



جامعة باتنة -1-
الحاج لخضر
كلية الحقوق و العلوم السياسية



قسم الحقوق

دور الاجتهاد القضائي في إثراء القانون الإداري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص قانون اداري

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد الوهاب مخلوفي

إعداد الطالب:

صالح جابر

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
مزباني فريدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	رئيسا
عبد الوهاب مخلوفي	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	مشرفا ومقررا
آمنة سلطاني	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	عضوا مناقشا
غيلاني الطاهر	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة 1	عضوا مناقشا
مرزوقي عبد الحليم	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
كمال دريد	أستاذ محاضر أ	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2021 – 2022

قال تعالى

﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾

سورة الفرقان، الآية 33 .

اهداء

اهدي هذا العمل المتواضع الى :

روح والدي عليه رحمت الله تعالى

والدتي أطال الله في عمرها ورزقها الصحة والعافية

زوجتي،

بناتي؛ رودينا، هبة الرحمن، شمس الأصيل

زملائي الأفاضل، أصدقائي

كل قارئ

شكر وتقدير

الحمد لله أولاً الذي أنعم علي باتمام هذه الرسالة، فله الحمد والشكر.

ثم خالص تقديري وامتناني الى الاستاذ الدكتور عبد الوهاب مخلوفي لقبوله الاشراف على أطروحتي والذي لم يدخر جهداً للنصح والتوجيه، رغم انشغالاته المتواصلة، فله مني كامل التشكرات والامتنان. وخالص شكري وتقديري لأعضاء لجنة المناقشة كل باسمه لقبولهم تقويم ومناقشة عملي المتواضع. لكم جميعاً خالص الشكر والتقدير والامتنان.

الباحث: صالح جابر

مقدمة:

فكرة الاجتهاد القضائي لا تزال تثير الجدل الفقهي والقضائي والقانوني في نظرية القانون الإداري، سواء في الإشكالية التي تخص السؤال الرئيس في مصدرته للقاعدة القانونية الإدارية، أو غيرها من الإشكالات التي قد تثار باستمرار في النظام القانوني الفرنسي، وحتى في النظم القريبة منه والتي تبنت توجهه القضائي والقانوني، كالجائر مثلا. والنظر في فقه القانون، يجده اهتم بتحديد المقصود بالاجتهاد القضائي عامة، لا الاجتهاد القضائي الاداري، ولو أن ذلك قد يكون ليس مهما متى تبين أن الفرق بين المفهومين السابقين، قد ينحصر فقط في الجهة القضائية الصادر عنها العمل الاجتهادي بين ان كانت جهة قضاء عادية، أو جهة قضاء ادارية.

رغم ذلك، هناك محاولات جادة في تعريف الاجتهاد القضائي الاداري على الخصوص، باعتباره نظرية قانونية مستقلة ومتميزة عن نظرية الاجتهاد القضائي عامة.

فمن خلال معيار سلطة انتاجه، الاجتهاد القضائي الاداري هو وثيق الصلة بالمنازعة الادارية، حيث يصدق القول، أنه لا اجتهاد قضائي اداري دون منازعة ادارية. ولا منازعة ادارية دون تبني اجتهادا قضائيا اداليا. فما هو الا انعكاسا للمنازعات الادارية، أو نتيجة لها¹. وبالتالي فهو وثيق الصلة بالسلطة القضائية الادارية.

وبحسب المعيار العضوي؛ يمثل الاجتهاد القضائي الاداري كل اجتهاد صادر عن جهة قضائية ادارية، فهو: "مجموع الأحكام والمقررات الصادرة عن الجهات ذات الطبيعة القضائية الادارية. باعتبار أن الاجتهاد القضائي عامة يعبر عن مجموع الأحكام والمقررات الصادرة عن الجهات القضائية².

أما في تعريف الاجتهاد القضائي الاداري بحسب المعيار الموضوعي، فهو يمثل النظر الى طبيعة العمل في حد ذاته، باعتباره عملا يتضمن حلا لنزاع معروض، ويتضمن بصفة صريحة أو ضمنية موقفا جديدا في مسألة قانونية معينة، أو تغييرا أو الغاء لموقفا قضائيا معيننا سابقا في مسألة قانونية³.

وعرف المهدي خالدي الاجتهاد القضائي باعتباره⁴: "بذل القاضي أو هيئة قضائية وسعه وجهده وطاقته في استنباط وتحصيل الحلول والأحكام القانونية من مصادرها الرسمية وتنزيلها على الوقائع تنزيلا محكما يقضي الى الفصل في

¹ - Philippe Jestaz, la jurisprudence, ombre portée du contentieux, Dalloz-Sirey, France, 1989, p149.

² - Philippe Jestaz, op-cit, p 151

³ - سمية سنوساوي، " الاجتهاد القضائي الاداري "، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، يوسف بن خدة، 2018-2019، ص 20.

⁴ - المهدي خالدي، " الاجتهاد القضائي في المادة الادارية "، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق سعيد حمدين جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2017-2018، ص 29.

الخصومة المتنازع عليها، في حالة عدم وجود النص القانوني واجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته، فيفسر القانون متى كان غامضا، ويكمله متى كان ناقصا، ويوجد حلا متى كان النص غير موجود، ويكون ملزما لأطرافه".

ليحدد المعنى العام في تعريف الاجتهاد القضائي باعتباره¹: "مجموع الحلول التي تتوصل اليها الجهات القضائية وهي تفصل في الخصومات المعروضة عليها في أي مادة أو فرع من فروع القانون، ويطلق عليها الاجتهاد القضائي الاداري، الاجتهاد القضائي التجاري، الاجتهاد القضائي البحري والعقاري ...".

ثم المعنى الخاص للاجتهاد القضائي الاداري معتبرا اياه²: "الجهد الذي يبذله القاضي الاداري أو الهيئة القضائية الادارية، في ايجاد واستنباط الحلول والأحكام القانونية، ليطبقها على خصومة معروضة عليه في إطار القانون العام، وينطلق فيها القاضي من قواعد استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، غير موجودة أو موجودة في ويعتريها غموض وعدم كفاية، مراعي في ذلك الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد".

ولقد عرف الغوثي بن ملحة الاجتهاد القضائي، بمعنى واسع وآخر ضيق، معتبرا اياه: "مجموع الأحكام الصادرة عن المحاكم" بالمعنى الواسع، و"اعتباره بعض الأحكام المتعلقة بمسألة قانونية ما"، بالمعنى الضيق. ثم حدد الأسس التي يقوم عليها الاجتهاد القضائي، في أدوات الصياغة القانونية، والتكييف القانوني، والتفسير القضائي³.

حيث تتمثل أدوات الصياغة القانونية في كل من القاعدة القانونية والمبادئ العامة القانونية والمفاهيم القانونية والنمط القانوني. أما التكييف القانوني، فيمثل عملا ذهنيا يتوصل به القاضي الى تطبيق القانون على وقائع النزاع. أما التفسير القضائي، فهو يمثل عنصرا جوهريا في تطبيق القانون وهو ضروري لتطبيق القاعدة القانونية على واقع النزاع المنشور أمام القاضي⁴.

ويرى رشيد خلوفي في تعريف الاجتهاد القضائي أنه يكون متى توافرت معايير تتعلق بالمقرر القضائي لجهة القضاء الاداري العليا.

حيث يمثل الاجتهاد القضائي بحسبه، كل مقرر قضائي صادر عن جهة القضاء الاداري العليا مشكلا من كل غرفها مجتمعة، لتطرح مبدأ عاما مجردا، ومتضمنا مبدأ قضائيا جديدا، أو مغيرا لمبدأ قضائيا سابقا، مع توافر معيار الاستقرار والاشهار وتوفر هذه المقررات القضائية⁵.

1 - المهدي خالدي، "الاجتهاد القضائي في المادة الادارية"، مرجع سابق، ص 30.

2 - المرجع نفسه، ص 30.

3 - الغوثي بن ملحة، "أفكار حول الاجتهاد القضائي"، المجلة القضائية، ع 1، 2000، ص 55، 56، 57.

4 - المرجع نفسه، ص 55، 56، 57.

5 - Rashid Khelloufi, La jurisprudence administrative dans le système juridique algerien; une jurisprudence inaccomplie, Revue idara, n 43, pp, 7-32.

"فالاستقرار هو المعيار الذي يضمن وجود الاجتهاد القضائي. من خلال صدور مجموعة من المقررات القضائية الفاصلة في مسألة قضائية واحدة فصل بنفس النتيجة. كما يضمن الاستقرار تجنب تناقض الجهات القضائية حول مسألة واحدة ويكرس مبدأ المساواة أمام القضاء والقانون.

كما يعتبر إشهار المقررات القضائية معيارا آخر لتكوين الاجتهاد القضائي، معيارا يتماشى ومبدأ الفصل في القضايا باسم الشعب وضرورة الشفافية في العمل القضائي. كما يسمح الإشهار لكل مواطن الاطلاع على كيفية نظر القاضي في القضايا المطروحة عليه والفصل فيها بصفة علنية.

وللإشهار مزية أخرى تتمثل في تسهيل الدراسات والبحوث العلمية لفهم القانون الإداري وتطويره. وهكذا يكتسي إشهار المقررات القضائية أهمية بالغة في إنشاء الاجتهاد القضائي وطمأن نقاش من جهة بين القضاء والفقهاء ومن جهة بين القضاء والفقهاء والمشرع.

وللإشهار مهمة لا تقل أهمية لكونه يشارك في تكريس مجتمع ديمقراطي في دولة القانون بحيث يسمح الإشهار للمواطنين الاطلاع ومعرفة حقوقهم وواجباتهم.

ومن بين أهداف الإشهار يجبر هذا الأخير القاضي على إعداد مقررات قضائية تتميز بالجودة القانونية. ويأخذ إشهار المقررات القضائية عدة أشكال ويتم في محطات مختلفة. يتحقق إشهار المقررات القضائية عند النطق بها أثناء الجلسات العلنية. ونشرها في مجلات متخصصة التي يمكن اعتبارها بمثابة "الجريدة الرسمية للاجتهاد القضائي". كما يتحقق الإشهار بواسطة التحليل والتعليق التي يقوم بها الفقهاء ورجال القانون¹.

حيث يفرق رشيد خلوفي بين كل من مصطلحي " الاجتهاد القضائي " و " اجتهاد قضائي "، معتبرا الأول هو المعني ببناء المبادئ العامة للقانون، بينما الثاني، فهو دون ذلك مرتبة².

1- إشكالية الموضوع:

ان سؤال البحث الرئيسي، الذي يريد الباحث طرحه هو:

ما دور وأثر الاجتهاد القضائي الإداري في القانون الإداري الجزائري؟

فالاجتهاد القضائي الإداري المقصود بالبحث هو ذلك الذي يؤسس وينشئ قواعد قانونية إدارية، تتصف بصفة العمومية والتجريد والالزام، وكل وصف تتصف به القاعدة القانونية.

1 - Rashid Khelloufi, La jurisprudence administrative dans le système juridique algérien; une jurisprudence inaccomplie, ibid, pp 7-32.

² - Ibid, p 7-32.

ويؤكد الباحث في هذا السياق، في تحديد إطار البحث، أن الإطار القانوني القضائي للموضوع، مرتبط بالتجربة الجزائرية، ويخصها أساسا، مع الاستئناس بالنظم المقارنة في كل حين، ومتى كانت هناك ضرورة. ويمكن من خلال الإشكالية الرئيسة أعلاه تبني أسئلة فرعية وهي التالية:

- ما دور الاجتهاد القضائي في القانون الإداري؟
- ما أثر الاجتهاد القضائي الإداري في القانون الإداري؟
- هل يمكن أن يكون القاضي الإداري مشرعا للقانون؟
- ما علاقة المشرع بالقاضي في سن القانون؟ وبالتبعية علاقة المقارنة بين السلطتين التشريعية والقضائية؟
- ما علاقة تحولات المادة الإدارية بالاجتهاد القضائي الإداري؟ وأثر ذلك في نظرية القانون الإداري؟
- من منع ويمنع القاضي الإداري في الجزائر من الاجتهاد القضائي، وتشريع قواعد القانون الإداري؟
- ما مبرر استمرارية الاجتهاد القضائي الإداري كأساس لقواعد القانون الإداري؟

2- أسباب اختيار الموضوع:

ما دفعنا الى اختيار هذا الموضوع، هو البحث في المفاهيم وأصولها، وهو " مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري " من خلال الدور والأثر، ومحاولة مقارنة الموضوع الى فلسفة القانون، والتي هي غائبة الى حد ما في الدراسات القانونية الجزائرية، فكثيرا ما تقف الدراسات القانونية الى حد الموقف القانوني والقضائي ولا تتعداها الى ما وراء ذلك. بالإضافة الى أن موضوع البحث، ولو انه بحث فيه من قبل، الا أننا نرى فيه زوايا واشكالات وتساؤلات مازالت لم تطرح بعد، وستبقى في إطار العمل التشكيكي البحثي المتواصل في فقه وقضاء القانون. إضافة الى مسألة فك الارتباط بين فقه القانون الفرنسي وفقه القانون الجزائري، التي تتمسك بها بعض التوجهات الفقهية في الجزائر. حيث يطرح الباحث، ما إذا كان هناك إمكانية لبناء نظرية للقانون الإداري الجزائري، خاصة في ظل اختلاف الأسس والمصادر المادية للقانون بين مختلف النظم القانونية.

3- الهدف من الدراسة:

ان الهدف من بحث موضوع دور الاجتهاد القضائي في اثر القانون الإداري، هو البحث في " الدور " وفي " الأثر "، حيث مسألة دور الاجتهاد القضاء الإداري في القانون الإداري، تمثل البحث في سلطة الانشاء والابتداع للقاضي الإداري وسلطة الكشف عن القاعدة القانونية الإدارية. وأما الأثر؛ فهو البحث في مدى اثر المادة الإدارية من قبل الاجتهاد القضائي، والحاجة اليه، والذي يمثل الشق الاجرائي والشق الموضوعي للقاعدة القانونية الإدارية.

كما تهدف الدراسة الى تبين مكانة الاجتهاد القضائي في القانون الإداري، وما اذا كانت اليوم أوكد في استمراريتها وديمومتها، في ظل اتجاهات تنادي بإعدامها أو الانتقاص من شأنها، في مواجهة التقنية للقانون الإداري. فصحيح أن تقنية المادة الإدارية أخذت حيزا كبيرا في نظرية القانون الإداري، غير، أن حدود القانون الإداري مازال مفتوحة، مما يستوجب على القضاء الإداري حفظ المشروعية والشرعية فيه والابتداع والانشاء في ظلاله.

4- أهمية الموضوع:

أهمية موضوع الدراسة ترتبط في تبين المكانة المتميزة للاجتهاد القضائي في نظرية القانون الإداري، وفي القانون الإداري الجزائري على الخصوص، وتبين ما إذا كان لا يزال للاجتهاد القضائي دور في تبني الحلول القضائية بخصوص المادة الإدارية، خاصة في ظل غموض النص التشريعي أو انعدامه. وذلك في سياق بحث موضوع مصادر القاعدة القانونية الإدارية.

كما أن العلاقة بين العمل التشريعي والعمل القضائي من الأهمية بمكان خاصة في نظرية القانون الإداري، والتي تتميز بخصوصية عن باقي فروع القانون، يستدعي توضيح مقارنة القاضي المشرع للنص القانون الإداري، والتي كانت انطلاقة تأسيس القانون الإداري، وما إذا كان لعقيدة الانطلاق مبرر لاستمراريتها وبقائها في اثر العمل التشريعي من جهة والعمل القضائي كذلك.

كما يمكن القول أن جودة النص القانوني الإداري، تتأني من خلال مقومات عديدة، من بينها العمل الاجتهادي القضائي المتواصل، لذلك موضوع البحث يساعد في اجلاء مدى ضرورة تعزيز الاختصاص التقويمي والاجتهادي للقضاء الإداري. وبقائه. في إطار تجسيد مبادئ الأمن القانوني والقضائي.

5- الدراسات السابقة:

ان هذا الموضوع ليس جديدا، حيث تناولته بالدراسة عديد البحوث السابقة، سواء في الفقه الفرنسي وحتى في الفقه الجزائري، وهو لا يزال يثير إشكالات عدة تستحق الدراسة والبحث. فمن بين الدراسات في الفقه الجزائري، نجد رسالة الدكتوراة للباحث المهدي خالدي المعنونة ب"الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية"، في كلية الحقوق لجامعة الجزائر، لسنة 2017-2018، والذي تعرض فيها الى باين، الأول مفهوم الاجتهاد القضائي والهيئات القضائية المختصة به، وتناول فيه مفهوم الاجتهاد القضائي، ونشأة القضاء الإداري وتطوره، أما الباب الثاني عنونه القاضي الإداري وتعامله مع المادة الإدارية وتطبيقه في ذلك، وبين فيه القاضي الإداري بين النص القانوني والسلطة التقديرية للإدارة، وتطبيقات قضائية للقاضي الإداري الجزائري في المادة الإدارية.

حيث ما يمكن ملاحظته في رسالته، أنه تعرض فقط لدور القاضي الإداري وتعامله مع النص في المادة الموضوعية دون المادة الإجرائية، حيث اقتصر الى الإشارة الى دعوى الإلغاء والقضاء الكامل في التطبيقات القضائية اجرائيا. كما أن الإشارة الى المادة الموضوعية كان مقتضبا يخص تفسير النص القانوني الواضح والغامض فقط.

بالإضافة الى رسالة دكتوراة للباحثة سنوساوي سمية والمعونة ب"الاجتهاد القضائي الإداري"، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2018-2019، جاء في بابها الأول مفهوم الاجتهاد القضائي الاداري: مفهوم متشعب، في فصله الأول تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي، والفصل الثاني علاقة الاجتهاد القضائي الاداري بالنظام الدستوري والنظام القضائي، وفي الباب الثاني، المكانة القانونية للاجتهاد القضائي الإداري، في فصله الأول الاجتهاد القضائي الإداري كمصدر مكمل للقانون، وفي الفصل الثاني عوامل اضعاف الاجتهاد القضائي الإداري.

وما يمكن ملاحظته، من خلال طرح الباحثة، هو الوصول الى نتيجة عدم وضوح الإطار القانوني وضعف العمل القضائي للقاضي الإداري، وبالتالي الإقرار بعدم وجود اجتهاد قضائي اداري، وهذه نتيجة وصفية لحالة الاجتهاد القضائي، بحيث غموض الاطار القانوني وضعف الاجتهاد القضائي يستدعي البحث في ما وراء ذلك. وعدم التسليم فقط بالممارسة والتي قد تكون في كثير من الأحيان مقيدة بدون تقييد.

وفي الفقه المصري، رسالة دكتوراة للباحث محمد جلال محمد العيسوي، بعنوان " دور القاضي الإداري في المنازعة الإدارية دراسة مقارنة"، كلية الحقوق لجامعة المنوفية، بين في فصل تمهيدي دور القاضي الإداري في انشاء وخلق القاعدة القانونية، ثم الباب الأول عنوانه السلطة التقديرية للقاضي الإداري في المنازعة الإدارية، في الفصل الأول منه دور القاضي الإداري في تسيير إجراءات المنازعة الإدارية، وفي الفصل الثاني دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، وفي الفصل الثالث في دور القاضي الإداري في مرحلة الاثبات الإداري، ثم الباب الثاني بعنوان دور القاضي الإداري في تنفيذ الأحكام الإدارية، وفي فصله الأول دور القاضي الإداري في مواجهة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، وفي الفصل الثاني دور القاضي الإداري في الزام الادارة في تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها.

وما يلاحظ في هذه الرسالة، هو الاهتمام بالشق الاجرائي فقط، دون الشق الموضوعي في المنازعة الإدارية. ومن الفقه المغربي، رسالة دكتوراه للباحث عبد الرحمن اللمتوني، عنوانها " دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية"، منشورة عن دار القلم، المغرب لسنة 2018. حيث تناول في القسم الأول منه شرعية خلق الاجتهاد القضائي للقاعدة القانونية، ضم في بابه الأول المعينات النظرية لدور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، حيث ضم فصلا أولا بعنوان رسوخ فلسفة الفقه الكلاسيكي الراضة لدور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، وفي

فصله الثاني المشكلة الدستورية، ثم تناول في الباب الثاني منه أساس وضوابط خلق الاجتهاد القضائي للقاعدة القانونية، بين في فصله الأول أساس خلق الاجتهاد القضائي للقاعدة القانونية، وفي الفصل الثاني ضوابط خلق الاجتهاد القضائي للقاعدة القانونية. وتطرق في القسم الثاني من دراسته الى طرق وآليات خلق الاجتهاد القضائي للقاعدة القانونية، بين في الباب الأول، خلق الاجتهاد القضائي للقاعدة القانونية عن طريق التفسير، وفي بابه الثاني خلق الاجتهاد القضائي للقاعدة القانونية من خلال تكملة التشريع، ليصل الى خاتمة تضم أهم نتائجه.

وما يلاحظ في هذه الرسالة فضلا عن اهتمامها بطبيعة الحال بالنظام القانوني المغربي، هو الدراسة كانت شاملة للنظرية القانونية عامة، ولم تقتصر فقط على نظرية القانون الاداري.

إضافة الى رسائل ومقالات متعددة ضمها البحث في ثناياه، سواء من الفقه الفرنسي، أو الفقه العربي¹.

6- المنهج المتبع:

بقصد دراسة موضوع البحث سنعمد المنهج التحليلي، وذلك من خلال دراسة وتحليل موقف القانون والقضاء فيما يتعلق بسؤال البحث، وشرح وتحليل التوجه التشريعي والقضائي لنظام القضاء الإداري المتعلق بالمادة الإدارية، والعمل على نقد كل من النص القانوني والاجتهاد القضائي. إضافة الى ابراز الآراء الفقهية وأدلتها وحججها والعمل على نقدها كذلك. بالمقارنة مع بعض الأنظمة القانونية كلما ساحت الفرصة لذلك.

7- خطة الدراسة:

لدراسة هذا الموضوع، قسمنا البحث الى بابين، ومهدنا اليهما بفصل تمهيدي، وشد كل ذلك مقدمة وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

فصل تمهيدي تطرقت فيه الى دور الاجتهاد القضائي في القانون الإداري، وقسمته الى مبحثين، الأول عنوانته بالاجتهاد القضائي ليس مصدرا للقانون الإداري، والثاني عنوانته بالاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري.

ثم عرجت الى الباب الأول معنونا اياه بأثر الاجتهاد القضائي الجزائي في القاعدة الاجرائية الإدارية، وضم الفصل الأول بعنوان أثر الاجتهاد القضائي الاداري في القاعدة الاجرائية المتعلقة بكامل مراحل الدعوى الإدارية، والذي تطرقت فيه الى

¹ - على سبيل المثال

LaureBouvier, Le conseil d'état et la confectio de la loi, 04-12-2013, un Panthéon-assis, paris 2, عز الدين الماحي، الدور الانتشائي للاجتهاد القضائي في المادة المدنية، أطروحة دكتوراة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة القاضي عياض بمراكش، المملكة المغربية، 2019.

حسن محمود حسن محمود، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، 2005. Jean Rivero: Le juge administratif: un juge qui gouverne D; 1951, chron. Jeanneau. Les principe generaux du droit dans la jurisprudence Administrative, These D, paris 1954.

ثلاث مباحث تخص كل من حق الدفاع وحق التقاضي ومعقولية المحاكمة. ثم الفصل الثاني معنوناً بإياه بأثر الاجتهاد القضائي الإداري في القاعدة الاجرائية أثناء مرحلة رفع الدعوى الادارية والتحقيق، والذي تطرقت فيه الى انفتاح ميعاد الطعن القضائي وحالة العريضة الافتتاحية، ثم أثر الاجتهاد القضائي في أوامر التحقيق.

بعد ذلك تطرقت الى الباب الثاني بعنوان أثر الاجتهاد القضائي الجزائي في القاعدة الموضوعية الإدارية، والذي ضم ثلاث فصول، الأول أثر الاجتهاد القضائي الإداري في التنظيم الإداري، والذي بينت فيه تحديد الشخص الإداري بين التشريع والاجتهاد القضائي، وأثر الاجتهاد القضائي الإداري في تحول التنظيم الإداري، ثم الفصل الثاني في أثر الاجتهاد القضائي الإداري في النشاط الإداري، مبينا فيه أثر الاجتهاد القضائي الإداري في نظرية المرفق العام، ثم أثر الاجتهاد القضائي الإداري في نظرية الضبط الإداري، ثم الفصل الثالث تطرقت فيه الى أثر الاجتهاد القضائي في اعمال الادارة العامة القانونية، من خلال نظرية القرار الإداري ثم نظرية العقد الإداري.

فصل تمهيدي

دور الاجتهاد القضائي في القانون الاداري.

فصل تمهيدي: دور الاجتهاد القضائي في القانون الاداري.

يزال التساؤل التقليدي، هل ينشئ القاضي الإداري القاعدة القانونية الإدارية أم لا؟ يطرح في أدبيات القانون عامة، وفقه القانون الاداري خاصة، في ما إذا كان للقاضي سلطة تشريع القواعد القانونية، من خلال المميزات الأساسية التي يتميز بها التشريع دائما باعتباره ناقصا غير كامل، وغير محيط بجميع الوقائع والنوازل التي قد تقع ويرفع بشأنها نزاع وخصومة أمام القضاء.

ولعل مادة القانون الاداري تؤكد بتميزها بصفة نقص التشريع، وذلك استنادا لخصائصه التي يتكلم عنها فقه القانون الاداري التقليدي دائما، بأنه قانون حديث، مرن وسريع التطور، وقانون قضائي غير مقنن. وبالتالي يبرز دور الاجتهاد القضائي الاداري في تكملة النقص التشريعي، وذلك ما قد يتنافى مع المبدأ الأساسي الدستوري، "مبدأ الفصل بين السلطات" بحيث لكل سلطة اختصاص أصيل، فالتشريع اختصاص للسلطة التشريعية، والتنفيذ يوكل للسلطة التنفيذية، ويكون للسلطة القضائية سلطة حل النزاعات بموجب تلك القواعد التشريعية المعدة سلفا من السلطة التشريعية.

تبعا لذلك، يمكن طرح التساؤل من جديد، هل الاجتهاد القضائي يعد مصدرا للقانون الاداري؟ يرى الباحث ان الاجابة عن التساؤل المطروح مبدئيا تفترض افتراضين، الأول؛ النقيض، فلا يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، والثاني؛ الايجاب، فيعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا له. فالفرض الأول، يستند نظريا الى أوجه من بينها، توجهات في الفقه الفرنسي، مصدر وأساس نظرية القانون الإداري، والذي أصبح اتجاه منه يشكك في استمرارية مبدأ قضائية القانون الاداري. وانحسار الجانب التاريخي لقضائيته، بل يدعو البعض الى الغاء القضاء الإداري.

ولعل مرد ذلك، يعود الى عوامل عملية، فالبعض ما فتى يطرح التساؤل عن ما اذا بقي دور للقاضي الاداري في صناعة القانون الاداري اليوم؟ في ظل تحولات نظرية القانون الاداري، وغزارة النصوص القانونية، وتأثير القانون الدستوري.

في مقابل ذلك؛ تطرح نظرية القانون الاداري، كمنظرة مستقلة ومتميزة عن نظرية القانون الخاص، وبقائها تمتاز بامتياز تدخل الاجتهاد القضائي في مقابل المشرع في تبني أفكارها ومضامينها وأسسها. فالقاضي في نظرية القانون الاداري، لا يمكن أن يكون مجرد "آلة صماء" تردد كلمات المشرع، وتطبق أحكامه ونصوصه.

ولعل حلول قواعد العدالة، من الحيل القانونية لتطبيق الدور المنشئ للقواعد من قبل القاضي الاداري.

كما أن البحث في نقد بعض النظريات كمبدأ الفصل بين السلطات، والبحث في صفة المشرع، يؤسس للدور الاجتهادي في صناعة القانون، في ظل تطبيق قضاء الدستورية، وحتمية الاغفال التشريعي للقانون الاداري. نبين ذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي ليس مصدرا للقانون الاداري.

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي مصدر للقانون الاداري.

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي ليس مصدرا للقانون الاداري.

يعتبر جانب من الفقه القانوني الاجتهاد القضائي ليس مصدرا للقانون الاداري، لاعتبارات عديدة ومبررات مختلفة، مخالفة للقاعدة النظرية المبدئية التي تطلق في القانون الاداري النظرية، الفرنسي المنشأ والمنبت، والتي تنص على: "قضائية القانون الاداري".

ولعله من المفيد القول، أنه في الفقه الفرنسي ذاته، أصبحت آراء تدعو من داخله الى نكران مبدأ " قضائية القانون الاداري " اليوم، وترى مكانة الاجتهاد القضائي في المادة الادارية، ماهي الا تفسير وتطبيق للنص القانوني ليس أكثر.

نبين بداية الاتجاه المعارض لاعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، من خلال نقد مسلمة قضائية القانون الاداري (المطلب الأول)، ثم التفسير القضائي للقانون الاداري (المطلب الثاني) لنصل الى موقف متشدد يدعو الى الغاء القضاء الاداري أساسا وبالتبعية الغاء ما يسمى بالاجتهاد القضائي ثانيا (المطلب الثالث).

المطلب الأول: نقد قضائية القانون الاداري.

ان الحكم بعدم اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، يرتبط أساسا في نقد مسألة مسلمة بها في فقه واجتهاد القانون الاداري، والتي تعتبر القانون الاداري قانون قضائي والتحول الذي طرأ عليها، (الفرع الأول)، وذلك استنادا الى حجج وبراهين متعددة (الفرع الثاني)، بالإضافة الى أن مبدأ الفصل بين السلطات وتفسيراته المتعددة وما ينجر عليها من أسس، قد تعيق اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري كمشكلة دستورية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التحول عن مسلمة قضائية القانون الاداري.

