طبيعتها باعتبارها تقرر في خصوصية معينة هذا من جانب و من جانب آخر تعد المبادئ العامة دائمة بطبيعتها أم القاعدة القضائية هي تخضع للتغيير كونها غير مستقرة¹.

يمكن أن نقول أن القاعدة القضائية و إن ولدت خاصة و نسبية في كنف نزاع معين فإنها تغوم عامة و مجردة إذا تواتر القضاء على الأخذ بها في النزاعات المتماثلة، و حتى على أطراف النزاع الذي ولدت في كنفه فهي لا تطبق على أطراف النزاع بذواتهم، و إنما تطبق عليهم بصفاتهم، إذا توافرت شروط تطبيق القاعدة، فإذا ما تكررت نفس الصفات و توافرت ذات الشروط عند تطبيق القاعدة أمرا مسلما به.

الفرع الثاني

دور القاضي الإداري في تحديد القاعدة القضائية

تضمن مرونة القواعد القضائية للقاضي الإداري حرية واسعة في ضبط و تحديد القاعدة التي تنطبق على النزاع، فإذا كان النزاع يحتمل أكثر من قاعدة فقد يستبعد قاعدة لصالح أخرى، و قد يقوم بالتوفيق بين قاعدتين متعارضتين ، و نبين فيما يلي كيف يمكن للقاضي الإداري تحديد القاعدة واجبة التطبيق.

أولاً: استبعاد قاعدة لصالح أخرى

إن الإشكال لا يثور إذا كان التعارض بين قاعدتين مختلفتين كقاعدة تشريعية و قاعدة قضائية، ففي هذه الحالة تكون الأولوية في التطبيق للقاعدة التشريعية و لكن الإشكال يظهر إذا كانت القاعدتان من نفس المرتبة، عندئذ يكون على القاضي أن يرجح قاعدة على أخرى، أي يستبعد من التطبيق قاعدة لصالح أخرى، إذا لم يكن بإمكانه التوفيق بينهما دون أن يكون ملزماً بأن يوضح أسباب اختياره من ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي ظل لفترة طويلة يرجح مبدأ استمرارية المرافق العامة على الإضراب.

1- محمد على عبد السلام، المرجع السابق، ص 120.

و ذهب مجلس الدولة في قضية¹ Heyriès إلى ترجيح مبدأ استمرارية سير المرافق العامة بانتظام و اطراد خلال فترة الحرب العالمية 1 على مبدأ احترام حقوق الدفاع .

ثانيا: الفرق بين قاعدتين متعارضتين

بقي مجلس الدولة الفرنسي فترة طويلة مرجحا مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و اطراد على حق الإضراب بعد صدور حكم Winkell حيث اعتبر أن الإضراب إجراء خطير، يشل حركة المرافق العامة، و يعتبر عملا غير مشروع يبيح فصل الموظف، و قد استحسن الفقه هذا القضاء، و بصدور دستور 1946 متضمنا النص على حق الإضراب، أصبح أمام القاضي مبدأين من نفس الدرجة، أولهما مبدأ استمرار سير المرافق العام، ثانيهما الحق في الإضراب.

تراجع مجلس الدولة عن قضائه السابق معتقنا التوفيق بين القاعدتين و قرر أن "اعتراف الدستور بحق الإضراب يكون مفهومه إجراء التوفيق بين الدفاع عن المصالح المهنية، و الإضراب أحد وسائل هذا الدفاع، و بين حماية المصلحة العامة التي يمكن أن تتأثر بسبب الإضراب".

و قد كان حكم Dehaene باكورة هذا التوفيق، و تتلخص وقائع هذه القضية في عدم امتثال السيد Dehaene لمنشور جديد للسيد وزير الداخلية الذي أعلن بمقتضاه وقف رؤساء مكاتب محافظات البوليس الذين يضربون عن العمل، و أضرب مع ستة من رؤساء المكاتب فصدر قرار يوقف السيد Dehaene عن العمل، فطعن على هذا القرار استنادا إلى أن حق الإضراب حق دستوري و من ثم لا يجوز حرمانه و مجازاته إذا مارسه.

ذهب مجلس الدولة إلى أنه إذا كان حق الإضراب من الحقوق الدستورية فإن الدستور قد نص على أن تكون ممارسته في نطاق القوانين المنظمة له، و لما لم يصدر بعد قانون ينظم ممارسة هذا الحق، فإن الاعتراف به لا يعني استبعاد القيود التي ترد على مباشرته بغية تجنب إساءة استعماله أو ممارسته بالمخالفة لمتطلبات النظام العام، و لذلك يحق للحكومة باعتبارها المسئولة على سير المرافق العامة و انتظامها، أن تحدد بنفسها تحت رقابة القضاء طبيعة و نطاق القيود التي تخضع ممارسة حق الإضراب، فإذا تبين للحكومة أن ممارسة هذا الحق يخل بسير أحد المرافق العامة، و تعرض

1- C.E 28juin 1918,3, Heyriès, www.conseil-etat.fr, 31-12-2018, 16.56h.

النظام العام لخطر جسيم، كان لها أن تفرض قيودا على ممارسته، و أن تعاقب من لا يلتزم بهذه القيود.

انتهى مجلس الدولة الفرنسي في ضوء هذا المبدأ إلى أن الإدارة لم تتجاوز سلطاتها حين اتخذت الإجراءات التأديبية المطعون فيه، بسبب اشتراك المدعي في الإضراب الذي قام به موظفو المحافظات بتاريخ 13 ماي 1948 وعلى ذلك المنوال سار مجلس الدولة الفرنسي في العديد من القضايا آخذا في الاعتبار أهمية المرفق و الأشخاص المضربين و وظائفهم و درجة مسؤولياتهم حسب ظروف كل حالة على حدى¹، و بين حرية رأي الموظفين و واجب الحياد أو التحفظ الذي يفرض على من يعمل في خدمة مرفق عام، أيضا وفق بين مبدأ الحرية و واجب المحافظة على النظام، و قضاء مجلس الدولة غزير في مادة حرية الصحافة و حرية الاجتماع و حرية التجارة و الصناعة و عنده أن الحرية هي القاعدة، وقيود الضبط الإداري هي الاستثناء، فلا يجوز اتخاذ إجراءات تمس الحرية، إلا في الحدود اللازمة للحفاظ على النظام العام.

مع الأخذ في الاعتبار أن سلطات الضبط الإداري تتحدد ضيقا و اتساعا طبقا لمقتضيات حفظ النظام و في وقت محدد و مكان معين.

المطلب الثالث

القرار المبدئي و القرائن القضائية

إلى جانب المبادئ العامة و القواعد القضائية تأتي القرائن القضائية و القرارات المبدئية لتشهد على دور القاضي الإداري في الإثبات، و لأهميتها في نقل عبء الإثبات أمام القاضي الإداري و لإتمام هذا البحث و استكمالا لآثار دور القاضي ارتأينا التطرق لكل منهما على حدا.

1- C.E18 mars 1956,Hublin, www.affaires-publiques.org, 31-12-2018, 21.05h.

- C.E 28 novembre 1956, Lepouse, 1959,p596 , www.ligifrance.gouv.fr., 01-01-2019, 11.00h.

- C.E 4 février 1966,Syndicat national des fonctionnaire et agents du groupement des contrôles radio-électroniques, p80 , www.revuegeneraledudroit.eu ,01-01-2019, 11.07h.

الفرع 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 الحل 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 انعدام النص القانوني ، فإن القاضي ملزم بالفصل في النزاع فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة التي تحكم المنازعة المعروضة عليه.

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 في المستقبل في قضايا مشابهة معروضة عليه، فإننا سوف نكون أمام قرار مبدئي¹.

مع العلم أن القرار المبدئي² في الجزائر ليس حكرا على قضاة مجلس الدولة فبإمكان قاضي الدرجة الأولى أن يصنعه 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.

أولا: مراحل وضع القرار المبدئي

لا يمكن للقاعدة الوضعية أن تحيط بكل شيء و أن تضع مسبقا الحلول اللازمة لكل القضايا التي قد تعرض على القضاء، فقد يحصل أن الحالة المعروضة على أنظار القاضي هي خارجة عن

1- Jean Rivero, Jean Waline, op,cit, p263.

2- مثال ذلك القرار الذي صدر في قضية بلانكو الشهيرة و التي فصلت فيها محكمة التنازع الفرنسية في 8 فبراير 1873 و تتلخص وقائعها، أن بنت السيد بلانكو أصابته سيارة تابعة لمصنع التبغ، فألحقت بها أضرار، فقام والدها برفع دعوى أمام القضاء العادي ضد الدولة باعتبارها مسؤولة مدنيا على الخطأ الذي ارتكبه العامل تطبيقا للمواد 1382.1383.1384 من التقنين المدني، إلا أن ممثل الدولة دفع بعدم اختصاص القضاء العادي، فأحيل النزاع أمام محكمة التنازع، و لقد قررت هذه الأخيرة أن هذا النوع من النزاع لا يمكنه أن يكون من اختصاص القضاء العادي، و عليه فإن القضية أثارت مشكلتين أساسيتين: 1- تتعلق باختصاص القضاء الإداري، و أن قواعد القانون الإداري أصلية و متميزة عن القانون المدني، 2- تحمل الدولة لمسؤولية الأفعال و الأخطاء التي تسبب فيها أفرادها و لمزيد من التفاصيل:

Marceau Long , Prosper Weil et autres , op,cit, p15.

و هذا ما أخذت به الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية Bardismontfa بتاريخ 16-12-1996 و تشبه هذه في حيثياتها حيثيات القضية الأساسية بلانكو .

توقعات المشرع نتيجة تطور الحياة الإدارية و بالتالي فإن اهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول للقضية المعروضة عليه، و إن عمله في وضع القاعدة القضائية يمر بمراحل متعددة.

1- مرحلة الاكتشاف المزدوج.

2- مرحلة التجريب.

3- مرحلة الإدماج.

ثانيا: القرار المبدئي قاعدة قضائية تطبق مستقبلا على المنازعات المشابهة

إن القاضي الإداري من خلال القرار المبدئي قد تجاوز مهمته التقليدية بنص الدستور و المتمثلة في الفصل في المنازعات، لتسع و تشمل خلق معظم القواعد القانونية الإدارية، وفي هذا قام بعملية مشابهة لعملية التشريع، الشيء الذي يترتب عليه ضرورة الالتزام بها سواء من طرف القاضي، الإدارة و الأفراد.

1- 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، ومع ذلك لم يقل أحد أن المشرع هنا ليس إلا مكتشف للقاعدة، ولماذا عندما يقوم القاضي الإداري بنفس العمل الذي قوم به المشرع يسارع البعض إلى القول أن دوره يقتصر على مجرد اكتشاف لتلك القواعد و استنباطها و ليس اختراعها و ابتكارها.

غير أن التساؤل حول صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري و ممارسة هذا الأخير لعملية مشابهة للتشريع سرعان ما يزول، لأن القاضي الإداري قد يجد نفسه أمام منازعة بدون نص يحكمها، فلا يمكنه الإدعاء بعدم الفصل بحجة غياب النص، و أكثر من ذلك فجميع الشرائع تجرم هذا الإدعاء، وتجعله ناكرا للعدالة، الشيء الذي يضطره إلى الفصل بإيجاد حل لها.

من الناحية الفنية إن القاضي الإداري عندما يصدر 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، و هنا يتجاوز القاضي الإداري دوره التقليدي باعتباره سلطة مختصة بالفصل في المنازعات، كما

أن قراره يتجاوز مهمته التقليدية باعتباره فصلا في خصومة معينة، و يتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد القانونية، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ مشرعا يحل قضاؤه محل القانون.

2- القوة القانونية للقرار المبدئي

من خلال إصدار 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، و واجبة التطبيق مستقبلا على الحالات المشابهة للقاضي الإداري عند وضعه للقرار المبدئي يستطيع تعديله و الخروج عليه.

فهل تتمتع القاعدة القضائية التي وضعها القاضي الإداري بنفس خصائص القاعدة القانونية؟

ما هي مرتبة القرار المبدئي ضمن الهرم القانوني للقواعد القانونية؟

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

و هذا ما قضى به مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 08-05-2000 في قضية union Bank ضد محافظ بنك الجزائر الذي أبطل حين فصله في دفع آثاره، و يتعلق بعدم مشروعية المادة 15 من تنظيم مجلس النقد و القرض رقم 95-07 و الذي 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، و 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 على إطار النزاع المفصول فيه، هذا الموقف صائب لأن للحكم الفردي آثار تلحق في الأصل مراكز أطراف النزاع

1- مجلة مجلس الدولة، العدد6، 2001، ص75 و ما بعدها.

و هي غير ملزمة التطبيق على الحالات المماثلة، وبالتالي فإن الحل الفردي لا يمكن أن يتحلى بطابع العموم.

ب- يقال بأن القرار المبدئي لا يتمتع بخصائص القاعدة القانونية، مادام أن القاضي الإداري بإمكانه أن يخالفه فهو لا يرقى إلى مستوى القاعدة القانونية إلا أن هذا الرأي غير صحيح.

فالقرار المبدئي يتمتع بكل خصائص القاعدة القانونية فهو اجتماعي أي نابع من ظروف المجتمع و هو عام و مجرد لأنه 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 يضعه ليبقى إلى الأزل، فهو قابل للتعديل و نفس الشيء يقال بالنسبة للقرار المبدئي الذي يقبل هو الآخر التعديل، إذا كانت هناك ضرورة ملحة للتعديل، يتخذ 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 يمشی جنبا إلى جنب مع القاعدة القديمة¹.

خاصة إذا علمنا بأن للقاعدة القضائية في المجال الإداري خاصيتين أساسيتين هما² :

خاصية المرونة: إن القاضي الإداري لا يحبذ الصيغ الجامدة التي تقيدده 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 aspèce. 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 direction générale dont il s'inspire, interdit les formules tranchées et réclame de nuances. »³

وضعية الفهم: إن القاعدة القضائية هي ثمرة اجتهاد القاضي الإداري فقد صاغها لتعبر عنه كمشروع في القانون الإداري، مما جعله مفعما بمصطلحات إدارية صعبة الفهم موجهة لأهل

1- رأفت فودة، المرجع السابق، ص120.

2 - محمد المجني، المرجع السابق، ص5.

3- Jean Rivero, Jean Waline, op, cit, p264.

الاختصاص دون غيرهم لتكسب خاصية تضاف إليها، ألا وهي 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 منه، و في مخالفتها زعزعة لمركزه، ومن هنا سينتج عند الإدارة و الأفراد الشعور بالزامية القرار المبدئي، شأنه في ذلك شأن القاعدة المكتوبة نظرا للجزاء الذي تتمتع به.