ان اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، والذي يعتبر كمسلمة قضائية (أولا)، يشهد اليوم اعادة قراءة له، من قبل الفقه القانوني عامة وفقه القانون الاداري خاصة، حيث يرفض من خلاله اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا لقواعد القانون الاداري في الفقه الفرنسي مهد القانون والقضاء الاداري (ثانيا).

أولا: مسلمة قضائية القانون الاداري.

في إطار النشأة المتميزة لقواعد القانون الاداري، والخصائص المختلفة التي تميز مضامينه عن القانون المدني خاصة، تميز هذا القانون بصفة أساسية لا تزال لليوم مثار اهتمام وجدل في فقه القانون عامة والقانون الاداري خاصة. وهي صفة القضائية، بل عدها ويعدها توجه واسع في الفقه كالمسلمة التي لا غنى للقانون الاداري عنها.

فيعتبر هذا الاتجاه الفقهي، ان " قضائية القانون الاداري هي مسلمة "، أي أن قواعده في أساس نشأتها هي من الاجتهاد القضائي لا التشريع، و أنها كالبديهية والتي لا تقبل الجدل حولها أو النقص. والفضل يعود في ذلك الى قضاء مجلس الدولة الفرنسي. الذي لا تزال تتواتر أحكامه وأقضيته في انشاء وابتكار الحلول القضائية الادارية في غياب النص القانوني.

فمسلمة قضائية القانون الاداري، هي في أساسها تاريخية؛ بحيث مصدرها النشأة التاريخية لنظرية القانون الاداري الفرنسية. والتي يجمع عليها فقه القانون عموما ويدعمها بتطبيقات قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

حيث كانت لمجلس الدولة الفرنسي، في بداياته الأثر البارز في بناء قواعد القانون الاداري، في ظل الفراغ التشريعي الاداري، واعتمادا على تميز العلاقات القانونية التي يحكمها القانون الاداري. فهو بالأساس يضبط علاقات غير متوازنة متمثلة في المصالح العامة للإدارة العامة والمصالح الخاصة للأفراد.

ففي نفس السياق، كان لمضمون قواعد القانون الاداري، من جهة ثانية الأثر البارز في تثبيت مسلمة قضائية القانون الاداري.

فهو قانون يضبط التوازن بين مصلحتين متعارضتين في الغالب، عامة وخاصة. لذلك كان للتقدير القضائي ضرورة وحاجة لتشكيل قواعده قضاء واجتهادا بداية ثم كمبادئ قانونية ثانية. من خلال الموازنة بين تلك المصالح.

وهو قانون المرافق العامة ونشاط السلطة الادارية العامة؛ ولما كان كل من المرفق العام كمضمون متحول ومتطور ونشاط السلطة العامة معيار أساسيا للنشاط الاداري، كان لمسلمة القضائية لقواعد الاداري أثر بارز ومسلمة أساسية تقتضيه تلك الخصائص.

فمسلمة قضائية القانون الاداري، ترتبط بتاريخ نشأة مجلس الدولة و القضاء الاداري الفرنسي، والذي يعود في أصله الى بعض الهيئات ما قبل الثورة الفرنسية سنة 1789، ممثلا في مجلس الملك Conseil du Roi، والهيئات القضائية المتخصصة ببعض المنازعات، كقضاء المياه والغابات¹.

ومجلس الدولة الفرنسي مر بعد الثورة الفرنسية، بثلاث مراحل أساسية، ليصبح جهة قضائية مثله مثل جهة القضاء العادي، تفصل في الخصومات الادارية بصفة مستقلة، باتباع القانون والاجتهاد القضائي في ما يعرض عليه.

ففي المرحلة الأولى؛ والتي سميت بمرحلة الادارة القاضية، والتي كانت فيها الادارة العامة هي صاحبة ولاية الفصل في المنازعات الادارية ذاتها، أي الى أشخاص موظفين عاملين بالإدارة العامة، الوزارات والهيئات الادارية.

1- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الادارية، دار العلوم، الجزائر، 2009، ص 47.

والمرحلة الثانية، تم فيها انشاء مجلس الدولة، ليعوض مجلس الملك الذي كان قبل الثورة الفرنسية، بموجب دستور 22 فبراير، للسنة الثامنة، ليكون بمثابة مستشار الملك والادارة العامة، حيث كان يعمل على تحضير مشاريع الأحكام والقوانين ويعرضها للإدارة المركزية التي لها سلطة البت النهائي بخصوصها.

كما تم انشاء مجالس الأقاليم، كهيئات من الدرجة الأولى يطعن في أحكامها أمام مجلس الدولة. ومجلس الدولة في هذه المرحلة، المسماة بمرحلة القضاء المقيد، كان دوره يبرز ويقوى أحيانا ويخبو ويفنى أحيانا أخرى¹.

وتبعاً لقانون 24 ماي 1872، أصبح مجلس الدولة الى جانب اختصاصه الاستشاري، اختصاصاً قضائياً أصيلاً مستقلاً عن الادارة العامة، وبهذا دخل المجلس مرحلة القضاء البات أو المفوض. ليتشكل التنظيم القضائي، من مجلس الدولة في قمة الهرم، والمحاكم الادارية في القاعدة، وما بينها المحاكم الادارية الاستئنافية، بالإضافة الى هيئات قضائية متخصصة².

ومنذ ذلك التاريخ ومجلس الدولة الفرنسي لا يزال يجتهد في إيجاد الحلول القانونية القضائية بالاستناد الى مكانته التي حضي بها في التنظيم القضائي المزدوج، وبتميز خصيصته باعتباره قضاء ابتكارياً للحلول، لنقص وانعدام النص القانوني الإداري في كثير من الحالات.

ففي ظل القصور التشريعي الإداري وتميز التقاضي الإداري عن التقاضي العادي، ولتفادي انكار العدالة، عمد القاضي الإداري الى الاجتهاد القضائي مؤسساً لقضائية القانون الإداري. لتصبح قضائية القانون الإداري كالمسلمة القانونية.

هذه المسلمة – قضائية القانون الإداري – تتعرض اليوم لنقد فقهي سواء في فرنسا أو حتى في الفقه العربي، نتيجة تحولات مرتبطة أساساً بالقاعدة القانونية، يمكننا تبيين ذلك في ما سيأتي.

ثانياً: نقد قضائية القانون الإداري في الفقه الفرنسي.

لعله من المفيد جداً التطلع لرأي الفقه الفرنسي المعارض لاعتبار الاجتهاد القضائي للقاضي الإداري مصدراً للقانون الإداري، خاصة وأن ذلك يتشابه مع المقال المتداول دائماً بأهمية الاجتهاد القضائي في بناء وانشاء نظرية القانون الإداري الفرنسي، وفكرة قضائته.

1- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 49.

2- المرجع نفسه، ص 50.

فدور مجلس الدولة الفرنسي في وضع القانون هو موضوع تفكير، تتشابك فيها الجوانب القانونية والسياسية. فيعتبر جانب من الفقه، أنه لا يجب أن نبقى على فكرة قضائية القانون الإداري، لأن ذلك يتعارض مع "ديمقراطية القانون"، والذي يجب أن يصدر ويصنع تحت إشراف نواب الأمة في السلطة التشريعية. ومن جانب ثان، اعتبار تكفل القاضي الإداري بإنشاء القانون الإداري يقي عليه صفة السرية مادام أنه لا يخرج خارج أسوار المحاكم سواء العليا منها أو الدنيا أي لا يفهمه إلا رجال القضاء و القانون المتخصصون وكأنه قانون مشفر¹.

فغودمي "Y. Gaudemet" ينتقد الطابع القضائي للقانون الإداري في عدم الوضوح وانعدام السلامة التي

يضمنها التشريع، فيقول:

"Or la jurisprudence ne présente ni la clarté, ni la sécurité du droit écrit... la jurisprudence est dispersée et confidentielle... Du même coup, la jurisprudence est un incertain... Ainsi la jurisprudence encore reste dans la dépendance des faits... Ainsi la jurisprudence constitue un ensemble hétérogène ; à côté de "décision d'espèce" qui n'ont pas d'autre ambition que de trancher un litige particulier, d'autres décisions "font jurisprudence" (les arrêts de principes)... Enfin, la jurisprudence est par principe et en théorie une source rétroactive..."²

وطرح Jean Boulouis تساؤلا مهما في مقاله عن: "الغاء القانون الإداري؟"، معتبرا أن هذه الفكرة ليست

جديدة. مع أنه من خلال سياق تحليله لا يؤيد الغاءه بتاتا لجملة مبررات متعددة³.

وفي سياق نقد قضائية القانون الإداري، يمكن قياس ذلك، فيما إذا كانت هناك نظرية واحدة وأصيلة لا غير

للقانون الإداري، وهي النظرية الفرنسية.

يمكن القول أن ذلك يتناقض وطبيعة اختلاف النظم والسياسات القضائية لكل دولة. فالقانون الإداري الكندي

على سبيل المثال، القاضي أركامبولت من المحكمة العليا في كيبيك أعلن أنه "لا ينبغي للمرء أن يبحث في المؤلفين

الفرنسيين والفقه الفرنسي عن مبادئ قانوننا الإداري العام، لأن هذا القانون مستمد بالكامل من القانون الإنجليزي"⁴.

وبالتالي تصدق مقولة عدم قضائية القانون تبعا لذلك.

¹ - G.Vedel, "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", ECDE, 1979-1980, n° 31, p 37.

² - Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, LGDJ, Paris, Tome 1, 16^{ème} édition, 2001, pp.5-6

³ - Jean Boulouis, Supprimer le droit administratif ?, Revu Pouvoirs, n 48, 1988, p.6 et .

⁴ - Lionel Zevounou. Re penser le droit administratif avec Jacques Caillosse. Revue de droit, Faculte de Droit de l'Universite de Sherbrooke, 2016, 46 (1), pp.205-246.

الفرع الثاني: حجج نقد قضائية القانون الاداري.

يمكن رد حجج عدم اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، ونقد مسلمة قضائية نظرية القانون الاداري الى حجج فلسفية وحجج قانونية، وحجج منطقية.

أولاً: الحجج الفلسفية لنقد قضائية القانون الاداري.

ان الحجج الفلسفية في علم القانون دائما تسبق الحجج القانونية، على اعتبار أن الفكر القانوني السليم مرتبط بعلم المنطق والذي قد يجد تطبيقه في تبني الأفكار الفلسفية التي يدلى - بضم الياء - بها في مجال أو موضوع قانوني معين.

حيث يمكن رد الحجج الفلسفية لعدم اعتبار الاجتهاد القضائي الصادر عن القضاة عموما والقاضي الاداري خصوصا مصدرا أساسيا للقانون والقانون الاداري، الى فلسفة مونتسكيو وروسو في الفقه الغربي وحتى في فلسفة الفقه الاسلامي. فوظيفة القضاء، لا تتعد تطبيق القانون وتفسيره عند الاقتضاء وفي حدود ضيقة، وهو لا يخلق القاعدة القانونية، انما يكشفها من خلال النظام القانوني القائم، على اعتبار النص القانوني والقاعدة القانونية سابقة عن القرار القضائي، وعبر عن ذلك في النصوص الجرمانية القديمة بخصوص القضاة أنهم: "باحثين عن الأحكام" لا منشئين لقواعد القانون¹. حيث المدرسة التقليدية ترى أن مصلحة الدولة والمجتمع يقتضيان ترسيخ سلطة التشريع، وتضييق صلاحيات الجهاز القضائي، و أن القضاء ليس سلطة مستقلة، وهو مجرد جهاز تنفيذي تابع للسلطة التشريعية، وبالتالي ليس من حقه اصدار قوانين وتشريعات².

والناظر للفقه الاسلامي يجد في أحد تفاسيره المتعلقة بالوظيفة القضائية، من يعتبر القضاء ليس سلطة مستقلة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية، لعدم أخذه بفكرة مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لتسلط الامام أو الخليفة لجميع سلط الدولة، مع تعارض هذه النظرة مع مبدأ " وأمرهم شورى بينهم "، كما يصف اتجاه معتبر في الفقه الاسلامي³. وفي اتجاه مقابل، ذهب اتجاه فيه الى دعوى اقفال باب الاجتهاد عموما - بعد القرن الرابع الهجري - ومن بين ذلك اجتهاد القاضي خصوصا، وضرورة أن يكون مقلدا وحاكما بالراجح والمشهور.

¹ - أنظر: هنري ليفي برول، سوسيولوجيا الحقوق، ترجمة عيسى عصفور، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ص 90-91. عصام بنجلون، " السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها "، رسالة دكتوراة، جامعة محمد الخامس الرباط السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية، 2005، 2006، ص 65.

² - عبد الرحمن اللمتوني، دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، ط 1، دار القلم، الرباط المغرب، 2018، ص 29.

³ - أنظر: عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر، 1989.

وليس هناك ما من شك ببطلان هذا الرأي الأخير ومجانبته للصواب والعقل والمنطق.

ثانيا: الحجج القانونية لنقد قضائية القانون الاداري.

يمكن رد الحجج القانونية لعدم اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، الى عدة أسباب ومن بينها على

سبيل المثال:

1. انتفاء صفة العمومية والتجريد للاجتهاد القضائي:

يمكن رد الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الاداري وامكانية وضع القاضي الاداري لقاعدة قانونية الى خصائص قواعد القانون المعروفة، الى القانون المدني الفرنسي من خلال الموازنة بين النص القانوني والحكم القضائي، وانتفاء صفة العمومية والتجريد على الأخير وبالتالي انتفاء صفة القاعدة القانونية¹.

حيث يعتبر الفقه الكلاسيكي ان الاجتهاد القضائي لا يمكن أن يكون قاعدة قانونية، استنادا لنص الفصل 1351 من القانون المدني الفرنسي، والذي ينص على أن حجية الشيء المقضي به التي تتمتع بها الأحكام القضائية لا تهم الا أطراف النزاع، ومنه تتنفي صفتي العمومية والتجريد، وهما من أهم خصائص النص القانوني. إضافة الى افتقار الأحكام القضائية الصادرة عن السلطة القضائية صفة الشكلية والالزامية، لأنها صادرة عن غير سلطة مختصة بإصدار القوانين والتشريعات.

فالقاعدة القانونية تصدر من سلطة عامة مخولة دستوريا لسن التشريعات وهي السلطة التشريعية - البرلمان - وبالتالي أي نص صادر من سلطة القضاء لا يرتقي شكلا والزاما الى صفة القاعدة القانونية، وعليه الاجتهاد القضائي ليس تشريعا.

ان الفقه الكلاسيكي والذي يستند على النظرية الوضعية في تحديد مفهوم ومضمون القاعدة القانونية، اعتمد على الأثر الشرعي الشكلي وذلك في ضرورة أن يصدر القانون عن سلطة عامة، وليس على الأثر الاجتماعي والذي يعد اتجاهها ثانيا يؤكد على ضرورة أن يخرج القانون من المجتمع ويترسخ فيه ويؤمن الناس بالزاميته².

2. دسترة القانون الاداري:

كما تعد "دسترة القانون الاداري" من بين الحجج القانونية التي قد تدعم موقف تراجع دور الاجتهاد القضائي كمصدر له.

¹ - أنظر: الفصلين 5 و1351 من القانون المدني الفرنسي الجديد، والفصل 4 من القانون المدني القديم.

voir: www.legifrance.fr

أطلع عليه في: 12-06-2018، الساعة 23.00 ليلا.

² - أنظر: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص 37-43.

وذلك من خلال هيمنة القاعدة الدستورية على مضامين المادة الادارية، وعلى باقي فروع القانون، انطلاقا من سمو النص الدستوري على غيره من التشريعات والقوانين.

فالدستور لم يعد في معناه القانوني مجرد ميثاق سياسي بدون أثر بل اكتسب الطبيعة المعيارية القانونية. بتحوله الى قاعدة قانونية ترتب الجزاء عند مخالفتها، بواسطة الرقابة الدستورية¹.

والمقصود بدسترة القانون الاداري، هو جعل المادة الادارية أسس من القاعدة الدستورية، فلا يخلو مرجع بسيط في القانون الاداري دون ادراج النصوص الدستورية والاجتهاد الدستوري ضمن طياته، سواء في نظرية التنظيم الاداري، أو النشاط الاداري في المرفق العام أو الضبط الاداري، وفي مجال الأعمال والمنازعات الادارية².

فدسترة القانون أصبح سمة عامة لجميع فروع القانون ومنها القانون الاداري، من خلال ربط الأسس الدستورية لكل نص قانوني ولكل مادة قانونية.

وذلك يعني، تراجع دور الاجتهاد القضائي في مواجهة القاعدة الدستورية كأساس لقواعد القانون الاداري.

3. ديمقراطية القانون:

من المتعارف عليه في نظرية القانون، أن القانون ما هو الا انعكاس لإرادة جماعية هي ارادة الأمة أو الشعب، بالأساس، وذلك في مواجهة القانون الغير القانوني والذي يمثل ارادة فرد وجهة غير ارادة الأمة أو الشعب.

فالقانون قد يكون ديمقراطيا، متى كان معبرا عن ارادة ديمقراطية وهي ارادة المجموع لا ارادة الفرد، والذي قد يعبر عنه من خلال من يمثل الارادة الشعبية و ارادة الأمة في التشريع والمتمثلة في البرلمانات غالبا.

وقد يكون غير ديمقراطيا متى انسحب من ارادة الجماعة الى ارادة الفرد، والذي قد يكون حاكما، وقد يكون قاضيا حتى.

فقد يأخذ القاضي مكانة السلطة التشريعية في وضع قواعد القانون سواء في ظل عدم وجود النص القانوني سلفا، أو حتى في وجوده أحيانا متى كانت هناك تعدي من سلطة القضاء على سلطة المشرع في ذلك.

وذلك خروجا عن ديمقراطية القانون والتي تستوجب أن يكون النص القانوني ومن بينه " النص القانوني الاداري " صادرا عن من يمثل الجماعة ككل في اطار سلطة السلطة التشريعية، لا فردا سواءا أكان حاكما أو قاضيا.

فديمقراطية القانون، تمثل أحد الحجج القانونية لعدم تدخل القاضي اجتهادا لوضع نص قانوني ولعدم اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري.

¹ - أحمد دخبينية، دسترة القانون الاداري، أطروحة دكتوراة علوم، حقوق، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 3-4.

² - المرجع نفسه، ص 5.

وسوف نتطرق الى مدى ديمقراطية القاعدة القضائية بعد قليل.

ثالثا: الحجج المنطقية لنقد قضائية القانون الاداري.

السؤال الذي يمكن أن نطرحه في هذا السياق، كيف يكون للمنطق حجج لعدم اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري؟ ولنقد قضائته؟

لما ننظر الى القانون الاداري نجده عملا صادرا عن السلطة التشريعية أساسا، باعتباره يمثل مجموع القواعد القانونية النازمة والضابطة للمادة الادارية بمختلف فروعها وتشكلاتها.

والاجتهاد القضائي يمثل في المقابل، عملا قضائيا صادر عن السلطة القضائية العادية أو الادارية.

ولو نعمل على مواجهة السلطتين التشريعية والقضائية مع بعض، فهما يمثلان سلطتين عامتين دستوريتين، تفغان على نفس الدرجة والقيمة الدستورية وذلك على الأقل في الكتلة الدستورية لأي نظام دستوري.

وذلك يعني أن العمل التشريعي للقانون الاداري الصادر من السلطة التشريعية يقف جنبا الى جنبا، مع العمل القضائي الصادر من اجتهاد السلطة القضائية. كسلطتين افقيتين.

فكيف يكون الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري وهما يصدران عن سلطتين يتواجدان على قدم المساواة دستوريا.

فالمنطق القانوني، ان شئنا يقضي بتساوي مرتبي العمل التشريعي والعمل القضائي من خلال صدورهما من سلطتين متوازنتين ومتقابلتين. فلا يصح أن يكون أحدهما مصدرا للآخر. من هذه الزاوية.

ومن جهة أخرى، عمل القاضي في جوهره تفسير للقاعدة القانونية، بتطبيقها بشكل عملي أي بمناسبة قضية معينة. أي بتطبيق المنطق القضائي من خلال فحص الوقائع وربطها بالقاعدة القانونية لإيجاد حل قضائي للمشكلة المثارة أمامه. وعمل المشرع، هو وضع للقاعدة القانونية من خلال المصادر المختلفة للقانون. باستخدام الاستدلال القانوني¹.

وبذلك قد يختلف المنطق القضائي المطبق من القاضي عن المنطق القانوني المطبق من قبل المشرع.

الفرع الثالث: المشكلة الدستورية عائق مصدرية الاجتهاد القضائي.

ان للقاعدة الدستورية وبلا شك أثر واضح في فاعلية العمل القضائي، ومن ثمة في ثراء الاجتهاد القضائي. وذلك قد يكون من خلال توسيع دائرة الاستقلالية للسلطة القضائية والتي ينجم عنها ثراء في اجتهادات الجهات القضائية، أو تضيقها وبالتالي تنقلص دائرة الاجتهاد تبعا لذلك.

¹ - الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 55 وما بعدها.

بالتالي للقاعدة الدستورية تعد حلاً أساسياً للقاضي في جهته القضائية ليجتهد ويطور التشريع والقانون، كما أنه في المقابل قد تكون وتشكل مشكلة دستورية تعيق كل ذلك.

هذه المشكلة الدستورية في مواجهة الاجتهاد القضائي، نجدها تتشكل أساساً من البناء الخاص لقواعد الدساتير، في مظاهر ثلاث على سبيل المثال؛ في مبدأ الفصل بين السلطات كأحد الموضوعات الأساسية للقاعدة الدستورية، ثم في مدى ديمقراطية القاعدة القضائية، وأخيراً في المعالجة الدستورية لأعلى جهة قضاء إداري، ألا وهي مجلس الدولة.

أولاً: تفسير مبدأ الفصل بين السلطات معيق لمصدرية الاجتهاد القضائي.

الناظر الى وظيفة القاضي ضمن أصول التقاضي كقاعدة عامة، يجد أن مهمته تقتضي أساساً تفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليه، دون أن يتجاوز ذلك الى انشاء القواعد القانونية، وقد يعود ذلك الى أحد تفسيرات المبدأ المشهور قانوناً وهو " مبدأ الفصل بين السلطات "، حيث لكل سلطة اختصاص أصيل وسلطة التشريع أساساً موكولة للسلطة التشريعية.

أي أن القاضي ومنه القاضي الفاصل في المادة الادارية، يفصل في كل نزاع يعرض عليه بموجب النصوص القانونية التي أمامه دون أن يتعدى الى مرحلة انشاء القاعدة القانونية الادارية. على اعتبار أن للقاعدة القانونية الادارية مصادر مختلفة ليس من بينها الاجتهاد القضائي الاداري في اتجاه فقهي معتبر.

والناظر لمبدأ الفصل بين السلطات في ظهوره، يجد أن ظهوره كان نتيجة تطور تاريخي وفكري، يرجعها البعض الى أصول اغريقية، بدعوة من أفلاطون وأرسطو، ثم تلقفه لوك ومونتسكيو وروسو، لينتقل الى الميدان التطبيقي على اثر الثورتين الفرنسية والامريكية¹.

يرى أفلاطون ان وظائف الدولة يجب ان توزع بين هيئات مختلفة بالتوازن والتعادل حتى لا تنفرد هيئة بالحكم وتمس سلطة الشعب مع التعاون فيما بينها وتراقب بعضها منعا للانحراف. وفي كتابه " القوانين " يقسم افلاطون ويوزع السلطة الى عدة هيئات وهي التالية: مجلس السيادة المكون من 10 اعضاء يهيمنون على دفة الحكم وفقاً للدستور، ثانياً جمعية تضم الحكماء مهمتها الاشراف على التطبيق السليم للدستور، ثالثاً مجلس شيوخ منتخب مهمته التشريع، رابعاً هيئة لحل المنازعات التي تقوم بين الافراد، خامساً هيئات البوليس وأخرى للجيش مهمتها الحفاظ على الأمن وسلامة التراب، سادساً هيئات تنفيذية وتعليمية لإدارة مرافق الدولة².

¹ - أنظر: سعيد بالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، د م ج، الجزء 2، ط 5، 2003، ص 164.

عبد الغني بسيوني، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، مصر د ت ن، ص 260.

² - سعيد بالشعير، المرجع نفسه، ص 164.

أما أرسطو فقط تكلم في كتابه السياسة عن ضرورة توزيع السلطة بين وظائف ثلاث؛ وظيفة المداولة من اختصاص الجمعية العامة أو مجلس يقضي في المسائل الهامة، ووظيفة الامر والنهي التي يقوم بها القضاة، ووظيفة القضاء التي تقوم بها المحاكم، حيث انطلق أرسطو من فكرة ان السلطة لا تتبع الا من الجماعة، وبالتالي لا يجوز ان تستند الى فرد أو أقلية من الشعب وانما الى الجماعة كلها، والجماعة يستحيل عليها القيام بالأمر بمفردها لذلك كان لزاما عليها توزيع الوظائف بين جهات مختلفة¹.

ويرى البعض أن جون لوك أول من كتب عن مبدأ الفصل بين السلطات في ظل النظام النيابي، ووضح آراءه في كتاب الحكومة المدنية الذي صدر سنة 1690م، حيث قسم سلطات الدولة الى أربع سلطات وهي: السلطة التشريعية ووظيفتها سن القوانين، والسلطة التنفيذية وتقوم بتنفيذ القوانين والحفاظ على الأمن الداخلي، والسلطة الاتحادية ومهمتها اعلان الحرب وقرار السلم وعقد المعاهدات ومباشرة العلاقات الخارجية، وسلطة التاج والمتمثلة في مجموعة الحقوق والامتيازات الملكية².

ورغم قدم الفكرة الا أن آخرون يرون بأن الفقيه مونتسكيو في كتابه الشهير روح القوانين كان صاحب الفضل الأول في ابراز هذا المبدأ كضمانة أساسية لمنع الاستبداد والدكتاتورية في الحكم، حين قال في كتابه: "تعلمنا التجربة أن كل من يقبض على دفة الحكم يميل الى اساءة استعمالها، ويستمر في ميله هذا الى ان تفرض عليه تحديداً، ولمنع اساءة استعمال السلطة يجب أن تدار أمور الحكم بطريقة تجعل من سلطة معينة عاملاً لتحديد سلطة أخرى.."³.

ويقصد بمبدأ الفصل بين السلطات حسب مونتسكيو توزيع وظائف الدولة الى ثلاث وظائف تمارس ثلاث سلطات وهي: الوظيفة التشريعية، التنفيذية، القضائية. حيث تعمل كل سلطة في وظيفة معينة مع وجود رقابة متبادلة بين السلطات الثلاث في إطار المبدأ المرن لا الجامد⁴، حيث كل ما أراده مونتسكيو هو الا تتركز الوظائف في يد هيئة واحدة وذلك أن هذا التركيز لابد من أن يؤدي الى اساءة استعمال السلطة⁵.

¹ - أنظر: أرسطو طاليس، السياسة، ترجمة للعربية، أحمد لطفي السيد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 2008، ص 345 وما بعدها.

ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة 1970، ص 281.

² - محمد رمضان بطيخ، تزايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية، دار الفكر العربي القاهرة، د ت ن، هامش رقم 1، ص 8، 9.

³ - أنظر: مونتسكيو، روح القوانين، ترجمة عادل زعير، اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت، دار المعارف بمصر، القاهرة 1953.

⁴ - أنظر: سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 167.

⁵ - يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، د ت ن، ص 130.

من خلال الأفكار الفلسفية والقانونية التي قدمها السابقون من أفلاطون وصولاً إلى مونتسكيو، جاءت كل من الثورتين الفرنسية والأمريكية وطبق رجالهما فكرة الفصل بين السلطات لدواعي مختلفة وبتفسيرات معينة من خلال فهم مطبقها.

والتفسير اللفظي أو المباشر لمبدأ الفصل بين السلطات، يؤسس لعرقلة اعتبار الاجتهاد القضائي كقاعدة قانونية ومصدراً للمادة الإدارية وقواعد القانون الإداري، على اعتبار دور القاضي الإداري وأثر أحكامه لا ترتقي إلى صناعة القاعدة القانونية الإدارية، إنما تطبيق ما تكرسه السلطة الأصلية للتشريع وصناعة القوانين ألا وهي السلطة التشريعية. أي أن تفسير مبدأ الفصل بين السلطات يتوافق مع عدم اعتبار الاجتهاد القضائي مصدراً للقانون الإداري، وذلك سواء أكان تفسيراً جامداً أو مرناً له. خاصة على المستوى المجرد للمبدأ وفكرة الفصل بين السلطات. غير أن الباحث يرى أن ما سبق، قد تم تجاوزه فقهاً وتطبيقاً، حيث أصبحت اليوم مختلف التطبيقات الدستورية، لا ترى مانعاً في تقارب مختلف السلطات فيما بينها، وتعاونها كذلك في الاختصاصات والصلاحيات وفق أطر دستورية واضحة.

ثانياً: عدم ديمقراطية القاعدة القضائية.

إن فكرة ديمقراطية القاعدة القضائية تعتبر من بين الأفكار التي تنفر عن مبدأ الفصل بين السلطات، في مواجهة فكرة القانون الطبيعي، ورفض فكرة خلق القضاء للقاعدة القانونية¹. حيث أساس رفض قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية يعوزه بعض الفقه إلى عدم تمتعه بخصائص السلطة المستقلة من جهة، ومن جهة ثانية سحب شرعية السلطة القضائية في خلق القواعد القانونية اعتماداً لفكرة الديمقراطية، باعتبار سلطة القاضي تنحصر في التطبيق الحرفي والمباشر لما تمليه إرادة المشرع، والتي هي من إرادة الأمة التي تنتخب أعضاء البرلمان².