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

مع ذلك قد تثار إشكالية هنا و المتعلقة بمعرفة مدى 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 ملزم لقضاة الدرجة الأولى؟

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

أما إذا صدر القرار المبدئي عن مجلس الدولة، فهذه القرارات الصادرة عنه قد تصدر إما من غرفة واحدة أو تصدر من الغرف مجتمعة، فلو صدر القرار المبدئي عن غرفة واحدة فالحكم السابق هو الذي يطبق و باستطاعتهم أن يخالفوه إذا تغيرت الظروف.

أما إذا صدر القرار المبدئي من الغرف مجتمعة (الغرف مجتمعة في الحالات التي يمكن أن يشكل القرار المتخذ تراجعا عن الاجتهاد 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 اختلاف مراكزهم في الهيكل القضائي فإنهم ملزمون بتطبيقه على النزاعات التي لا يوجد بصدها حل في القواعد القانونية الموجودة، و هذا عملا بما جاء في المادة 17 من الدستور، و التي أكدت على أن مجلس الدولة يضمن توحيد الاجتهاد القضائي و مع ذلك تجدر الإشارة على أن هذا الحكم لا يحول دون قيام قضاة المحكمة الإدارية باتخاذ قرار مبدئي جديد أو تعديل القرار المبدئي القديم، حتى و لو كان صادرا عن الغرف المجتمعة.

هذا في حالة ما إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى صدور القرار المبدئي، محل الإلغاء أو محل التعديل، و إن السبب في ذلك في أن النظام الجزائري لا يأخذ بنظام السوابق القضائية.

ثالثا: مرتبة القرار المبدئي في الهرم القانوني

ذهب البعض¹ إلى القول بأن القرار المبدئي يحتل مكانة وسطى بين التشريع و 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 أعلى من التنظيم مادام أن القاضي الإداري بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية حتى و لو كانت صادرة عن أصحاب المجال التنظيمي (المرسوم الرئاسي أو المرسوم التنظيمي)، و عليه فإن عمله هنا يسمو عن التنظيمات، و من هنا فالقرارات المبدئية تحتل مكانة أدنى من التشريعات مادام أن القاضي الإداري ليس له تعديلها أو إلغاؤها، و أسمى من التنظيمات مادام أن القاضي الإداري له تعديلها أو إلغاؤها.

غير أن هذا الرأي غير صحيح، ذلك أن القاضي الإداري بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية حتى التنظيمية منها، بشرط أن تكون تلك القرارات غير مشروعة لذلك لا يمكن اعتبار حقه في إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة سبب في اعتبار عمله يسمو على تلك القرارات، و من جهة أخرى فإن 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 متميزة.

1- René Chapus, **droit administratif générale**, op,cit,p112.

الفرع الثاني

القرائن القضائية

تعتبر القرينة دليل من أدلة الإثبات في الدعوى المدنية و الإدارية ، لأنها لا تنصب مباشرة بدلالتها على الواقعة المراد إثباتها، بل تستخلص من طرق الاستنباط وهي تنصب على واقعة أخرى متصلة بالواقعة المراد إثباتها اتصالاً وثيقاً، وتعد الثانية كواقعة بديلة لإثبات الواقعة الأولى كواقعة أصلية استنباطاً¹.

فماذا يقصد بالقرائن القضائية؟ و ما هي قيمتها القانونية؟ و ما هو دور القاضي الإداري في استنتاجها؟.

أولاً: ماهية القرائن القضائية

إن القرائن القضائية هي قرائن أحوال و ظروف و ملابسات يستخلص منها القاضي واقعة يراد إثباتها لم يقم الدليل عليها بعد فلا زالت مجهولة إلى أن يستخلصها القاضي من واقعة ثانية معلومة له².

1- تعريفها

القرائن القضائية هي استنباط القاضي لأمر مجهولة من أمور معلومة، وبعبارة أخرى القرائن التي يستنتجها القاضي باجتهاده و ذكائه من موضوع الدعوى و ظروفها، و لذلك سميت أيضاً بالقرائن الموضوعية³، و هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة⁴، و هي استخلاص ثبوت الواقعة المتنازع عليها من واقعة أخرى ثابتة و متصلة بها و القرينة قد يستنبطها القاضي من وقائع النزاع المعروض عليه، كما أن المشرع نفسه قد يقرر في حالات معينة بنصوص

1- جوادي إلياس، القرائن القضائية و حجبتها في إثبات الدعوى الإدارية، دفاثر السياسة و القانون، العدد العاشر، جانفي 2014، المركز الجامعي تمنغست، ص139.

2- عباس قاسم مهدي الداقوي، المرجع السابق، ص488.

3- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء2، 2008، د.ب.ن، د.د.ن، ص415.

4- عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المرجع السابق، ص189.

خاصة وجود تلك القرائن¹، و هي يستخلصها القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة، أي تلك القرائن التي تترك لتقدير القاضي و يستخلصها من ظروف القضية و ملابساتها².

فالقرينة القضائية عبارة عن خلاصة لعملية ذهنية يقوم بها القاضي لاستنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة³، فهي التي يقوم المشرع نفسه باستنباطها، فالمشرع يستنبط من واقعة معلومة دلالة على أن مجهول يراد إثباته فيقرر أنه مادامت هناك واقعة قد ثبتت فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوت الواقعة الأولى⁴.

تعد القرائن من أهم أدلة الإثبات التي يلجأ إليها القاضي الإداري خاصة تلك التي يستنبطها من الواقع و المسماة قرائن قضائية أو إنسانية ، فكثيرا ما يصعب إثبات واقعة ما، حتى و لو أردنا القول بوجودها، بينما يكون باستطاعتنا إثبات حالة ما، نستطيع أن تستنتج منها وجود الواقعة الواجب إثباتها، بوجود واقعة معروفة يسمح لنا بالوصول إلى واقعة مجهولة و التي نريد إثبات واقعتها، و على ذلك فإن الإثبات ينتقل، وحسب الفقيه بارتان bartin إن "الإثبات ينتقل"⁵.

فمنح المشرع هذه الصلاحية للقاضي الإداري من خلال مراجعة نص المادة 340 من القانون المدني الجزائري و التي جاء في نصها: " تترك لتقدير القاضي القرائن التي لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود".

فالقرائن كما قدمنا هي القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي، فيستنبطها من ظروف القضية و ملابساتها⁶، و يعتمد القاضي في استنباطه للقرينة على واقعتين الأولى معلومة و ثابتة

1- أحمد عبد العال أبو قرين، أحكام الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و التشريع و القضاء، ط2006، 3، دار النهضة العربية، القاهرة، ص174.

2- شريف أحمد بعلوشة، المرجع السابق، ص528.

3- على خاطر شطناوي، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار الطعون فيه، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن عشر، يناير، 2003، ص141.

4- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 325.

5- لحسين بن الشيخ آت ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، 2002، الجزائر، ص275.

6- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص207.

و الثانية مجهولة و هي محل الإثبات، فيعطي القاضي للواقعة المجهولة حكم الواقعة المعلومة للاتصال الوثيق بينهما¹.

2- عناصر القرينة القضائية

القرينة القضائية وسيلة هامة في الإثبات الإداري، يستطيع بها القاضي في ضوء ما يتمتع به من حرية في الإثبات من دحض الإدعاء أو إثباته من خلال استعانتة بواقعة معلومة في إثبات أخرى مجهولة بالنسبة له لقربها منه أو اتصاله بها، و من هنا نستنتج و نستخلص أن للقرينة عنصران:

أ- العنصر المادي

هي الوقائع المعلومة الثابتة و هي بمثابة البساط أو المناسبة التي تبنى عليها الواقعة المستخرجة، و تسمى هذه الوقائع بشواهد الحال، أو الدلائل، و هذا العنصر المادي يمثل الدلائل و الإمارات الثابتة في الدعوى و هي الواقعة التي يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى.

ب- العنصر المعنوي

هو الدليل المستخرج من شواهد الحال، وهو معنوي لأنه عقلي أو خفي في ذاته، و هو بمثابة الحكم أو القرار المبني على أسباب، فيجب أن يبنى على الوقائع المعلومة الثابتة بناءا سليما، بحيث تكون الصلة ضرورية أو النتيجة الحتمية بين البساط و الدليل المستخرج قائمة على أسباب تبررها، فهو ينحصر في عملية الاستنباط أو الاستخلاص التي يقوم بها القاضي ليصل من هذه الدلائل إلى ثبوت الوقائع المجهولة و يتمتع في شأن العنصرين المادي و المعنوي بسلطة تقديرية مطلقة، فالعنصر المعنوي هو الاستنباط الذي يقوم به القاضي الإداري في تفسير الواقعة.

تعتبر القرائن من أهم وسائل الإثبات في القانون الإداري ، فهي تعتبر في مقدمة أدلة الإثبات التي يعتمد عليها القاضي الإداري، فإذا خلا ملف الدعوى من أدلة الإثبات أو تعذر على الخصم المكلف بالإثبات تقديم ما يؤيد طلباته أو مستنداته، قام القاضي بتأسيس حكمه على الدلائل

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية و الإثبات أمام القضاء الإداري، ط1، 2008، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ص387-388.

و الإمارات التي يستنتجها في أوراق الدعوى، و بهذا يستخلص القرائن القضائية التي يترتب عليها نقل عبئ الإثبات إلى كاهل الخصم الآخر¹.

الهدف الرئيسي من الاستعانة بالقرائن في مجال الإثبات هو التخفيف من عبئ الإثبات عن كاهل المدعي بنقله إلى جانب الإدارة، و إن كان بصفة مؤقتة، إلا أنه قد يؤدي في بعض الحالات إلى إنهاء الدعوى لصالح المدعي إذا تقاعست أو فشلت في إثبات عكس هذه القرينة، ما يؤدي إلى تحقيق التوازن فيما بين المتقاضين الذي هو الطرف الضعيف و الإدارة.

3- أهمية القرائن القضائية

للقرائن القضائية أهمية بالغة في مجال الإثبات، يرجع ذلك بما تتصف به من خاصية التنوع و التعدد، بحيث لا يمكن حصرها في مجال معين، فهي تستنبط من ظروف كل دعوى تعرض على المحاكم، و تتميز عن القرائن القانونية التي تكون واردة على سبيل الحصر في نصوص قانونية معينة و في صيغة عامة و مجردة، ما يجعل البعض يصفها بالأدلة بمعنى الكاملة².

تبدو أهميتها أيضا بأنها تخفف من حدة التنظيم القانوني للإثبات، فالمحكمة تلجأ إلى طريق القرينة القضائية لتأخذ بدليل يشوبه عيب في الشكل، بهذا تستغني عن إجراء تحقيق جديد معتمدة في ذلك على سلطتها الواسعة في استنباط القرائن القضائية.

من هنا يعتبر الإثبات بالقرائن القضائية مثالا بارزا على تدعيم دور المحكمة الإيجابي في الإثبات بالإضافة إلى دور القرائن القضائية البارز في نقل عبئ الإثبات بين المتقاضين حين يصعب على المدعي إقامة دليل يقطع في صحة دعواه، و قد أقرت معظم التشريعات القرائن القضائية كوسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء الإداري.

تجدر الإشارة إلى أن القرائن القضائية تعتبر من وسائل الإثبات الأكثر خطورة و هذا لكونها لا تمثل في أغلب الأحيان الحقيقة الكاملة لأن باستطاعة القاضي الإداري أن يقع في غلط في استنباطه و استنتاجاته، لهذا يجب عليه أن يتقطن و أن يتصف بالحذر في هذا المجال، و له كذلك السلطة التقديرية في رفضها حتى و إن كان الأفراد هو الذين استنبطوها فيمكن له أن يرفضها و لا يأخذ بها،

1- شريف أحمد بعلوشة، المرجع السابق، ص 530.

2- عابدة الشامي، المرجع السابق، ص 189.

و عليه أن يبين الأسباب التي جعلته يتخذ هذا الموقف¹، و رغم ذلك فإن اللجوء و الأخذ بالقرائن القضائية يحقق التوازن بين كفتي النزاع.

ثانيا: شروط القرائن القانونية

ليأخذ القاضي الإداري بهذه القرائن، لا بد من أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط:

- إذا نص القانون صراحة على ذلك.
- إذا كانت الواقعة التي تكون بساط لقرينة يشترط فيها الشكل، كالوقائع التي تثبت على استمارات معينة بالطلب في مدة معينة أو بالقيود في سجل معين.
- يشترط أيضا وضوح القرينة، فحتى يعتمد القاضي الإداري عليها، يتعين وضوحها بصورة تسهل على الخصوم استبيان حقيقتها، ويستطيع القاضي الإداري أن يعتمد عليها في إصدار حكمه.
- سلامة استخلاص القاضي الإداري للقرينة، و هنا يجب أن يكون استخلاص القرينة من الوقائع و الحوادث استخلاصا سائغا، بمعنى أنه يؤدي فعلا إلى النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه.
- لا بد و 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 إثبات².
- فلا بد من أن نستخلص القرائن من وقائع موضوعية، وليس من أدلة ذاتية، كشهادة أو يمين.
- إن الأصل في القرائن أنها تقبل إثبات عكس مدلولها، و ذلك لحرية القاضي الإداري في تقدير الدليل.

ثالثا: القرائن القضائية و المصطلحات الأخرى

1- القرائن القضائية و الدلائل

هناك فرق جوهري بين القرينة القضائية و الدلائل، من جهة قوة كل واحدة منها، و من جهة مدى اتصال بين الواقعة المعلومة و الواقعة المجهولة، فمن حيث قوة الإثبات فالقرينة القضائية تكفي بذاتها

1- لحسين بن الشيخ آت ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص271.

2- مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 2011، ص55.

حال ثبوت و توافر شروطها في الحكم بالإدانة في حين أن الدلائل لا يصح حكم الإدانة إذا ما استند إليها و حدها لدخولها في مجال الشك و الاحتمال.

من حيث الارتباط و الاتصال بين الواقعة المجهولة و الأخرى المعلومة الذي تشترك فيها الدلائل والقرائن، ففي القرائن القضائية يجب أن تكون تلك الصلة متينة لازمة في حكم العقل و المنطق بحيث يتولد الاستنتاج من هذه الصلة بحكم الضرورة المنطقية، و لا يحتمل تأويلاً مقبولاً غيره، أما في الدلائل فإن الصلة بين الواقعتين ليس قويا و لا حتميا، ولهذا فإنها و إن كانت تصلح أساسا للاتهام، فهي لا تصلح وحدها أساسا للحكم بالإدانة¹.

2- القرينة القضائية و القرينة القانونية

تجدر الإشارة إلى أنه يوجد ما يعرف بالقرينة القانونية و التي تختلف عن القرينة القضائية، فهما تختلفان في المصدر، فالقرينة القانونية تستعمل طريق التصريح و هي واقعة منصوص عليها في القانون صراحة و يعتبر وجودها كافيا لإعفاء الطرف الذي قررت لمصلحته من الإثبات فالقانون هو مصدر القرائن القانونية، في حين أن الاستنباط القضائي هو مصدر القرائن القضائية حيث تعد أدلة إثبات تؤدي إلى التخفيف من عبئه و إلقاءه مؤقتا على عاتق الطرف الآخر، و أيضا يعتبر وجود القرائن القانونية، كافيا لإعفاء الطرف الذي قررت لمصلحته من الإثبات، أما القرينة القضائية فهي متروكة لتتوير القاضي و تحت حذره.