فدمقرطة القاعدة القانونية تقتضي أن تكون هذه القاعدة صادرة عن الإرادة الجماعية للأمة، والتي تتجسد في المجالس البرلمانية المنتخبة لا سلط السلطة القضائية.

وفي ذلك عبر أحد اللوردات تعبيراً يعبر على عدم الثقة من الناحية الديمقراطية في خلق القضاء للقاعدة القانونية، بقوله: "هناك إجراء كبير يوصف السلطة القضائية بأنها نخبية ستسلك طريقاً جانبياً لتجنب الطرق المزدوجة للعملية

1 - أنظر: روبرت أليكسي، مرجع سابق، ص 87.

2 - عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، ص 82.

الديمقراطية، ولكن هذا سيكون طريقا جانبيا في الظاهر فقط، وفي الحقيقة سيكون طريقا لن يلتقي أبدا بالطريق العام، بل سيؤدي لا محالة، مهما كان طويلا متعرجا، الى الدولة الاستبدادية¹.

فالقاضي لم يوجد لصنع القانون، لعدم توافر الامكانيات والظروف اللازمة لوضع قواعد القانون، بخلاف المشرع الذي تتوفر لديه الآليات والامكانيات البشرية والمالية التي تساعده في القيام بوظيفته التشريعية، من خلال انتداب خبراء للقيام بدراسات وبحوث في مجال الاقتصاد والاجتماع والسياسة العامة، واقتراح الحلول التشريعية الملائمة لها، وهي قد تكون أمور لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتوفر للقاضي عند بته في النزاع المعروض عليه، وان هو حاول خلق القواعد القانونية فانه يكون بمثابة مشرع أعرج².

يرى الباحث، أن عدم ديمقراطية القاعدة القضائية، أنها قد تكون في مواجهة ديمقراطية القاعدة البرلمانية، حيث هذه الأخيرة تتصف بذلك نتيجة عوامل وأسباب تخص السلطة التشريعية البرلمانية، أولها عامل التعبير عن الارادة الشعبية من خلال آلية الانتخاب في انتخاب عضو السلطة التشريعية، حيث يتم انتخاب عضو البرلمان لفترة تشريعية معينة بخلاف القاضي الذي يعين من قبل السلطة التنفيذية في الغالب. لذلك يصح القول أن عضو البرلمان ينتج قاعدة ديمقراطية نتيجة تمثيله لإرادة الشعب بخلاف القاضي.

وثانيا في الاختصاص الأصيل الممنوح دستوريا للسلطة البرلمانية في سن وصنع القانون، في مقابل الاختصاص الأصيل للقاضي في تطبيق القانون، حال النزاع القضائي.

كما يرى الباحث، أن صفة عدم ديمقراطية القاعدة القضائية، ترتبط بالجدل الفقهي المتواصل في حدود سلطة القاضي في محكمته. بين مضيق وموسع في ذلك ارتباطا بالنموذج القضائي المتبع. غير أنه من زاوية ثانية مقابلة، يؤكد الباحث، أنه يجب وضع مكانة خاصة للقاضي.

المادة 275 من قانون: 08-09 للإجراءات المدنية والادارية والتي نصت على أنه³: "يجب أن يشمل

الحكم، تحت طائلة البطلان، العبارة التالية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

¹ - عبد الفتاح مراد، المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة، الاسكندرية، ص 872. نقلا عن: عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، هامش رقم 3، ص 83.

² - أنظر: عبد الرحمن اللمتوني، مرجع نفسه، هامش رقم 4، ص 83.

³ - قانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ الموافق ل: 25 فبراير 2008، الصادر في الجريدة الرسمية ع 21، المؤرخة في: 23 أبريل 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 275.

باسم الشعب الجزائري". يدعم مكانة القاضي باعتباره مصدر للأحكام باسم الشعب، وبالتالي فهو ممثل للإرادة الشعبية، وتتفي تبعاً لذلك فكرة عدم ديمقراطية القاعدة القضائية، باعتباره يحكم باسم الإرادة الشعبية. وذلك مدسّر في نص المادة 159 من دستور 1996 المعدل والمتمم الجزائري¹: "يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب".

ثالثاً: المعالجة الدستورية لمجلس الدولة.

إن المعالجة الدستورية لمجلس الدولة واختصاصاته يصفها البعض بأنها، غير ممنهجة تتميز بالاقتضاب والغموض، وتثير كثير الإشكالات، خاصة على مستوى الاختصاص القضائي والاختصاص الاستشاري، ومبدأ الاستقلالية. أولاً؛ من حيث الجانب الكمي، نجد الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم، تتطرق إلى الإفصاح عن مجلس الدولة بلفظ مباشر في مادتين فقط، وهما المادة 171 و172 منه. وكان الإفصاح ذلك بصور عرضية تحت عنوان واحد من فصل واحد وهو الفصل الثالث للسلطة القضائية من الباب الثاني المتعلق بتنظيم السلطات. وذلك لا يعكس المكانة التي يؤسس لها لمجلس الدولة الجزائري خاصة والقضاء الإداري عامة كأحد ركيزتي القضاء المزدوجة والضامنة للحقوق والحريات وتعزيز دولة الحق والقانون. وذلك بالمقارنة على سبيل المثال بالدستور التونسي ل14 جانفي 2014.

حيث دستر الدستور التونسي القضاء الإداري مكرساً له قضاء مستقلاً من خلال فصل مستقل بجوار فصل متعلق بالقضاء العدلي، ولو كان يضم مادة وحيدة².

ثانياً؛ يثير البعض الاستقلالية النسبية لمجلس الدولة، خاصة في الاختصاص الاستشاري، فعوضاً أن يصف المشرع قاضي مجلس الدولة بالاستقلال في جميع اختصاصاته - القضائية والاستشارية - كما جاء في النص الدستوري في المادة 156، نجد في المادة 2 الفقرة 3 من القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ينص: "يتمتع مجلس الدولة، حين ممارسته اختصاصاته القضائية بالاستقلالية". فبمفهوم المخالفة، عند ممارسته للاختصاص الاستشاري لا يتمتع بالاستقلالية، وفي ذلك عدم مطابقة للنص الدستوري من جهة وانتقاص من فعالية الاجتهاد الاستشاري والذي يجب أن يكون مستقلاً كذلك بالموازاة مع الاستقلالية في إصدار الاجتهاد القضائي³.

¹ - دستور 1996 المعدل والمتمم الجزائري، بموجب القانون 02-03 والقانون 08-19 والقانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، في الجريدة الرسمية، ع 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، المادة 159.

² - الفصل 116 من دستور 14 جانفي 2014 التونسي.

³ - الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، المادة 156. <http://www.legislation.tn/>. اطلع عليه في: 15-05-2018، الساعة: 22.00 ليلاً.

القانون العضوي: 98-01، المؤرخ في 04 صفر 1419 هـ الموافق ل: 30 ماي 1998، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 37، المؤرخة في: 06 صفر 1419 هـ الموافق ل: أول يونيو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المادة 02.

كأن مجلس الدولة عند ممارسة الاختصاص الاستشاري يعد جهازا تابع للحكومة والجهة التي يقدم لها المشورة¹.

المطلب الثاني: التفسير القضائي للقانون الإداري.

الناظر لجوهر عمل القاضي في محكمته، يجده يعمل على إيجاد حل للنزاع المعروض أمامه بين المتخاصمين، وهو في ذلك يطبق نصا قانونيا بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة.

وفي تطبيق النص أو القاعدة القانونية في النزاع، يعتمد القاضي الى سلطة التفسير للقاعدة القانونية، حيث لا يمكنه تطبيق الحل القضائي، ما لم يربط الوقائع المعروضة أمامه بحل قانوني متضمن في قاعدة قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة عن طريق التفسير القضائي. وهو في ذلك، يقوم بعمليتين ذهنتين أساسيتين، وهي عملية التكييف القانوني للوقائع وعملية التفسير².

وإذا كان القاضي قد يلجأ الى ما هو خارج النص القانوني خاصة حال عدم وجوده توخيا لعدم انكار العدالة، خاصة في المادة الإدارية، يتجلى لنا الصورة الاجتهادية للقاضي الإداري في القضاء الإداري. حيث القاضي يمارس التفسير للنص القانوني متى كان ظاهرا أو مبهما من باب الأولى، وتدق سلطته أكثر عند انعدام النص تماما.

وهنا قد نجد مبررا أساسيا لاعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الإداري، متى مارس القاضي الإداري الدور التفسيري.

نبن بداية مفهوم التفسير القضائي الإداري (الفرع الأول)، ثم خصوصية التفسير القضائي ومنهجه للقاضي الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التفسير القضائي الإداري.

لتحديد مفهوم التفسير القضائي الإداري، نبن تعريفه وتمييزه عن ما يشابهه (أولا)، ثم موقف كل من الفقه والمشرع الجزائري تجاهه (ثانيا).

أولا: تعريف التفسير القضائي الإداري وتمييزه عن ما يشابهه.

نعرف بداية التفسير القضائي الإداري ثم نبن تمييزه عن ما قد يشته من مصطلحات ومفاهيم.

1- تعريف التفسير القضائي الإداري.

¹ - أنظر: عمر بوجادي، " الدور الاستشاري لمجلس الدولة "، المجلة النقدية للعلوم للقانون والعلوم السياسية، ع 1، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 93-94.

² - Charles Vautrwarz, La qualification juridique en droit administratif, les édition Lextenso et LGDJ, 2009, page 185 et suite.

ان الدلالة اللغوية لمصطلح التفسير يمكن ردها الى الفعل الثلاثي فسر، من الفسر وهو البيان، مصداقا لقوله تعالى: "ولا يأتونك بمثل الا جئناك بالحق وأحسن تفسيراً"¹، والفسر: كشف المغطى، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل، واستفسرته كذا أي سألته ان يفسره لي².

أو هو: "بيان معاني الالفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص"³. يعني ذلك الاظهار والكشف، فالتفسير هنا هو البيان.

وقالوا هو معرفة مرامي الالفاظ الواضحة والمبهمة. ومعرفة دلالات الالفاظ على الأحكام. وإدراك معاني الالفاظ في حالات عمومها واشتراكها وخصوصها، كما جاء عند ابن منظور وغيره.

أما التفسير القضائي فقهيًا يقصد به: "العمل الذي يقوم به القضاة وهم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يجسدوا حكم القانون على الوقائع التي بين أيديهم ويقومون بهذا العمل دون حاجة لان يطلب منهم الخصوم ذلك، لان التفسير من صميم عمل القضاة"⁴.

أو هو تلك العملية العقلية المنظمة بواسطة منهج وأساليب وتقنيات عملية محددة بهدف استخراج وبيان معنى صحيح لتصرف قانوني، أو لقاعدة قانونية أو لاصطلاح معين بصورة واضحة وسليمة⁵.

وعرف محمد صبري السعدي التفسير؛ باعتباره تلك العملية العقلية التي يتم خلالها الكشف عن مضمون النص التشريعي، ومعنى آخر هو توضيح معنى القاعدة القانونية، وكذا نطاق تطبيقها⁶.

وللتفسير القضائي أهمية كبيرة نظريا وعمليا، حيث يعد القاضي المطبق الفعلي للتشريع، والذي قد يجد نفسه أمام حالة غموض للنص، مما يستدعي ذلك تفسير النص، وبذلك يعتمد الى تطوير النص التشريعي من كل خلل أو قصور.

1 - سورة الفرقان، أية 33

2 ابن منظور، لسان العرب، مادة فسر. الجوهري، الصحاح.

3 - محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، ط4، المكتب الاسلامي، دمشق - بيروت - عمان، الكتاب الأول، 1993، ص 59.

4 - عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، 1999، ص 191.

5 - عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هوامة، الجزائر، 2002، ص 110.

6 - محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون الشريعة الاسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الديوان الجهوي بوهران، ط 1984، ص 24.

فالمشرع مهما حرص على صياغة النصوص صياغة كاملة فهو قاصر عن استيعاب متغيرات الواقع، مما يدعوا القاضي الى التدخل وايجاد حل قانوني للمسألة مراعيًا جملة من القواعد وأهمها¹:

- اتباع التفسير المتطور للتشريع.

- عدم التقييد بحرفية النص التشريعي وظاهره.

- الاستئناس بالتشريع المقارن ذو الصلة بموضوع النزاع. خاصة مع النظم القانونية المتقاربة مع بعض.

- الرجوع الى السوابق القضائية ذات الصلة بموضوع النزاع الوطنية أو الأجنبية.

هذا التفسير القضائي الإداري، قد يكون من خلال وعاء دعوى التفسير كمبدأ عاما، لكنه القاضي الإداري لا يتخذ من القرار الإداري لوحده محلا للتفسير، انما يمتد تفسيره الى تفسير القاعدة القانونية الإدارية واي قاعدة في الصفقات العمومية أو العقود الإدارية، أو حتى في تفسير الأحكام القضائية تحت اطار المدلول الواسع للتفسير².

وعلى ذلك قد يكون للتفسير القضائي الإداري معنيين، أحدهما ضيق يمثل تفسير القرار الإداري، وآخر واسع كما ذكر سابقا. كما قد يكون التفسير القضائي الإداري ابتداء وانشاء لمفهوم معين لنص قانوني غامض.

2- تمييز التفسير القضائي عن ما قد يشابهه.

يمكننا التطرق الى التمييز بين التفسير القضائي وبعض المفاهيم القريبة منه، كالتفسير التشريعي والتفسير الفقهي

والتأويل.

2-1- مع التفسير التشريعي:

التفسير التشريعي هو: ذلك التفسير الصادر عن سلطة التشريع الأصلية، والذي قد يكون سلطة تأسيسية مصدرية لدستور الدولة، أو السلطة التشريعية مصدرية التشريعات العضوية والعادية، أو السلطة التنفيذية مصدرية التشريع التنظيمي. وذلك ارتباطا بتراتبية النص التشريعي. ويشترط للحجوع الى التفسير التشريعي ما يشترط في قواعد التفسير من غموض أو ابهام أو قصور، والنص المفسر يأخذ حكم النص الأصلي من حيث درجة الالتزام، ويسري بأثر رجعي، ما لم يدخل في حكم التعديل، حيث هنا يسري التفسير بأثر فوري باعتبار اننا بصدد نص جديد³.

1 - أنظر: عباس قاسم مهدي الداوق، الاجتهاد القضائي، ط1، 2015، د د ن، ص 207، 208.

2 - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية، ط 01، دار جسر، 2013، الجزائر، ص 176.

3 - أنظر: محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، ص 265-266.

واضح ان الاختلاف الأساسي بين المفهومين، في العنصر العضوي، بين سلطة السلطة التشريعية من جهة وسلطة السلطة القضائية من جهة ثانية.

2-2- مع التفسير الفقهي:

هو التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون من خلال مؤلفاتهم وأبحاثهم، حيث يتناول الفقيه بالشرح والتحليل وجهات نظر مختلف المدارس الفقهية بخصوص الاشكالات القانونية المطروحة في شتى فروع القانون، من خلال المقارنة بين مختلف الأنظمة القانونية وأحكام القضاء المقارن لتشخيص موطن الضعف وتصحيح الخطأ التشريعي، ومنح الفاعلية للقاعدة القانونية¹.

وتبعاً لذلك، يمكن تبين الفرق بينهما، أن التفسير القضائي يعلو التفسير الفقهي، على اعتبار الأول صادر من سلطة رسمية، بخلاف الثاني.

2-3- مع التأويل:

التأويل يعني: "نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي الى ما يحتاج الى دليل لولاه ما ترك ظاهر اللفظ"². والتأويل من الأول، أي الرجوع الى الأصل، ورد الشيء الى الغاية المرادة منه"³. وقيل التأويل والتأول: تفسير الكلام الذي تختلف معانيه،

ولا يصح الا ببيان غير لفظه⁴. وقيل التأويل تفسير الألفاظ خلاف الظاهر ببيان المراد بطريق الاستعارة، في حين يقتصر دور التفسير على التوضيح وكشف المقصود"⁵.

من المعنى الأخير للتأويل قد يكون أحد أوجه التفسير مع أوجه خلاف بينهما وهي⁶:

- النص التشريعي محل التأويل ظاهر المعنى، بخلاف النص محل التفسير يكون غامض المعنى.
- آليات التأويل مرتكزة على دليل أو سند ضمن النص نفسه، بينما آليات التفسير تعود الى النص التشريعي وخارجه كذلك.

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 167.

² - أنظر: ابن منظور، لسان العرب.

³ - الأصفهاني، المفردات في غريب ألفاظ القرآن، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، 2009، ص 38.

⁴ - الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي و ابراهيم السامرائي، دار الخلود للطباعة والنشر، ج 1981/7، ص 386.

⁵ - البغدادي الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المجلد الثاني دار الفكر بيروت، ص 07.

⁶ - علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، ط 01، 2011، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ص 20.

- نتيجة التأويل الترجيح بين معنيين، أحدهما ظاهر والآخر مستتر، بينما نتيجة التفسير من حيث الأصل العام بيان المعنى.

ثانيا: الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي من التفسير القضائي.

نبين بداية الموقف الفقهي تجاه التفسير القضائي ثم الموقف التشريعي والقضائي.

1. الموقف الفقهي من التفسير القضائي:

اختلف الفقه في مسألة التفسير القضائي الى اتجاهين؛ الأول اتجاه تقليدي منكر لفكرة التفسير القضائي للنص القانوني.

حيث قال أنصار هذا الرأي أن القاضي يقتصر دوره في النطق بالحكم القضائي استنادا للنص القانوني، أما تفسير النص القانوني لا يتم الا من قبل من وضع القاعدة القانونية ألا وهو المشرع، باعتباره المؤهل أصالة في ذلك. ولعل ذلك يعود كذلك الى المبدأ المشهور قانونا وهو مبدأ الفصل بين السلطات، والذي قد يؤدي عدم تطبيقه في قضية الحال الى تغول القاضي وممارسة عمل المشرع¹.

أما الاتجاه الثاني فهو للمدرسة الوضعية والتي تؤيد فكرة التفسير القضائي للنص القانوني.

حيث على عكس أنصار المدرسة التقليدية قال أصحاب هذا الاتجاه ومن بينهم كلسن Kelsen و جيني Geny وايزمان، ان تفسير النص القانوني يمثل مرحلة ضرورية ومهمة قبل تطبيقه واقعا، فالواقع القضائي يدل على أن القاضي قد يجد نفسه أمام مفترق الطرق، من خلال سكوت المشرع أو غموض النص القانوني، حيث أقر المشرع الفرنسي اختصاص مجلس الدولة في تفسير النص القانوني من خلال ابتداء ما يسمى بدعوى الاستعجال التشريعي². فيرى أنصار هذا الرأي أن تفسير النص يمثل مرحلة ضرورية ومهمة قبل تطبيقه واقعا، فعمومية النص تتطلب من القاضي ملاءمته مع الوقائع المعروضة عليه، ويكون التفسير بهذا المعنى مرحلة ضرورية لا بد من اتيانها³. مع ضرورة أن يتم ذلك في إطار ما تسمح به النصوص القانونية. حتى لا يكون سلطة منافسة للمشرع.

ولعل الموقف الثاني هو الأرجح والمقبول منطقيا ويستقيم مع طبيعة العمل القضائي، فليس هناك من معنى لعمل القاضي ان لم يكن مفسرا للنص القانوني، فهو ليس مجرد ناقل ومطبق للنص القانوني فحسب، بل هو مفسر له تبعا لطبيعة النزاع المعروض أمامه.

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

2 - أنظر هامش رقم: 12-13-14-15. من مقال: مسعود جندلي، مرجع سابق، ص 337.

3 - أنظر هامش رقم: 18 مقال: مسعود جندلي، المرجع نفسه، ص 338.

وحتى في تطبيق النص الواضح الذي لا لبس فيه، فإن القاضي يعمل التفسير فيه من خلال قياس بين الوقائع وفرضيات القاعدة القانونية.

2. الموقف التشريعي والقضائي من التفسير القضائي.

أما بخصوص **الموقف التشريعي** من موضوع تفسير القاضي العادي عامة وتفسير القاضي الإداري خاصة للنص القانوني، لا يوجد معالجة صريحة في ذلك، ومدى سلطة قاضي الموضوع ازاء ذلك، لكن نجد المشرع المدني الجزائري في المادة الأولى منه يمكن الاستنتاج بخصوصها إقرار للقاضي العادي تفسير النصوص التشريعية إذا احوجت الضرورة لذلك¹، دون تحديد لمذهب معين².

حيث قالت بسريان القانون فيما يتناوله النص لفظا أو فحوى، بمعنى أن مطبق النص القانوني قضاء ألا وهو القاضي، يطبق النص لفظا ان كان واضحا، أو ينظر مضمونه وفحواه تفسيرا ومعنى ان كان غير واضحا. أما في المادة الادارية فقد لازم المشرع الصمت في تفسير النصوص القانونية، وهو ما أتاح الفرصة للقاضي الإداري لسد القصور التشريعي تفسيرا أو ابتداعا. حيث رسم القاضي الإداري لنفسه خاصة في فرنسا، منهجا منذ قراراته الأولى، مقرا بحقه في تفسير النصوص القانونية، متعاملا معها وكأنه واضعها. ومعتبرا أن دوره يختلف عن دور القاضي العادي.

وفي الجزائر، على مستوى الاجتهاد القضائي، اعترفت الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى سابقا بموجب قرار صدر بتاريخ: 1972/12/07 بسلطة التفسير للقاضي الإداري صراحة، قائلة: "حيث أن القضاة المعروض عليهم النزاع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب، بل ان الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بالتفسير الواجب القيام به عندما تكون صياغة القانون غامضة أو غير كافية"³.

حيث القرار أعلاه يخص القضاة كما وصف، وهنا يندرج الوصف لقاضي المادة العادية والمادة الادارية على السواء.

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

إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بموجب مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

2 - نور الدين زرقون، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاتر السياسة والقانون، ع 08 جانفي 2013، ص 05.

³ - مجلة مجلس الدولة، ع الأول، 2002، ص 52.

بالتالي حكم تفسير النص القانوني من طرف القاضي الإداري هو من الواجبات الملقاة على عاتقه، وليس من المندوبات.

فالاختصاص القضائي مقر بسلطة تفسير القانون كما هو واضح. حيث صميم عمل القاضي هو التفسير أساسا. وبالرجوع الى الموقف التشريعي، فيمكن النظر الى مدى امكان القاضي الإداري تفسير النص القانوني، من خلال معايير التدرجية، بدءا بالقاعدة الدستورية الى القاعدة الاتفاقية والقانون ثم التنظيم.

فهل القاضي الإداري يختص بتفسير القاعدة الدستورية والنص الدستوري؟

القاعدة في الجزائر، أن تفسير النص الدستوري هو اختصاص حصري للمجلس الدستوري، باعتباره مختصا بالفصل في مسألة دستورية القوانين وتفسير النصوص الدستورية. غير أنه بإمكانه - القاضي الإداري - استعمال المبادئ الدستورية من أجل تفسير النصوص القانونية والتنظيمية¹.

وجاء في قرار مجلس الدولة النادر، في قضية السيد محفوظ نحاح ضد رئيس المجلس الدستوري، الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 2001 قائلا²: "أن القرارات الصادرة في هذا الإطار تندرج ضمن الأعمال الدستورية للمجلس الدستوري والتي لا تخضع نظرا لطبيعتها لمراقبة مجلس الدولة كما استقر عليه اجتهاده..".

ولقد نص الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم في المادة 150 منه أن³: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون". فالقاضي الإداري ملزم بما جاء فيها لدخولها النظام القانوني الداخلي، متى صودق عليه.

أما بخصوص قدرة القاضي الإداري على تفسير المعاهدات، فقد فصل القانون في ذلك معتبرا صلاحية ذلك للجهاز التنفيذي ممثلا في وزارة الخارجية⁴.

وذلك على خلاف القضاء الإداري الفرنسي، والذي انتزع بجرأته صلاحية تفسير بنود المعاهدات الدولية في العديد من المناسبات كمسألة أولية أو عارضة، عن طريق دفع وليس عن طريق دعوى، حتى استقر ذلك في قرار مبدئي

1 - فاتح خلوفي، سلطات القاضي الإداري في التفسير، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 32-33.

2 - مجلة مجلس الدولة، ع 01، سنة 2002، ص 142 وما يليها.

3 - الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، المادة 150.

4 - المرسوم الرئاسي: 02-403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 79، المؤرخة في: 29 رمضان 1423هـ، الموافق ل: أول ديسمبر 2002، والمحدد لصلاحيات وزير الشؤون الخارجية.

واصبحت سلطة التفسير للمعاهدات الدولية اختصاص للقضاء الإداري في غياب أي نص قانوني يتيح له ذلك في قرار G.I.S.T.I سنة 1990¹.

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

وبخصوص القانون التنظيمي فالمبدأ السائد في الجزائر، هو اختصاص حصري للقضاء الإداري سواء تعلق بالقرار الفردي أو القرار التنظيمي، وهذا ما أقره المجلس الأعلى سابقا على سبيل المثال في قرار 08-06-1966².

الفرع الثاني: خصوصية التفسير القضائي ومنهجه للقاضي الإداري.

ان وجود هرم قضائي اداري الى جانب الهرم القضائي العادي يفقد مبرر وجوده، ولا يمكن أن يستقيم أصلا دون توفر خصوصية في التفسير للقاضي الأول، وهو ما يفعله عند تفسير النصوص القانونية.

ذلك أن النظر في التفسير القضائي للقاضي الإداري، نجد له أهمية تخص عديد المواضيع ذات الصلة بالعمل التفسيري، كمبدأ تدرج النصوص القانونية في الدولة والمبادئ العامة للقانون، وفلسفة القانون والمناهج العلمية المتبعة، وعلاقة القانون باللغة والترجمة، وبالقانون الداخلي والقانون الدولي، كل ذلك يدعو الى الاقرار بوجود خصوصية في التفسير القضائي الإداري³.

وتبعاً لما سبق، نبين خصوصية التفسير للقاضي الإداري (أولاً)، ثم نبين منهج القاضي الإداري في تفسير القاعدة القانونية الإدارية (ثانياً).

أولاً: خصوصية التفسير للقاضي الإداري.

القاضي الإداري يتعامل مع القاعدة القانونية وكأنه واضعها، حيث يسمح لنفسه بتفسيرها وتأويلها، وذلك بهدف التبسيط للمتقاضين عند تقديم دعاويهم، وأثناء تقديمها كذلك.

حيث يمكن النظر في خصوصية التفسير القضائي للقاضي الإداري للإجراءات، على سبيل المثال، في تبسيط إجراءات تقديم الدعوى، وأثناء السير فيها كذلك.

1. الخصوصية في تبسيط إجراءات تقديم الدعوى:

¹ - فاتح خلوفي، مرجع سابق، ص 31-32.

² - نشرة القضاء، حولية العدالة، ع 01، سنة 1967، ص 376.

³ - فاتح خلوفي، مرجع سابق، ص 10

ان الخصومة القضائية تمر بمراحل تقتضي انطلاقة وتطورات ونهاية. حيث انطلاق الخصومة تأذن به عريضة افتتاح الدعوى في المادة الادارية أو في المادة المدنية.¹ حيث لعريضة الافتتاح هذه شروط وقواعد حددها المشرع، الا أن بعض تلك القواعد يحتاج الى تفسير وتأويل واجتهاد في أحيان معينة.

وتبعاً لذلك تعددت حالات وصور تدخل القاضي الاداري بقصد تبسيط اجراءات تقديم الدعوى في المادة الادارية، من خلال آلية التفسير القضائي. من بين ذلك على سبيل المثال في التظلم الاداري واشترط ارفاق القرار الاداري المطعون فيه في دعوى الالغاء.

فالتظلم الاداري المسبق هو عبارة عن طعن ذو طابع اداري محض يوجهه صاحب الشأن الى الادارة العامة المعنية يعبر فيه عن عدم رضاه عن قرار أو عمل اداري يلتمس من خلاله مراجعة موقفها فيه وليس له كأصل عام شكل معين.²

حيث أقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ: 1950/02/17 ان التظلم المسبق أمام الجهات الادارية لا يحتاج الى نص قانوني يؤكد. وهو ما كرسه في قرارات لاحقة منها قرار بتاريخ: 1998/04/06 في قضية Curly.³

وقد صدر عن ذات المجلس تقرير بتاريخ: 18 سبتمبر 2008 أظهر مزايا نظام التظلم الاداري المسبق، موصيا بضرورة الابقاء عليه في مجالات معينة. كبعض منازعات الوظيفة العامة والصفقات العمومية والطعون المتعلقة بالبيئة وشهادات التعمير ورخص البناء ومجالات رفض منح التأشيرة.⁴

وبالتالي نلاحظ بصورة دقيقة مدى اهتمام القاضي الاداري الفرنسي بإجراء مهم قبل اللجوء الى القضاء.

أما على مستوى التشريع والقضاء الجزائري، نجد القانون الاجرائي الأول رقم 66-154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية كان يعتبر التظلم الاداري إجراءات وجوبيا وشروطا من شروط رفع دعوى الطعن بالالغاء تحت طائلة عدم القبول، وذلك الموقف جاء على لسان القاضي الفاصل في الدعوى الادارية في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 14-11-1981⁵ : " من المقرر قانونا أن الطعن بالبطلان لا يكون مقبولا اذا كان هذا الطعن قد

1 - عبد السلام ديب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، 2011، ص 129.

2 - عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الالغاء، دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر-فرنسا-تونس-مصر، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص 119.

3 - قضية Curly، مجلس الدولة الفرنسي في: 06-04-1998. موقع مجلس الدولة الفرنسي.

4 - عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الالغاء، المرجع نفسه، ص 127، 128.

5 - المجلة القضائية، ع 1 لسنة 1990، ص 179.

رفض بقرار قضائي من أجل القيام برفع الطعن الإداري المسبق، ومن ثمة فإن استدراك خطأ الطاعن بإعادة الطعن مرة ثانية في نفس القرار، اثر رفع طعن اداري مسبق، يكون غير جائزا قانونا قبوله..".

غير أن المشرع وفي التعديل الأخير له في قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية أصبح يعتبر التظلم الإداري اجراء اداريا جوازيا لا وجوبيا كقاعدة عامة، حيث قالت المادة 830 منه:

" يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم الى الجهة الادارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه...".

لكن من جهة أخرى؛ استثنى المشرع بعض المنازعات وأوجب التظلم الإداري فيها، ومن ذلك في مادة الضرائب ومادة الضمان الاجتماعي.

حيث ألزمت المادة 71 من قانون الاجراءات الجبائية المكلف بالضريبة بضرورة التظلم أمام مصالح الضرائب قبل مباشرة الدعوى القضائية، وذلك في اطار تفعيل الحوار المسبق بين ادارة الضرائب والمعني بالضريبة، تحت اطار تصحيح الأخطاء التي قد ترتكبها الألى من جهة، وعدم اثقال كاهل القضاء بقضايا قد تحل وديا¹.

و كرس اجتهاد مجلس الدولة الجزائري هذا الاجراء في قرارات عدة له ، من بينها قراره بتاريخ: 25-02-2003 معتبرا²: " .. التظلم المسبق في مادة الضرائب من الاجراءات الجوهرية وهو من النظام العام طبقا للمادتين 334 و 337 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة " .

غير أن اجتهاد قضاء مجلس الدولة في مادة الضرائب ذاتها، وعلى ضوء الموازنة بين مصالح الادارة العمومية ممثلة في ادارة الضرائب من جهة، ومصالح المكلف بالضريبة في الاتجاه المقابل، وتعزيزا لدور التفسير القضائي للقاضي الإداري في مادة الضرائب، وحماية لمصلحة الأفراد اتجاه الادارة العمومية، كرس استثناء مهما عن المبدأ السابق، وذلك بعدم وجوبية التظلم الإداري المسبق خروجاً عن النص القانوني السابق، في قرار له بتاريخ: 18-03-2003، يتعلق بعدم تقديم مدعية - نزل الهادف - شكوى ادارية قبل رفع دعواه أمام القضاء، معتبرا ذلك غير مجديا بالنظر لطبيعة المنازعة والتي

¹ - أنظر المادة 70 و 71 من قانون الاجراءات الجبائية .

أنظر: <https://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/com-smartslider3/2014-03-24-14-21-50/codes-fiscaux>

أطلع عليه في: 28-06-2020، الساعة 20.00 ليلا.

عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 363-364-365.

² - أنظر: مجلة مجلس الدولة، عدد خاص، المنازعات الضريبية، 2003، ص 75.

تتعلق بدعوى استرجاع مبالغ مدفوعة بدون وجه حق¹. حيث أقر مجلس الدولة دعوى وطلب مخاصم مصلحة الضرائب دون اشتراط للتظلم الاداري المسبق، رعاية لمصلحة المعني أساسا. وفي ذلك يبرز بجلاء دور القاضي التفسيري من جهة ودوره في حماية الطرف الضعيف في العلاقات التنافسية من جهة ثانية.

وفي مادة الضمان الاجتماعي، جاء في المادة الرابعة من قانون رقم: **08-08 المؤرخ في: 02-23-2008** المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي: " ترفع الخلافات المتعلقة بالمنازعات العامة اجباريا أمام لجان الطعن المسبق، قبل أي طعن أمام الجهات القضائية"².

فالنص القانوني يقرر صراحة اجبارية الطعن الاداري السابق عن الطعن القضائي في مادة الضمان الاجتماعي. أما التفسير القضائي المتعلق بشرط ارفاق القرار المطعون فيه لقبول دعوى الالغاء فالناظر للمادة **169** من الأمر رقم **66-154** المتعلق بقانون الاجراءات المدنية الملغى يجدها اشترطت على رافع دعوى الالغاء ان يصحب دعواه نسخة من القرار المطعون فيه.

والحال ان الادارة العامة قد تمتنع عن تقديم تلك النسخة لتجنب مقاضاتها. وهو ما كان مجسدا في الواقع والعمل القضائي بصفة مستمرة.

حيث مجلس الدولة الجزائري كما يقول عمار بوضيف³، أبدع في إيجاد مخرج لمواجهة واقعة الامتناع من قبل الادارة العمومية هذه، معتبرا دعوى الالغاء المرفوعة أمام القضاء الاداري لا تستوجب وجود قرار اداري وبالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الاداري متى امتنعت الادارة المدعى عليها عن تمكينه به، بل تلزم الادارة بتسليم نسخة من القرار تحت اشراف قضائي، وذلك على ضوء تفسير النص الاجرائي قضائيا بما يتلاءم ومسألة تبسيط اجراءات تقديم الدعوى⁴.

2. الخصوصية في تبسيط الاجراءات أثناء سير الدعوى.

ان الدور التفسيري للقاضي الاداري أثناء سير الدعوى القضائية، يمكن أن نلمسه من خلال عدة معطيات، يتعامل فيها القاضي الاداري ايجابا خاصة عند تطبيق المبادئ، وتبسيط الاجراءات.

¹ - أنظر مجلة مجلس الدولة، ع 3، مرجع سابق، ص 127.

² - القانون رقم: 08-08 المؤرخ في 16 صفر 1429 هـ، الموافق ل 23 فبراير 2008، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 11، المؤرخة في 24 صفر 1429 هـ، الموافق ل 02 مارس 2008، يتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي، المادة 04.

³ - عمار بوضيف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 31-32.

⁴ - أنظر: مجلة مجلس الدولة، ع 8، ص 221.

حيث أثناء سير الدعوى، يمكن يطبق القاضي قواعد التفسير لما يتم الاعتداء على حق الدفاع، باعتبار هذا الأخير من أهم المبادئ التي تقوم عليها الدعوى القضائية عموماً ومنها الدعوى الادارية على الخصوص.
حيث لتطبيق هذا المبدأ لا يحتاج الى نصوص قانونية سابقة، بل هو مبدأ قانوني عام، يطبقه القاضي تفسيراً متى كانت الحاجة الى ذلك.

بالإضافة الى تكريس حق التقاضي أثناء سير الدعوى الادارية، وتطبيق مبدأ سرعة البت فيها، والذي يرتبط بمعقولية المحاكمة. حيث القاضي يمكنه تطبيق التفسير القضائي فيهما حماية لحقوق المتقاضين، وتطبيقاً للعدالة الناجزة. ولو لم تكن هناك نصوصاً ثابتة.

وسوف نتطرق الى هذه النقاط في الباب الثاني من الدراسة.

3. الخصوصية من حيث الهدف عند تفسير النص القانوني.

ان القاضي الاداري عندما يعمل على تفسير النص القانوني، قد يتوسع في اختصاصه متجاوزاً ما يقره ذلك النص، في مادة تجاوز السلطة.

فمادة تجاوز السلطة تتعلق بدعوى الطعن بالإلغاء أمام القاضي الاداري، وهي من أكثر الدعاوى انتشاراً لدى المتقاضين. لذلك يولي المشرع والقضاء لها اهتماماً متميزاً.

« Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux visant a faire annuler par le juge administratif un acte administratif un acte administratif illegal.

أي تمثل طعن قضائي يرمي الى ابطال قرار اداري من قبل القاضي الاداري¹.

أو كما عرفها عمار بوضياف أنها دعوى قضائية ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بغرض الغاء قرار اداري غير مشروع طبقاً لإجراءات خاصة ومحددة قانوناً².

وقضاء الالغاء قضاء متشعب لحملة مجالات متعددة تشمل، الطابع الوظيفي، والطابع المهني والمالي، وأخرى ذات طابع سياسي، وأخرى ذات طابع عمراي وتجاري حتى³.

ونتيجة لهذا التشعب والتداخل لموضوعات شتى تخص هذه الدعوى، كان لتدخل القاضي الاداري تفسيراً واجتهاداً أثر بارز وخصوصية متميزة.

¹ - Delaubadere Andre, Jean-claude Venézia, Yves Gaudemet, Traite de droit administratif. Paris. 1999. P 536.

² - عمار بوضياف، الوسيط في دعوى الالغاء دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 62.

³ - المرجع نفسه، ص 64.

فالمشرع الجزائري بمقتضى المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والمادتين 801 و901 من ق ا م ا ج، القاضي الإداري يختص بدعوى تجاوز السلطة والغاء القرار الإداري اتباعا للمعيار العضوي الشكلي أساسا¹. أي أن القاضي يكون مختصا بالنظر في جميع النزاعات التي يكون أحد أطرافها إدارة عامة بالأساس.

وبغض النظر عن الاشكالات القانونية التي يثيرها المعيار العضوي في النزاع الإداري والتي تتطرق اليها فقه القانون الإداري، نجد القاضي الإداري وهو يعمل على تفسير النص القانوني بخصوص دعوى تجاوز السلطة تفتن منذ بداية نشاطه الى مختلف القيود التي وضعها المشرع باعتماد المعيار العضوي في ضبط اختصاصه، لذلك أثر لنفسه بسلطة انشائية حقيقية²، كان عنوانها توسيع اختصاصه وقرار المعيار المادي متجاوزا النص القانوني، معتمدا معيار السلطة العامة وغيره.

فالقاضي الإداري أخضع بعض منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والهيئات المهنية لدعوى تجاوز السلطة لا استنادا للمعيار العضوي كما أسس النص القانوني، إنما تبعا للمعيار المادي الموضوعي السلطوي. وفي ذلك خروج للاجتهاد القضائي الإداري تفسيرا عن فحوى النص القانوني، اتباعا للسلطة الانشائية للقاضي.

ثانيا: منح القاضي الإداري في تفسير القاعدة القانونية الإدارية.

يمكن استبيان منهج القاضي الإداري في تفسير القاعدة القانونية الإدارية، باتباع أحد المنهجين، أوله التفسير الضيق الفني، وثانيها التفسير الواسع، ويضيف البعض الآخر منهج تفسير القياس، ويصنف البعض الآخر طرق تفسير القاعدة القانونية الى التفسير القضائي الداخلي والتفسير القضائي الخارجي. نحاول تبين ذلك في ما يلي:

1. التفسير الضيق والتفسير الواسع للقاعدة القانونية الإدارية.

1-1- التفسير الضيق للقاعدة القانونية الإدارية:

يرى البعض ان التفسير الضيق هو الذي يقف عند المعنى الحرفي الذي يفيد منه منطوق العبارة، فلا يستخلص فيه المعنى من اشارة النص أو دلالاته³.

¹ - القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المادة 09.

المادتين: 801 - 901 من ق ا م ا ج.

² - مسعود جندلي، مرجع سابق، ص 362.

³ - عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في فن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية مصر، 2012، ص 361.

ومن مجالات التفسير الضيق للنص القانوني الإداري نجد¹:

• تفسير الأحكام الواردة في المبادئ العامة للقانون:

ان كل من المبادئ التالية كمبدأ المساواة أمام المرافق العامة والتقاضى على درجتين وحق الدفاع وعدم رجعية القرارات الادارية وحجية الشيء المحكوم فيه وحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وقابلية المرافق العامة للتغير والتطور بتغير الظروف، يرى عمار عوابدي أن تفسير الأحكام التي تحتويها كمصدر للقانون الإداري ومبدأ الشرعية في الدولة، يجب أن يكون تفسيراً ضيقاً وفنياً ولا يقاس عليه².

• تفسير الاستثناء:

تطبيقاً للقاعدة العامة: " ان الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه "، وجب أن يكون تفسير القاعدة القانونية العامة في صيغة الاستثناء تفسيراً ضيقاً لا واسعاً، والتطبيقات القضائية الادارية غزيرة في هذا المثال. ومن ذلك قول المحكمة الادارية العليا في مصر في أحد بواكير احكامها: " من المعلوم ان ما جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه، والاستثناء لا يقاس عليه، ولا يجوز التوسع في تفسيره، والقياس على استثناء هو اضافة لاستثناء آخر"³.

• تفسير في حال وجود نص قانوني آخر:

قد نجد قاعدة قانونية تفصل فحوى قاعدة قانونية سابقة عنها، بدافع التفسير والتأويل وتبيين الحقوق، وجب التفسير هنا أن يكون ضيقاً لا واسعاً.

• تفسير القواعد المتعلقة بالاختصاص والتفويض فيه:

يتعين التزام التفسير الضيق في مسائل الاختصاص والتفويض، بحيث لا يتقرر الاختصاص بغير نص صريح لا غموض أو شبهة فيه⁴.

أما التفويض فالأصل فيه أنه استثناء من القاعدة، لذلك لا يفسر تفسيراً واسعاً⁵.

• تفسير القواعد المتعلقة بتقييد الحقوق والحريات:

1 - عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 222.
2 - عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 222.
3 - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 440 لسنة 3 القضائية، 1950/04/12، نقلاً عن: عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 388.
4 - فتوى مجلس الدولة المصري، نقلاً عن: عليوة مصطفى فتح الباب، مرجع سابق، ص 371.
5 - فتوى المحكمة الادارية العليا مصر، عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع نفسه، ص 371.

لقد اعتنى الدستور الجزائري بالحقوق والحريات العامة، وبما ان الأصل في قواعد الحقوق والحريات الاباحة وتقييدها هو الاستثناء، والاستثناء يفسر تفسيرا ضيقا، كان تفسير قواعد تقييد الحقوق والحريات تفسيرا ضيقا لا واسعا، مثل قواعد الضبط الاداري المقيدة للحقوق والحريات، كحالة الطوارئ، والحصار والحالة الاستثنائية.

• تفسير القواعد المتعلقة بالتأديب:

بما ان الأصل في الانسان البراءة من الفعل المؤثم، بالتالي القاعدة القانونية المتعلقة بتأديب الموظف يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا لا واسعا. ومثال ذلك قرار المجلس الأعلى بتاريخ: 1984/05/26 رقم: 33853 بين ل خ ووزير الشؤون الخارجية¹.

• القواعد المقررة للأثر الرجعي:

الأصل في قواعد القانون النفاذ بأثر فوري ومادام النفاذ قد يكون بأثر رجعي هو استثناء من الأصل، لذلك يخضع للتفسير الضيق لا الواسع.

• تفسير النصوص الضريبية، من حيث الاعفاء والالزام:

القواعد الضريبية تخضع للتفسير الضيق، ذلك أن القواعد الضريبية هي قيود استثنائية على الملكية والحرية الفردية لصالح الجماعة، فهي لا تفرض الا على فئات معينة من الأفراد عند تحقق شروط معينة، وبالتالي لا يجب التوسع في تفسير النص الضريبي، حيث بدعوى جلب موارد مالية اضافية للدولة لا يجب تفسير القواعد الضريبية تفسيرا واسعا يلحق الأذى والضرر المالي لدى المكلفين فهذه الضرائب².

1-2 التفسير الواسع للقاعدة القانونية الادارية:

يرى البعض انه في التفسير الذي لا يقف عند حد عبارة النص، انما يمتد الى روح النص وشارته، مع الاستشهاد بالمنطق وحكمة التشريع. بينما يرى آخرون ان التفسير الواسع لا يقف عند ذلك انما يلجأ فيه الى القياس الخفي أو الى الاستنباط من المبادئ العامة للقانون³.

¹ - المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 215. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ج 01، ص 179.

² - أحمد فتحي سرور، الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية مصر 1990، ص 71.

³ - عليوة مصطفى فتح الباب، مرجع سابق، ص 361

فهو توضيح ما غمض من ألفاظ قواعد القانون الإداري، وتقويم عيوبها، واستكمال ما نقص من أحكامها، والتوفيق بين أجزاءها المتعارضة، وتكييفه على نحو يجاري متطلبات تطور المجتمع وروح العصر، فالتفسير الواسع للقانون الإداري ملازم لتطبيق قواعده، سواء أكان النص واضحاً أو غامضاً. ومن مجالات التفسير الواسع للنص القانوني الإداري نجد¹:

- تفسير التصرف والأعمال القانونية الإدارية الصادرة في نطاق **السلطة التقديرية** المقررة للإدارة العامة.
- تفسير النص القانوني المتعلق بمنح **السلطة التنظيمية** للإدارة العامة سلطة القرار الإداري العام واللوائح الإدارية
- تفسير النص القانوني المتعلق ب**سلطات وامتيازات** الإدارة العامة.

2. التفسير القضائي الداخلي والتفسير القضائي الخارجي للقاعدة القانونية الإدارية.

نبين بداية التفسير القضائي الداخلي، ثم التفسير القضائي الخارجي.

2-1- التفسير القضائي الداخلي للقاعدة القانونية الإدارية:

التفسير القضائي الداخلي للقاعدة القانونية الإدارية نعني به اعتماد القاضي في تفسيره للنص القانوني الإداري من خلال صيغته، وذلك بتفسير ألفاظ وعبارات القاعدة القانونية الإدارية كاملة، أو عن طريق البحث اللغوي من الناحية الشكلية أو فحوى النص من الناحية الموضوعية، ومن أهم طرق التفسير الداخلي²:

- التفسير اللفظي.
- التفسير بطريق القياس.
- الاستنتاج بمفهوم المخالفة.
- الاستنتاج من باب الأولى.

2-2- التفسير القضائي الخارجي للقاعدة القانونية الإدارية:

المقصود به اعتماد القاضي في تفسير القاعدة القانونية الإدارية وتحديد المقصود منها من خلال دلائل خارج نص القاعدة القانونية ومن ذلك:

- تفسير النص القانوني الإداري من خلال **حكمة التشريع**:

¹ - عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 224.

² - خالد بن عبد الرزاق بن صالح الصفي، دليل صياغة الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية، الفالحين للطباعة والنشر ط 01، 2015، ص 253.

اتفق أغلب فقهاء القانون على ان البحث عن حكمة التشريع ينبغي ان يكون الخطوة الاولى للمتصدي للتفسير. حيث لكل نص حكمة ابتغاها المشرع من وراء وضعه، وتتجسد هذه الحكمة في الغرض الذي هدف اليه المشرع في وضع النص او العلة التي اقتضت الحكم، ويمكن الوقوف على حكمة المشرع من خلال التعرف على المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يراد حمايتها من وراء وضع التشريع او النص.

• تفسير النص القانوني الاداري من خلال الأعمال التحضيرية:

تعد الاعمال التحضيرية مجموعة الأعمال التي تسبق صدور القانون، وتتمثل في المذكرات التفسيرية للقانون، والأسباب الموجبة التي تعد وترفق بمشروع القانون، وكذا مشروع القانون، والتعديلات التي تمت بشأنه قبل صدوره، ومناقشات ومحاضر جلسات البرلمان ومحاضر واعمال اللجان، وغيرها التي تم فيها مناقشة نصوص واحكام القانون، وبمطالعة تلك المذكرات والمحاضر والوثائق ممكن ان نقف على القصد الحقيقي للمشرع ومن ثمة معرفة معاني النصوص القانونية.

حيث الاعتماد على الاعمال التحضيرية للقانون لا يكون الا على سبيل الاستئناس، حيث لا تعتبر من جزءا من التشريع.

• تفسير النص القانوني الاداري بالرجوع الى الدستور أو القانون الأجنبي:

من الممكن الرجوع للدستور كمرجع للتفسير في حال غموض النص القانوني، باعتبار الدستور أعلى قاعدة قانونية في الدولة يضم القواعد والأحكام الكبرى، ويعبر عن السياسة التشريعية للدولة والاجتماعية والاقتصادية. كما يمكن الاستئناس بالقانون الأجنبي لتفسير النصوص القانونية الادارية الغامضة، حين يجد القاضي نفسه مظطرا لذلك، خاصة مع التشريعات ذات الصلة بالقانون الاداري القريبة المنهج ومنه التشريع المصري والتونسي على سبيل المثال باعتبارهما يجاوران التشريع الجزائري، أو للتشريع الفرنسي باعتباره التشريع الأم للقانون الاداري.

المطلب الثالث: الدعوة الى الغاء القضاء الاداري.

الناظر للتشريع القانوني الاداري اليوم، يجد وبلا شك كثافة معتبرة للتشريعات الادارية وفي مختلف المجالات، وذلك قد يوعز الى انحسار في الطابع القضائي للقانون الاداري، وتخفيف دوره وانزياحه مقابل المشرع أساسا. ونتيجة لتدخل المشرع بسن العديد من التشريعات في مختلف موضوعات القانون الاداري من جهة وبسبب معيارية القانون الأوربي من جهة ثانية، ظهر اتجاه فقهي فرنسي يدعو الى نهاية القضاء الاداري، وبالتالي نهاية الاجتهاد القضائي الاداري.

وبديهي ان انتهى القضاء الاداري ينتهي معه الجدل الحاصل فيما إذا كان الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري أم لا؟

نبن ذلك في الفقه الفرنسي (الفرع الأول) ثم في الفقه الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغاء القضاء الاداري في الفقه الفرنسي.

من بين الأوائل الذين شككوا في إمكانية استمرار الطابع "القضائي" للقانون الإداري هو الأستاذ "فيدال" "Vedel" لما نشر مقاله:

"Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, ECDE, 1979-1980, n° 31.

حيث بين سبب كتابة هذا المقال كما يلي:

"Mais ce n'est pas la constatation banale du caractère jurisprudentiel du droit administratif qui forme l'objet de notre étude. Nous voudrions nous placer à un autre point de vue et nous demander si ce caractère peut et doit être éternel ou, plus modestement, s'agissant d'affaires humaines, si l'on peut et si l'on doit envisager l'atténuation dans un avenir qui ne soit pas trop éloigné..."¹

فانحسار الطبيعة القضائية للقانون الإداري دفع أيضا ب François Llorens للتساؤل إذا ما كان قانون العقود

الإدارية ذو طبيعة قضائية أم لا ؟ و هذا من خلال نشره لمقال له بعنوان:

"Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?"²

حيث بين أن هناك عدد معتبر من القوانين أو التنظيمات المنظمة للعقود الإدارية، فلم يعد للقواعد القضائية إلا

دورا ثانويا. وهذا ما أشار له "غودمي" "Y. Gaudemet" في مقال له بعنوان:

"Le contrat administratif, un contrat hors la loi"³.

ويمكن رد فكرة الغاء القضاء الاداري في فرنسا الى أزمة ازدواجية الولاية القضائية (أولا)، استنادا الى مبررات عديدة

(ثانيا).

أولا: أزمة مبدأ ازدواجية الولاية القضائية.

يعد مشروع توحيد المحاكم العادية والادارية، بشكل أو بآخر متداول بصورة مستمرة في الفقه الفرنسي، في عدة

مناسبات، حيث يتمكن في كثير الحالات على الحصول على أصوات كافية مؤيدة، للتنظيم القضائي الموحد.

⁴ Charles X. A. L. A. Macarel فقول أسباب صيانتها. فقول Charles X. A. L. A. Macarel

¹- G. Vedel , "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, ECDE, 1979-1980, n° 31- 32.

²- Cité par F. Melleray, " Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ?", AJDA, n 12, 28, 2005,p. 637

³- Cité par F. Melleray, op.cit.

⁴- J. Ropert, Des tribunaux administratifs, 1828, p V2.

« la justice administrative... est en butte à de fréquentes attaques

أي أن: " ان العدالة الادارية تتعرض لهجمات متكررة ". من قبل تيار اقضاء القضاء الاداري ومعاداته.

وهو ما يؤيده Dupin حين يقول¹:

«l'opinion communément répandue... est défavorable à la juridiction administrative : on ne se croit en sûreté que devant les tribunaux ».

حيث هذا التوجه، ينطلق من خلال الانتقادات الموجهة لأعلى جهة قضائية ادارية وهي مجلس الدولة الفرنسي، وبالخصوص أثناء بدايات نشاطه، لما كان يوصف بأنه قريب من الادارة العامة ومبتعد عن سلطة القضاء وهيئته واستقلالته.

كما أن نقد فكرة ازدواجية القضاء يمكن أن نجدتها في الاتجاه المقابل المؤيد لنظام وحدة القضاء والقانون، من خلال عديد المبررات، ومن ذلك²:

مبدأ سيادة القانون في الدولة لا يتحقق الا في ظل نظام قضائي موحد وقانون واحد يطبق على الجميع، وبدون استثناء. أما اذا خضعت الادارة العامة لقضاء خاص بها، يسلم لها بسطات وامتيازات غير مألوفة في قواعد الشريعة العامة، فيجعلها في مركز أسمى من مراكز الأطراف، ويعترف لها بسطات تعديل التزاماتها والتزامات المتعاقد معها، فان ذلك سيؤدي حتما الى هدر مبدأ سيادة القانون في الدولة.

ومبدأ المساواة أمام القانون والقضاء من المبادئ التي تتضمنها مختلف الدساتير، ولا يتحقق هذا المبدأ الا في ظل قضاء موحد وقانون واحد. أما تمييز الادارة العامة بقضاء مستقل، ليتولى تطبيق قانون غير القانون المطبق على الافراد قد يخل بمبدأ المساواة.

ومن جهة أخرى، يرى اتجاه عريض في الفقه الاجرائي، أن القاضي العادي يعتبر حامي الحقوق وحارس الحريات، وبعد الضمانة الحقيقية والفعالة والوحيدة، من أجل صيانة وحماية حقوق وحريات الأفراد من أي تعسف أو انحراف يصدر عن الادارة العامة، نتيجة امتيازها بسطات الجبر والقهر.

وباستبعاد القضاء العادي من مجال حماية الحقوق والحريات، اذا ما تعلق بخضومة موجهة ضد الادارة العامة، ليتخلى لصالح القضاء الاداري، والذي لا يهدف الا لحماية حقوق وامتيازات الادارة العامة وأهدافها، فان أهم المبادئ الذي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة والتي مفادها أن القاضي حامي الحقوق وحارس الحريات ستنتهار.

Voir: François Burdeau, Les Crises du juridictions, Revue de droit d'assas, N 18 mai 2019, p 37.

¹- François Burdeau, op.cit, p37.

² - محمد الصالح خراز، محاضرات في القانون الاداري، محاضرات في القانون الاداري، مطبوعة كلية الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي الوادي، 2000/1999، غير منشورة، ص 15.

وأخيرا، يرى الفقه القانوني الاجرائي كذلك، ان نظام ازدواجية القضاء والقانون، يعمل على تعقد الاجراءات، في مقابل بساطة ووضوح الاجراءات في ظل نظام وحدة القضاء والقانون.

ان التعبير عن تحد لشرعية الازدواجية القضائية، هو وبلا شك، يمثل موقفا متطرفا راديكاليا واستثنائيا، فالحاجة الى عدالة خاصة في الدعاوى القضائية التي تشكل التقاضي الاداري ضرورة ملحة واكيدة كما يقول ليون اووك¹.

ثانيا: تبرير الغاء القضاء الاداري.

لعل الاتجاه في تبرير الغاء الجهات القضائية الادارية، يعود لمبررات ولأسباب متعددة نذكر من بينها:

1. التأكيد على تاريخية انشاء مجلس الدولة الفرنسي:

ان الثورة الفرنسية تعد أحد الأسباب غير المباشرة الى نشأة القضاء الاداري فرنسا، وهي بذلك قد تعد سببا تاريخيا لنشأة القضاء الاداري أساسا.

حيث تعد النواحي السياسية والاجتماعية والادارية ما قبل الثورة الفرنسية أسبابا تاريخية مؤسسة للقضاء الاداري الفرنسي ولانفصاله عن القضاء العادي².

فسياسيا كان نظام الحكم في فرنسا قبل الثورة نظاما ملكيا مستبدًا، اذ يرون أن ملكهم وسلطانهم، المتوارث فيما بينهم، حقا مقدسا مقصورا عليهم دون سواهم، يستمدونه مباشرة من الله، لا يجوز المساس به ولا تقييده، فالسلطة السياسية في يد الملك والادارة تتلاعبها الأهواء والمصالح.

أما من الناحية الاجتماعية فكان المجتمع مقسما الى ثلاث طبقات، طبقة النبلاء التي تتمتع بكامل الامتيازات، وبكامل المناصب المدنية والعسكرية، بالإضافة الى امتلاكها السلطة القضائية التي تسمى بالبرلمانات القضائية، ومعفاة من الضرائب، وكان لها حق جباية الضرائب لنفسها من الأهالي، وتحتكر حق الصيد وكثير من المزايا.

وطبقة رجال الكنيسة المعفاة من الضرائب، وتمتلك ثروات هائلة من عائدات الأوقاف والصدقات، ولها نصيب أيضا من الضرائب تؤخذ تحت تسميات دينية.

أما الطبقة الثالثة، فهي طبقة العامة، والتي تضم جميع فئات الشعب الباقية، ويقع عليها عبء دفع الضرائب المختلفة، وكانت تعاني لثقل أنواع البؤس والشقاء.

ومن الناحية الادارية، كان حكام الأقاليم لا يجسدون سلطة الدولة الا في جباية الضرائب والحقوق الجمركية، وتكريس امتيازات طبقتي النبلاء ورجال الكنيسة، كما كانت البرلمانات القضائية تقف في وجه كل اصلاح اداري.

¹ - L. Aucoc, La juridiction administrative et les préjugés, E. Panckouke, 1864, p 2 . cet opuscul est une réédition enrichie de son article publié dans le moniteur universel des 13 et 25 aout 1864.

Voir: François Burdeau, op.cit, p 41.

² - أنظر: محمد الصالح خراز، مرجع سابق، ص 34 وما بعدها.

فكانت تراقب قضائيا عمل الادارة وتحاكم الموظفين عن أعمالهم الوظيفية، مما دعا الى شل النشاط الاداري وشل كل اصلاح قد يشوبه.

كل تلك الأسباب دعت رجال الثورة الفرنسية بداية الى اقتضاء البرلمانات القضائية بداية من مراقبة النشاط الاداري والعمل الاداري، من خلال تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات تطبيقا ثوريا، من خلال مرحلة الادارة القاضية. وذلك للسمعة السيئة التي كانت تميز البرلمانات القضائية ما قبل الثورة.