القرينة القضائية قد تتحول إلى قرينة قانونية بنص المشرع عليها إذا ما استقر القضاء على الأخذ بها، و من ثم فإن القرينة القانونية و باعتبارها وسيلة للإعفاء من الإثبات قد يكون أصلها قرينة قضائية قامت في البداية كدليل للإثبات غير المباشر و المطلوب من القاضي هنا الأخذ بالقرائن الجدية و الواضحة و المتناسقة فقط².

كما أن القرائن القانونية واردة على سبيل الحصر في نصوص قانونية، أما القرائن القضائية فهي غير محددة³ إلى جانب ذلك فالقرائن القانونية تعتبر من الأدلة التي لا تتوافق مع حرية القاضي

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص390.

2- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص283.

3- عايدة الشامي، المرجع السابق، ص189.

الإداري في الاقتناع بها¹ وهذا على عكس القرائن القضائية، ويتم الاعتماد على القرائن القضائية أمام القضاء الإداري في كل من دعاوى الإلغاء و دعاوى القضاء الكامل.

تجدر الإشارة إلى أنه قد يتدخل المشرع لرفع القرينة القضائية إلى منزلة القرينة القانونية، عن طريق النص عليها في القانون، ذلك أن المشرع نتيجة لتكرار استنباط القضاء لقرينة ما، على نحو معين، بشكل يؤدي إلى استقرار المحاكم على العمل بها عندئذ يرى المشرع أنه من المناسب اعتبار القرينة جديرة بتوحيد دلالاتها فيرفعها إلى مرتبة القرينة القانونية.

قد تتحول أحيانا القرينة القضائية إلى قرينة قانونية دون تدخل المشرع، وذلك باطراد العمل بها، واستقرار المحاكم على أعمالها و استنباطها مما يؤدي إلى اعتبارها قرينة قانونية، من حيث احترامها إلا أنها مع ذلك تبقى قضائية، لا يتوافر بشأنها عنصر الإلزام، كما هو الحال في القرينة القانونية².

تنص المادة 34 من القانون المدني على أنه "يترك لتقدير القاضي استنباط كل حرية لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة"، لذلك ذهب رأي في الفقه أن القرائن القضائية هي أضعف الأدلة³، وإن الجدل الفقهي الذي ثار حول دورها باعتبارها دليل إثبات قائم بذاتها فهناك من الفقهاء⁴ من يقول أن القرائن القضائية لها مخاطر عديدة، وهذا لأنه قد تكون الوقائع ملفقة وضعت بصورة مصطنعة من أجل تظليل العدالة إلى جانب عملية الاستنتاج و التي تمثل العنصر المعنوي للقرينة تتطوي على العديد من العيوب و المخاطر فيمكن للقاضي أن يبالغ في تقدير قيمة الوقائع الموجودة لديه أو يسيء فهمها، وبالتالي الخطأ فيها محتمل الوقوع.

نخلص مما تقدم أن القرائن القضائية تعتبر من أهم وسائل الإثبات في الدعوى الإدارية و للقاضي الإداري الحرية الكاملة و الواسعة في استخلاصها⁵ فاستخدامها يؤدي إلى تحقيق التوازن بين المتقاضين و الذي هو الفرد و الإدارة، عن طريق نقل عبئ الإثبات من عاتق المدعي إلى المدعى عليه، و هو الإدارة باعتبارها الطرف القوي في الدعوى الإدارية، فقد يؤدي الاعتماد على القرينة إلى

1- مسعود زيدة، القرائن القضائية، مرفق للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص37.

2- عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص68.

3- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص425.

4- من بينهم السنهاوي، المرجع السابق، ص333.

5- خالد خلف القطانة، إثبات دعوى الإلغاء-دراسة مقارنة-، ط1، دار قنديل للنشر و التوزيع، الأردن، 2006، ص189.

حسم النزاع لصالح المدعي و هذا في حالة ما إذا لم تقم الإدارة بإثبات عكسها¹، 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 العدد².

رابعا: القيمة القانونية للقرائن القضائية

تلعب القرائن القضائية دورا هاما في الإثبات أمام القاضي الإداري، نظرا لأهمية دوره الإيجابي أمام وسائل الإثبات و دعمه من أجل تحقيق عبء الإثبات على الفرد في مواجهة الإدارة، و الهدف منها على وجه الخصوص هو نقل العبء من على عاتق الطرف الملتزم به المدعي أو إعفائه منه بصفة مؤقتة أو نهائية إلى عاتق المدعي عليه.

إذا كان هذا هو الدور الرئيسي للقرائن القضائية في الإثبات، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن دلالتها غير قاطعة³ بمعنى ما يستتبط عن طريقها يسمح دائما للخصم بإثبات عكسه بكافة وسائل الإثبات و إن كان القاضي يبقى حرا في تكوين اعتقاده.

إلا أن الواقع العملي أثبت أن من القرائن القضائية ما يبلغ حدا من القوة بحيث يستتبط منه القاضي الأمر المراد إثباته بشكل قاطع بما لا يدع مجالا لاحتمال العكس، فإذا لم تبلغ القرائن هذا الحد من القوة فيستنتج القاضي منها الأمر المراد إثباته على سبيل الترجيح و في هذه الحالة يفسح للخصم المجال لإثبات العكس.

كما ذهب بعض الفقه إلى أن ما يثبت عن طريق القرائن القضائية، يعتبر حجة متعديّة⁴ أي يعتبر ثابتا بالنسبة للكافة لأن ممارسة وقائع مادية ثابتة يتحقق منها القاضي شخصا و يبني عليها استنباطها و بذلك تنتفي شبهة اصطناع أحد الخصوم دليلا لنفسه أو تسليمه بحق عليه لخصمه إضرارا بالغير.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القاضي الإداري، المرجع السابق، ص188.

2- لحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص408.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص98.

4- المرجع نفسه، ص86.

كما ذهب فريق آخر إلى أن المشرع اعتبر القرائن القضائية من الأدلة المقيدة التي لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال لأنه قدر فيها احتمال الخطأ من جانب القاضي في الاستنباط، فحد من خطر هذا الاحتمال.

خامسا: دور القاضي الإداري في استنباط القرائن القضائية

في ضوء ما يتمتع به القاضي الإداري من سلطة تقديرية واسعة في مجال الإثبات و المنبثقة عن اعتناقه لمذهب حرية الإثبات الذي يمكنه من لعب دور إيجابي في الإثبات، فهو يتمتع بسلطة كبيرة، يتمكن بمقتضاها من التحرك لإعادة التوازن بين الخصوم، و هذه السلطة تخوله إمكانية التوفيق بين النصوص إذا تضاربت و القدرة على إنشاء القواعد القانونية عندما تغيب النصوص عن مسرح النزاع المعروض عليه.

1- قرينة الانحراف بالسلطة

الانحراف في استعمال السلطة هو تصرف إداري يقع من مصدر القرار متوخيا في إصداره غرضا غير الغرض الذي قصد القانون تحقيقه¹، وبالتالي هذه القرينة تعني أن مصدر القرار يجب أن يراعي في إصداره تحقيق الغرض الذي تقررت هذه السلطة من أجله، أو تحقيق المصلحة العامة إذا لم يلزم بغرض معين فإذا استهدف بقراره، فإنه يعتبر منحرفا في استعمال السلطة، فالانحراف بالسلطة هو أحد عيوب المشروعية المنصبة على الغاية من إصدار القرار، و منه فالعيب يقع إذا ما قصد مصدر القرار الإداري بإصداره له تحقيق غايته، و لكنها تخالف الهدف الذي حدده المشرع لإصدار القرار، حيث يكون القرار في الحالة الأخيرة مخالفا لمبدأ تخصيص الأهداف².

يعد الانحراف بالسلطة بمثابة خروج على مبدأ المشروعية، الذي يوجب احترام الكافة للقانون نسا و روحا، حيث يمثل انتهاك خفايا لمقتضيات المشروعية، الأمر الذي يبرر الطعن بالإلغاء في القرار الإداري، فيبدو القرار المشوب بالانحراف بالسلطة في ظاهره محترما للقانون بينما يشكل جوهره مخالفة صارخة له³.

1- جوادي إلياس، المرجع السابق، ص142.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية و الإثبات أمام القضاء الإداري، ط1، 2008، المركز القومي للإصدارات القانونية، د.ب.ن، ص410-411.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص4.

يعتبر عيب إساءة استعمال السلطة أشد العيوب صعوبة في الدعوى الإدارية، إذ أنه يتعلق بالهدف أو الغاية التي قصدت منها الإدارة إصدار القرار الإداري، وإثبات النوايا و المقاصد مسألة صعبة و عسيرة، فالمسألة تتعلق بأمر خفي يصعب اكتشافه، وتتطلب الكشف عن نية أو نفسية مصدر القرار¹، و يحصل عيب إساءة 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 فيكون في هذه الحالة القرار مخالفا لمبدأ تخصي الأهداف².

لا يعتبر هذا العيب متعلقاً بالنظام العام، و بالتالي يتعين على صاحب الشأن أن يثبته و ليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه، و عيب الانحراف بالسلطة لا يفترض، إذا يتعين على المدعي أن يقوم بالإثبات الكافي على الانحراف فإذا أخفق رفضت دعواه، و من ثم فإن عبء إثبات العيب يقع على المدعي³.

لما كان المدعي هو الذي يقع عليه عبء الإثبات في الانحراف بالسلطة الذي يستفاد من ملف الدعوى، فإنه يكون للقاضي الإداري بموجب دوره الإيجابي و سلطته في تقدير قيمة العناصر المقدمة للإثبات بجميع الوسائل، بما فيها مضمون القرار المطعون و المراسلات السابقة و اللاحقة للقرار الإداري و ظروف إصدار القرار، بحيث يجوز له الإطلاع على ملف القضية و جميع المراسلات التي سبقت أو لحقت المطعون فيه، فكثيراً ما تكشف عن نوايا الإدارة، و البيانات و الإيضاحات المقدمة من الطرفين، و غيرها من العناصر و الظروف المحيطة بإصدار القرار.

من كل ذلك للتغلب على صعوبة إثبات الانحراف بالسلطة، استقر القضاء الإداري المقارن على أنه في حالة عدم إمكان إثبات ذلك، فإنه يمكن إثبات هذا العيب من نص القرار ذاته، و من جميع الأوراق المرفقة بملف الدعوى و ظروف القرار.

1- إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، ط1، دار قنديل للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص287.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الإثبات و إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص174-175.

3- عائدة الشامي، المرجع السابق، ص194-195.

على أساس التطبيقات العملية للقضاء الإداري المقارن، استخلص العديد من القرائن التي تؤدي إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق المدعي إلى عاتق المدعى عليه، و بالتالي إعفاء الفرد الضعيف من هذا العبء الصعب بصفة مؤقتة.

في هذا نجد قرار المحكمة العليا بتاريخ 1965/01/01، بخصوص نزاع متعلق بعقد إيجار مبرم بين مدينة الجزائر و أحد الأشخاص، حيث قررت مدينة الجزائر استرجاع المحل و إنهاء عقد الإيجار، فأصدرت قرار بتخصيص محل آخر للمستأجر دون موافقته، فطعن هذا الأخير بدعوى تجاوز السلطة.

اعتبر المجلس الأعلى قرار التخصيص منفصل عن عقد الإيجار و قبل الطعن ضده بتجاوز السلطة و قضى بإلغائه.

فالقضاء الإداري بتقريره إمكانية رفع دعوى تجاوز السلطة ضد الأعمال الإدارية المنفصلة و المتعلقة بإبرام العقود الإدارية، هذه إمكانية ممنوحة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو للغير متى ثبت أن لهم مصلحة في ذلك¹.

لعل أهم القرائن التي يستخلص القاضي منها انحراف الإدارة في استعمال سلطتها، تفرقتها في المعاملة بين من تماثلت مراكزهم القانونية، أو انعدام دافعها لإصدار القرار، أو عدم تناسب العقاب مع الجرم التأديبي الذي وقع لأجله.

من تطبيقات القضاء الجزائري² فيما يتعلق بقريضة إساءة استعمال السلطة في قضية "ط.ك" ضد بلدية أولاد فايت ترجع حيثيات هذه القضية إلى أن السيد "ط.ك" استفاد بقطعة أرض صالحة للبناء بموجب قرار صادر عن رئيس بلدية الشراكة بتاريخ 03 ماي 1983 ثم منحت له رخصة البناء في 05 ماي 1983 من طرف الهيئة نفسها، و لكن بعد التنظيم الإداري لسنة 1984 أصبحت هذه القطعة الأرضية ملكا لبلدية أولاد فايت الجديدة.

بتاريخ 20 مارس 1989 منحت هذه القطعة الأرضية لشخص آخر بموجب قرار أصدرته بلدية أولاد فايت، فقام السيد "ط.ك" برفع دعوى تجاوز السلطة ضد قرار البلدية إلا و رفضت الدعوى لعدم

1- جوادي إلياس، المرجع السابق، ص142.

2- قرار المحكمة العليا في 20-03-1989 فهرس رقم ث27 في قضية "ط.ك" ضد بلدية أولاد فايت، قرار غير منشور، أشار إليه لحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص109 و ما بعدها.

التأسيس، فقام بعد ذلك المعني بالأمر برفع استئناف أمام المحكمة العليا، و قال بأن القرار الذي منحه هذه القطعة الأرضية من بلدية الشراكة صحيح، و من جهة أخرى قال بأن جيرانه الذين تحصلوا على القطعة الأرضية المجاورة في سنة 1983، و لهم نفس الوضعية لم يتعرضوا لما تعرض له من طرف بلدية أولاد فايت، و على هذا أصدرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارها بإلغاء القرار الذي أصدره رئيس بلدية أولاد فايت، في 20 مارس 1989 مؤسسة 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.

2- 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 شخصيا من طرف الموظف¹، و يقصد بالخطأ التصرف الذي تحدثه الإدارة أو أحد موظفيها أثناء القيام بالواجبات الوظيفية أو بسببها و يؤدي إلى وقوع ضرر بالآخرين².

يقصد بقرينة الخطأ، افتراض خطأ الإدارة المبرر لمسئوليتها و الحكم عليها بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن نشاط الإدارة وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية³.

مجال أعمال هذه القرينة أمام القضاء الإداري يتعلق بقواعد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإدارية المادية، في حين أن مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن قراراتها الإدارية غير المشروعة، تقوم في الأصل على أساس عدم مشروعية القرارات بثبوت أحد العيوب، و تخضع هذه العيوب في الإثبات للطرق المقبولة أمام القضاء الإداري بما يتناسب مع كل عيب منها⁴.

إن عبء الإثبات في مجال الخطأ في المسؤولية بصفة عامة يقع على عاتق الفرد الذي يطالب الإدارة بالتعويض إذ 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

1- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ط3، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص109 و ما بعدها.

2- عابدة الشامي، المرجع السابق، ص199.

3- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص401.

4- ماجد الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1999، الإسكندرية، ص509.

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 خسارة دعواه¹.

إلا أنه و نظرا لصعوبة إثبات خطأ الإدارة من أجل إقرار مسؤوليتها، و ضعف موقف المدعي المضرور في هذه الدعوى، أتجه القضاء الإداري² نحو تسهيل شروط انعقاد المسؤولية للإدارة و هذا عن طريق الاستعانة بالقرائن القضائية لإثبات ركن الخطأ، و ابتكاره لفكرة قرينة الخطأ المفترض، هذه الأخيرة يقصد بها افتراض خطأ الإدارة المبرر لمسئوليتها، و هذا عن طريق استنتاجه من الضرر الحاصل، أي من 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، و يتعلق بقواعد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإدارية المادية³.

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 لكي تتمكن الإدارة المدعى عليها من التخلص من هذه المسؤولية، عليها أن تثبت أنها اتخذت جميع الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الأضرار و ليس هذا فقط، و إنما عليها كذلك أن تثبت أن الضرر الواقع يرجع لسبب أجنبي.

النتيجة المستخلصة 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 المفترض⁴.

1- مصطفى عبد العزيز الطراونة، المرجع السابق، ص129.

2- قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (دليل) الصادر بتاريخ 28-07-1951 و التي تتلخص وقائعها في أن السيد دفييل و هو سائق لسيارة حكومية تابعة لوزارة الإنشاء و التعمير، أصاب السيد الكارون في حادث سيارة، و قد استخلص مجلس الدولة قرينة الخطأ من حالة السكر التي كان فيها السائق من جهة، و أستند إلى فرامل السيارة من جهة أخرى، و أشار إليه هذا القرار: عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص173.

3- عايدة الشامي، المرجع السابق، ص 199.

4- لحسين بن الشيخ اث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المسؤولية على أساس الخطأ، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص32.

فلتخفيف عبء الإثبات على المدعي، اتجه القضاء الإداري إلى الاستعانة بالقرائن القضائية لإثبات ركن الخطأ، مما يؤدي بالتالي إلى تحرر المضرور مؤقتاً من عبء الإثبات المنوط به أصلاً في هذا الشأن و نقله إلى عاتق الإدارة المدعى عليها، بحيث لا يلتزم المضرور الذي أصابه و علاقة السببية بينه و بين تصرفات الإدارة أو أنشطتها التي يفترض فيها الخطأ، و هو إثبات ميسور نسبياً، و يبرر استنباط هذه القرائن الخطر المتعلق بممارسة بعض الأنشطة الإدارية، و ظروف أدائها للخدمة، بحيث يؤدي إلى تخلص المضرور من جانب كبير من الأعباء الفعلية للإثبات.

من بين تطبيقات القضاء الإداري الجزائري، قرار مجلس الدولة الصادر في 08-03-1999، قضية رئيس بلدية عين آزال ضد "ع.ط" ومن 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 18-07-1994 بمسؤولية البلدية عن الحادث و إلزامها بالتعويض فرفعت البلدية استئناف أمام مجلس الدولة الذي قضى بما يلي:

".....بالرجوع إلى أدلة الملف تبين أن مسؤولية البلدية قائمة، بحيث أن أشغال حفر الحفرة كانت تحت إدارة البلدية، وأن 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 خطراً 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 الحقوق"¹.

أيضاً قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر في 22-02-2006 جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "....حيث أن سقوط الشجرة فجأة هو نتيجة عدم قيام البلدية بواسطة عمالها بالصيانة العادية للحديقة، و هذا بنفقتها و قطع الأشجار الهرمة والتي يكون سقوطها مؤكداً، و بما أن البلدية لم تثبت قيامها بالصيانة، فهذا يجعل مسؤوليتها قائمة على أساس الخطأ المفترض"².

3- قرينة سلامة القرارات الإدارية

تواتر قضاء مجلس الدولة المصري في تعريفه للقرار الإداري على أنه: "إفصاح من جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة عامة بمقتضى القوانين و اللوائح،

1- قرار غير منشور، أشار إليه لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص34.

2- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص34.

و ذلك بقصد إحداث مركز قانوني، متى كان ذلك ممكنا و جائزا قانونا بهدف تحقيق المصلحة العامة¹.

وفقا للمفهوم السابق للقرار الإداري فإن له أركان لا يقوم بغيابها من حيث الاختصاص بإصداره، وشكل هذا الإصدار المحدد قانونا، بحيث أن يحدث هذا القرار أثرا قانونيا من تعديل أو إلغاء أو إنشاء للمراكز القانونية على أن يكون القصد من ذلك تحقيق لمصلحة عامة.

قرينة سلامة القرارات الإدارية تسري بالنسبة لكافة طوائف تلك القرارات و يستوي في ذلك أن تكون مسببة أو غير مسببة صريحة أو ضمنية إيجابية أو سلبية إذ يفترض فيها أن تكون محمولة على الصحة استنادا إلى القاعدة العامة في هذا الشأن و التي تفترض سلامة كل قرار إداري.

هذه القرينة و إن كانت ذات طابع عملي و تستند إلى الثقة المفترضة في من يصدرون القرار من حيث التأهيل و رقابة الإدارة عليهم التي تلتزم باحترام قواعد الاختصاص و الشكل و توخيهم غاية المصلحة العامة حال إصدارهم للقرار، إلا أن ذلك لا يجعل منها قرينة قاطعة في الإثبات، بل هي قرينة قابلة لإثبات العكس، حيث تنهار قرينة الصحة المفترضة في القرار الإداري إذا ما نجح صاحب الشأن في زعزعة الثقة المفترضة في القرار الإداري بدرجة يطمأن معها القاضي بأن هذا القرار مخالف للقانون.

في هذه الحالة ينتقل عبء إثبات صحة القرار مطابقتها للقانون شكلا و موضوعا إلى الإدارة، فإن هي أخفقت في إثبات ذلك أو تقاعست عنه كان ذلك مبعثا لتأكد القاضي من عدم مشروعية القرار الإداري، الأمر الذي يدعو القضاء لإلغائه.

4- قرينة التظلم الإداري ضد القرار الإداري

إن 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 رئيسه، طالبا إعادة النظر فيه و سحبه أو إلغائه².

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات و الإثبات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 396-397.

2- مصطفى كمال وضعي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط2، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1980، ص 170.

من بين تطبيقات مجلس الدولة الجزائري¹ قضية "ج.م" و من معه ضد محافظ محافظة الجزائر الكبرى و تتلخص وقائعها فيما يلي:

استفاد 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 دعواه شكلا لكونها رفعت خارج الآجال المنصوص عليها في المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية لكونهم علموا بالقرار المطعون فيه بالإلغاء و الصادر من محافظ الجزائر من خلال الرسائل التي وجهوها متظلمين من القرار خلال سنة 1996.

قام "ج.م" و من معه باستئناف قرار مجلس الجزائر أمام مجلس الدولة فأصدر هذا الأخير قراره القاضي بتأييد القرار المستأنف على أساس أنهم تظلموا من القرار الإداري عن محافظ الجزائر و الذي أسق حقهم من الاستفادة من المستثمرة الفلاحية بسبب إهمالهم لواجباتهم و أن التظلم من جهتهم يعتبر بمثابة قرينة على العلم به.

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

إذا حسبنا من يرم 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 نجد بعد مرور فترة زمنية تتجاوز السنة (أكثر من 15 شهر) في حين أن المادة 169 مكرر حددت مدة 4 أشهر من يوم التبليغ، و على ذلك فإن الأجل قد انقضى.

إذ أن تقديم المستأنفين لتظلم من القرار الإداري الصادر في 1996-01-23 عن والي ولاية الجزائر و هذا بتاريخ 1996-05-29 لأول و 1996-09-15 للتظلم الثاني يؤكد دون لبس بأنهم

1- قرار مجلس الدولة الصادر في 2001-04-23، الغرفة الثالثة، فهرس رقم 336، قرار غير منشور، أشار إليه: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 43 و ما بعدها.

علموا بالقرار الإداري محل الدعوى و كان عليهم أن يرفعوا دعوى إدارية ضده خلال أربعة 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 لا تشبه غيرها من القرائن، كما أنها مؤسسة على وقائع ملموسة لا ريب فيها و هي واقعة التظلم الإداري المرفوع ضد القرار الإداري الصادر عن الوالي، بل إنها قاطعة ولا يقبل إثبات عكس مدلولها أو لا يمكن لهم إثبات عدم علمهم بالقرار الإداري أعلاه ماداموا أنهم تظلم و منه بالرغم من أن التظلم ألي بموجب القانون 1990 بخصوص قرارات السلطات اللامركزية.

5- قرينة العلم اليقيني بالقرار

إن العلم اليقيني هو وسيلة للعلم بالقرار الإداري بغير طريق النشر و الإعلان، بحيث يتحقق على أساسه تحديد بدء ميعاد الطعن¹، فإذا كان نشر القرار الإداري أو إعلانه إلى صاحب الشأن يعتبر قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على العلم بالقرار سواء أكان تنظيمياً أو فردياً، فليس هناك ما يمنع قانوناً من تحقق العلم بالقرار بأية وسيلة من وسائل الأخبار الكافية و ذلك بقيام قرينة العلم اليقيني.

العلم بالقرار الإداري و الذي يؤدي إلى سريان أثره بالنسبة للمخاطبين به و من ثم بدء ميعاد طعنهم عليه بالإلغاء يتحقق وفقاً لطائفتين من القرائن الأولى قرائن قانونية قاطعة الدلالة و غير قابلة لإثبات العكس و تتمثل في نشر القرار بالجريدة الرسمية أو إعلان صاحب الشأن به، إعلاناً مستوفياً للشروط القانونية و الثانية قضائية و تتمثل في علم صاحب الشأن بصدور القرار بكافة مشتملاته علماً يقينياً أي مؤكداً و هذه القرينة يقع عبء إثباتها على عاتق الإدارة بوصفها صاحبة الإيداع بحصول هذا العلم، و يقوم العلم اليقيني بالقرار وفقاً لمفهومه السابق مقام النشر و الإعلان في سريان ميعاد الطعن بالإلغاء القرارات الإدارية

من ثم يمكننا القول بأن العلم اليقيني هو ذلك العلم بصدور القرار بكافة عناصره بحيث يجعل صاحب الشأن في حالة تجعله محيطاً بشكل مؤكد بمركزه القانوني بالنسبة للقرار لكي يحدد موقفه منه إما قبولا و إما رفضاً و طعنا عليه بالإلغاء، فلا يكفي إذن لقيام قرينة العلم اليقيني في حق صاحب

1- عايدة الشامي، المرجع السابق، ص196.

الشأن بما ترتبه من أثر علمه بصدور القرار، بل يجب أن يضاف إلى ذلك علمه بجميع عناصره التي على أساسها يحدد موقفه منه في ضوء تأثيره على مركزه القانوني.

لكي يؤدي العلم اليقيني إلى سريان ميعاد الطعن بالإلغاء في حق صاحب الشأن، فإن هناك شروطا تكاملية واجبة التوافر في هذا العلم، بحيث يؤدي افتقاده لأحدها إلى عدم الاعتداد بهذا العلم حيث تتمثل في يقينية العلم وشموله و ثبوت تاريخه

لأن الإدارة هي التي تدعي تحقيق العلم اليقيني بالقرار الإداري في حق صاحبه، فيقع عليها وحدها عبء إثباته، إعمالا للقاعدة الأصولية و التي بمقتضاها يلقي عبء الإثبات على عاتق المدعي، و عدم إقامة الإدارة الدليل على علم الطاعن بالقرار محل الطعن علما يقينيا في تاريخ محدد، يجعل دعوى الإلغاء مقبولة لإقامتها في الميعاد.

من واقع ما استقر عليه القضاء الإداري فإن علم صاحب الشأن بصدور القرار الإداري علما يقينيا يتحقق بحالات ثلاثة:

1-الإقرار بالعلم اليقيني

2-تنفيذ القرار الإداري.

3-انقضاء زمن طويل على صدور القرار.

أخذ مجلس الدولة الجزائري بنظرية العلم اليقيني، فإذا صدر قرار إداري و علم به المعني بالأمر بوسيلة أو بأخرى حتى و لم يبلغ رسميا و لو لم ينشر كأن يعلم بوجوده أثناء دعوى مدنية أو بصفة سرية من قبل شخص يعمل في الإدارة فإن أجل رفع التظلم ضد ذلك القرار أو رفع الدعوى أمام القضاء الإداري يبدأ من تاريخ العلم اليقيني، الذي يعد قرينة على علمه بالقرار، و على ذلك قضى مجلس الدولة في قضية ورثة (ش.م) ضد والي وهران و من معه على أنه:

" و هكذا كان العلم يقينيا بالقرار الإداري على الأقل منذ تاريخ 13-05-1983 و هو تاريخ الحكم المدني الذي أمر بتقديم المقرر المتنازع عليه...."¹.

و قد ذهب مجلس الدولة كذلك في قضية أخرى بقوله:

1- قرار مجلس الدولة الجزائري الغرفة الثالثة في 19-07-1999 فهرس رقم 568 قرار غير منشور.

"...بأن المستأنفين كانوا على علم يقينياً بالقرار المطعون فيه الصادر منذ 1992"¹.

1- قرار مجلس الدولة ، قضية (م.خ) ضد والي المسيلة ، الغرفة الرابعة في 28-02-2000 فهرس رقم 122 قرار غير منشور .

الخاتمة

جاءت هذه الأطروحة المعنونة بـ "دور مجلس الدولة في إرساء قواعد القانون الإداري" اعترافاً و عرفاناً بالجهد الذي يبذله القاضي الإداري في ترسيخه لروح القانون و إرساء العدالة، فنقص التشريع و غموض النص أحياناً، و عدم التوازن بين أطراف النزاع عوائق طرحتها المنازعات الإدارية و تخطاها القاضي الإداري بنجاح، فاجتهاده يؤكد على دوره الفعال و الحيوي و المتجدد فهو يلهم العقول القانونية الفتية لتغوص في أعماق القانون الإداري و تنتشع بنظرياته.