ثم في سنة 1800 تم انشاء مجلس الدولة الفرنسي كجهة استشارية للإدارة بداية في رقابة العمل الاداري، ليتم استقلاله نهائيا وقرار سلطته القضائية المستقلة بجوار القضاء العادي في ماي 1872.

ما سبق ذكره، يؤكد على تاريخية النشأة للقضاء الاداري الفرنسي ومجلس الدولة. وذلك ما قد يثير الى أنه مادامت انه انتهت المسببات ما قبل الثورة الفرنسية، فانه قد يكون لوجود مجلس الدولة الفرنسي ليس مبررا. وبالتالي يصلح العودة الى نظام وحدة القضاء والقانون.

2. تقنية القانون الاداري:

اتجاه في الفقه الفرنسي، دعا الى نهاية فكرة قضائية القانون الاداري، و ظهور فكرة تقنية القانون الاداري، أي تشريع معظم قواعده، وعدم الحاجة الى الابقاء عن الاجتهاد القضائي كمصدر لقواعده، حيث تساءل "فيدال" Vedel " في مدى امكانية الاستمرار في نظرية الطابع القضائي للقانون الاداري، ومدى امكانية التراجع عنها لصالح تقنية القانون الاداري¹.

فعدم ترك الادارة العامة لقاضيها الطبيعي الاداري واخضاعها للقاضي العادي، بات واقعا اليوم كما يقول بعض الفقه الفرنسي، حيث القاضي العادي قادر على تطبيق القانون الاداري الذي لم يعد يصنعه القاضي الاداري².

3. معيار القانون الأوربي، وقواعد القانون الدولي.

لقد أخذت المعاهدة مبكرا مكانا مميزا في النظم الداخلية كأحد مصادر المشروعية فكان لها ذات قوة القانون بل سمت عليها حسب بعضها الآخر، والحقيقة أن الدساتير لم تفعل أكثر من تقنين فكر القضاء ورؤيته لوضع المعاهدة في النظام القانوني الداخلي فقبل المشرع الدستوري كرس القضاء أن "المعاهدة ليست عقدا خاصا ولا قانونا ولكنها تتميز بقوة القانون" إذ جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية المؤرخ في 24/06/1839³:

¹G.Vedel " Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ", op.cit

²- Jean Rivero, Jean Valline, droit Administratif, Pricis, 18 éd, 2000

³- cass. Ch , cas, 24 juin 1839 – Napier et autres : S 1839 , I . 579

نقلا عن: محمد فؤاد عبد الباسط، مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ص

«les traites passés entre les nations ne sont pas de simple actes administratifs et d'exécution... ils ont le caractère de loi»

وهو ما تم تكريسه في دساتير العديد من الدول، إذ اعترفت للمعاهدات الدولية بقوة القانون أو جعلتها أسمى منه، وبالتالي أدرجتها ضمن مصادر وعناصر المشروعية. وفي نفس الاتجاه قرر الدستور الجزائري هذا المبدأ إذ تنص المادة 150 من دستور 1996 على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

غير أن مسألة التصادم بين القواعد الداخلية والقواعد الخارجية لا يمكن تفاديها بأي شكل من الأشكال¹. في 20 أكتوبر 1989 صدر قرار NICOLA عن مجلس الدولة الفرنسي مجسدا تطورا مهما في تبيان العلاقة بين القانون الداخلي والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، من خلال مطابقة أو بمقابلة قانون بمعاهدة سابقة عليه لتقصي المطابقة من عدمها².

فالناظر الى أحكام وقرارات مجلس الدولة الفرنسي اليوم، يجدها جميعا تقرر بتطبيق قواعد القانون الأوربي ضمنها، وتؤسس مختلف الاجتهادات القضائية استنادا الى نصوص قانونية متعددة أهمها قواعد القانون الأوربي.

وقد يكون، ذلك مؤسسا لحلول قواعد القانون الأوربي محل الاجتهاد القضائي الإداري.

الفرع الثاني: الغاء القضاء الإداري في الفقه الجزائري.

ان مسألة الغاء الجهات القضائية الإدارية في التنظيم القضائي الجزائري، أصبحت تلامس آراء عدد من شراح القانون الإداري في الجزائر، لعدد الأسباب ومن بين ذلك، قصور العمل الاجتهادي للجهات القضائية الإدارية من جهة، وفي تفسير قاعدة " لا يخضع القاضي الا للقانون ".

أولا: الرأي الفقهي المؤيد لإلغاء القضاء الإداري.

في سياق الدور الذي يمارسه القاضي الفاصل في المادة الإدارية في تطبيق القانون، أو التقليد للأحكام والقرارات المقارنة، ظهر اتجاه في الفقه الجزائري يؤيد بشدة مسألة عدم قضائية القانون الإداري وعدم ممارسة القاضي الإداري الدور الاجتهادي الأصيل، وبالتالي الدعوة بشكل غير مباشر الى الغاء القضاء الإداري.

¹ - أنظر: عبد الحميد متولي، المفضل في القانون الدستوري، منشأة المعارف الاسكندرية، 1952، ص 80-97.

سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الاسكندرية، 1985، ص 82.

² - أنظر أحكام المبادئ الكبرى للقضاء الإداري الفرنسي.

يرى كل من يحي وناس وعصام نجاح؛ أنه لا يمكن الحديث عن قانون اداري جزائري قضائي لا في أسسه ولا في تقنياته وذلك لهيمنة القاعدة التشريعية في القانون الاداري الجزائري، وعدم وجود قضاء اداري له الامكانية على ابتكار قاعدة قانونية خارج النص التشريعي¹.

ثم يضيفان ان القرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الادارية لا تحوي على اجتهاد ذي قيمة ابداعية أو انشائية، ذلك لدخول القاعدة القانونية الادارية للنزعة المكتوبة بعيدا عن النزعة القضائية، وذلك ادى الى احجام القضاء الفاصل في المواد الادارية في الجزائر عن الاجتهاد والابتداع في مجال القانون الاداري، ولجؤه لتطبيق بعض قواعد القانون المدني أحيانا، واستناده لاجتهاد قضائي أجنبي في أحيان أخرى².

حيث يذكران أن سبب عدم لجوء القاضي للاجتهاد القضائي هو اللجوء أو التطبيق غير الضروري لقواعد القانون المدني والاستناد للاجتهاد القضائي الأجنبي، وتتبع خطى المشرع وان سكت، مع الاستناد لبعض الأحكام والقرارات القضائية. مع الاستناد الى اختلاف الظروف التاريخية للقضاء الجزائري عن القضاء الفرنسي، كما أنه بعيد الاستقلال اعتمد المشرع الجزائري نظام وحدة القضاء وعدم اعتماد خصوصية النظرية الفرنسية، وعدم توافر الاطارات القضائية الكافية في تلك المرحلة³.

وفي نفس الاتجاه يذهب عادل بن عبد الله، في مقاله: "القضاء الاداري في الجزائر بين التنوع القانوني والتخصص"، متسائلا عن دور القاضي الاداري في بناء قانون اداري جزائري أصيل؟ وطبيعة القضاء الاداري⁴.

معتبرا أنه لا خصوصية للقانون الاداري وللقضاء الاداري في الجزائر قديما في ظل الوحدة القضائية ولا حديثا في ظل الازدواجية القضائية، لأنه لا يوجد اختصاص قانوني حصري بين القضاة لا في مرحلة التكوين ولا في مرحلة ممارسة الوظيفة. ومن جهة ثانية فلسفة المشرع الجزائري لا تصل الى فكرة التنوع القانوني أي بين العادي والاداري منه⁵.

ومعتبرا أن " تبني المشرع الجزائري للازدواجية انصب على الجانب التنظيمي للجهاز القضائي وبأن القانون الاداري لم يكن محور التغيير ولن يكون العامل الحاسم في التأسيس لقضاء اداري متميز يسهم بشكل متميز أيضا في التأسيس لدولة القانون وتكريسها"¹.

¹ - عصام نجاح، يحي وناس، القانون الاداري في الجزائر، قضائي أم تشريعي، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد درارية، أدرار، ع33، ص 22.

² - أنظر: مرجع نفسه.

³ - أنظر: المرجع نفسه.

⁴ - أنظر: عادل بن عبد الله، "القضاء الاداري في الجزائر بين التنوع القانوني والتخصص"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 16، ديسمبر 2017، ص 124.

⁵ - عادل بن عبد الله، المرجع سابق، ص 130-131.

أي بمعنى مباشر، أنه لا اجتهاد للقاضي الفاصل في المادة الادارية في الجزائر، باعتباره مصدرا للقانون الاداري. وفي مقال آخر له -عادل بن عبد الله - عنوانه الدور المستقبلي للقاضي الاداري في ظل تحولات القانون الاداري، حيث يرى فيه أن غزارة النصوص القانونية الادارية من جهة، وتداخل التنظيمات الادارية مع تنظيمات القانون الخاص، وتأثير القانون الدستوري من جهة ثانية، أدى الى انحصار الدور الاجتهادي للقاضي الاداري الابتكاري وتراجعته². يرى الباحث وان كانت الآراء الفقهية السابقة نجمت عن تحليل واقعي للجهات القضائية الفاصلة في المادة الادارية ومدى مساهمتها الضئيلة في العمل الاجتهادي، فان ذلك لا ينفي مسألة ضرورية وهو فكرة التخصص القضائي وفاعليته للعمل القضائي، في ظل التنوع المفرد للقضايا والمنازعات وتشعبها من جهة، والتوجهات القضائية المقارنة في هذا الشأن. ثانيا: قاعدة لا يخضع القاضي الا للقانون.

تنص المادة 163 من الدستور الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم على ما يلي³: "القضاء سلطة مستقلة.

القاضي مستقل، لا يخضع القاضي إلا للقانون".

حيث عرض رشيد خلوفي تفسيراً شكلياً وموضوعياً وهو بصدد التعليق على نص المادة، ومن المفيد عرض التفسير الموضوعي أساساً، على اعتبار ارتباطه بالإشكالية الرئيسية للبحث. حيث يرى مصطلح "القانون" الموضوع المثير لأكبر تساؤل في هذا المجال. فالفقه يضع مفهوم ضيقاً وواسعاً للقانون. فحسب المفهوم الواسع، باستثناء المقررات القضائية، يشمل مصطلح "القانون" كل النصوص القانونية مهما كانت طبيعة السلطة العمومية المصدرة لها والنوع الذي صدرت فيه. وتتضمن قائمة هذه النصوص كل من النص الدستوري، الاتفاقيات، التشريع وكل القرارات الإدارية الصادر عن السلطات الإدارية. أما حسب المفهوم الضيق، يقصد بمصطلح "القانون" النصوص القانونية ذات الطابع التشريعي الصادرة عن السلطات التشريعية.

حيث يقول رشيد خلوفي، في انتظار التفسير الرسمي للمجلس الدستوري، المفهوم الضيق هو المعنى المرجح في المادة 165 - المادة 163 بحسب التعديل الأخير للدستور - لسببين رئيسيين⁴:

1 - عادل بن عبد الله، القضاء، مرجع نفسه، ص 132.
 2 - أنظر: عادل بن عبد الله، الدور المستقبلي للقاضي الاداري في ظل تحولات القانون الاداري، الملتقى الدولي الثامن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 7-8 مارس 2018.
 3- دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم، المادة 163.
 4 - Khallofi Rashid, système juridique algerien; une jurisprudence inaccomplie, Revue Idera, n 43, pp, 7-32

يعود السبب الأول إلى استعمال المؤسس مصطلح "القانون" في النص الدستوري بحيث خصص هذا المصطلح للإشارة إلى الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية (المواد 112، 144، 145 خاصة).

ويتمثل السبب الثاني في ملاحظة قوية صعبة الرد عليها ناتجة عن مقتضيات المادة 161 من الدستور التي تنص على ما يلي: " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية".

تمكن أحكام المادة 161 أعلاه القاضي الإداري من الفصل في دعاوى الإلغاء الرامية إلى ممارسة الرقابة على شرعية قرارات السلطات الإدارية واحتمال إلغائها وليس الخضوع لها كما يمكن فهمه من المادة 165 السابقة قبل التعديل لأن الخضوع للقانون في مفهومه الواسع يمنع القاضي الإداري من المهمة القضائية التي من أجلها أسس المتمثلة في مراقبة شرعية النصوص القانونية الصادرة عن السلطات الإدارية وإلغائها في حالة مخالفتها لمبدأ الشرعية، على اعتبار قرارات السلطات الادارية جزءا من القانون بالمفهوم الواسع.

إن القراءة المشتركة لمقتضيات المادتين 161 و 165 السابقتين قبل التعديل لدستوري، كما يقول رشيد خلوفي، تبين و تؤكد بأن خضوع القاضي لا ينصب إلا على القانون في مفهومه الضيق أي النص القانوني الصادر عن السلطة التشريعية.

وبالتالي حسب هذا التفسير، لا يمكن للقاضي أن ينشئ ويشرع قاعدة قانونية ادارية.

وهذه وجهة نظر، تحتمل الصواب ومجانته. باعتبارها ترتكز الى تحليل فقهي أساسا.

حيث يرى الباحث، أنه يمكن النظر الى تفسير نص المادة -165- المادة 163 من آخر تعديل دستوري - الدستورية من زاوية مخالفة، ووفق معيار آخر، غير معيار انشاء أو عدم امكانية انشاء القاعدة القانونية، وهو معيار علوية القانون كضابط لجميع تصرفات السلطات العمومية والهيئات الخاصة والأفراد. بحيث لا يتصرف أحدهم خارج نطاق القانون. والحكم في ذلك القاضي الذي يخضع جميع الأشخاص له. خاصة وأن هذه القاعدة - المادة 165 - هي من متضمنات الكتلة الدستورية والتي تؤسس للقواعد والمبادئ الكبرى.

وبالتالي خضوع القاضي للقانون فقط، لا يعني عدم قضائه بغير نص قانوني، انما قد يكون المقصود هو علوية

القانون على أي تصرف وسلوك يحتكم فيه اليه، سواء أكان قانونا مكتوبا أو غير مكتوبا، أو مبدأ قانونيا عاما.

فالقاضي لا يخضع الا للقانون، بمعنى أن له سلطة مستقلة عن كل السلطات الأخرى، وأن قضائه يستند الى

القانون بالمفهوم الواسع له لا الضيق. الذي يضم النص المكتوب وغير المكتوب وحتى الاجتهاد القضائي في اطار المبادئ العامة للقانون.

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي مصدر للقانون الاداري.

في الاتجاه المقابل لعدم اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، نجد الاتجاه، والذي مازال وفيه لاعتباره مصدرا له، وللنظرية التقليدية للقانون الاداري والتي تعتبره قانونا قضائيا.

حيث الباحث يعيد طرح تساؤل مبدئي بخصوص سلطة التشريع، ووضع القاعدة القانونية، وهل هي فقط تتمثل في السلطة التشريعية؟ أم أن للقاضي كذلك سلطة التشريع؟ فمن المشرع؟ (المطلب الأول).

كما أن صفة عدم التقنين للقانون الاداري، والتي يمكن التعبير عنها بوجود اغفال أو قصور تشريعي يخص المادة الادارية، تعد وبلا شك محدد أساسي لضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهادا لسد ذلك الاغفال والقصور التشريعي (المطلب الثاني).

كما يعد قضاء الدستورية، والدفع بعدم دستورية النص القانوني أمام القاضي الاداري، مبررا لامكانية عد الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تشريع المشرع وتشريع القاضي؛ من المشرع؟

ان وضع وتشريع القاعدة القانونية يستند أساسا الى سلطة رسمية في الدولة، وحيث أن الأمر يتعلق دائما بالسلطة التشريعية كمختص أصيل في سن التشريعات والقوانين، فان الباحث يمكن أن يطرح تساؤلا متعلق بانحصار هذه السلطة فقط في السلطة التشريعية؟ أم أن الأمر قد يتجاوز ذلك، خاصة لما نرى من الناحية الدستورية والقانونية والفعالية تحكم السلطة التنفيذية في سن التشريعات والقوانين في ظل غيبة البرلمان أو تعييبه.

ففي المجتمع الحديث، لا سيما في المجتمعات التي تعاني قلة حماية " تشريع القانون الاداري "، يطلب من القاضي أكثر من دوره في الحكم والقضاء وانفاذ القانون، الى تكريس حقوق قانونية وتشريع قواعد حمايته¹.

فمن هو المشرع؟ وهل يمكن للقاضي خاصة القاضي الاداري تشريع القواعد القانونية؟ وما يمنعه من ذلك؟

ان التطرق لسلطة القاضي في امكانية سن القانون، والاجابة عن تساؤل " من المشرع؟ "، يمكن النظر اليها من خلال مبررات متعددة، من بينها اعادة قراءة مبدأ الفصل بين السلطات (الفرع الأول)، ومن خلال الموازنة بين شروط الترشح لعضوية السلطة التشريعية وتولي الوظيفة القضائية (الفرع الثاني)، وذاتية القاعدة القانونية الادارية (الفرع الثالث).

¹ - PaleeratSriwannapruet, Les Principes Genereaux du droit administrative français et thaillandais, These doctorat, 17-12-2010, univDàuvergneclermotferrand 1, p 264.

الفرع الأول: اعادة قراءة مبدأ الفصل بين السلطات.

يرى اتجاه واسع في النظرية السياسية الدستورية ان مبدأ الفصل بين السلطات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، يشكل العمود الفقري وأساس الحرية والحكم الديمقراطي، ويعتبر تمييز السلطة في ثلاث مجموعات متميزة منفصلة ومستقلة أمر لا غنى عنه في الدولة الدستورية، حيث الوظيفة التشريعية يجب ان لا تتمتع باستقلال كامل فحسب بل يجب كذلك ان لا تفوض مهمة التشريع لغير سلطة التشريع، خصوصا للسلطة التنفيذية.

واعلان حقوق الانسان والمواطن في المادة السادسة عشر منه نص على أن¹: " كل مجتمع لا يكون فيه التزام القانون مضمونا، ولا يكون فيه الفصل بين السلطات محددًا، لا دستور له على الاطلاق".

غير أن القارئ للدراسات الدستورية اليوم يجد أنه آل بما المطاف – نظرية الفصل بين السلطات – الى الاعتراف بالمشكلات المفهومية المتعلقة ب"مبدأ الفصل بين السلطات" نظريا وتطبيقيا.

وبالتالي واجهت النظرية نقدا سياسيا وقانونيا، حيث اعتبرها البعض " مسببا لكثير من البلبلة " و " مشوها بكثير من الاستثناءات " وبعاني من " صعوبات سيئة الصيت " و " كثير من عدم الدقة وغياب الاتساق ". واعتبرها أحد الباحثين "غير دستورية" أو "نظرية غير مقنعة"².

حيث من الناحية السياسية النظرية، كان المبدأ يصلح لمواجهة فكرة شخصنة الحكم، لكنها حاليا دون فائدة³، فهي نظرية خالقة للمعوقات والتوازن الكامل بين هذه الهيئات الثلاث يؤدي الى شلل تام في الأزمات. لأن الفصل التام بينها يؤدي الى العجز في مواجهة ما تمر به، كما ان توزيع السلطة قد يؤدي الى تفتيت المسؤولية حال الخطأ⁴.

¹ - اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الذي تبناه المجلس الوطني الفرنسي في اغسطس 1789.

² - Kelsen, Hans. General theory of law and state. Translated by Anders Wedberg. New York., 1961, p 269.

- Steven G, Calabresi and SaiKrishna, B. PraKash, " President Power to Execute the Law ", Yale Law journal, n 104, Decembre 1994, p 544.

³ - Eric Gojoso, L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu « Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », Revue française de droit constitutionnel, PUF, n 71, 2007, p.500 et suite.

⁴ - De Malberg, Carré, contribution à la théorie générale de l'état. T0, Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1922, p 12-13.

عن: لوثن دلال، الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2011-2012، ص

أولاً: مبدأ الفصل بين السلطات في ميزان الفقه.

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات معياراً مهماً في فقه القانون عامة إلى حد اليوم، وفي بناء الدولة الدستورية والدولة القانونية، القائمة على احترام حقوق الإنسان والمساواة، وتوزيع السلطات بين ثلاث سلط أساساً وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

كما أن أساس وجود وتبرير ذات المبدأ لدى عديد الفقهاء، هو منع الاستبداد واحتكار السلطة. غير أن النظر السابق يستدعي التدقيق والمراجعة في ظل التفسير الحديث للسلطة في الدولة، وتفسير مبدأ الفصل بين السلطات، وفكرة الاستبداد والحرية أيضاً، فهل توزيع السلطات يمنع الاستبداد؟ وهل الاستبداد أساسه وحدة السلطة؟

ومن جانب آخر يطرح الباحث سؤالاً متعلقاً بتفسير مبدأ الفصل بين السلطات ومرتبطة بدور القاضي في القاعدة القانونية الإدارية.

فهانز كلسن يعتبر أن مفهوم الفصل بين السلطات ليس دقيقاً إلى حد بعيد وأن بناء السلطات الثلاث يعتمد التوزيع¹. حيث يرى البعض في تفسير مقال كلسن أن الفصل بين السلطات مسألة تتعلق بالتسمية، فالمجالس التشريعية تتخصص في التشريع وحده، بينما وظائفها موزعة بين أجهزة عديدة. فالمجالس التشريعية لا تحتكر صناعة القانون، بل تتخصص فقط في وضع القواعد العامة، وهذه الأخيرة – صنع القواعد القانونية العامة – قد تفوض كذلك إلى السلطتين الأخرين².

فالواقع الدستوري اليوم ممارسة ونصوصاً نجده يدمج الوظائف الثلاث فيما بينها، خاصة بين الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية، من خلال إمكانية سن القوانين من قبل المنفذ لها أصالة، ورقابة قد تصل إلى اعدام السلطة المقابلة من قبل المشرع على المنفذ. وبالتالي يوجد تقاطع بين السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية. ولا يوجد في واقع الدولة الحديثة اليوم تكون فيها السلطة التشريعية هي الجهة الوحيدة التي تضع قواعد قانونية عامة، وبالمقابل لا توجد دولة تمنع فيها السلطات التنفيذية والسلطة القضائية من وضع تلك القواعد بصورة صريحة، وهو ما يسميه البعض "التشريع المعكوس"³.

يقول كلسن:

H. Kelsen, op.cit, p 270-271.

²H.Kelsen, op.cit, p 270-271.

³H.Kelsen, op.cit, p 270.

" ان مبدأ الفصل بين السلطات كما يفهم حرفيا أو كما يفسر كمبدأ لتقاسم السلطات ليس ديمقراطيا في جوهره. فما يتمشى مع فكرة الديمقراطية، على العكس من ذلك، هو التصور الذي مفاده ان كل السلطة يجب ان تكون مركزة في الشعب، اذ يكون الممكن هو الديمقراطية غير المباشرة وليس الديمقراطية المباشرة، يجب أن تمارس السلطة كلها، هيئة كلية واحدة ينتخب الشعب أعضائها ويجب ان تكون مسؤولة قانونيا أمام الشعب. وإذا كان لهذه الهيئة وظائف تشريعية فحسب، فان الأجهزة الأخرى التي تنفذ القواعد التي يصدرها الجهاز التشريعي يجب ان تكون مسؤولة أمام الجهاز التشريعي، حتى لو كانت هذه الأجهزة نفسها منتخبة من قبل الشعب ايضا. ان الجهاز التشريعي هو الأكثر اهتماما بالتطبيق الصارم للقواعد العامة التي يصدرها. وضبط الأجهزة الخاصة بالوظائف التنفيذية والقضائية بواسطة الأجهزة الخاصة بالوظائف التشريعية يتمشى مع العلاقة الطبيعية القائمة بين هذه الوظائف.

هكذا تتطلب الديمقراطية أن يكون للجهاز التشريعي سيطرة على الأجهزة الادارية والقضائية. وإذا ما كان دستور ديمقراطية من الديمقراطيات هو الذي يشترط فصل الوظيفة التشريعية عن الوظائف الخاصة بتطبيق القانون، أو ضبط الجهاز التشريعي بواسطة أجهزة تطبيق القانون، وخصوصا تحكم المحاكم بالوظائف التشريعية والادارية، فان ذلك لا يمكن تفسيره الا بالرجوع الى أسباب تاريخية، في حين لا يمكن تبريره بوصفه عناصر ديمقراطية نوعية"¹.

وقد قدم **كاري دي مالبرغ** نقدا لفصل السلطات، معتبرا اياه غير قابل للتحقيق متى فهم على أساس انه يقوم على المساواة بين أجهزة الدولة الثلاث، حيث متى تخصص كل جهاز بوظيفة ما - لكل جهاز سلطة خاصة - لا يعود من الممكن الحصول على المساواة بين هذه السلطات، حيث يصبح كل جهاز خاضعا لوظيفته، وبالتالي للقاعدة القانونية التي يتبناها. ومتى كان هناك تدرج في القواعد القانونية من خلال ضرورة احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، استوجب ذلك التسليم بتدرج الوظائف المعنية، وبالنتيجة بعامودية الأجهزة المؤسساتية. حيث أعلن مالبرغ: " بفعل قوة الأشياء نفسها، يؤدي التدرج الذي يقوم بين الوظائف، حتما الى عدم وجود مساواة مقابلة بين الأجهزة ... "².

فكاري دي مالبرغ يبرهن على مبدأ تدرج السلطات باعتبار سمو الوظيفة التشريعية على الوظيفة التنفيذية، وباعتبار نظرية الفصل لمونتسكيو جاءت في سياق تاريخي مبررة لوضع قائم ألا وهو النظام الملكي، وبالتالي اعتبر مالبرغ عدم امكان تطبيق فكرة مونتسكيو في النظام البرلماني³. وبالتالي انتقل تفسير المبدأ من فكرة الفصل بين السلطات الى فكرة تدرج السلطات، بسبب سيادة الشعب التي نتج عنها التمييز بين الهيئة الشعبية المشرعة والملك الحاكم⁴.

¹ - H.Kelsen, op.cit.p280.

² - Carré, De Melberg, Contribution à la théorie générale de l'état. Tome 2, chap 17 De la séparation des Fonctions entre des organes distincts, Dalloz, 2004, p 49.

³ - Carré, De Melpert, Op.cit, p 108, 142.

⁴ - Gérard Bergeron, op.cit, p 188.

ذلك ما يطرح على بساط البحث، ضرورة إعادة تقييم فكرة الفصل بين السلطات نظريا وعمليا، ومدى التفسير المرتبط بها. هل فقط هو التفسير الجامد والمرن؟

ثانيا: السلطة التنفيذية؛ المشرع.

تطبيقا لنص المادة 142 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم والتي تنص على أنه: " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة... يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور.. ". يمتلك رئيس السلطة التنفيذية سلطة التشريع بأوامر في مجالات القانون بالإضافة الى السلطة التنظيمية خارجها.

حيث الأصل أن التشريع محجوز للبرلمان، ولا يمكن التنازل عنه أو تفويضه لسلطة أخرى، لكن من أجل استمرار النشاط البرلماني وعدم تعطل العمل التشريعي يصح تدخل رئيس الجمهورية التشريع بموجب أوامر بموجب سلطة دستورية. وتبعاً لذلك تمت مجاوزة مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك بتدخل السلطة التنفيذية في العمل البرلماني الأصل في تشريع القانون، في الظروف العادية وغير العادية.

حيث يعد تشريع السلطة التنفيذية للقانون انقلاباً على المفاهيم الدستورية الكلاسيكية، ولقد تم تكريس ذلك الدستور الفرنسي ل 4 أكتوبر 1958 وذلك بموجب تفويض برلماني كان بداية في ظل الحالات الاستثنائية، ليتفاقم فيما بعد ويصبح حتى في ظل الحالات العادية، ليتضاءل تبعاً لذلك دور السلطة التشريعية شيئاً فشيئاً في ممارسة اختصاصها الاصيل لصالح السلطة التنفيذية¹.

وتبعاً لذلك يرى الباحث، اذا كان للسلطة التنفيذية امكانية التدخل وتشريع قواعد القانون بجوار السلطة، فما المانع للسلطة القضائية من ممارسة نفس الدور؟

فاذا تم التعدي على مبدأ الفصل بين السلطات لصالح السلطة التنفيذية، باعتبار رئيس الجمهورية معبر عن الارادة الشعبية، وممثل الأمة، فان للقاضي كذلك مكانة متميزة الأصل فيه حامي الحقوق والحريات والحكم بين كل مضامين الأمة والشعب من أفراد وجماعات.

لذلك يرى الباحث أن القاضي يتمتع بمركز متميز، باعتباره يعلو الجميع بوصف حكماً، وتبعاً لذلك من باب الأولى أن يكون له سلطة التشريع بنص قانوني ضابط للمنازعة التي تثار أمامه.

ثالثاً: التحول من القانون الدولي الى القانون الاجتماعي.

¹ - مديحة بن ناجي، التشريع بأوامر في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع 4، ص 317

الناظر لفكرة انشاء القاعدة القانونية اليوم يجد تحولاً عميقاً في ذلك، اهتم به خاصة رجال الفقه القانوني الدستوري والسياسي، من خلال تبني نظرية "القانون الاجتماعي" بدلا من الاقتصار على فكرة "القانون الدولاتي"، حيث الأخير يعبر عن مركزية القاعدة القانونية منشأً وتطبيقاً، من خلال سلطة الدولة فقط في انشاءه، فالنظام القانوني الشرعي الوحيد هو النظام المنتج والمطبق من طرف الدولة. اما القانون الاجتماعي، فهو يؤسس لفكرة "تعددية القاعدة القانونية"، فمن الناحية التاريخية تجد الأعراف والشرائع كانت قبل نشوء الدولة الوطنية الحديثة، حيث عديد الأعراف والقواعد الدينية بقيت موجودة جنباً الى جنب مع قانون الدولة في مستويات متفاوتة من الاعتراف والتفاعل مع القانون الرسمي¹.