فالقانون الإداري ليس جامداً، بل منح ثقته لقضاته في إثرائه من خلال اجتهاداتهم التي ترقى إلى قواعد قانونية كفيلة بحل النزاعات المتشابهة مستقبلاً، فهذا العمل يرافق القضاء الإداري من لحظة توليه النزاع إلى غاية فصله فيه مروراً بتفاصيل اجتهاده لتكون المحصلة قاعدة قانونية مؤكدة على الجانب التطبيقي لهذا العمل، فاجتهادات القاضي الإداري لا تبق حكرًا على الوسط القضائي بل تعلن و تنتشر ليكون هدفها تثقيف الأفراد.

إن القاضي المكلف بالمنازعات الإدارية في الجزائر كان دائماً قاضياً إدارياً و ليس قاضي إدارة مثلما هو الشأن عليه في النظام الفرنسي، و بالنظر إلى الدور الذي يضطلع به القاضي الإداري فإنه يظهر أن الرقابة التي يقوم بها ما هي سوى وظيفة ثانوية فرغم أنه و على عكس القاضي المدني الذي يلزمه القانون بالحياد، فهو طرف متدخل في المنازعة التي ينظر فيها و يقوم بدور إيجابي في الدعوى انطلاقاً من التحقيق فيها و وصولاً للفصل فيها، و هو الدور الذي تعزز في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و رغم ذلك فإن الأثر المباشر للدور الذي يقوم به ما هو إلا خدمة للقانون، و من أجل حل النزاعات المعروضة أمامه.

هذه المهمة التي يضطلع بها القاضي الإداري ليست بالمهمة السهلة، بل هو دور صعب ألقى على عاتقه، فاجتهاده قد ساهم بشكل رئيسي في إنشاء و تطوير القانون الإداري من خلال بحثه عن الحلول المناسبة للتطبيق على المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، و ذلك بسبب عدم وجود تنظيم قانوني متكامل لموضوعات القانون الإداري، مما فتح معه الباب للاجتهاد القضائي الذي وضع النظريات و المبادئ و الأحكام التي تفصل في موضوع النزاع تطبيقاً للعدالة و تحقيقاً للتوازن المنشود بين المصالح العامة و المصالح الخاصة.

فموضوع اجتهاد مجلس الدولة كأساس لخلق القاعدة القانونية يشكل ركيزة أساسية لضمان سير الإدارة العامة في عملها، ذلك أن القاضي الإداري قد يجد نفسه أمام الكثير من المنازعات التي لا يجد بصددها نص يحكمها، هنا تبدو أهمية اجتهادات مجلس الدولة و انعكاسها على القانون الإداري، حيث يظهر دور القضاء الإداري في إنشاء القاعدة القضائية الملائمة التي تحكم النزاع، و إلا ارتكب جريمة إنكار العدالة، أي أن مهمته هي أن يقول كلمة القانون سواء وجدت في نص أم لم توجد، و هو دور صعب كما رأينا و قد ألقى على عاتقه ، و هو الاجتهاد لاستنباطه لقواعد و مبادئ قانونية لازمة و ملائمة للنزاع الإداري القائم بين الأفراد و الإدارة، و إن لجوء الأفراد إلى القضاء الإداري يعتبر مصدرا هاما من مصادر القانون الإداري بصفة عامة و المشروعية بصفة خاصة، و تتميز القواعد القضائية بأنها مرنة و متطورة و هذا ما جعل القاضي الإداري قاضي متحرر يرفض الجمود، حيث يسعى من خلال اجتهاده إلى إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة و يرفض أن يكون مقيدا.

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

موقف القاضي الإداري حيال هذه القواعد، هو ذاته حيال القواعد التشريعية حتى و هو في مرحلة إنشائها، يكون لديه الالتزام بها لحظة إنشائها، حتى عندما تكون هناك ضرورة ملحة لتعديلها فهو يتخذ سلوكا أكثر تعقلا و أكثر حذرا، فغالبا ما يتبنى تفسيرا واسعا أو ضيقا للقاعدة القديمة المراد تعديلها مع الاحتفاظ بصلبها أو يأتي بنص إضافي يمضي جنبا إلى جنب مع القاعدة القديمة.

فإتاحة الفرصة لمجلس الدولة الجزائري في الاضطلاع لدوره الأصيل في إرساء مبادئ القانون الإداري و توحيدة حسب ما نصت عليه المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 فتفوق القاضي الإداري على القاضي المدني من هذه الناحية من حيث الإنشاء و الإبداع، و لم يقف أسير النصوص و إنما تفوق على نفسه فحكم مع عدم وجود نص و حكم مع وجود نص غامض.

كما أن مجلس الدولة الجزائري قد طوع النصوص للمبادئ العامة و قواعد العدالة، و برز دور القاضي الإداري في مجال المسؤولية الإدارية بحيث أسسها على نظرية المخاطر، فأعفى المتضرر من عبء إثبات الخطأ و اكتفى بوجود علاقة سببية بين الضرر و نشاط الإدارة و لا شك أن هذه النظرة أكثر عدالة و مرونة و مراعاة لجبر ضرر الفرد المصاب.

ثم إن القضاء الإداري قد ساهم إلى جانب السلطة التشريعية في إرساء قواعد القانون الإداري و هي ضرورة فرضتها خصائص القانون الإداري، إلى جانب خاصيته القضائية.

من خلال الأطروحة توصلنا إلى العديد من النتائج يمكن جمعها فيما يلي:

1- إن أحد الأسباب التي جعلت للقضاء الإداري دور في إنشاء القواعد القانونية الإدارية، هي قضائية هذا القانون، حيث يوصف بأنه قانون قضائي نسبة للدور الكبير الذي لعبه القضاء في إخراج أبرز قواعده للوجود.

2- للمبادئ العامة للقانون أهمية كبرى كمصدر من مصادر المشروعية في القانون الإداري، و إن الرأي الغالب للقضاء و الفقه إعطاء هذه المبادئ قيمة مساوية للقواعد الدستورية أو على الأقل مساوية للقوانين التشريعية.

3- إن هذه المبادئ تسد من ناحية فراغا تشريعيا و تساهم من ناحية أخرى في مزيد من العدالة و الإنصاف في الأحكام الإدارية، عندما يختار القاضي حول ما يستند إليه في أحكامه لتحقيق العدالة في القضية المعنية المعروضة عليه و التي يفترض في كل مرة أنها فريدة من نوعها و بالتالي يبحث في حيثياتها و الظروف المحيطة بها بهدف إصدار الحكم العادل و المنصف.

4- تعتبر القاعدة القانونية المنشأة و المتوصل إليها من طرف القاضي ملزمة التطبيق حيث أن المشرع الجزائري يقوم بصياغة هذه الاجتهادات و يجعلها قاعدة قانونية ملزمة فاعتبار أن القانون الإداري قانون غير مقنن و مرن و سريع التطور فإن من واجب القاضي الإداري القيام بالاجتهاد و خلق و إنشاء القاعدة القانونية.

5- إن القضاء الإداري في الجزائر كان السبب في وجود و تكريس هذا القانون، لكن و مع زيادة القوانين و إن كانت متجزئة أدى إلى بعض التراجع المنطقي لدور القاضي الإداري الإنشائي رغم الأهمية التي لا يمكن نكرانها منه.

6- للقاضي الإداري الجزائري دور فعال من خلال هيئات القضاء الإداري سواء المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة، إذ يتجلى دور هذا الأخير و الذي يعتبر الهيئة المختصة بتوحيد الاجتهادات القضائية بغرفة مجتمعة، و كان السباق في ظهور هذه القواعد .

7- حسب إيجابية دور القاضي الإداري في الجزائر نستنتج أن الحدود السياسية و القضائية التي تصادفه تبقى حاجزا يجب أن يتجاوزه المشرع من خلال تقييد و تنظيم هذه الحدود بقواعد قانونية.

8- إن القاعدة القانونية المنشأة من طرف القاضي ملزمة التطبيق، فالمشرع الجزائري يتأثر بالاجتهادات القضائية في المادة الإدارية و يقوم بتقنينها و جعلها قاعدة قانونية ملزمة التطبيق.

9- إن قيام القاضي الإداري بعملية الإنشاء لا يعتبر تعديا على السلطة التشريعية، و إنما هو واجب على القاضي القيام بذلك في حال تعذر إيجاد الحل القانوني و بما أن القانون الإداري غير مقنن و سريع التطور فإن ذلك يتطلب منه القيام بعملية الخلق و التشريع.

10- رغم اعتماد الجهات القضائية الإدارية على قواعد الاجتهاد القضائي في إرساء مبادئ المسؤولية الإدارية، إلا أن القاضي الإداري لم يستغني عن قواعد القانون الخاص و مرد هذا انعدام فكرة التخصص.

11- لا يمكن لأحد أن ينكر الدور الذي يلعبه القاضي الإداري بالنسبة للقانون الإداري من خلال الاجتهاد القضائي الإداري، على الرغم من أن مكانته ضمن مصادر القانون عموما

و القانون الإداري خصوصا كانت و لا تزال محل جدل فقهي لم و لن تنتهي، لكن حقيقة وجوده في النظام القانوني الجزائري هي محل نقاش و تساؤل نظرا لعدم وضوح إطاره القانوني و ضعفه.

12- إن الملاحظ لحركة الاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر، يجد أن الاتجاه العام لحركته لم يتغير رغم تغير النظام القضائي من الوحدة إلى الإزدواجية، ورغم اعتماد الجهات الفاصلة في النزاع الإداري منذ بداياتها على الاجتهاد القضائي الإداري استنادا إلى المبادئ العامة للقانون في مجال دعوى الإلغاء و دعوى المسؤولية، إلا أن ارتباط القاضي الإداري بمبادئ القانون المدني يبدو واضحا خصوصا في مجال دعوى المسؤولية الإدارية و التي يستمد مبادئها مباشرة من قواعد القانون المدني و هذا راجع إلى عدم تخصص القاضي الإداري.

13- يعتبر الإشهار الدعامة الأساسية للاجتهاد القضائي الإداري، بحيث أنه لا يمكن التكلم عن وجود اجتهاد قضائي إلا إذا كانت المقررات موضوع الاجتهاد القضائي الإداري محل إشهار واسع، لأن عملية الإشهار تكتسي أهمية بالغة من أجل إحاطة رجال القانون بجميع المستجدات في هذا المجال، وفتح باب النقاش الفقهي من أجل إثراء مجال القانون الإداري.

14- تعتبر عملية إشهار الاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر جد ناقصة و قاصرة و لا تؤدي الغرض المرجو منها.

من بين التوصيات و الاقتراحات التي توصلنا إليها من خلال هذه الأطروحة نوجزها فيما يلي:

1- إعمال جهة مختصة تقوم بالتنسيق بين اجتهادات القضاء مساعدة في هذا مجلس الدولة، لتخفيف العبء عليه ليتفرغ لمسائل الاجتهاد، إلا أن إنشاء محاكم استئناف إدارية ستؤدي نفس الغرض، مما يسمح لمجلس الدولة للتفرغ لمهمته الأساسية و توحيد الاجتهاد القضائي.

2- العمل على تدعيم التخصص و تحقيقه في ميدان القضاء، و ذلك بالفصل في التكوين بين القضاة الإداريين و قضاة القضاء العادي، أثناء فترة التكوين و الذي أصبح ضرورة ملحة

نظرا لنظام الازدواجية القضائية و لتحقيق التطوير في جانب القضاء الإداري، فالعمل على تدعيم التخصص و تحقيقه في ميدان القضاء و العمل يكون بتكوين قضاة إداريين متخصصين.

3- إعمال هيئات كلجان متخصصة تقوم بدور استشاري، و مراجعة أخطاء القضاة الإداريين عند تفسير القاعدة القانونية.

4- توسيع صلاحيات المحاكم الإدارية مع تكليفها بالوظيفة الاستشارية، مما يسهل عملية معالجة المسائل الإدارية، من خلال القضايا المرفوعة أمامها، و بالتالي تقلل من أخطاء الإدارة العامة.

5- محاولة إيجاد ضمانات تعزز المبادئ المتعلقة بالتقاضي و توفر الاجتهادات الكافية لتجسد أكثر على أرض الواقع، و أن يعمل المشرع على إيجاد آليات عملية تلزم الإدارة بتنفيذ حكم الإلغاء الصادر ضدها الأمر الذي من شأنه تعزيز ثقة المواطن بالقضاء الإداري وحبذا لو يجعل المشرع من المحامي شرطا إلزاميا على كل الأطراف في الدعوى الإدارية، دون استثناءات خاصة بعد الملاحظة التي أوردها مجلس الدولة و التي جاء فيها أن الإدارة عادة ما تكلف في المنازعات أشخاص يجهلون الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري الأمر الذي من شأنه أن ينعكس سلبا على كسب القضية لصالح الإدارة، و بالتالي تبذير المال العام.

6- يجب على المشرع الجزائري أن يحرر مجلس الدولة و يعفيه من مهمة القضاء الابتدائي و النهائي بحيث ينقل الاختصاص بالنظر في القضايا ابتدائيا ونهائيا موضوع هذه المادة إلى المحاكم الإدارية الابتدائية التي تفصل فيها بأحكام قابلة للاستئناف أمام محاكم استئنافية تنشأ لهذا الغرض.

7- ضرورة مراجعة القضاة الإداريين لأحكامهم القضائية قبل النطق بها حتى لا يكون خطأ في تفسير القاعدة القانونية.

8- يجب التركيز على المبادئ العامة للقانون الإداري و خاصة أمام محاكمنا الإدارية حيث لا يزال القضاء الإداري في الجزائر متأخرا كثيرا عن نظيره الفرنسي و المصري، و يوصف بأنه تطبيقي عن كونه إنشائي.

9 - إمكانية إشهار الاجتهاد القضائي الإداري، ضمن مواقع إلكترونية ما يساعد على معرفته الأمر الذي يساهم في دعم الدراسات في المجال القانوني، و يساعد واضعي القاعدة القانونية الإدارية على معرفة النقائص التي تلحق بالمادة الإدارية و تتقيحها على ضوء ما تم إقتراحه من توصيات.

في الأخير إن القاضي الإداري، بسبب الفعل الإنشائي للقواعد القانونية في مجال القانون الإداري الذي نسب تقليديا إليه، يواجه إدعاء بأنه يمارس نوعا من الحكومة، و هو في ذلك إدعاء لا يبدو صحيحا، خاصة بالنسبة للمنظومة القانونية الجزائرية فطالما ثبت أن الاجتهاد القضائي لا يمكنه أن يخرج عن حرفية النص و لا عن روحه، ثم إن القواعد التي يكتشفها القاضي الإداري يقوم المشرع مباشرة بالنص عليها و صياغتها في شكل نصوص ملزمة، و أصبح المشرع ينافس القضاء في مجال اجتهاده فأين هي إذن حكومة القضاة.