الباحث يرى في مسألة التحول في فكرة صنع وانشاء القاعدة القانونية من قانون دولاتي مركزه السلطة الدولة، الى قانون متعدد اجتماعي، ما هو الا رجوع الى القاعدة الأصل، والرجوع الى جذور فكرة انشاء القاعدة القانونية، على اعتبار انها اجتماعية المنبت والأصل والتطبيق، وعلى ذلك التسليم بتعدد قوى انشاء القاعدة القانونية ومنها – القاعدة القانونية الادارية – في بحثنا هو رجوع الى الأصل الأول. فالمشروع ليس واحدا بل متعدد. متعدد في سلطة انشاءه، لكنه واحد في مصدره والذي يتمثل في المجتمع، أو ما يعبر عنه في فقه القانون الدستوري الشعب والأمة. فكل قانون لا يكون متضمناً الرضا والقبول الشعبي ونابعا من ارادة الأمة، الأصل فيه يتصف بالعوار ومحكوم عليه بالانقضاء. ومن خلال ذلك لا يهم من أين يأتي هذا القانون، مادام نابعا من ارادة الشعب والأمة، فقد تكون سلطة الانشاء البرلمان أو القضاء على السواء.

الفرع الثاني: الموازنة بين شروط الترشح لعضوية السلطة التشريعية وتولي الوظيفة القضائية.

الناظر للقاعدة القانونية عامة ومنها القاعدة القانونية الادارية يجدها محتاجة الى صياغة دقيقة وفنية وملاءمة للواقع السياسي والاجتماعي للأفراد والجماعات.

فصياغة القاعدة القانونية عملية ضرورية لترجمة جوهر القاعدة الأولية، وتحويلها الى قواعد عملية صالحة للتطبيق، وهي تعتبر – الصياغة القانونية – عملية مادية لترجمة الفكرة القانونية، وتجسيدها في صورة قاعدة عامة ومجردة من خلال استخدام الأدوات اللغوية، وهي تجمع بين عنصرين أساسيين: العلم والمهارة؛ حيث يجب على كل مشتغل بالصياغة القانونية أن يكون عالماً بداية بمهارات وعلوم سن القواعد القانونية، وماهراً نهاية به باعتباره فناً من الفنون اللغوية.

¹ – مراد بن سعيد، "مقاربة ما بعد وضعية لأشكال القانون في المجتمع المعاصر"، مجلة العلوم القانونية، ع 19، ديسمبر 2014، جامعة سطيف.

ومن المنظور التطبيقي لصياغة القاعدة القانونية، فإنه يعني بالأساس الصياغة التشريعية؛ والتي تعبر عن صياغة التشريعات سواء أكانت رئيسية كالدساتير أو عادية كالتشريعات البرلمانية أو تنظيمية تضم مختلف القواعد التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

ومسألة الاهتمام بالصياغة القانونية ليست فقط مسألة اهتمام بالجانب الشكلي و الاجرائي فحسب، بل هي أيضا مدعاة الى تطبيق دولة القانون والحق والحكم الراشد، وذلك من خلال سن تشريع جيد ومتطور، وفي منتهى الوضوح والدقة.

وأثر السلامة الصياغية للقاعدة القانونية لا تتأتى الا من صانع جيد للقاعدة القانونية، وفي هذا المقام نطرح التساؤل التالي في مسألة الموازنة بين عضو البرلمان والقاضي من خلال المؤهلات التي يجوزها الطرفان ودورها في مدى وضع قاعدة قانونية سليمة ودقيقة تستجيب لما يسمى اليوم بفكرة الأمن القانوني؟ أي الموازنة بين شروط الترشح لتولي مهمة السلطة التشريعية في الجزائر لكل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة (أولا) وشروط تولى مهمة القاضي مع المقارنة ببعض النظم المقارنة (ثانيا).

أولا: شروط الترشح لعضوية السلطة التشريعية في الجزائر.

تختلف الأنظمة السياسية فيما بينها من حيث تكوين السلطة التشريعية، حيث بعضها يعتمد نظام المجلس الواحد مثل ما كان في الجزائر في دساتيرها لسنوات 1963، 1976، 1989، حيث يتم انتخاب كل أعضائه في الغالب من طرف الشعب. وبعضها يعتمد نظام المجلسين، مثل النظام الجزائري الحالي بموجب دستور 1996. حيث ينتخب كل أعضاء أحد المجلسين من قبل الشعب، أما المجلس الثاني ففي الغالب يتم اختيار أعضائه اما وراثه أو تعيينا أو بالانتخاب على درجتين¹.

يتشكل البرلمان في الجزائر من غرفتين؛ وهما مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني، له السيادة في اعداد القانون والتصويت عليه ورقابة عمل الحكومة حسب المادتين 112 و 113 من دستور 1996 المعدل والمتمم الحالي. وحسب المادة 120 من دستور 1996 الجزائري شروط قابلية الترشح لعضوية مجلس النواب ومجلس الأمة تتحدد بموجب القانون العضوي للانتخابات.

وبالرجوع الى القانون العضوي المتعلق بالانتخابات الجزائري رقم: 16-01 المؤرخ في: 25 اوت 2016، جاء النص على شروط الترشح لعضوية المجلس الشعبي الوطني في الفصل الثاني المعنون بالأحكام الخاصة بانتخاب اعضاء

¹ - أنظر: سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج 2، د م ج، ط 5، 2003، ص 19-20.

المجلس الشعبي الوطني، من المادة 84 منه الى 101. حيث بينت المادة 92 من القانون العضوي 16-01 شروط المترشح لعضوية المجلس الشعبي الوطني فيما يلي:

- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية ولا يوجد في أحد حالات فقدان الأهلية.
- شرط السن: بلوغ سن 25 سنة على الأقل يوم الاقتراع.
- شرط الجنسية: التمتع بالجنسية الجزائرية.
- اثبات أداء أو الاعفاء من الخدمة الوطنية.
- ألا يكون محكوم عليه بحكم نهائي لارتكاب جناية أو جنحة سالبة للحرية.
- شرط القيد في قائمة انتخابية.
- شرط الامتناع عن الترشح في أكثر من قائمة.

أما أعضاء مجلس الأمة، فانهم ينتخبون من بين أعضاء المجالس الشعبية الولائية والبلدية عن طريق الاقتراع غير المباشر مع ضرورة توافر شروط أقرها القانون العضوي 16-01 المتعلق بالانتخابات ومن بينها¹:

- السن القانونية؛ بلوغ سن 35 سنة كاملة يوم الاقتراع.
- الا يكون محكوم عليه بحكم نهائي لارتكاب جناية او جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره، باستثناء الجرح العمدية.

في ظل الشروط السابقة لتولي عضوية السلطة التشريعية يمكننا ان نتساءل عن فعالية ونجاعة القاعدة القانونية التي هي من صميم اختصاصه مقارنة مع القاعدة القانونية التي يمكن ان تسنها السلطة القضائية.

فالدراسات الفقهية الدستورية تتكلم اليوم في قصور لدور البرلمانات اليوم اتجاه تفوق لسلطة السلطة التنفيذية في سن ووضع القاعدة القانونية، وذلك نتيجة عدة عوامل، والتي من بينها مكانة الهيئة المكلفة بتشريع القاعدة القانونية وتراجعها عضويا وتمثليا.

حيث لم تصبح المجالس التشريعية ذات قدسية، وخلق اجماع فقهي منذ سنة 1965 وهو تاريخ يعده البعض تاريخ انتشار الأزمة العالمية للبرلمانات، على تحقق ضعفها وتراجع مكانتها².

¹ - القانون العضوي رقم: 16-01 المؤرخ في: 22 ذي القعدة 1434 هـ الموافق ل: 25 غشت 2016، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 09، المؤرخة في: 25 ذي القعدة 1434 هـ الموافق ل: 28 غشت 2016، يتعلق بنظام بالانتخابات.

² - Voir : Jacques –Yvan Morin, les Droits Fondamentaux, Actes des 1ère Journées Scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de «l'AUPELF – UREF» Tenues à «Tunis» du 9 au 12 Octobre 1996, Ed Bruylant, Bruxelles, 1997, P 440 et S.

ان النقائص العضوية والمتعلقة بتركيبة المجالس التشريعية عموماً- والمجلس التشريعي الجزائري كمثال- تؤثر وبلا شك في عوار القاعدة القانونية المنشئة من قبله، وذلك بسبب المنافسة والتأثير على العملية التشريعية وفي جميع المراحل المقترنة بها، وتضييق الخناق على ممثلي الشعب في ذلك. حيث ضعف التركيبة العضوية ونقص الكفاءات في هذه المجالس له دور أساسي في تدني وتراجع الدور التشريعي لها، على اعتبار أن "قوة المؤسسة تقوم على قوة الرجال الذين يسيرونها"¹.

ثانياً: شروط تولي الوظيفة القضائية في الجزائر.

لقد أقر مشروع الإعلان العالمي لاستقلال القضاء الصادر في مونتريال سنة 1983 في نصوص مواد الموضحة لمعايير وضوابط اختيار القضاة الأكفاء². حيث عمدت التشريعات الوطنية الى اعتماد بعض الشروط في تولي الوظيفة القضائية تبعاً لذلك.

فالناظر للنظام القانوني الجزائري في كيفية تولية القضاة لمهامهم يجده اختار أسلوب التعيين لا الانتخاب منذ الاستقلال. فتضمن الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم فصلاً بعنوان السلطة القضائية، تكلم فيه عنه من نص المادة 156 الى نص المادة 177.

كما نصت المادة 165 من الدستور على ضمانات استقلال القاضي في أداء مهامه وهي خضوعه للقانون فحسب، كما نصت المادة 167 على مسؤولية القاضي أمام المجلس الأعلى للقضاء³.

ونصت المادة 181 منه على أن يقرر المجلس الأعلى للقضاء طبقاً للشروط التي يحددها القانون تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي⁴.

ولما كان القضاة في النظام القانوني الجزائري يعيّنون ولا ينتخبون، تعيّن فرض مجموعة شروط يستوجب توافرها في المرشح لمنصب القضاء على اعتبار أنه من المناصب ذات الصلة المباشرة بسيادة الدولة⁵.

نقلا عن: رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في القانون الجزائري"، رسالة دكتوراة، معهد الحقوق والعلوم الادارية بن عكنون، جامعة لجزائر، 2005-2006، ص 261.

¹ - رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 261.

² - انظر نصوص المواد من 9 الى 12 من مشروع الاعلان العالمي لاستقلال القضاء الصادر في مونتريال سنة 1983: رشدي شحاته أبو زيد، انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية- دراسة مقارنة-، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ، 2010، ص ص 84، 85.

³ - دستور 1996 الجزائري، المعدل والمتمم، المادتين: 165 - 167.

⁴ - دستور 1996 الجزائري، المعدل والمتمم، المادة 181.

⁵ - عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، ط 1، دار ربحانة، الجزائر، 2003، ص 46.

وتظهر أهمية تحديد شروط تولية القضاة من كونها تعمل على نحو فعال على تحديد صلاحية السلطة التنفيذية في اختيار من هم أصلح للقضاء، ذلك أن ترك أمر تعيين القضاة وفق الشروط التي تضعها السلطة التنفيذية يؤدي حتما إلى انتهاك صفة استقلال القضاء¹.

وطبقا للنصوص السارية المفعول في التشريع الجزائري فإن الشروط الواجب توافرها في القاضي متمثلة في: الجنسية، السن، المؤهل العلمي، التمتع بالكفاءة البدنية، التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، حسن السيرة والسلوك، إثبات الوضعية القانونية تجاه الخدمة الوطنية²

فحسب المادة 3 من القانون العضوي 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء يعين القضاة في الجزائر بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء³.

والقاضي حتى يكتسب هذه الصفة عليه أن يكون طالبا قاضيا بعد مروره بمسابقة وتكوين متخصص في المدرسة العليا للقضاء.

وحسب المرسوم التنفيذي: 16-159 المؤرخ في: 30-05-2016 المحدد لتنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، تفتح مسابقة وطنية لتوظيف طلبة قضاة بموجب قرار من وزير العدل حسب المادة 25 منه. ولقد حددت المادة 26 من المرسوم السالف الذكر شروط الالتحاق بالمدرسة وهي التالية ذكرها⁴:

- شرط السن: بلوغ سن 35 سنة على الأكثر، عند تاريخ المسابقة.
- الشهادة العلمية: حصول المترشح على شهادة بكالوريا التعليم الثانوي، مع شهادة اليسانس في الحقوق او ما يعادلها
- شرط الكفاءة: توفر المترشح على شرطي الكفاءة البدنية والعقلية لممارسة وظيفة القضاء.
- شرط التمتع بالحقوق المدنية والوطنية وحسن الخلق.
- شرط اثبات الوضعية اتجاه الخدمة الوطنية.
- تحقيق اداري للتأكد من مدى تمتع المترشح بحقوقه المدنية والوطنية وحسن الخلق.

¹ - المرجع نفسه، ص 46.

² - انظر: عبد الحفيظ بن عبيدة، استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات، منشورات بغدادية، الجزائر، د.ط، د.ت، ص ص 84، 85.

³ - القانون العضوي رقم: 04-11، المؤرخ في 21 رجب 1425، الموافق ل 06 سبتمبر 2004، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 57، المؤرخة في: 23 رجب 1425 هـ الموافق ل: 08 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم: 16-159، يحدد تنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، المادتين: 25-26.

وحسب المادة 30 و 31 من المرسوم التنفيذي ذاته، تتحدد مدة التكوين القاعدي للطلبة القضاة بمدة أربع سنوات، يشتمل على تركزين نظري وتكزين تطبيقي¹.

وحسب المواد 36 و 37 و 38 يمكن ان يستفيد القاضي من تكوين مستمر ومتخصص².

وحسب المادة 41 من القانون العضوي 04-11 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء، واستثناء يمكن تعيين بصفة مباشرة مستشارين بالمحكمة العليا أو مستشاري دولة بمجلس الدولة بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الاعلى للقضاء، حاملي دكتوراه دولة بدرجة استاذ تعليم عالي في الحقوق او الشريعة والقانون او العلوم المالية او الاقتصادية والتجارية والذين مارسوا فعليا لمدة عشر 10 سنوات على الاقل في الاختصاصات ذات الصلة بالميدان القضائي.

وكذا المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة الذين مارسوا فعليا لمدة عشر 10 سنوات على الاقل هذه الصفة³.

من خلال ما تقدم نلاحظ هناك فرقا في المؤهل العلمي بين متولي الوظيفة القضائية والمرشح لعضوية البرلمان بغرفتيه، حيث لا يمكن أن نجد على المستوى العلمي للقاضي عدم توافر شهادة الليسانس في العلوم القانونية. أما بالنسبة لعضو البرلمان فإننا نجد من هو متحصل على شهادة جامعية وذا خبرة ميدانية أحيانا في مجال وظيفي سواء أكان سياسيا أو اداريا أو فنيا، وقد نجد ما دون ذلك بكثير، وذلك لاعتبارات عدة تخص الشروط القانونية الواجب توافرها للمرشح البرلماني بداية، ومسألة فاعلية الأحزاب السياسية ومدى تبنيتها لرؤية تدعيم وتعزيز السلطة التشريعية بكفاءات قادرة على بناء سلطة تشريعية قادرة على ممارسة دورها كما ينبغي.

الفرع الثالث: ذاتية القاعدة القانونية الادارية تستدعي تشريع القاضي الاداري.

القانون الاداري هو مجموعة قواعد قانونية تنظم السلوك الاداري من خلال نشاط التنظيمات الادارية المركزية واللامركزية وكل سلطة ادارية او شبه ادارية، وتعمل على حل كل نزاع يوصف بأنه اداري.

هذه القواعد القانونية كأصل عام تتميز بالخصائص العامة للقاعدة القانونية في نظرية القانون التقليدية - العمومية والتجريد والسلوكية والالزامية - مع اتصافها بسميزات وخصائص ذاتية تنبع من خصائص القانون الاداري من المرونة والتطور وعدم التقنين والقضائية. لكن هذه الخصائص التي يطلق عليها فقها بخصائص القانون الاداري هي في حقيقة

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 16-159، يحدد تنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة واجباتهم، المادتين: 30 - 31.

² - المرسوم التنفيذي رقم: 16-159، المواد 36-37-38.

³ - القانون العضوي رقم: 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المادة 41.

الأمر ليست حبيسة له فقط، حيث قد يتصف بها غيره من تشريعات وقوانين، فالقانون التجاري هو قانون الحركة والنشاط التجاري وبالتالي مفترض في قواعده أن تكون مرنة وسريعة التطور ارتباطا بالنشاط التجاري المتحرك باستمرار. وصفة عدم التقنين تلزم في الفقه الدستوري بالدستور العرفي الغير المكتوب. أما القضائية للقاعدة القانونية فهي صفة ترتبط بالقانون الأنجلوسكسوني لارتباطه بالسابقة القضائية وعدها مصدرا أصيلا له.

تبعا لذلك يجب البحث في خصائص ذاتية ومتميزة وأصيلة للقاعدة القانونية الادارية تثبت أصالته عن باقي قواعد القانون وتتيح للقاضي واجتهاده التدخل لسن وتشريع قواعده.

تتبع قواعد القانون الاداري وتحليلها، تكشف بوضوح تعلقها **بالمرفق العام** بداية، وما يترتب من تبرير لوجود فكرة **السلطة العامة**، وربط تلك الأخيرة بفكرة **المصلحة العامة**. أي أن القاعدة القانونية الادارية تتميز بخصائص ذاتية وهي عبارة عن مثلث قاعدته فكرة المرفق العام وضلعيه كل من فكري المرفق السلطة العامة والمصلحة العامة¹.

أي أن القاعدة القانونية الادارية هي قاعدة تنظم المرفق العام من قبل سلطة عامة مستهدفة تحقيق مصلحة عامة. والناظر لمعيار وأساس تطبيق القانون والقضاء الاداري في نظرية القانون الاداري، يجده يدور في فلك هذا المثلث معتمدا على معيار عضوي أساسه مرفق عمومي، ومعيار موضوعي أساسه سلطة عمومية مستهدفا غاية وهدف المصلحة العامة.

حيث قال بعض الفقه أن القانون الاداري هو قانون المرافق العمومية، ولو ننظر الى المرفق العمومي يمكن الباحث ان يعتبره مفهوما متحركا ومتطورا لارتباطه بفكرة المرفق العمومي المتحول، من خلال الانتقال من المرافق العمومية التقليدية الكلاسيكية مثل المرفق العمومي الاداري الى المرافق العمومية المتطورة والمستحدثة مثل المرافق العمومية الاقتصادية – الصناعية والتجارية، هذه الأخيرة هي في تطور وتحول مستمر.

تبعا لتطور المرفق العمومي الموضوع الأول للقاعدة القانونية الادارية، يصعب ان نجد قاعدة قانونية ثابتة ومستقرة ضابطة له.

أما في الخاصية الثانية للقاعدة القانونية الادارية والمتمثلة في ارتباط المرفق العمومي بالسلطة العامة. حيث تتمتع هذه الأخيرة بامتيازات ومظاهر تفرقها عن الشخص القانوني الخاص، ولعل من أهم مظاهر السلطة العامة هي سلطة الأمر والجبر والقهر.

ويمكن القول ان السلطة الآمرة والتي تتمتع بالجبر والقهر قد تتحلل من سلطان القاعدة القانونية في دائرة التقدير والملاءمة والاستحسان التشريعي ان صح التعبير. والحال كذلك يصعب إيجاد قاعدة قانونية مستقرة استقرارا كليا.

¹ - سامح محمد كامل، ذاتية القانون الاداري الموازنة بين السلطة والحرية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 61.

أما عن خصيصة القاعدة القانونية الادارية الثالثة، فهي المرتبطة بغايتها والمتمثلة في ضرورة توحي المصلحة العامة. وليس غنيا عن البيان لدى الباحث وغيره، عدم امكان ضبط فكرة المصلحة العامة في نطاق مساحة محدودة زمانيا ومكانيا.

حيث فكرة المصلحة العامة غير واضحة المعالم كذلك.

وحيث ان المصلحة العامة غير ثابتة وواضحة فلا يمكن ان تكون هناك قاعدة قانونية ثابتة تحكم ما ليس ثابتا. فقواعد القانون الاداري تتميز بصفة عامة بمجاوزة قواعد القانون العادي، اما زيادة أو نقصانا، وهي مجاوزة تفرضها المصلحة العامة، وضرورة التوفيق بينها وبين مصلحة الأفراد. كما تتميز بضرورة الموازنة بين السلطة والحرية؛ سلطة الادارة العمومية وحرية الأفراد، وبين امتيازات الادارة العمومية أحيانا وحقوق وحرية الأفراد وتقييد سلطات الادارة في أحيان أخرى¹.

من خلال الخصائص الغير ثابتة للقاعدة القانونية الادارية في مجال المرفق العمومي والسلطة العمومية والمصلحة العامة، نجد لتدخل القاضي الاداري من خلال اجتهاده دورا أساسيا في إرساء وتكريس دعائم نظرية القانون الاداري وتشريع قواعد قانونية ادارية متى عرض على القاضي نزاع في ذلك. أي ان للاجتهاد القضائي دور في ارساء قواعد القانون الاداري نظرا لتميز القانون الاداري في قواعده بهذه المميزات الثلاث.

المطلب الثاني: حتمية الاغفال التشريعي للقانون الاداري.

ان من بين الخصائص الأساسية التي تميز القانون الاداري هي خاصة عدم التقنين، والتي صاحبت مساره منذ انشاء مجلس الدولة الفرنسي في بداياته، ولا تزال، نتيجة الحركية الدائمة التي تميز المادة الادارية باستمرار والتحويلات التي تصاحب مختلف التنظيمات الادارية والأعمال والنشاطات الادارية.

هذه الخاصية - عدم التقنين - تتوافق واقعا وتتشارك فيه جل قواعد القانون، بدرجات متفاوتة، في مختلف فروعها، وهو واقع الاغفال التشريعي والذي يمس قصورا في سن القانون في جانب معين منه.

حيث هذا القصور والاعغال الذي يمس قواعد القانون الاداري خاصة والقانون عموما، يتيح للقاضي الاداري خاصة والقاضي في أي مادة عموما سلطة الاجتهاد وايجاد الحلول اللازمة سواء تفسيرا للنص الغامض ان وجد، أو ايجاد قاعدة قضائية يسد بها النقص والقصور والاعغال التشريعي ان لم يكن هناك نص قانوني ضابط للمسألة، وذلك توكيا لإنكار العدالة.

1- محمد عصفور، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ج 1، 1957، ص 340.

لذلك الباحث في هذا السياق، يؤكد على أن الاغفال التشريعي هو خصيصة تلازم القاعدة القانونية عموماً، يعد مبرر أساسي لاعتبار الاجتهاد القضائي مصدراً أساسياً للقانون، خاصة القانون الإداري. نبن بداية مفهوم الاغفال التشريعي وتمييزه عن ما قد يشابهه (الفرع الأول)، ثم سد الاغفال التشريعي في القانون الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الاغفال التشريعي الإداري وتمييزه عن ما يشابهه.

سوف نتطرق في هذا الفرع الى تحديد تعريف الاغفال التشريعي الإداري (أولاً)، ثم وتمييزه عن ما قد يشبهه به من مصطلحات (ثانياً).

أولاً: تعريف الاغفال التشريعي الإداري.

حتى نعرف المقصود بالإغفال التشريعي الإداري، يمكننا توضيح معنى الاغفال التشريعي للإدارة العامة أولاً، ثم الاغفال التشريعي للمشرع الأصيل ثانياً.

1. الاغفال التشريعي للإدارة العامة:

ترتبط فكرة الاغفال التشريعي بداية في فقه القانون الإداري الفرنسي الى القرن العشرين كما يقول بعض الباحثين، والفضل في ذلك للفقيه Edward Lafferriere والذي صاغ فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة من خلال بعض أحكام ومبادئ قضاء مجلس الدولة الفرنسي في موضوع الغاء القرارات الإدارية، وكفكرة مستوحاة من "عدم الاختصاص الايجابي"¹، والذي يعني تدخل الإدارة العامة في اختصاص سلطة إدارية أخرى، أما عدم الاختصاص السلبي قال في شأنه مفوض الحكومة Frncois Gazier: "تجب ملاحظة أن عدم الاختصاص يمكن كذلك أن تتخذ شكلاً سلبياً، فالسلطة الإدارية تعد متكررة لاختصاصها ليس فقط باتخاذها قراراً لا يدخل في دائرة اختصاصاتها ولكن كذلك عندما تمتنع عن اتخاذ ما يجب عليها اتخاذه من قرارات".²

وقد حصر الفقه حالات عدم الاختصاص السلبي من خلال اجتهاد قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الصور التالية³:

- انكار السلطة الادارية بأنها مختصة أصلاً بالتقرير في مسألة معينة.
- تجاهل السلطة الإدارية للقواعد المتعلقة بأساليب ممارسة اختصاصها.

¹- عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ص 1، نقلا عن: زهرة الرحمن كيلاني، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص 12.

²- أحمد الغفلول، المرجع نفسه، ص 4. نقلا عن: زهرة الرحمن كيلاني، المرجع نفسه، ص 13.

³- أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 25. نقلا عن: زهرة الرحمن كيلاني، مرجع نفسه، ص 13.

- تضيق سلطة ادارية من اختصاص سلطة ادارية أخرى أقل منها في المرتبة.
 - صدور القرار الاداري من احدى السلطات الادارية ولكن استنادا الى ارادة سلطة ادارية أخرى.
 - افراط السلطة الادارية في تفويض اختصاصها أو تفويضه في غير الحالات الواجب فيها.
- وبعد استقرار فكرة عدم الاختصاص السليبي للسلطة الادارية في فقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسي، حين اعتبرها من الدفع المتعلقة بالنظام العام (مخالفة قواعد الاختصاص) حيث على السلطة الادارية ان لا تتوسع في مدى اختصاصها التشريعي كما لا يجب أن تضيق على نفسها باستبعاد ما كان يجب عليها ممارسته، بدأت بوادر هذه الفكرة بالانتقال الى فقه القانون الدستوري وقضاؤه، من خلال بحث اختصاص السلطة التشريعية وفقا لمبادئ فصل السلطات وتوزيع الاختصاصات، حيث بدأ الاهتمام بامتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري أو ما يطلق عليه "السكوت أو الاغفال التشريعي"¹.

2. الاغفال التشريعي للمشرع الأصيل:

حيث يقصد بالإغفال التشريعي حالة امتناع المشرع عن الوفاء بالتزامه بالتشريع انطلاقا من الالتزام الدستوري الذي يقع عليه بموجب النصوص الدستورية ذات الصيغة الآمرة، والتي توجه له خطابا بضرورة التدخل لتفعيل الحقوق والحريات التي تحتويها أحكامها، بمعنى جعلها أمرا واقعا وملموسا².

وقال آخر أن الاغفال التشريعي هو: تخلي المشرع ممثلا في البرلمان المنتخب عن ممارسة اختصاصه الدستوري في التشريع كليا أو جزئيا وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب احكام الدستور³.

أو هو اغفال جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم، حيث تناول المشرع أو تنظيمه لمسألة ما، قد يأتي عن عمد أو عن اهمال غير مكتمل، أي تنظيما قاصرا. تنظيما قاصرا على الاحاطة بكافة جوانبه مما يخل بالضمانات الدستورية للموضوع محل التنظيم⁴.

وهناك اتجاه فقهي يطلق مصطلح الاغفال التشريعي على الثغرات القانونية La caunes de droitomission

.légeslative

- 1- أحمد الغفلول، المرجع نفسه، ص25، نقلا زهرة الرحمن كيلالي، مرجع سابق، ص 14
- 2- عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعية - دراسة مقارنة - في تحديد مجال كل من القانون واللائحة، ج 1، دار الغرب للنشر والتوزيع 2009، ص 46.
- 3- عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على سلوك المشرع، الاغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد العاشر، ع 10، 31 ديسمبر 2010، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص 88.
- 4- عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - ط 3 دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 07. نقلا عن: زهرة الرحمن كيلالي، مرجع سابق، ص 14.

حيث يعرف Gheorge Avornic الثغرات القانونية بأنها: " حالة الغياب الكلي أو الجزئي للقوانين، وذلك بسبب اهمال المشرع تنظيم بعض العلاقات عند سنه للقانون، ويحدث ذلك بمناسبة تنظيم موضوع ما لأول مرة، أو أثناء تعديل القوانين، نتيجة اهمال المشرع التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي للمجتمع" ويضيف ايضا انه لا يمكن اعتبار مواقف المشرع السلبية ثغرات قانونية، فأحيانا قد يتعمد هذا الأخير عدم تنظيم موضوع ما، اما لأنه لا ضرورة لتنظيمه او لأسباب عملية وموضوعية يدركها هو."

كما يعرف الفقيه الاسباني Juan Louis Requejo الاغفال التشريعي تعريفا واسعا باعتباره: "عدم وجود قاعدة محددة لقضية بعينها تحتاج الى تنظيم، نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الايجابي المفروض من قبل سلطة صنع الدستور على المشرع بما ينجم عنه اغفال غير دستوري"¹.

ويرى M.Luts بأنه فراغ قانوني ناجم عن عدم تأسيس المشرع لقاعدة تنظم مجال من مجالات الحياة". أو كما قال Marek Safjan بعدم وجود الحلول القانونية التي يتطلبها الدستور، بسبب الموقف السلبي للسلطة التشريعية لذا يمكن تصنيفها في فئة ما يسمى بالإغفال التشريعي"².

تبعاً لذلك ذهب الفقه الأوربي مكيفا فكرة الثغرات القانونية الى موقفين³:

الأول يكيفها باعتبارها **موقفا عمديا** من المشرع، فهو مدرك للثغرات الموجودة من المشرع لكنه آثر عدم تنظيمها.