من كل ما سبق يمكن إعلان النتيجة التالية، فرغم أن المجتمع تحول نحو مجتمع مقنن و بشكل دقيق، و رغم توفر الدعائم الشكلية لدولة القانون الجزائرية، إلا أن ترسيخها بشكل فعلي يتطلب أمورا إضافية، فهو يقتضي نوعا ما من منظور الثقافة الممارسة على مستوى نصوص القانون مبنى و معنى، و انخراط المجتمع بشكل فعلي في نوع من العقد و تخلص الإدارة من مظهر الوصاية التي تبدو عليه، كما يظهر جليا أيضا أن القاضي الإداري هو مكون أساسي في دولة القانون، و لكنه في الأخير ما هو سوى قاضي و إن دوره هو دور لازم و أساسي في تكريس دولة القانون، لكنه يبقى دورا غير كاف في ظل الحدود التي يفرضها على حركته الواقع المعاش و من عدة جوانب.

أخيرا إذا أصبت فهذا توفيق من الله و إن أخطأت فذلك من شيم البشر و لا أزعم أنني وفيته حقه، أو أنني أكملته من جميع الجوانب أكمل وجه لقوله تعالى: " وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ " .

سورة يوسف الآية -76-.

تم بحمد الله.

قائمة المصادر و المراجع

أولاً - قائمة المصادر:

1- القرآن الكريم.

2- النصوص الرسمية:

الدساتير

1- دستور الجزائر 28-11-1996، الجريدة الرسمية العدد 76، المؤرخة في 08-12-1996.

2- التعديل الدستوري لسنة 2020، جريدة رسمية عدد 82 المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق ل 30 ديسمبر 2020.

القوانين العضوية

1- القانون العضوي رقم 91-04 المؤرخ في 8 يناير 1991 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

2- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، جريدة رسمية رقم 37، المؤرخة في 01-06-1998.

3- القانون العضوي رقم 98-02 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، جريدة رسمية عدد 37، المؤرخة في 01-06-1998.

4- القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق باختصاصات محكمة النزاع و تنظيمها و عملها، جريدة رسمية رقم 39، المؤرخة في 07-06-1998.

5- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، جريدة رسمية رقم 57، المؤرخة في 08-09-2004.

6- القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17-07-2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، جريدة رسمية رقم 50، المؤرخة في 20-07-2005.

7- القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ 26-07-2011 المعدل و المتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 3030-05-1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة تنظيمه و عمله الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخة في 03-08-2011.

8- القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالانتخابات المعدل و المتمم.

9- القانون العضوي رقم 12-04 المؤرخ في 12-01-2012 المتعلق بالأحزاب السياسية الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 15-01-2012.

10- القانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 04-03-2018 المعدل و المتمم للقانون رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة تنظيمه و عمله الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 07-03-2018.

القوانين العادية

01- القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31-07-1990، جريدة رسمية عدد 15، 1990، المعدل و المتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية و ترقية الصحة، جريدة رسمية رقم 08.

02- القانون رقم 90-29 المؤرخ في 1-12-1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم، جريدة رسمية رقم 52 المؤرخة في 2-12-1990.

03- القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل المتمم، جريدة رسمية رقم 21، المؤرخة في 08-05-1991.

04- القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05-08-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية واللاسلكية، جريدة رسمية رقم 48، 2000.

05-القانون رقم 10-01 المؤرخ في 03-07-2001 المتضمن قانون المناجم، جريدة رسمية عدد 2001،35.

06-القانون رقم 09-01 المؤرخ في 26-06-2001 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية رقم 34 المؤرخة في 27-06-2001.

07- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 21-02-2008.

08- القانون رقم 06-12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات.

09- القانون رقم 07-13 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

الأوامر

01- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم، جريدة رسمية العدد 47، المؤرخة في 09-06-1966.

02- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 المتعلق بالإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، جريدة رسمية رقم 48، المؤرخة في 10-06-1966.

03- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم،جريدة رسمية عدد 49 ، المؤرخة في 11-06-1966.

04- الأمر رقم 66-278 المؤرخ في 16-11-1966 المتضمن التنظيم القضائي، جريدة رسمية رقم 96، بتاريخ 23-11-1965.

05- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

- 06- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.
- 07- الأمر رقم 90-08 المؤرخ في 07-04-190 المتعلق بالبلدية المعدل و المتمم.
- 08- الأمر رقم 90-09 المؤرخ في 07-04-1990 المتعلق بالولاية المعدل و المتمم.
- 09- الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17-07-1995 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل و المتمم.
- 10- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم.
- 11- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الجنسية.
- 12- الأمر 06-03 المؤرخ في 15-07-2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، المؤرخة في 16-07-2006.
- 13- الأمر رقم 08-02 المؤرخ في 24-07-2008 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008.

2- النصوص التنظيمية

المراسيم التشريعية:

- 1- المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

المراسيم الرئاسية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 98-187 المؤرخ في 30-05-1998 المتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة.

- 2- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، جريدة رسمية رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 المحدد لكيفية تطبيق المرسوم رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1999 المتضمن كيفية نزع الملكية الخاصة بالمنفعة العامة، جريدة رسمية رقم 5، 1993.

2- المرسوم التنفيذي رقم 95-310 المؤرخ في 10 أكتوبر 1995 المتضمن المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كفاءته كما يحدد حقوقهم و واجباتهم.

3- المرسوم التنفيذي رقم 98-143 المؤرخ في 10 ماي 1998 المتضمن تأهيل الموظفين لتمثيل إدارة البريد و المواصلات أمام العدالة، جريدة رسمية رقم 29، المؤرخة في 13 ماي 1998.

4- المرسوم التنفيذي رقم 98-261 المؤرخ في 29-08-1998 المحدد للأشكال و الكيفيات المتعلقة بالاستشارة لدى مجلس الدولة.

5- المرسوم التنفيذي رقم 98-263 المؤرخ في 29-08-1998 الذي يحدد كيفية تعيين رؤساء الأقسام و المصالح لمجلس الدولة و تصنيفهم.

6- المرسوم التنفيذي رقم 98-322 المؤرخ في 13-10-1998 المحدد لتصنيف وظيفة الأمين العام لمجلس الدولة.

النظام الداخلي لمجلس الدولة

النظام الداخلي لمجلس الدولة ، ج.ر. عدد 66 الصادرة بتاريخ 27 أكتوبر 2019.

قرارات المحكمة العليا

1- قرار المحكمة العليا رقم 48764 مؤرخ في 28-12-1988.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قضية رقم 97721، بتاريخ 14-02-1993.

آراء المجلس الدستوري

1- رأي المجلس الدستوري رقم 06-98 المؤرخ في 19-05-1998 المتعلق بمراقبة

و مطابقة القانون العضوي الخاص باختصاص مجلس الدولة و تنظيمه و عمله في الإطار

الدستوري، جريدة رسمية عدد 37 لسنة 1998.

ثانيا - قائمة المراجع:

1- باللغة العربية:

القواميس و المعاجم

1- علي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط3، دار الفكر للنشر و التوزيع، الرياض، 1998.

2- محمد بن فارس أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، 2005.

المؤلفات و الكتب

1- أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، دون ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، أحكام الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و التشريع و القضاء، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

3- أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، دون ط، دار الفكر الجامعي، ب.ب.ن، 2012.

4- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 1999.

5- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 1996.

6- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، د.د.ن، د.ب.ن، ج1، 2008.

7- الشريف الجرجاني، التعريفات القانونية، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، ط1، 2005.

8- إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 2008.

9- إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون و الحق، د.م.ج، الجزائر، 1999.

- 10- إياد على محمود القيمي، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، مجد المؤسسة للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ط1، 2009.
- 11- آدم وهيب النداوي، شرح قانون البيئات و الإجراءات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع و الفقه و القضاء العربي و الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 1998.
- 12 -بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.
- 13- بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 14-جيهان محمد إبراهيم جادو، الإجراءات الإدارية للطعن في الأحكام القضائية، دار الكتاب، مصر، 2009.
- 15-جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
- 16-حسين فريجة، شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة، د.م.ج، الجزائر، 2009.
- 17-حسين طاهري، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر، د.س.ن.
- 18-حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة للنظم القضائية في مصر و فرنسا و الجزائر، دار الكتاب، القاهرة، 1998.
- 19-حسن محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 20-حسن محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ب.ن، 2003.
- 21-حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، ج 1، الكتاب المصري الحديث، الإسكندرية، د.س.ن.

- 22-حمدي ياسين عكاشة، موسوعة المرافعات الإدارية و الإثبات في قضاء مجلس الدولة، ج 6، الإثبات في الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
- 23-خالد الزعبي، القانون الإداري و تطبيقاته في الأردن، دون ط، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998.
- 24-خالد خالف القطانة، دعوى الإلغاء-دراسة مقارنة-، دار قنديل للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 2006.
- 25-دريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، ج 1، نظرية القانون، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.
- 26-رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية و منحياتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2012.
- 27-رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم و اختصاص، الجزائر، د.م.ج، 2002
- 28-رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية(شروط قبول دعوى الإلغاء)، د.م.ج، الجزائر، 2004.
- 29-رشيد خلوفي، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية ، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 30-رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 31-سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج 1 ، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.
- 32-سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد القضائي الجزائري في القضاء الإداري، ج2، منشورات كليك، ط1، 2013.
- 33- سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- 34- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ب.ن، 1992.
- 35- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري ، د.د.ن، القاهرة، 1988.
- 36- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ط3، 1978.
- 37- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 1996.
- 38- سليمان محمد الطماوي، محمود عاطف البنا، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 2006.
- 39- سيف الدين على الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج4، د.د.ن، لبنان، د.س.ن.
- 40- شادية إبراهيم المحروقي ، إجراءات الدعوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- 41- شريف أحمد بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري-دراسة مقارنة تحليلية-، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2015.
- 42- شعبان محمد اسماعيل، الاجتهاد الجماعي و دور المجامع الفقهية في تطبيقه، دار البشائر الإسلامية، دار الصابوي، 1998 .
- 43-عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في المنازعات الإدارية، ، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، 2008 .
- 44- عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري ، دار النهضة العربية، د.ب.ن، ط2، 1992.
- 45- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، دار الثقافة للتوزيع، لبنان، 2005.
- 46- عباس قاسم مهدي الداوق، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2015.

- 47- عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.
- 48- عبد الرزاق السنهوري، حشمت أبو سنتيت، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1952.
- 49- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 1998.
- 50- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، د.د.ن، القاهرة، 1936.
- 51- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008.
- 52- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية و الإثبات أمام القضاء الإداري، المركز القانوني للإصدارات القانونية، ط1، 2008.
- 53- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار النهضة العربية، 2011.
- 54- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 55- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إجراءات التقاضي و الإثبات في دعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 56- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات في المنازعات الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد، 2008.
- 57- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- 58- عبد الغني بسيوني العبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 59- عبد القادر الشيلخي، ثقافتك القانونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.

- 60- عبد القادر الشيلخي، الحكم القضائي، من النظرية إلى التطبي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط2، 2014.
- 61- عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 62- عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، د.ب.ن، د.س.ن.
- 63- عبد المنعم البدرابي، مبادئ القانون، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1972.
- 64- عدنان عمر، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2004.
- 65- عز الدين الديناموري و حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، دار وائل للنشر و التوزيع للطباعة ،مصر، د.س.ن.
- 66- عصام الديس، القاضي الإداري و رقابته لأعمال الإدارة-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
- 67- عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، العراق، ط1، 2012.
- 68- على خاطر الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 2008.
- 69- علي علي سليمان، دراسة في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري(المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض)، د.م.ج، ط3، 1994.
- 70- على محمود، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، مجد المؤسسة للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ط1، 2009.
- 71- على هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مكتبة السنهوري، مصر، ط1، 2011.

- 72- عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في صياغة و تفسير التشريعات، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دراسات للنشر و البرمجيات، مصر، القاهرة، 2012.
- 73- عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، ج 2، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2003.
- 74- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإداري، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2013.
- 75- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2007.
- 76- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2013.
- 77- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2009.
- 78- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفة تحليلية مقارنة، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط2، 2008.
- 79- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، 2009.
- 80- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، الريحانة، الجزائر، 2002.
- 81- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج1، التنظيم الإداري، د.م.ج، د.ب.ن، 2002.
- 82- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، د.م.ج، الجزائر، ط3، 2007.
- 83- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، د.م.ج، الجزائر، ط3، 2003.
- 84- عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الإدارة، د.م.ج، الجزائر، 2007.

- 85- عمار عوابدي، نظرية القرارات بين علم الإدارة و القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 86- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 87- عمار عوابدي، القضاء الإداري في الجزائر-دراسة و صفة تحليلية مقارنة، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط2، 2008.
- 88- فخر الدين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ج4، مؤسسات الرسالة، لبنان، 1997.
- 89- فريدة قصير مزياني، مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قرفي، باتنة، ط1، 2001.
- 90- فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1972.
- 91- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري، دار الثقافة، الأردن، ط1 2011.
- 92- طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، القاهرة، د.س.ن.
- 93- طعيمة الجرف، قضاء الإلغاء و رقابة القضاء لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- 94- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 95- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المسؤولية الكتاب الأول، على أساس الخطأ ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2007.
- 96- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، دار الخلدونية، الجزائر، ط، 2003.

- 97- لحسين بن الشيخ آث ملويا، نظام المسؤولية في القانون الإداري (المسؤولية على أساس المخاطر)، دار الهدى، الجزائر، 2013.
- 98- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج4، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 99- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، نظام التعويض في المسؤولية الإداري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2007.
- 100- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 101- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج2، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 102- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 103- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الإداري-دراسة مقارنة-، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 104- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 105- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج3، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 106- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
- 107- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 108- مارسولنغ، بيارد لفولفيه وآخرون، القرارات الكبرى في القضاء الإداري ، مجد، ط1، لبنان، 2009.

- 109- مازن الماضي، الوجيز في القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.
- 110- محفوظ لعشب، المسؤولية في القانون الإداري، دم.ج، الجزائر، 1994.
- 111- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
- 112- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية ، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005.
- 113- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية ، دار العلوم، عنابة، 2005.
- 114- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2009.
- 115- محمد الصغير بعلي، النظام القضائي الجزائري، دار العلوم، عنابة، 2009.
- 116- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2009.
- 117- محمد خليل تلتعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية، دار الميسرة، الأردن، ط1، 2009.
- 118- محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009.
- 119- محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- 120- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 121- محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، د.د.ن، د.ب.ن، ط2، 1999.