اما الاتجاه **الثاني** فيرى ان الثغرات القانونية تشكل سكوت القانون فيما يتعلق بمسائل تتجاوز حدود التنظيم القانوني. ولقد اتجه بعض الفقه الى تعريف الاغفال التشريعي من خلال ربطه بأصله وأساسه وذلك في ولاية المشرع المطلقة او النسبية في التشريع، حيث قالوا ان الاغفال التشريعي هو: "تخلي المشرع ممثلا في البرلمان المنتخب عن ممارسة اختصاصه الدستوري في التشريع كليا أو جزئيا وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب أحكام الدستور"⁴.

هذا عن اتجاه الفقه في تعريف الاغفال التشريعي الاداري في فقه القانون الدستوري، وتبعاً لذلك يمكن اعتبار **الاغفال التشريعي** في فقه القانون الاداري هو:

"تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه في تشريع القاعدة القانونية الادارية وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة اليه قانونا".

¹ - أشار اليه: زهرة الرحمن كليلي، مرجع سابق، ص 14.

² - أشار اليه: المرجع نفسه، ص 14.

³ - زهرة الرحمن كليلي، مرجع سابق، ص 16.

⁴ - عبد الرحمن عزوي، الرقابة على سلوك المشرع، الاغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص 88.

أي أننا يمكن أن نميز بين مستويين للاغفال التشريعي الإداري، بحسب ما سبق ذكره، مستوى الاغفال على مستوى الإدارة العامة بما تغفل عنه وتحجم عن اصدار أعمالها الإدارية الواجبة واللازمة، ومستوى يعلوه يخص اغفال صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع، وهو السلطة التشريعية في سن القانون الإداري.

وتبعاً لذلك، نرى أن هناك مفاهيم قد تتلازم وتتشابه مع الاغفال التشريعي الإداري نبينها في الآتي.

ثانياً: التمييز بين الاغفال التشريعي وعن ما يشابهه.

بعض الفقه ذهب الى ان الإغفال التشريعي يمثل حالات متعددة من قصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة للموضوعات التي كفلها الدستور، حيث المشرع قد يتخلى عن مهامه عن قصد أو سهو¹، و قد يمتنع المشرع كلياً عن تنظيم بعض المسائل كلياً أو يمتنع عن تنظيمها جزئياً بصورة منقوصة² ويسكت في ذلك.

أي أن هناك بعض المفاهيم التي قد تتشابه مع مصطلح الاغفال التشريعي، كالسكوت التشريعي، والقصور التشريعي على سبيل المثال.

نبين التمييز بين الاغفال التشريعي مع السكوت التشريعي والقصور التشريعي.

1. السكوت التشريعي والاعغال التشريعي.

يقصد بالسكوت التشريعي: "السكوت عن ايراد الحكم الشرعي لبعض المسائل، أي اعراض المشرع عن ايراد الحكم الشرعي للمسألة المسكوت عنها"³.

حيث السكوت التشريعي مصدره فعل المشرع، وبمجاله النصوص التشريعية، أي اعراض السلطة التشريعية عن وضع نص تشريعي يخص مسألة معينة، ان كنا نتكلم في إطار النص القانوني بمفهومه الضيق.

حيث السكوت التشريعي يتمثل في الصمت الكامل للمشرع عن أداء واجبه في سن القاعدة القانونية، وهو بذلك قد يتطابق في شق معين من الاغفال التشريعي وهو الاغفال الكلي للمشرع حين يعمد الى عدم سن القانون الواجب.

أي أن السكوت التشريعي قد يتماهى مع الاغفال الكلي التشريعي.

¹ - عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان ديوب للقانون والتنمية، دون ذكر مكان وتاريخ النشر، ص 1381.

نقلا عن: حيدر محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والإدارية والسياسية ع 04 س السابعة 2015، ص 557.

² - حيدر محمد حسن عبد الله، مرجع سابق، ص 557.

³ - عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، ص 11. نقلا عن: رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 73.

أي أن السكوت التشريعي جزء من كل، والكل هنا هو الاغفال التشريعي، هذا الأخير قد يكون سكوت مطلقا كاملا، وقد يقتصر على اغفال جزئي للنص القانوني.

2. القصور التشريعي والاعغال التشريعي:

عرف بعض الفقه القصور التشريعي بأنه فقدان النص القانوني الذي يحكم أو ينظم حالة معينة يتطلب النظام القانوني تنظيمها¹. أو هو عدم وجود قاعدة قانونية، أو وجودها ولكنها غير كاملة، لحل مسألة يفترض فيها أنها يجب أن تنظم بقاعدة قانونية².

حيث يتم سد هذا القصور على يد المشرع باعتبار ذلك هو الوضع الطبيعي، كما قد يتم على يد السلطة القضائية بمناسبة حل النزاع المعروض أمامها. حيث يختلف دور كل واحد منهما باختلاف الزمان والمكان. ويرى أحد الباحثين، ان قصور التشريع يأتي من التمسك بالشكلية القديمة أو اسباغ معنى حرفي على النص أو أن يتوجه النص بالمخاطبة الى فئة دون أخرى أو جنس دون آخر.

والفقه الإنجليزي يسلم بحقيقة قصور التشريع، حيث يذهب الى القول أنه من العسير على المشرع أن يتوقع حجم الفرضيات غير المتناهية كثرة وتعقيدا والتي تفرزها وبشكل مستمر الحياة الاجتماعية، ذلك أن النصوص القانونية صلبة وعاجزة عن معالجة الحالات المستجدة لمجتمع دائم الحركة وأمام حالات ترجع مثلا الى تقدم العلم أو الفن، هذا التقدم الذي بلغ حدا من السرعة لم يستطع القانون أن يبلغه بعد³.

ولم يشذ الفقه الفرنسي عن ذلك، حيث يسلم بدوره بقصور التشريع، حيث مهما بدا كاملا فانه ما ان ينشر حتى يواجه القاضي العديد من المسائل غير المتوقعة، وغير المعالجة من قبل المشرع، فالتشريعات ثابتة لا تتغير أمام الانسان الذي هو دائم التغير وتغيره لا يتوقف أبدا⁴.

1- سعد جبار السوداني، القصور في الصياغة التشريعية، كلية الحقوق الجامعة المستنصرية، العراق، ص 07.
2- عبد الحسين القطيفي، فلسفة القانون، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا، ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1978، ص 12 وما بعدها.

نقلا عن: سعد جبار السوداني، المرجع نفسه، ص 7.

3- هنري ليفي برون، سوسيلوجيا الحقوق، ترجمة عيسى عصفور، المطبعة التعاونية اللبنانية، لبنان، 1974، ط 1، ص 93، 94.

4- أنظر: Ambrois Colin et Herry Capitant, Traite de droit civil, refondu par leanjulliot, de la morondier, Dalloz Paris, 1957, Tomo 1, p 172.

نقلا عن: راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، دراسة مقارنة، المجلة العربية للفقه والقضاء، كلية القانون جامعة بغداد، ص 77.

فمعيار التفرقة بين الاغفال التشريعي والقصور التشريعي الأول يتعلق بسلوك سلمي من المشرع أما الثاني فيتعلق بسلوك ايجابي يجسد في قانون ملموس ينظم مسألة معينة ولكن بصورة منقوصة¹.

الفرع الثاني: سد الاغفال التشريعي في القانون الاداري.

لما يكون الاغفال التشريعي الاداري حتمية أكيدة في ظل التطور المستمر لموضوعات وقواعد القانون الاداري، ووجود مساحات شبه فارغة من التقنين الاداري، فهل للقاضي الفاصل في المادة الادارية، حق التدخل في وضع وسن قواعد ضابطة في ظل، بطء العمل التشريعي من قبل المشرع.

انقسم الفقه الى اتجاهين بخصوص هذه الفكرة، اتجاه تقليدي أنكر أي سلطة للقاضي في انشاء القواعد القانونية، واتجاه معاصر رأى خلاف ذلك أي امكانية وضع وصنع القاعدة القانونية من قبل القاضي، لمواجهة هذا الاغفال التشريعي.

نبن بداية، مدى اعتبار الاغفال التشريعي خاصة أساسية للقانون الاداري (أولاً)، ثم الاتجاه التقليدي المنكر لسد الاغفال من قبل القاضي الاداري (ثانياً)، ثم الاتجاه المعاصر المؤيد لسد الاغفال التشريعي من قبل القاضي الاداري (ثالثاً).

أولاً: الاغفال التشريعي خاصة أساسية للقانون الاداري.

تنص المادة الاولى من القانون المدني السويسري على أنه: "يسري التشريع على كافة المسائل التي يتناولها في لفظه أو في روحه، وإذا تعذر العثور على نص قانوني قابل للتطبيق تعين على القاضي أن يحكم وفقاً للقانون العرفي وفي حالة عدم وجود العرف، فوفقاً للقاعدة التي يضعها ان قام بعمل المشرع ويسترشد في ذلك بالحلول التي أقرها الفقه والقضاء"².

هذا النص التشريعي يقر صراحة بقصور التشريع وامكان القاضي ممارسة سلطة التشريع كما لو كان مشرعاً، فالقاضي الفاصل في نزاع وخصومة يكون بين أمرين لحل ذلك النزاع والتخاصم، وجود قاعدة قانونية ينطبق حكمها عليه مهما كان مصدرها - تشريع، القانون العرفي، فان لم يجد القاضي يضع القاضي قاعدة كما لو كان مشرعاً. وتبعاً لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الأمر: 58-75 والتي تنص على:

"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بموجب مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

1 - زهرة الرحمن كليلي، مرجع سابق، ص 31.

2- القانون المدني السويسري 1907.

فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ."

فالقاضي تبعاً للنص أعلاه يطبق النص التشريعي، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، فالعرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

تبعاً لمبدأ ضرورة الفصل في النزاع والا عد مرتكباً لجرم انكار العدالة.

فالقاضي الإداري عندما لا يجد قاعدة قانونية تحكم النزاع المعروض أمامه، بسبب الاغفال التشريعي عليه ان يبتدع حكماً ناظماً، وهو ما قد يكون "قراراً قضائياً فردياً" أو "قراراً مبدئياً"، حيث القاضي في الحالة الثانية يبدو كأنه المشرع الذي يسن قاعدة قانونية عامة ومجردة تعمل على سد الاغفال التشريعي من قبل المشرع.

فالاغفال التشريعي للقانون الإداري خاصة ملازمة له نظراً لعدد المبررات والأسباب.

لعل من بينها الخاصية المتميزة له والتي تطرق لها الفقه القانوني الإداري التقليدي أساساً، والمتمثلة في "عدم تقنين القانون الإداري"، للطابع المرن الذي يميز مادته وحركيته المستمرة.

ومن جهة ثانية، القانون الإداري يتشابه مع العديد من فروع القانون والموضوعات، لعل من أهمها القانون الجنائي، حيث ظهر القانون الإداري الجنائي، وقانون المستهلك، فظهر القانون الإداري للمستهلك، وذلك على سبيل المثال. حيث التساؤل الذي يمكن ان يطرح في هذا المجال¹: مدى مساهمة هذه القوانين المستحدثة في تطوير مضامين القانون الإداري والاجتهاد القضائي الإداري؟ وبعث بعض مناطق الاغفال والقصور والتي تستوجب حلولاً قضائية في ظل الحركة المستمرة للمادة الإدارية.

ففي مجال القانون الإداري الجنائي، قيام نظام قانوني أصيل بنظرية العقوبة الإدارية من شأنه أن يحقق ميزتين أساسيتين؛ الأولى اثرات نظرية القانون الإداري وتطويرها وادخال نماذج مستحدثة لقواعد قانونية إدارية عقابية من جهة، والثانية بعث حركة الاجتهاد القضائي الإداري وفعاليتها أكثر لتبني معيار متعلق بالعقوبات الإدارية من خلال طرق الرقابة، وتثبيت دوره التاريخي في سلطة الابتداع والانشاء².

ونفس الحكم بخصوص القانون الإداري للمستهلك، والقانون الإداري الاقتصادي، وغيرها.

ثانياً: الاتجاه التقليدي المنكر لسد الاغفال من قبل القاضي.

¹ - عبد الوهاب مخلوفي، صالح جابر، "أثر الاجتهاد القضائي في القانون الإداري. بين الالغاء والابقاء"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حماة لخضر الوادي، ع 03، المجلد 10، ديسمبر 2019، ص 604-623

² - المرجع نفسه.

تزعم هذا الاتجاه الأستاذ G.Ripert والذي ينكر كل سلطة انشائية للقاعدة القانونية من قبل القضاة، باعتبارهم منفذين لإرادة المشرع. حيث وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القانون وتفسيره، وليس له حق ممارسة النشاط التشريعي¹. وقد كان للنظرية التقليدية أسباب نظرية ودستورية وتشريعية².

حيث الأسباب النظرية تكمن في نظرية مونتنسكيو وما جاء على لسانه في روح القوانين: "قضاة الأمم ليسوا سوى اللسان الناطق بالقانون، رجال ميتين ليس لهم القدرة على معايشة القوة والصرامة".

أما الأسباب الدستورية فتعود الى النصوص القانونية للعهد الثوري الفرنسي خاصة، حيث أوكلت للسلطة التشريعية القيام بوظيفة املاء القواعد القانونية، فالسلطة القضائية تابعة للمشرع، ولا يعتبر القضاء سوى مطبق لإرادة المشرع.

أما الأسباب التشريعية فتتضمن نظرية كمال النظام القانوني، وفي قوة الشيء المقضي به للحكم القضائي. حيث اذا كانت القاعدة القانونية صريحة ومكتوبة، لا مجال لتدخل القاضي لابتداع نص يخالف ذلك، أما لو كان هناك فراغ في القاعدة القانونية فان المخاطب بالقاعدة القانونية هو في منطقة الاباحة القانونية "حيث لا نص هناك عفو"، وهذا ما يعبر عنه بنظرية الكمال القانونية.

أما قوة الشيء المقضي به، فانه يهم أطراف الخصومة القضائية فحسب، بالتالي قالوا يستحيل اعداد وانشاء قاعدة قانونية قضاء تتصف بالعمومية والتجريد. فمبدأ قوة الشيء المقضي به لا ينتج أثره الكامل سوى بين أطراف النزاع لا غير ولا يسري أثره على الكافة.

ثالثا: الاتجاه المعاصر المؤيد لسد الاغفال من قبل القاضي.

رسم بعض الفقه القانوني اتجاهها مغايرا للرأي السابق، معلنا قابلية انشاء القاعدة القانونية من قبل القاضي، استنادا للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والواقع المعاش وذلك من خلال نظريات فقهية وأهمها³:

1. نظرية التفويض: حيث لاحظ الفقيه ديبيرو ان العرف التشريعي أي القانون العادي لا يسلم به الا اذا نص عليه في الدستور ويقول "من المعلوم ان العرف له مكانة أدنى من القواعد التشريعية وقد يدمج ضمن القواعد القانونية اذا ما تبناه المشرع...".

¹ -G.Ripert. les créatrices du droit,L.J.D.J 1955, p 384

نقلا عن: عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في انشاء القواعد القانونية، مجلة المحامي المغربية، ع 43. وأنظر: فايز محمد حسين محمد، الوضعية القانونية التحليلية الجديدة، رسالة دكتوراة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص 215.

² - عز الدين الماحي، مرجع سابق، ص 66.

³ - أنظر: المرجع نفسه، ص 66.

2. **نظرية القبول الضمني:** تزعم نظرية القبول الضمني الفقيه الفرنسي فالين، حيث يرى ان أن فكرة سن القاعدة القانونية من قبل القاضي تتعارض وتتصادم بالخصوص مع القانون الوضعي الفرنسي، خاصة التقنين المدني في مادته الخامسة والتي تمنع اصدار القاضي أحكاما تصل لمرتبة العمومية والتجريد والمادة 1351 منه التي تطرقت الى نسبية قوة الشيء المقضي به، غير أن هذا التعارض تخف من حدته المادة الرابعة من التقنين المدني والتي تلزم القاضي بالحكم دون التمسك بسكوت النص القانوني أو غموضه. ضمينا.

3. **نظرية رضا المعنيين:** ان النصوص القانونية عندما توضع من قبل السلطة التشريعية توضع في حالة سكون، والذي ييث فيها الحركة القاضي أساسا، فالقاضي من وظائفه الأساسية بث الروح التطبيقية لنص القاعدة القانونية الموضوعة خاصة مع التطور الزمني، وجعلها مسايرة لما يستجد داخل المجتمع من وقائع وأحداث جديدة لم يستطع المشرع التنبؤ بها خاصة¹.

وهو اتجاه متبنى من مدرسة الواقعية الأمريكية، حيث ترى أنه لا قانون الا اذا كان صادرا من المحاكم². استجابة للمعنيين بالقاعدة القانونية أساسا وهم أفراد المجتمع.

بين الاتجاه التقليدي والمعاصر في تحديد دور الاجتهاد القضائي في انشاء القواعد القانونية يظهر رأي وسط لكلسن، حيث يرى البعض أنه اتخذ موقفا وسطا بين النظريين السابقين، حيث للقاضي سلطة انشاء القاعدة القانونية لكن مقيد بشروط معينة، حيث له سلطة انشاء قواعد فردية وكذا سلطة انشاء قواعد عامة³. وبالتالي يمكن ادراج موقف كلسن كموقف ثالث ووسط. وذلك من خلال نظرية القانون الخالصة او البحتة، فللقاضي امكانية انشاء القاعدة القانونية الفردية او الجماعية لكن بشروط.

المطلب الثالث: القاضي الاداري قاضي الدستورية؛ الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الاداري.

مبدأ تدرج القواعد القانونية ينجم عنه مبدأ مرتبط به موضوعا ألا وهو مبدأ سمو الدستور عن غيره، حيث يعبر المبدأ الأخير عن ضرورة عدم مخالفة القاعدة الأدنى الاتفاقية، أو التشريعية أو اللائحية أو مبادئ الشريعة الاسلامية أو العرف أو القانون الطبيعي وقواعد العدالة للقاعدة الدستورية باعتبارها القاعدة المعيارية، هذه المخالفة قد تكون شكلية أو موضوعية لذلك كرس الفقه والقضاء ضرورة الرقابة على دستورية القاعدة القانونية، لكن من جهة مقابلة ثار خلاف

¹ - أنظر: عز الدين الماحي، المرجع السابق، ص 67.

² - فايز محمد، مرجع سابق، ص 215.

³ - المرجع نفسه، ص 216.

فقهي قضائي حول مدى حق القضاء برقابة دستورية القوانين¹. حيث تعدى هذا الخلاف الى المشرع في مختلف النظم القانونية للدول، حيث أيدت بعض التشريعات أحقية القضاء في رقابة دستورية القانون، وعارضت تشريعات أخرى ذلك الأمر.

والسؤال هنا عن موقف القضاء الاداري الجزائري أصالة ومدى اختصاصه في رقابة دستورية القوانين، وبالذي يمكن ان نسبقة بدراسة موقف القضاء الاداري الفرنسي في ذلك.

حيث السؤال الذي يمكن أن يطرح: أي دور للقاضي - الاداري - في رقابة المشروعية الدستورية؟ سوف نعالج هذا المطلب من خلال الفروع التالية؛ التحول في الدفع بعدم دستورية القوانين (الفرع الأول)، ثم في الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الاداري في فرنسا (الفرع الثاني)، الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الاداري في الجزائر (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التحول في الدفع بعدم دستورية القوانين.

ان الرقابة على دستورية القوانين تعد من بين الآليات المهمة الضامنة لاحترام المشروعية القانونية بمفهومها الواسع، وتكرس احترام الدستور والقوانين من قبل السلطات العمومية².

وفي النظرية التقليدية الدستورية انقسمت النظم القانونية في رقابة دستورية القوانين الى نظامين؛ الأول تميز بالطابع الوقائي السابق عبر هيئة سياسية وبالتالي سميت الرقابة تبعا له بالرقابة السياسية. أما الثاني فتميز بالطابع العلاجي اللاحق عبر الهيئات القضائية وبالتالي سميت الرقابة تبعا له بالرقابة القضائية³.

ومن خلال الممارسة القانونية الدستورية المتعاقبة لنظم الرقابة على دستورية القوانين، وتعزيز ضمانات حقوق المواطن وتفعيلها دستوريا من خلال تطبيق نص قانوني سليم وصحيح وبعيد عن العوار الدستوري، سواء أكان في صالحه أو ضده، وظهور عيوب عملية في تطبيق أساليب الرقابة التقليدية على دستورية القوانين - السياسية والقضائية - تكفلت النظم الدستورية بتطوير آليات الرقابة على دستورية القوانين، خاصة في مجال الدفع بعدم دستورية القوانين، وامكانية التمازج الذي يمكن ان يحصل بين آليات الرقابة الدستورية السياسية والرقابة الدستورية القضائية، خاصة مع التعديلات الدستورية الجديدة في كل من فرنسا والجزائر.

¹ - فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج 2، النظرية العامة للدساتير د م ج، ط 3 2003. ص

200، سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية.

² - سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، د م ج ط 8، ص 193.

³ - أنظر: سعيد بوالشعير، مرجع نفسه، ص 193 وما بعدها.

تبعاً لما تقدم، يمكن ان نتطرق الى النظرية التقليدية للرقابة الدستورية على القوانين بإيجاز (أولاً)، ثم التحول الذي طرأ على فكرة الرقابة على دستورية القوانين في مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين (ثانياً).

أولاً: النظرية التقليدية للرقابة على دستورية القوانين.

ترد النظرية التقليدية للرقابة على دستورية القوانين الى صنفين أساسيين، وهما الرقابة السياسية والتي قد تسمى كذلك بالرقابة الدستورية السابقة والرقابة القضائية والتي قد تسمى بالرقابة الدستورية اللاحقة.

1. الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

يقسم بعض الفقه الدستوري الرقابة السياسية السابقة على دستورية القوانين الى قسمين: الرقابة التي تمارس من قبل المجالس الدستورية، والرقابة التي تمارس من قبل الهيئات النيابية.

فالرقابة على دستورية القوانين بواسطة المجلس الدستوري، تعتبر فرنسا مهد له، من خلال اتخاذ هيئة سياسية خاصة غرضها التحقق من مدى مطابقة القانون قبل صدوره للدستور، وبالتالي فهي تعد رقابة قبلية وقائية.

حيث طالب الفقيه الفرنسي سيبز بإنشاء هيئة سياسية تكون مهمتها إلغاء القوانين المخالفة للدستور، وذلك بهدف حماية الدستور وضمن حقوق وحريات الافراد والمواطنين¹.

ويرى الأستاذ سعيد بوالشعير ان فرنسا أخذت بنظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين دوناً عن نظام الرقابة القضائية، والذي يعني أساساً بتدخل القضاة في رقابة دستورية القوانين، يعود أساساً الى أسباب تاريخية وقانونية وسياسية².

جميعها مرتبط بواقع ما قبل الثورة الفرنسية، والعداء الذي كان للبرلمانات القضائية ما قبل الثورة الفرنسية والتي كانت تتميز بطابع عدم القانونية والممارسة البرجوازية. فمن الناحية التاريخية كانت القوانين قبل الثورة الفرنسية تجرد عرقلة في تنفيذها من قبل المحاكم المسماة البرلمانات، لذلك أثر رجال الثورة عدم اقحام القضاء في رقابة القانون تبعاً للتاريخ القديم للقضاء.

أما من الناحية القانونية، فأصل الرقابة السياسية على دستورية القوانين، يجد مصدره من تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات الذي فهمه وكرسه رجال الثورة الفرنسية، وذلك بعدم تدخل القضاء باختصاصات وصلاحيات السلطتين التشريعية والتنفيذية.

¹ - انظر: سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 194، 195.

² - المرجع نفسه، ص 195.

أما سياسيا، فقد اعتبر تدخل القضاة بتقدير مدى مطابقة القانون للدستور هو تعدي على ارادة الامة، حيث هذه الأخيرة اسمى من ارادة القاضي، وبالتالي لا يجوز سياسيا وقانونيا وأخلاقيا رقابة دستورية قانون صادر عن الامة من قبل القاضي.

أما الرقابة السياسية على دستورية القوانين بواسطة هيئة نيابية، فلقد آثرت بعض النظم الدستورية احالة الرقابة على دستورية القوانين الى هيئات نيابية هي في الغالب تتمثل في البرلمان، وذلك اعلاء من شأن الهيئة المنتخبة في تلك النظم باعتبارها ممثلة للشعب الضامنة لحقوق الجماعة والارادة الجماعية للجميع، وقد تبنى هذا الاتجاه سابقا في دول الاتحاد السوفياتي والمانيا الشرقية¹.

وهذه الطريقة الثانية متقدمة لعدم فاعليتها مقارنة بغيرها، لأنه ببساطة لا يمكن لهيئة تشريع وتعمل على رقابة مدى دستورية القانون الذي صدر منها في آن واحد².

2. الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

الرقابة القضائية على دستورية القوانين، تعني أساسا تولى جهة قضائية معينة رقابة مدى مطابقة قانون معين للدستور، وهي تتعد في صور مختلفة، يمكن ردها الى صنفين، رقابة قضائية لدستورية القوانين عن طريق الدعوى الاصلية ورقابة قضائية لدستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي³.

فالرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الاصلية، هي رقابة ينص عليها الدستور صراحة، من خلال اسناد مهمة الرقابة الى جهة قضائية بعينها، تكون في العادة محكمة عليا في الدولة، وهي رقابة هجومية، تسمح للمواطن رفع دعوى اصلية مباشرة أمام الجهة القضائية المخولة برقابة دستورية القوانين حتى ولو لم يطبق القانون عليه، حماية لمصلحة قد تمس مستقبلا بتطبيق القانون، وحكم الجهة القضائية بات ونهائي وذو حجية مطلقة في مواجهة الكافة.

¹ - انظر: سعيد بالشعير، المرجع السابق، ص 199-200.

² - المرجع نفسه ص 200.

³ - للمزيد من التفاصيل حول موضوع الرقابة على دستورية القوانين أنظر على سبيل المثال:

الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المعاصرة، د م ج، 1998، ص 153 وما بعدها.

عمر صدوق، مدخل للقانون الدستوري والنظام السياسي الجزائري، د م ج، 1986، ص 19 وما بعدها.

محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري.

اندري هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مترجم الى اللغة العربية، 1977.

والرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع، لا ينص الدستور غالباً على هذا النوع من الرقابة، إنما يثار الدفع تلقائياً عندما يثار نزاع قضائي يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية قانون معين، حيث للمحكمة النظر في دستورية أو عدم دستورية القانون وهو يخص النزاع المعروض فقط أي له حجية على أطراف النزاع فحسب.

ثانياً: النظرية المستحدثة للدفع بعدم الدستورية.

الناظر للتطبيقات الدستورية التقليدية لرقابة دستورية القوانين، من خلال رقابة المجالس الدستورية في النظم التي تتبع فكرة الرقابة السياسية كفرنسا والجزائر، ورقابة الجهات القضائية لدستورية القوانين مثل الولايات المتحدة الأمريكية، يرى التفاعل الذي حصل بين النظامين من خلال المقارنات التي أجراها الفقه الدستوري في فاعلية الآليتين ومدى تحقيق رقابة ناجعة لصحة القوانين. وذلك بإبراز المحاسن والمساوئ للنظامين، ومدى امكانية التمازج أو التفاعل بين الرقابتين.

حيث عقد **Jean Rivero** مقارنة بين مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة العليا الأمريكية، في بحث موضوع ظاهرة "حكومة القضاة"، معتبراً تجاوز المحكمة العليا الأمريكية في نشاطها الرقابي على القانون على مجلس الدولة الفرنسي من خلال بحث الأولى مدى دستورية القوانين، أما مجلس الدولة الفرنسي فمجاله - على الأقل في تلك المرحلة الزمنية - متعلق برقابة شرعية القرارات الإدارية، وغير معني برقابة دستورية القوانين. غير أن حكومة القضاة كما يقول **Rivero** لا تنحصر في شكل واحد وهو الأسلوب الذي تسيطر به في الولايات المتحدة، حيث جوهر هذا النظام، تولى القاضي لنشاط متميز من خلال تأكيد مجموعة من المبادئ المستقلة عن القواعد المكتوبة، والتي قد تشكل بصورة ما الفلسفة السياسية للأمم، وإذا كان القاضي حامي هذه الفلسفة يعتبر في الواقع خالقها، من خلال نقلها الى القانون الوضعي عندما تتزود بجزء¹.

ان حكومة القضاة في النظام الدستوري الأمريكي لا تبدأ الا بقيمة " فوق تشريعية " لمذهب القضاء الأدبي، وبالتالي يصح القول ان للقاضي الأعلى على مستوى المحكمة العليا سلطان وإرادة على المشرع من خلال رقابة دستورية القوانين².

أما مجلس الدولة الفرنسي فهو لا يتمتع برقابة الدستورية على القوانين، وبالتالي يستعوض **Rivero** هنا ب"المبادئ العامة للقانون" ويعتبرها سلطان ارادة القاضي الاداري الفرنسي وتسيده وحكمه. انشاءً وابتداعاً. فسلطة الحكم بالمعنى القانوني - للقاضي - في أساسها وضع قواعد السلوك التي تفرض على المحكومين لتنظيم شؤونهم³.

¹ - Jean Rivero: Le juge administratif: un juge qui gouverne D; 1951, chron. P. 21

وانظر: محمد عصفور، مرجع سابق، ص 324-325.

² - محمد عصفور، المرجع نفسه، ص 226-227.

³ - محمد عصفور، المرجع نفسه، ص 227-228.