- 122- محمد عبد الرحمن بكر، السلطة القضائية و شخصية القاضي في النظام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1988.
- 123- محمد علي عبد السلام، الدور السياسي للقاضي الإداري-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
- 124- محمد عمر محمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القاضي عليها، أكاديمية نايف العربية، السعودية، ط1، 2003.
- 125- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة-، القاهرة، 1977.
- 126- محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، ج3، مؤسسات شباب الجامعة، 1997.
- 127- محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشأة المعارف، د.ب.ن، 1974.
- 128- محمد يوسف علام، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2012.
- 129- محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1993.
- 130- مراد محمد الشنيكات، الإثبات بالمعاينة و الخبرة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2008.
- 131- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج1، د.م.ج، الجزائر، ط3، 2005.
- 132- مسعود زيدة، القرائن القضائية، مرق للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
- 133- معوض عبد التواب، دعاوى التعويض الإدارية و صيغها، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998.

- 134- مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري و مجلس الدولة، د.د.ن، القاهرة، ط4، 1989.
- 135- مصطفى أبو زيد، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 136- مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010 .
- 137- مصطفى محمد عفيفي، المبادئ العامة للإجراءات الإدارية غير القضائية، مطابع البيان، دبي، 1990.
- 138- مصطفى كمال وضعي، أصول إجراءات القضاء الإداري، مطبعة الأمانة، القاهرة، ط2، 1980.
- 139- مفلح عوادة ، البيانات في المواد المدنية و التجارية، دون ط، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007.
- 140- موريس نخلة، المختار في الإجتهاد الإداري و رقابته لأعمال الإدارة-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
- 141- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دون ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 142- نبيل صقر و مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 143- نجم محمد صبحي، قانون المحاكمات الجزائية الأردني، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، ط1، 1998.
- 144- نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، ج1(نظرية القانون)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2004.

- 145- نصير لفتة صبار الحبورى، التعويض العيني، دار قنديل للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 2010.
- 146- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، المطبعة الجديدة، دمشق، 2000.
- 147- هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه و أحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990.
- 148- همام محمد محمود، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- 149- وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري، ط1، 2015.
- 150- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوياء، ج2، 1966.
- 151- وهيب عباد سلامة، دروس في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، د.د.ن، د.ب.ن، 1994.
- 152- ياسين محمد يحيى، مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 1987.
- 153- يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الكويت، د.س.ن.
- 154- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح القانون 08-09، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 155- يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، دار هومة، الجزائر، 2008.

أطروحات الدكتوراه:

- 1-باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود عمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
- 2- بن منصور عبد الكريم، الازدواجية القضائية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة مولود عمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2015.

- 3- ثروت عبد العال، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، 1991.
- 4- جازية صاش، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008/2007.
- 5- حسن محمد محمود حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2005.
- 6- عبد الحليم شوقي الخطيب، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 1988.
- 7- مصطفى محمد تهامي منصور، إجراءات الخصومة الإدارية-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، 2006.
- 8- نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية في الجزائر-تونس-مصر، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015/2014.
- 9- يحي رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1995.

مذكرات الماجستير:

- 1- إبتسام فاطمة الزهراء شقاف، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة لنيل الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
- 2- حاكم أحمد، دور مجلس الدولة في العملية التشريعية-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
- 3- عوامرية أسماء، دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2015.

4- فادي جميل نعيم علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2001.

5- قاضي أنيس فيصل، دولة القانون و دور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، فسنطينة، 2009-2010

6- لامية خزار، دور مجلس الدولة في المنازعات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.

7- ليندة عزوز، تطور المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر، 2002-2003.

المقالات:

1- الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، العدد1، 2000.

2- إبراهيم بن حليلة، تطور مصادر القانون الإداري و أثره على حركة التشريع اتساعا و انحصارا، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة، العدد3، مارس 2006.

3- بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مجلة المحاماة تصدرها هيئة المحامين لناحية تيزي وزو، العدد2، 2004.

4- صالح محسوب، السوابق القضائية و دورها في الاستقرار القضائي، مجلة القضاء، بغداد، العدد1.

5- طعيمة الجرف، القضاء مصدر إنشائي للقانون الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، أكتوبر-ديسمبر 1962.

6- عادل السعيد أبو الخير، إجتهد القاضي الإداري في مجال الحقوق و الحريات، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد02، نوفمبر 2005.

- 7- عادل بن عبد الله، مكانة الاجتهاد القضائي الإداري في التأسيس لدولة القانون، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، بسكرة، مارس 2006.
- 8- عبد الجليل مفتاح و مصطفى بخوش، دور القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية وتطبيقها، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة، عدد 02، نوفمبر 2005.
- 9- عبد الحكيم بن المشري، تطور الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية في القانون الجزائري، مجلة المفكر، العدد 4، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، أبريل 2009.
- 10- عبد القادر هاشم النجار، القضاء الإداري و دوره الإنشائي، مجلة معهد القضاء، العدد 18، الكويت، 2009.
- 11- عزري الزين، الأعمال الإدارية ومنازعاتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010.
- 12- عزري الزين، المسؤولية عن خطأ عدم مشروعية قرارات العمران الفردية، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الأول، مارس 2006.
- 13- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثاني.
- 14- علي خاطر الشطناوي، القرانن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن عشر، يناير 2003.
- 15- عمار بوضياف، مجلس الدولة الجزائري بين وظيفة الاجتهاد و تعديه للاختصاصات القضائية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 2، نوفمبر 2005.
- 16- عمار معاشو، التعليق على اجتهاد مجلس الدولة بخصوص نظرية علم اليقين، مجلة المحاماة، عدد 3، 2005.

- 17- فريجة حسن، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004.
- 18- مراد بدران، الطابع التحقيقي للإثبات في الدعوى الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، الجزائر، منشورات الساحل، 2009.
- 19- مروان الحمومي، دور القاضي الإداري في إنتاج قواعد القانون الإداري، مجلة قانونك، السنة الأولى، 1438هـ، العدد 4 أكتوبر 2017.
- 20- محمد المحيني، مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، مجلة العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، المغرب، ع2، 2011.
- 21- محمد تاجر، بدأ سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، مجلة المحاماة، عدد3، 2005.
- 22- محمد حلمي، تدرج القاعدة القانونية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد1.
- 23- محمد حميد العنبيكي، السوابق القضائية في النظام القانوني الإنجليزي، مجلة القانون المقارن، العدد12، 1981.
- 24- محمد محدة، الإثبات في المواد الإدارية، مجلة الإجتهد القضائي، بسكرة، العدد2، نوفمبر 2005.
- 25- نواف كنعان، وسائل الإثبات الإداري في قضاء محكمة العدل الأردنية، مجلة علوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، مجلد26، العدد1، ماي1999.

الندوات و الملتقيات

- 1- بن صاولة شفيقة، السلطات الجديدة للقاضي الإداري في إطار التحقيق في النزاع، مداخلة في الملتقى الوطني حول مناقشة القانون 08-09، جامعة الجبلاي اليابس، سيدي بلعباس، 2009.

2- لولة العوضي، دور الاجتهاد القضائي الإداري في مملكة البحرين لتعزيز و تطوير القانون الإداري، مجلس الشورى، مملكة البحرين، المؤتمر الأول لرؤساء المحاكم الإدارية في بيروت ، 2011.

3- مسعود شيهوب، من الأحادية القضائية إلى ازدواجية القضاء أو التحول إلى نظام مستقل للقضاء الإداري، الجزائر، دراسات و وثائق لمجلس الأمة، الندوة الأولى حول استقلالية القضاء، مارس 1999.

محاضرات

1- مراد بدران، محاضرات ألقيت في مقياس المنازعات الإدارية على طلبة الماجستير، تخصص القانون الإداري المعمق، دفعة 2013-2014، جامعة الجزائر 01.

المجلات القضائية

01-مجلة القضاء، 1965.

02-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر،العدد1، 1989.

03-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد3، 1989.

04-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد4، 1989.

05-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد1، 1990.

06-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد2، 1990.

07-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد3، 1990.

08-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد1، 1991.

09-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ، العدد1، 1992.

10-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد4، 1992.

- 11-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد1، 1993.
- 12-مجلة المحكمة العليا الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد3، 1993.
- 13-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد2، 1995.
- 14-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد2، 1996.
- 15-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد1، 1998.
- 16-مجلة المحكمة العليا الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،الجزائر ،العدد4، 1999.
- 17-مجلة مجلس الدولة،العدد1، منشورات الساحل، الجزائر، 2000.
- 18-مجلة مجلس الدولة،العدد1، منشورات الساحل، 2001.
- 19-مجلة مجلس الدولة،العدد1، منشورات الساحل، الجزائر، 2002.
- 20-مجلة مجلس الدولة،العدد2، منشورات الساحل، الجزائر، 2002.
- 21-مجلة مجلس الدولة،العدد3، منشورات الساحل، الجزائر، 2003.
- 22-المجلة القضائية،العدد4، منشورات الساحل، الجزائر، 2003.
- 23-مجلة مجلس الدولة،العدد4، منشورات الساحل، الجزائر، 2004.
- 24-المجلة القضائية،العدد5، منشورات الساحل، الجزائر، 2004.
- 25-مجلة مجلس الدولة،العدد6، منشورات الساحل، الجزائر، 2005.
- 26-مجلة مجلس الدولة،العدد7، منشورات الساحل، الجزائر، 2005.
- 27-مجلة مجلس الدولة،العدد8، منشورات الساحل، الجزائر، 2006.
- 28-مجلة مجلس الدولة،العدد9، منشورات الساحل، الجزائر، 2007.
- 29-المجلة القضائية ،العدد9، منشورات الساحل، الجزائر، 2009.

- 30-مجلة مجلس الدولة،العدد10، منشورات الساحل، الجزائر، 2011.
- 31-نشرة القضاة،العدد1، نشرة قانونية تصدرها المديرية العامة للشؤون القضائية و القانونية، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، وزارة العدل، 1978.
- 32-نشرة القضاة،العدد3، نشرة قانونية تصدرها المديرية العامة للشؤون القضائية و القانونية، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، وزارة العدل، 1998.
- 33-نشرة القضاة،العدد47، نشرة قانونية تصدرها المديرية العامة للشؤون القضائية و القانونية، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، وزارة العدل.
- 34-نشرة القضاة،العدد63، نشرة قانونية تصدرها المديرية العامة للشؤون القضائية و القانونية، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، وزارة العدل، 2008.
- 2- المراجع باللغة الفرنسية:

Les ouvrages :

- 1-Alfred Jaffert, **manuel de procédure civile et voies d'exécution**,13 éd, L.G.D.J,1980.
- 2-André Delaubader, **droit administratif**,6 ème éd, 1973.
- 3-Auby et Drago, **traité du contentieux administratif**, tom2,L.G.D.J, Paris.
- 4-Charles Debbasch, **droit administratif**,6 ème édition, Paris,2003.
- 5-Charles Debbasch, **institution et droit administratif**, tome 2,4 ème édition, refondu, P.U.F, collection Thémis, droit public,1998.
- 6-Charles Debbasche et Jean Claude Ricci, **contentieux administratif**,8 ème édition, Dalloz, 2001.

- frédéric colin, **droit administratif**, 10ème édition,-- Charles Debbach7
Economica, Paris,2011.
- Didier Trucket, **droit administratif**, P.U.F, 2013.8
- Etienne Picard, **la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation 9
des juridictions et à la procédure civil, pénale et administratif**, J.C.D,
1995.
- 10-Fouad Hadjri, **le juge administratif et les réalités juridiques**, dar
el gharb éd, Oran, 2005.
- 11-George Vedel, **droit administratif**, 1980.
- 12-George Vedel, **droit administratif**, Dalloz, tome2, 1994.
- 13-Gille Dary et et Michelle Paillet, **contentieux administratif**, Paris,
Armand Colin, 2000.
- 14-Gérard Tebout et les autres, **l'usage et coutume dans la
jurisprudence administratif**,1éd,1988.
- 15-Jean Marie et Auby et Roland dragon, **traité de contentieux
administratif**, 3è éd, L.G.D.J, 1984.
- 16-Jean Rivero, **le juge administratif français un juge qui gouverne**,
Dalloz, 1951.
- 17-Laugrod, **essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction
administratif**.
- 18-Louis De Castine, **les présomptions en droit administratif**.

- 19–Marceau long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvové, Bruno Genevois, **les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 16 éd, 2007, Dalloz.
- 20– Marie Christine Rouault, **droit administratif : sources et principes généraux, l'organisation administrative**, l'activité administrative, le contrôle de l'administration, Gualino–Lextenso, 6^e éd., Mémentos LMD, Paris,2010.
- 21–Mari Christine Roualt et Hervé Faupin et Guillaume, **droit administratif**, Gualino, Paris, 2001.
- 2–Martin Lombard, **droit administratif**, cours, 3^{ème} édition, 1998.2
- Martine Lombard– Gillest Dumont– Jean Sirinelli , droit administratif, cours et travaux dirigés, 13eme édition, Dalloz, 2019
- 3–Mazeau Henri, François Chabas, **leçons de droit civil**, tome5, 2 premier volume, 1996, Montchestien.
- 4–Pactet, **essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction 2 administratif** .
- 5–Pierre Gustave, **contentieux administratif**, 8éd, Dalloz, 1993.2
- 26 –Pierre Kalck, **tribunaux administratif et cour administratif d'appel**, Berger–Levault, Paris, 1990.
- 27–Rachid Zouaimia et Marie Christine Roualt, **droit administratif**, Berti éd, Alger, 2009.

28–R.Bonnard, **précis élémentaire de droit administratif** ;4 ème édition.

29–René Chapus, **de la juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif**, Dalloz.

30– R.Chapus, **droit administratif générale**, tome1, Montchrestien, 15édition, 2001.

31–René Chapus, **droit du contentieux administratif**, 8^{ème} édition, Montchestien, 1999.

32–Waline, **manuel élémentaire de droit administratif**, 4éd, Paris, 1964.

33–Yves Gaudement, **traité droit administratif générale**, tome1, 16 éd, L.G.D.J, Dalloz.

Thèses de doctorat :

1–Lara Caramé–Boustay, **l’action en responsabilité extra contractuelle devant le juge administratif** , thèse de doctorat, université Paris2, 2001.

Articles :

1– De Laubadère, **Traité élémentaire de droit administratif**, Revue internationale de droit comparé. Vol. 5 N°2, Avril–juin 1953, Paris,1953,.

2–Chevalier (J), **l’interdiction pour le juge administratif de faire acte d’administrateur**, A.J.D.A, 1972.

3-المواقع الالكترونية:

- 1- www.revuegeneraledudroit.eu
- 2- www.platform.almanhal.com
- 3- www.conseil-etat.fr
- 4- www.criminocorpus.org
- 5- www.pimido.com
- 6- www.contentieux-administratif.fr
- 7- www.mqfr.fr
- 8- www.conseil-constitutionnel.fr
- 9- www.ligifrance.gouv.fr
- 10- www.affaires-publiques.org

11- فارس حامد عبد الكريم، الإدارة العامة و التفسير المرجعي للقانون، ج1، دون ط، منشور على موقع www.troker.dk بتاريخ 17-05-2015 الساعة 12.18.

فهرس المحتويات

إهداء

شكر و عرفان

قائمة المختصرات

| | |
|---------|---|
| 01..... | مقدمة..... |
| 09..... | الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي لدور مجلس الدولة في القضاء الجزائري..... |
| 09..... | المبحث الأول: ماهية الاجتهاد القضائي..... |
| 10..... | المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي..... |
| 10..... | الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي..... |
| 10..... | أولاً: تعريف الاجتهاد و القضاء..... |
| 17..... | ثانياً: أهمية الاجتهاد القضائي..... |
| 19..... | الفرع الثاني: أسباب و خصائص الاجتهاد القضائي..... |
| 19..... | أولاً: أسباب الاجتهاد القضائي الإداري..... |
| 22..... | ثانياً: خصائص الاجتهاد القضائي الإداري..... |
| 24..... | المطلب الثاني: الجهة المؤهلة بالاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر..... |
| 24..... | الفرع الأول: مجلس الدولة في النظام القضائي الجزائري..... |
| 25..... | أولاً: تعريف مجلس الدولة الجزائري..... |
| 27..... | ثانياً: الأساس القانوني لمجلس الدولة الجزائري..... |
| 29..... | الفرع الثاني: تنظيم و تسيير مجلس الدولة الجزائري..... |

| | |
|---|----|
| أولاً: تنظيم هيئات مجلس الدولة..... | 30 |
| ثانياً: قواعد سير الهيئات القضائية لمجلس الدولة..... | 33 |
| ثالثاً: الهياكل البشرية لمجلس الدولة..... | 35 |
| المبحث الثاني: الإطار العام للإجراءات القضائية الإدارية..... | 36 |
| المطلب الأول: مفهوم الإجراءات القضائية الإدارية..... | 36 |
| الفرع الأول: تعريف الإجراءات القضائية الإدارية و أهميتها..... | 37 |
| أولاً: تعريف الإجراءات القضائية الإدارية..... | 37 |
| ثانياً: أهمية الإجراءات القضائية الإدارية..... | 38 |
| الفرع الثاني: الخصائص المميزة لإجراءات التقاضي الإدارية..... | 39 |
| أولاً: الخصائص العامة للإجراءات القضائية الإدارية..... | 40 |
| ثانياً: الخصائص الخاصة للإجراءات القضائية الإدارية..... | 42 |
| المطلب الثاني: مصادر الإجراءات القضائية الإدارية..... | 48 |
| الفرع الأول: المصادر المكتوبة و غير المكتوبة..... | 49 |
| أولاً:المصادر المكتوبة..... | 49 |
| ثانياً: المصادر غير المكتوبة..... | 51 |
| الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي كمصدر للإجراءات القضائية الإدارية..... | 54 |
| الباب الأول: دور مجلس الدولة في تكريس القاعدة الإجرائية..... | 58 |
| الفصل الأول: الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مرحلة التحضير..... | 59 |
| المبحث الأول: نطاق سلطات القاضي الإداري في التحضير..... | 60 |

- 60.....المطلب الأول: مفهوم التحقيق في المنازعات الإدارية.
- 61.....الفرع الأول: تعريف التحقيق في المنازعات الإدارية.
- 61.....الفرع الثاني: الهدف من إجراء التحقيق في المنازعات الإدارية.
- 63.....الفرع الثالث: عناصر التحقيق في المنازعات الإدارية.
- 66.....المطلب الثاني: هدف التحقيق و دور القاضي المقرر و محافظ الدولة.
- 66.....الفرع الأول: الهدف من إجراء التحقيق في المنازعات الإدارية.
- 69.....الفرع الثاني: دور القاضي المقرر و محافظ الدولة في التحقيق في المنازعات الإدارية.
- 70.....المبحث الثاني: وسائل القاضي الإداري في التحقيق.
- 71.....المطلب الأول: الوسائل الإجرائية للقاضي الإداري في التحقيق.
- 71.....الفرع الأول: الخبرة.
- 72.....أولاً: تعريف الخبرة.
- 73.....ثانياً: مميزات الخبرة.
- 75.....الفرع الثاني: المعاينة و الانتقال.
- 76.....أولاً: تعريف المعاينة.
- 76.....ثانياً: سلطة القاضي الإداري في الأمر بالمعاينة.
- 80.....الفرع الثالث: الاستجواب و شهادة الشهود.
- 81.....أولاً: الاستجواب.
- 82.....ثانياً: شهادة الشهود.
- 84.....الفرع الرابع: مضاهاة الخطوط.

| | |
|----------|---|
| 87..... | الفرع الخامس: دور الوسائل العلمية الحديثة |
| 89..... | الفرع السادس: دور المستندات في التحضير |
| 93..... | المطلب الثاني: الوسائل الموضوعية للقاضي الإداري في التحقيق |
| 94..... | الفرع الأول: الإقرار كوسيلة للتحقيق |
| 94..... | أولاً: الإقرار القضائي |
| 95..... | ثانياً: الإقرار الغير قضائي |
| 95..... | الفرع الثاني: القرينة القضائية كوسيلة للتحقيق |
| 96..... | المطلب الثالث: تقييم دور القاضي الإداري أثناء التحقيق |
| 99..... | الفصل الثاني: الدور الإجرائي للقاضي الإداري أثناء المحاكمة |
| 100..... | المبحث الأول: إجراءات المحاكمة أمام القضاء الإداري |
| 100..... | المطلب الأول: دور محافظ الدولة |
| 101..... | الفرع الأول: قبل جلسة المرافعة |
| 101..... | الفرع الثاني: أثناء جلسة المرافعة |
| 103..... | المطلب الثاني: إختتام التحقيق و النطق بالحكم |
| 104..... | الفرع الأول: اختتام التحقيق |
| 104..... | الفرع الثاني: النطق بالحكم |
| 108..... | المبحث الثاني: نطاق سلطات القاضي الإداري في مرحلة المحاكمة |
| 108..... | المطلب الأول: دعوى الإلغاء |
| 109..... | الفرع الأول: مفهوم دعوى الإلغاء |

| | |
|-----------|--|
| 109..... | أولاً: تعريف دعوى الإلغاء..... |
| 111..... | ثانياً: شروط قبول دعوى الإلغاء..... |
| 124..... | الفرع الثاني: أوجه الإلغاء..... |
| 125..... | أولاً: عيب المشروعية الخارجية..... |
| 129..... | ثانياً: عيب المشروعية الداخلية..... |
| 133..... | الفرع الثالث: اجتهادات القاضي الإداري في تكريس دعوى الإلغاء..... |
| 133..... | أولاً: اجتهادات مجلس الدولة في مجال العمران..... |
| 137..... | ثانياً: اجتهادات مجلس الدولة في مجال الوظيفة العمومية..... |
| 142 | المطلب الثاني: دعوى التعويض (المسؤولية الإدارية)..... |
| 142..... | الفرع الأول: تعريف دعوى التعويض..... |
| 142 | أولاً: التعريف التشريعي..... |
| 143..... | ثانياً: تعريفها القضائي..... |
| 143..... | ثالثاً: تعريفها الفقهي..... |
| 144..... | الفرع الثاني: شروط قبول دعوى التعويض..... |
| 144..... | أولاً: الشروط الشكلية لقبول دعوى التعويض..... |
| 146..... | ثانياً: الشروط المتعلقة بعريضة الدعوى..... |
| 147..... | ثالثاً: شرط الميعاد..... |
| 147..... | رابعاً: شرط وجود قرار إداري مسبق..... |
| 148..... | الفرع الثالث: الأساس القانوني لدعوى التعويض..... |

| | |
|----------|---|
| 149..... | أولاً: المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ..... |
| 150..... | ثانياً: المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر..... |
| 151..... | الفرع الرابع: تقدير التعويض و طرقه..... |
| 151..... | أولاً: التعويض العيني..... |
| 152..... | ثانياً: التعويض بمقابل..... |
| 155..... | ثالثاً: التعويض في القضاء الجزائري..... |
| 155..... | الفرع الخامس: تطبيقات مجلس الدولة في دعوى التعويض..... |
| 155..... | أولاً: الاجتهادات القضائية المكرسة للمسؤولية المرفقية..... |
| 158..... | ثانياً: الاجتهادات القضائية المكرسة لمبدأ المسؤولية الشخصية..... |
| 163..... | الباب الثاني: دور مجلس الدولة في خلق القاعدة الموضوعية..... |
| 164..... | الفصل الأول: سلطة القاضي الإداري في خلق القاعدة الموضوعية..... |
| 164..... | المبحث الأول: سلطة القاضي الإداري في حالة وضوح و غموض النص..... |
| 165..... | المطلب الأول: سلطته في حالة وضوح النص..... |
| 166..... | الفرع الأول: مفهوم القياس..... |
| 167..... | الفرع الثاني: موقف القاضي الإداري..... |
| 169..... | المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص..... |
| 169..... | الفرع الأول: مفهوم التفسير القضائي في المادة الإدارية..... |
| 170..... | أولاً: تعريف التفسير..... |
| 173..... | ثانياً: أنواع التفسير..... |
| 180..... | الفرع الثاني: حالات التفسير القضائي..... |

| | |
|----------|---|
| 180..... | أولاً: حالة الخطأ..... |
| 182..... | ثانياً: النقص و الغموض..... |
| 182..... | ثالثاً: التعارض..... |
| 185..... | الفرع الثالث: طرق القاضي الإداري في تفسير المادة الإدارية..... |
| 185..... | أولاً: طرق التفسير القضائية الداخلية..... |
| 190..... | ثانياً: طرق التفسير القضائية الخارجية..... |
| 195..... | ثالثاً: دور القاضي في الحالات الأخرى للتفسير..... |
| 199..... | المبحث الثاني: سلطة القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص..... |
| 200..... | المطلب الأول: دوافع حلول السلطة القضائية محل السلطة التشريعية..... |
| 200..... | الفرع الأول وجود فراغ قانوني أو تشريعي..... |
| 202..... | الفرع الثاني: تشتت الكثير من النصوص القانونية للقانون الإداري..... |
| 203..... | المطلب الثاني: مصادر القانون الإداري عند غياب النص القانوني..... |
| 204..... | الفرع الأول: القانون المدني..... |
| 206..... | الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون..... |
| 207..... | الفرع الثالث: السوابق القضائية..... |
| 208..... | الفرع الرابع: الفقه..... |
| 209..... | المطلب الثالث: خطوات صنع القاعدة القانونية من طرف القاضي الإداري..... |
| 209..... | الفرع الأول: مرحلة الاكتشاف المزدوج..... |
| 210..... | الفرع الثاني: مرحلة التجريب..... |
| 211..... | الفرع الثالث: مرحلة الإدماج..... |

| | |
|---|-----|
| القانونية..... | 214 |
| المبحث الأول: الحدود الواردة على دور القاضي في خلق القاعدة الموضوعية..... | 214 |
| المطلب الأول: الحدود السياسية..... | 215 |
| الفرع الأول: مفهوم نظرية أعمال السيادة..... | 215 |
| أولاً: تعريفها..... | 215 |
| ثانياً: رقابة القاضي الإداري على أعمال السيادة..... | 217 |
| الفرع الثاني: معايير تحديدها..... | 219 |
| أولاً: معيار الباعث السياسي..... | 219 |
| ثانياً: معيار طبيعة العمل أو موضوعه..... | 220 |
| ثالثاً: معيار القائمة القضائية..... | 221 |
| رابعاً: معيار العمل المختلط..... | 222 |
| المطلب الثاني: الحدود القضائية..... | 223 |
| الفرع الأول: مفهوم الحلول..... | 223 |
| الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من الحلول..... | 224 |
| الفرع الثالث: مضمون قاعدة عدم الحلول..... | 225 |
| المبحث الثاني: الآثار المترتبة على دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية..... | 227 |
| المطلب الأول: المبادئ العامة للقانون..... | 228 |
| الفرع الأول: ماهية المبادئ العامة للقانون..... | 228 |
| أولاً: مفهوم المبادئ العامة للقانون..... | 229 |
| ثانياً: مميزات المبادئ العامة للقانون..... | 230 |

| | |
|-----------|--|
| 235..... | ثالثا: أنواع المبادئ العامة للقانون. |
| 235..... | الفرع الثاني: حدود المبادئ العامة للقانون. |
| 236..... | أولا: استبعاد تطبيق المبادئ العامة لنص قانوني خاص. |
| 238..... | ثانيا: جواز مخالفة الإدارة للمبادئ العامة للقانون في الظروف الاستثنائية. |
| 240..... | ثالثا: المكانة التأسيسية للمبادئ العامة للقانون و موقعها من التشريع. |
| 241..... | الفرع الثالث: نطاق المبادئ العامة للقانون. |
| 241..... | أولا: المبادئ العامة للقانون تطبق مستقبلا على المنازعات المشابهة. |
| 242..... | ثانيا: القاضي الإداري مشرع المبادئ العامة للقانون. |
| 244..... | ثالثا: مصادر المبادئ العامة للقانون. |
| 247 | الفرع الرابع: القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون. |
| 254..... | الفرع الخامس: دور مجلس الدولة في جمع المبادئ العامة للقانون. |
| 256..... | المطلب الثاني: القواعد القضائية. |
| 257..... | الفرع الأول: ماهية القاعدة القضائية. |
| 257..... | أولا: مفهوم القاعدة القضائية. |
| 258..... | ثانيا: طبيعة القاعدة القضائية. |
| 260..... | ثالثا: أساس القاعدة القضائية. |
| 263..... | الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في تحديد القاعدة القضائية. |
| 263..... | أولا: استبعاد قاعدة لصالح أخرى. |
| 263..... | ثانيا: الفرق بين قاعدتين متعارضتين. |
| 265..... | المطلب الثالث: القرار المبدئي و القرائن القضائية. |
| 266..... | الفرع الأول: القرار المبدئي. |

| | |
|----------|---|
| 266..... | أولاً: مراحل وضع القرار المبدئي..... |
| 267..... | ثانياً: القرار المبدئي قاعدة قضائية تطبق مستقبلاً على المنازعات المشابهة..... |
| 271..... | ثالثاً: مرتبة القرار المبدئي في الهرم القانوني..... |
| 272..... | الفرع الثاني: القرائن القضائية..... |
| 272..... | أولاً: ماهية القرائن القضائية..... |
| 276..... | ثانياً: شروط القرائن القانونية..... |
| 276..... | ثالثاً: القرائن القضائية و المصطلحات الأخرى..... |
| 279..... | رابعاً: القيمة القانونية للقرائن القضائية..... |
| 280..... | خامساً: دور القاضي الإداري في استنباط القرائن القضائية..... |
| 292..... | الخاتمة..... |
| 300..... | قائمة المراجع..... |
| 330..... | فهرس الموضوعات..... |
| | ملخص. |