ان الاشكالية الاساسية التي طرحت للبحث الدستوري هو مسألة "السلطة المخولة بالدفع بعدم دستورية القوانين" و "سلطة الحكم بدستورية أو عدم دستورية القوانين"، حيث النظرية التقليدية للرقابة على دستورية القوانين، ترى أن الرقابة السياسية ذات النموذج الفرنسي الأول - قبل التحول والتطور الجديد - ترى أن طبيعة الرقابة هي وقائية والسلطة المخولة بالدفع بعدم الدستورية تتمثل في سلطات عمومية من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان الى أن توسعت الى اعضاء من السلطة التشريعية لاحقاً، دوناً عن الأفراد. وسلطة الحكم هي هيئة سياسية لا قضائية تتمثل في المجلس الدستوري، أما الرقابة القضائية ذات النموذج الأمريكي، ترى أن طبيعة الرقابة لاحقة والسلطة المخولة بالدفع بعدم الدستورية هي متاحة للفرد بالدرجة الأولى، والذي يمثل المعنى المباشر بتطبيق القاعدة القانونية التي قد تكون مخالفة للدستور. والقاضي يفصل في موضوع الدستورية، سواء بالإلغاء الكلي للقاعدة القانونية أو الاكتفاء بعدم تطبيقها على النزاع فقط متى قضى بعدم دستورتها.

والباحث في هذا المقام، يرى اقتراب النموذج الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين من النموذج الأمريكي، وذلك من خلال تفعيل دور الفرد في اثاره الدفع بعدم الدستورية بداية، واطاحة الامر أن تكون أروقة القضاء مجالاً للدفع بعدم دستورية القوانين واحالة الامر للمجلس الدستوري فيما بعد.

أي أن **الباحث**؛ يرى ان مزايا نظام الرقابة القضائية تغلبت على مزايا نظام الرقابة السياسية في الرقابة على دستورية القوانين.

وهذا التوجه نلمسه بصورة واضحة من خلال التحول الذي طرأ على رقابة دستورية القوانين من خلال الدفع بعدم الدستورية، وهذا ما سنوضحه في ما يلي.

الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري في فرنسا.

ان أساس الرقابة الدستورية على القوانين في النظام الفرنسي، تقوم على قاعدة الرقابة السياسية من خلال المجلس الدستوري، والتي يقابلها الرقابة القضائية في نظم قانونية أخرى. وطبيعة الرقابة قبلية قبل دخول القانون حيز النفاذ. لكن تعديل الدستور الفرنسي في 23 جويلية 2008 أتى بألية جديدة في الرقابة على دستورية القوانين، حيث أتاح هذا التعديل لأول مرة الطعن في الأحكام التشريعية الصادرة عن البرلمان من قوانين عضوية وعادية وأوامر بغرفتيه (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) أمام القضاء. وكان ذلك في نص المادة 61 من الدستور حيث اضيفت فقرة بهذا الشأن: " عند مناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء، ودفع أحد أطراف الدعوى، بأن حكماً تشريعياً ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناء على احوالها اليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض الذين يتخذان قرارهما خلال فترة محددة، ويحدد بقانون عضوي شروط تطبيق هذه المادة".

حيث صدر فعليا هذا القانون العضوي في 10 ديسمبر 2009 حيث سمي هذه الرقابة ب:

La Question Prioritaire de Constitutionnalité

أي: "مسألة الأولوية الدستورية"، أو اختصارا باللغة الفرنسية QPC¹.

حيث يثار الدفع بعدم دستورية القانون أمام المحاكم الفرنسية بمختلف درجاتها، سواء أكانت محكمة درجة أولى أو محكمة استئناف، أو محكمة نقض. وسواء أكانت عادية تخضع لمحكمة النقض أو ادارية تخضع لمجلس الدولة².

حيث يجب أن يكون الطعن مكتوبا ومسببا ومنفصلا عن اجراءات الدعوى الأخرى، للسماح للقاضي في النظر فيه مستقلا ومباشرة دون تأخير معلنا أولويته على بقية الدعوى، حيث اذا استوفى الطعن الشروط القانونية المطلوبة أحيل الى محكمة النقض أو مجلس الدولة بحسب طبيعة النزاع. أما اذا رفض القاضي الاحالة الى القضاء الأعلى فيمكن الطعن في ذلك القرار أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة بحسب الحالة. حيث على هاتين الجهتين الفصل في الدعوى في مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، بعدها يتخذ القرار في الاحالة الى المجلس الدستوري حين قبول الطعن أو يرفض الطعن لعدم قبوله ولا يحال الى المجلس، حيث قرار محكمة النقض ومجلس الدولة نهائيا وغير قابل للطعن³.

وقد بين القانون العضوي 2009/12/10 شروط نظر الطعن من قبل المجلس الدستوري، وهي شروط بعضها خاص بقبول مسألة الأولوية الدستورية عند الدفع بما أمام أول درجة في التقاضي، وشروط خاصة بإحالتها الى محكمة النقض أو مجلس الدولة، وشروط خاصة بإحالتها الى المجلس الدستوري، ومن بين اهم تلك الشروط⁴:

- ضرورة ان يكون النص التشريعي محل الطعن بعدم الدستورية متعلق بنزاع بمناسبة دعوى مرفوعة أمام احدى جهات القضاء، حيث يمكن تقديم الدفع بعدم الدستورية في أية مرحلة من مراحل التقاضي الدرجة الأولى والاستئناف والنقض، كما يجوز تقديمه أمام محاكم القضاء الاداري ومجلس الدولة، كما يمكن اثارته امام محكمة التنازع، ومحكمة العدل العليا المختصة بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزراء.

¹ - www.Legifrance.gouv.fr/affich

²- Favoreu, Louis, Droit Constitutionnel, Dalloz, Précis Droit Public, p 170

عمار كوسة، "محاضرات في القضاء الدستوري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015/2014، مطبوعة منشورة على شبكة الانترنت، تم الاطلاع عليها يوم 2016/11/16، بتوقيت: 20.00 ليلا، ص 41.

³ - علي عيسى اليعقوبي، " تعديل 23 تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، السنة 2012، مجلد 27، ص 393.

⁴ - عليان بوزيان، "آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية"، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، ع 2، 2013، ص 87 وما بعدها.

- أن يكون الطعن ذا طبيعة جادة أو يثير مسألة جديدة نتيجة تغير الظروف، مع ملاحظة أن يكون الفحص عن الجدية مختصراً أمام محكمة الموضوع ومشهداً أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة.
- أن لا يكون للمجلس الدستوري قد سبق وان قضى بمطابقته للدستور، يستثنى من ذلك اذا استجدت ظروف واقعية وقانونية جديدة متغيرة، ويجب ان يصدر قراره خلال ثلاثة أشهر.
- ويمكن ان نبين شروط قبول الدفع بعدم الدستورية من خلال تصنيفها الى شروط شكلية وشروط موضوعية.
- الشروط الشكلية لقبول الدفع بعدم الدستورية:

- تقديم مذكرة الدفع بعدم الدستورية في صورة مكتوبة ومنفصلة ومسببة:

- يجب ان يقدم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة لا شفوية، ومنفصل ومستقل بمعنى لا يجوز تقديمه مع الطلب الاصلي، مبينا سبب تقديمه من حيث انتهاك النص القانوني الواجب التطبيق على النزاع الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور¹.

وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض بأنه اذا يقدم الدفع بعدم الدستورية في طلب مستقل سيتم رفضه².

وذاذ الحكم في حالة عدم تحديد النص التشريعي المطعون عليه بعدم الدستورية³.

● الشروط الموضوعية لقبول الدفع بعدم الدستورية:

نص الدستور الفرنسي في المادة 61-1 المعدل في 2008، وفي المادة 23-2 من القانون العضوي الصادر بتاريخ 10-12-2009 المتعلق بتطبيق هذه المادة على الشروط الموضوعية الواجب توافرها لقبول الدفع بعدم الدستورية وهي التالية ذكرها⁴:

- صلة النص التشريعي بالنزاع المعروض على القضاء.
- الا يكون قد سبق الحكم بدستورية النص المطعون عليه ما لم تتغير الظروف.
- جدية الدفع بعدم الدستورية.

اختصاص القاضي بنظر الدفع بعدم الدستورية:

¹ - شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2015، ص 132.

² - C.E. QPC. 9 avr 2010. Martelly, req. N 312251: AJDA 2010. 763; CAA Bordeaux, 11 mai 2010, Cne de Saint-andré- de- Cubzac: req n 09BX01487

³ - شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 134-135.

⁴ - أنظر: المادة 23-2 من القانون العضوي 10-12-2009.

ان القاضي الذي يمكن ان ينظر في مسألة الدفع بعدم الدستورية قد يكون قاضي الموضوع على مستوى المحاكم الدنيا سواء العادي أو الاداري، وقد يكون النظر على مستوى القضاء العالي لكل من محكمة النقض ومجلس الدولة. وبالتالي القاضي على مستوى المحاكم الادارية وكذلك قاضي مجلس الدولة له اختصاص النظر في الدفع بعدم دستورية القوانين.

ان لقاضي الموضوع لدى المحاكم الادارية في حالة توافر الشروط الشكلية والموضوعية السابقة الذكر له ان يصدر قرار مسببا في الدفع بعدم الدستورية المثار أمامه بإحالة الى مجلس الدولة، أو رفض الدفع بعدم الدستورية تطبيقا لنص المادة 02-23 السالفة الذكر.

حيث القرار الصادر بعدم الاحالة يمكن الطعن عليه بمناسبة الطعن على الحكم الصادر في الدعوى الأصلية وليس على حدا، أما قرار الاحالة الى مجلس الدولة فلا يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن وذلك ضمانا قانونية فعلية لتفعيل الرقابة الدستورية¹.

الفرع الثالث: الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الاداري في الجزائر.

ان اقرار الدفع بعدم دستورية نص تشريعي في النظام القانوني الجزائري أمام القاضي عموما والقاضي الاداري خاصة، جاء وفقا للتعديل الدستوري لسنة 2016. حيث قبل هذا التعديل لم يكن للقضاء ومنه القضاء الاداري دور وأثر في اثاره الدفع بعدم دستورية القوانين.

حيث تنص المادة 188 منه على ما يلي²: "يمكن اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على احالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

وتطبيقا للمادة التاسعة من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري المخرر بتاريخ: 06 أبريل 2016³: "يخطر المجلس الدستوري في اطار الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية بناء على احالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة طبقا للمادة 188 (الفقرة الأولى) من الدستور، ويفصل بقرار".

وحسب المادة 26 من ذات النظام: "يلغى القرار الى رئيس المحكمة العليا أو رئيس المجلس الدستوري في إطار أحكام المادة 188 من الدستور والى السلطات المعنية".

¹ - C.E. QPC. 1 -02-2011. SARL Prototype technique industrtrie, req. N 342536. Lebon 24; AJDA

² - المادة 195 من التعديل الأخير لسنة 2020 للدستور الجزائري.

³ - الجريدة الرسمية ع 29، المؤرخ في: 04 شعبان 1437 هـ الموافق ل: 11 ماي 2016.

حيث ان اقرار المؤسس الدستوري آلية الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء هو في حقيقة الامر تدعيم واثراء للاجتهاد القضائي عموما ومنه الاجتهاد القضائي الاداري (أولا)، غير أن سلطة القاضي الاداري بحسب النص الدستوري تتوقف عند حد دراسة مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، وبالتالي يطرح على البحث فعالية الدفع بعدم الدستورية لدى القاضي الاداري (ثانيا).

أولا: اثراء الاجتهاد القضائي الاداري.

ان الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الاداري، يعبر بلا شك عن دور هذا القضاء في حماية المشروعية القانونية، كما يعزز من جهة ثانية في ثراء الاجتهاد القضائي الاداري وذلك من خلال تعزيز سلطة القاضي الاداري، ومن سلطة المواطن المتقاضي وسلطة الادارة العمومية، مع تعزيز صحة القاعدة القانونية الادارية كذلك¹.

1. تعزيز سلطة القاضي الاداري:

• في حماية الحقوق والحريات الأساسية:

بما أن فقه القانون الاداري دائما يتغنى بأن القاضي الاداري حامي الحقوق الفردية والجماعية، والحصن الحصين لحقوق الأفراد والمواطنين من تعسف السلطات، بل أحيانا كما قال بعض الفقه الاداري حمى القاضي الاداري حقوق الافراد والمواطنين بطريق أكثر فاعلية من القاضي العادي، فان الباحث يرى ان تكريس آلية الدفع بعدم دستورية القوانين تعزز من دوره في حماية أكثر للحقوق والحريات، ليس كآلية وقائية فحسب بل كآلية ردعية في هذا المقام، حيث يتدخل القاضي الاداري عند تطبيق القاعدة القانونية على الفرد والمواطن، والتي قد يرى فيها مساسا بحقوقه وحرياته، والتي قد تكون افلنت من رقابة الدستورية القبلية.

حيث يتجاوز القاضي الاداري في تكريس آلية الدفع بعدم الدستورية أمامه، عقبة أساسية في الرقابة السياسية المتبناة في النموذج الفرنسي والجزائري، وهي افلات القاعدة القانونية من الاعداء وتقرير عدم دستورتها بعد مرورها على الرقابة القبلية عن طريق الاخطار العادي المسبق قبل دخولها الى حيز النفاذ. وبالتالي يتعزز دوره من خلال رقابة المشروعية القانونية للقواعد القانونية ذاتها، ويساهم من خلال ذلك في تعزيز دولة القانون. من خلال رقابة مدى جدية الدفع بعدم دستورية قوانين وقواعد تمس بحقوق الأفراد والمواطنين، ثم احوالها للمجلس الدستوري.

• في تأكيد سلطة القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية:

¹ - صالح جابر، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الاداري في الجزائر وفرنسا اقترب من الرقابة القضائية الدستورية؛ تعزيز لدولة القانون؟"، مداخلة في الملتقى الدولي الثامن في التوجهات الحديثة للقضاء الاداري ودوره وأثاره في تحقيق دولة القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، مارس 2018.

من المتعارف عليه في فقه القانون الاداري، أن القانون الاداري هو قانون قضائي النشأة، حيث كان لمجلس الدولة الفرنسي دور وأثر بارز في ذلك. غير أن بعض الفقه اليوم يتساءل عن بقاء هذا الدور في ظل الثورة التشريعية التي عرفها موضوع القانون الاداري وذلك من خلال اصدار عديد التشريعات والقوانين المتعلقة بمختلف موضوعاته سواء في فرنسا أو الجزائر، وبالتالي مسألة التأسيس لقضائية القانون الاداري اليوم وبقائه هي محل نظر، في نظر هذا التوجه الفقهي¹.

حيث يرى الباحث، أن مسألة اقرار وامكانية الدفع بعدم دستورية قانون أمام القاضي عموماً ومنه القاضي الاداري، هو تأكيد على تكريس وتعزيز الفكرة التاريخية لدور القاضي الاداري في صناعة القاعدة القانونية بوجه معين، حيث اذا كان للقاضي دور أولي في ابتداء المبادئ العامة للقانون حسب نظرية القضاء الاداري، وبالتالي تشريع قواعد القانون الاداري من هذا الجانب، فان اعطاء سلطة للقاضي الاداري في دراسة جدية مدى دستورية قاعدة قانونية هو بتعبير آخر احتكام لسلطته في مدى قانونية قاعدة قانونية ومطابقتها للدستور أم لا، وبالتالي قبولها كقاعدة صحيحة أو رفضها وبالتالي الاحالة الى المجلس الدستوري للنظر في ذلك، هو تشريع ضمني ان صح الوصف.

2. تعزيز سلطة المواطن المتقاضي:

• في تعزيز ممارسة حق الدفاع:

اذا كانت القاعدة القانونية التي يمكن ان يطبقها القاضي الاداري ضد متقاضي تمس بحقوقه وحياته، وقد تحدث له أثراً سلبياً، خاصة في دعوي الالغاء؛ كحال الحكم بصحة قرار عزله من وظيفته، قد تكون غير دستورية، فان منح حق المتقاضي الدفع أمامه بعدم الدستورية هو ملاذ حقيقي لتكريس حقوق الدفاع وتكريس ان صاحب الحق هو المسؤول الأول في الدفاع عن نفسه، وذلك في النهاية يعزز من دولة القانون.

فما هي الفائدة من قاعدة قانونية غير دستورية تطبق على متقاضي وتحرمه من حقوقه ولا يمكن ان يمارس بصدها حق دفاعه مطالباً بعدم تطبيقها ودفعاً بعدم دستورتها، بحجة ان القاعدة فلتت من الرقابة القبلية سلفاً، " فصاحب الحق يجب أن يملك سلطة الدفاع عنه"².

• في تكريس مضامين المواطنة الفعلية:

¹ - أنظر: عصام نجاح، وناس يحي، " القانون الاداري في الجزائر قضائي أم تشريعي"، مرجع سابق، ص 1 وما بعدها.
G. Vedel, "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", op.cit.

² - أنظر: ابراهيم بلمهدي، " آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، المدينة، ص 161-183.

ان المواطنة الفعلية تتجسد من خلال تمتع الفرد داخل نظام قانوني معين بكامل حقوقه وحرياته وممارستها بفعالية، مع الالتزام بكامل الواجبات التي يمكن ان ينظمها ذلك النظام، مع ضرورة حماية تلك الحقوق أساسا وتحمل الالتزامات بآليات عملية بجوار النصوص القانونية.

فليس مطلوباً فقط في ظل دولة معينة، النص على حقوق وحرريات المواطنين في صلب الوثيقة الدستورية و فقط، ما لم يجسد ذلك بميكانيزم وآلية لرعاية الحقوق والالتزام بالواجبات.

وتبعاً لذلك؛ تعد آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري، تعتبر ميكانيزم أساسي لتفعيل المواطنة الفعلية: من خلال إتاحة المجال للمواطن المتقاضى الدفع بعدم دستورية قاعدة قانونية، والتي قد تكون منتهكة لحق من حقوقه، أو ملزمة له بالالتزام مخالف لنصوص الدستور وفحواه.

وفي تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، تجسيد عملي للمواطنة الفعلية وتعزيز لمبادئ دولة القانون، والتي منها الاعلاء من شأن قيم ومبادئ المواطنة.

3. تعزيز سلطة الادارة العمومية.

ان الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الإداري في أساسه منازعة بين ادارة عمومية غالباً مع مواطن بخصوص حق معين، حيث يتنازع الخصام مصلحة - مصلحة الادارة العامة والمتمثلة في المصلحة العمومية، ومصلحة المواطن ممثلة في المصلحة الخاصة - ولما كانت المصلحة العمومية في فهم الفقه والتشريع الإداري خاصة فكرة غامضة ومرنة ويكتنفها تداخل عديد المعايير والمضامين، يأتي القاضي الإداري بما له من سلطة الاجتهاد في الموازنة بين المصلحة العمومية الغامضة أحياناً والمصلحة الخاصة للمتقاضى المواطن. وبالتالي ادخل القاضي في دراسة مدى جدية الدفع بعدم الدستورية وامكانية الاجالة الى المجلس الدستوري هو في حقيقة الأمر موازنة بين مصلحتين أساسيتين للمتقاضين.

وبالتالي يرى الباحث؛ أنه اعمالاً لآلية الدفع في دستورية القوانين، يعزز من سلطة الادارة العمومية في توكي المصلحة العمومية أحياناً متى رأى ان القاعدة القانونية المثار حولها الدفع مجسدة لذلك ويجب مراعاة ذلك دوناً عن مصلحة الفرد الخاصة.

وبالتالي، الدفع بعدم دستورية القوانين، تعزز من سلطات الادارة العمومية في توكي المصلحة العمومية من خلال احترام القواعد القانوني المتبناة منها في ذات الشأن.

4. تعزيز صحة القاعدة القانونية المطبقة.

- في احترام مبدأ تراتبية القواعد القانونية.

ان الدفع بعد دستورية القوانين أمام القاضي الإداري، يساهم وبلا شك في احترام مبدأ أساسي من مبادئ دولة القانون، ألا وهو تدرج القواعد القانونية¹.

حيث اذا كان المتقاضي أمام هيئة القضاء في خصومة ونزاع مع آخر، فالقاضي حتما سوف يطبق قاعدة قانونية معينة، هذه القاعدة مفترض فيها انها أدنى من القاعدة الدستورية، وحيث اذا كانت القاعدة محل التطبيق القضائي مخالفة للقاعدة السامية، فان للقاضي الإداري هنا احالة الأمر الى القضاء الدستوري ممثلا في المجلس الدستوري للحكم عليها بعد الطعن من المتقاضي طبعاً، وفي ذلك تجسيد قضائي لمبدأ تراتبية القواعد القانونية وتعزيز لدولة القانون تبعاً لذلك.

• في تجسيد بعض مبادئ الأمن القانوني:

يعد الأمن القانوني من بين الحاجيات الضرورية التي تتبناه الدول القانونية اليوم، وذلك من خلال اشتراط عدة معايير تمس بالقواعد القانونية السارية المفعول، والي من بينها تكريس مبدأ جودة التشريع والقوانين، هذا المبدأ الأخير قد يتحقق متى فعلت الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع أمام الهيئات القضائية، ومنها القضاء الإداري، حيث يمكن للقاضي الإداري عندما يدفع بعدم دستورية نص قانوني أمامه ويدرس مدى جديته المساهمة في لفت عناية المجلس الدستوري سواء في النموذج الفرنسي أو الجزائري، أن خللاً أصاب نصاً قانونياً ينظم واقعة أو حرية معينة، وبالتالي تعمل السلطات المختصة بالتشريع واحتكاماً لآراء وقرارات المجلس الدستوري بناء على احالة القضاء الإداري في تحسين القاعدة القانونية وصياغتها بما يتناسب مع التشريع الجيد.

ومن جهة ثانية؛ في الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري، يساهم في معالجة بعض مظاهر أزمة تضخم التشريعات، خاصة وان كان المتقاضي بين نصوص قانونية متعددة ومتضاربة ومتناقضة. حيث ذلك الدفع يتيح له لفت عناية المشرع المختص أخيراً في ضبط القاعدة القانونية المناسبة محققاً مظهر أساسياً مقابلاً للأمن القانوني وهو وضوح القاعدة القانونية.

• تدارك الخطأ التشريعي للقاعدة القانونية في أي وقت:

ان من بين المميزات المسيئة للقواعد القانونية عامة في النموذج التقليدي للرقابة الدستورية على القوانين، هو تمتعها بالحصانة الاجرائية بعد دخولها حيز النفاذ، لعدم امكانية الطعن بمخالفة الدستور في تلك المرحلة.

لذلك آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء تعد ضماناً أساسية لتكريس مبدأ الرقابة الدائمة على صحة القاعدة القانونية وعدم وجود عوار دستوري بخصوصها متى رأى المتقاضي ذلك وفي أي وقت. وذلك ما يعزز فكرة دولة القانون

¹ - في دراسة مبدأ تدرج القواعد القانونية، أنظر: أحسن رابحي، "مبدأ تدرج المعايير القانونية في القانون الجزائري"، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة لجزائر، 2005-2006.

باعتبار القضاء حارس للصحة التشريعية عبر كامل مراحل حياة القاعدة القانونية، أي منذ لحظة ميلادها الى تاريخ وفاتها.

ثانيا: اجراءات الدفع بعد الدستورية؛ بين دور الوسيط للقاضي الاداري ودور المجتهد له؟

ان من بين الآثار المهمة في اقرار المشرع الدستوري الجزائري الدفع بعدم دستورية القوانين، إعطاء دور للقاضي عامة والقاضي الاداري كذلك في تقدير مدى مطابقة قاعدة قانونية تشريعية لنص قاعدة دستورية، وفي ذلك يعني دراسة لمضمون القاعدة القانونية مع الدستور أي اعتبار القاضي - العادي أو الاداري - حكما على مدى مطابقة النص التشريعي مع النص الدستوري، لكن ذلك يصدد مع فكرة الاحالة الى المجلس الدستوري والذي له سلطة البت النهائي في اقرار دستورية أو عدم دستورية القاعدة محل النزاع.

فحسب المادة 195 من دستور 1996 الجزائري، هناك اجراءات متعاقبة تتبع للبت في الدفع بعدم دستورية نص قانوني أمام المحكمة الدستورية والقضاء الاداري، يمكن توضيح ذلك في الآتي:

1. أطراف الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الاداري.

ان الدعاوى المثارة أمام القضاء الاداري هي بالأساس دعاوى ادارية، تخص غالبا ادارة عمومية في مواجهة شخص خاص، وبالنظر الى المشرع الدستوري في المادة 195 سالفه الذكر نجد استعمال عبارة أحد الأطراف في المحاكمة، وحيث أن الادارة العمومية غالبا تكون في موقع المدعى عليه في الدعاوى الادارية، فان الطرف الثاني يكون اما شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا عاما أو خاصا، وبالتالي يجوز لأطراف أي دعوى مقامة أمام جهات القضاء الاداري الدفع بعدم دستورية القوانين الذي يتوقف عليه مآل النزاع. وفي هذا المقام يمكن طرح السؤال الأساسي:

مدى امكانية اثاره الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل القاضي الاداري خاصة والقاضي العادي كذلك في

الشق العادي من الدعاوى؟

ان التكييف القانوني للدفع بعدم الدستورية ان كان متعلقا بالنظام العام أم لا، يرتب مدى الصلاحية التي يمكن ان تكون للقاضي الاداري في الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، حيث المشرع الدستوري في المادة 195 سالفه الذكر سكت عن امكانية منح للقاضي امكانية اثاره الدفع بعدم الدستورية وحصرها فقط لأطراف المحاكمة، وتبعاً لذلك فالدفع بعدم الدستورية هي ليست من النظام العام¹.

¹ - أنظر: ليندة لونيبي، التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر، "القوانين"، ع 06، حوان 2016، ص 110.

ولعل ما يدعم مسألة عدم اعتبار الدفع بعدم الدستورية من النظام العام هو المادة 193 للدستور والتي تتعلق بالهيئات التي يمكنها اخطار المحكمة الدستورية بخصوص التعديل الدستوري، في كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي غرفتي البرلمان و40 نائبا من المجلس الشعبي الوطني، أو 25 عضوا من مجلس الأمة. حيث لا يمكن ان يتحرك المجلس الدستوري من تلقاء نفسه، بحسب آخر تعديل للدستور لسنة 2020.

وفي نفس السياق، يمكن طرح التساؤل عن نوع الدفع بعدم الدستورية هل من الدفوع الشكلية أم الدفوع الموضوعية؟

ان تحديد طبيعة الدفع بعدم الدستورية هل هو من الدفوع الشكلية أو الموضوعية، يمكن ان ينظر فيها الى طبيعة الدفع هل هو شخصي أو عيني؟

وبالرجوع الى أحكام الدستور الحالي خاصة المادة 198 قبل، في الفقرة الثانية منها، يتبين ان طبيعة الدفع بعدم الدستورية هو من الدفوع العينية لا الشخصية، ذلك أن المادة قالت انه اذا قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص التشريعي يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري. وبالتالي يعد ذلك النص التشريعي على العامة. وحيث اذا كان الدفع بعدم الدستورية عينيا، فهو ينتمي الى الدفوع الموضوعية لا الشكلية تبعا لذلك.

2. الجهات القضائية التي المثار أمامها الدفع بعدم دستورية القوانين:

حسب نص المادة 195 من دستور 1996 المعدل والمتمم؛ يمكن اثاره الدفع بعدم دستورية نص تشريعي قد تكون أمام المحاكم الدنيا سواء اكان محكمة ادارية على مستوى القضاء الاداري، أو المحاكم الابتدائية أو أمام المجالس القضائية على مستوى القضاء العادي، أو أمام مجلس الدولة او المحكمة العليا في القضاء العالي الاداري والعادي.

3. الاحالة الى المحكمة الدستورية، والبت بعدم الدستورية.

ان الدفع بعدم دستورية نص تشريعي لا يمكن ان يثار في علاقة مباشرة بين المواطن الدعي انتهاك حق أو حرية يضمنها له الدستور مع المحكمة الدستورية مباشرة، انما الاحالة تكون من لدن القضاء العالي ممثلا في مجلس الدولة لدى القضاء الاداري والمحكمة العليا في الشق العادي.

ان المشرع الفرنسي حول مجلس الدولة ومحكمة النقض تصفية الدفوع بعدم الدستورية قبل الاحالة الى المجلس الدستوري، وذلك من خلال رقابة مدى جدية الدفع المثار وتوافر الشروط الشكلية فيه، والتي قد تكون تصفية مزدوجة خاصة ان كان الدفع على مستوى القضاء الادني أي امام المحكمة الادارية، حيث يمكن دراسة مدى جدية الدفع أمامها

ثم يحال الدفع الى مجلس الدولة لدراسته قبل ان يقرر المجلس الاحالة الى المجلس الدستوري¹. أما موقف المشرع الجزائري فهو لم يتكلم عن التصفية هذه، والتي يمكن ان تتضمن في القانون العضوي المزمع اصداره لاحقا. حيث يرى الباحث؛ ان مسألة التصفية ودراسة مدى جدية الدفع بعدم الدستوري للنصوص القانونية هي في حقيقة الأمر تبعد مجلس الدولة الجزائري من اعتباره مجرد وسيط بين المتقاضي والمجلس الدستوري أو مجرد غرفة مرور للدفع بعدم الدستورية.

حيث الباحث يرى، بخصوص القانون العضوي المزمع اصداره والمبين لإجراءات الدفع بعدم الدستورية، يمكنه ان يتبنى بداية ان الجهة المسؤولة عن الاحالة في مجلس الدولة يمكن ان تعطى للغرف المجتمعة باعتبارها جهة توحيد واثراء للاجتهاد القضائي فيه، كما يمكنها أن تعد مشروع قرار بدستورية أو دستورية النص القانوني، والي يستأنس به أمام المجلس الدستوري باعتباره سلطة البت النهائي، ومن خلال ذلك نعزز سلطات مجلس الدولة والغرف المجتمعة فيه في الاجتهاد القضائي وحماية الحقوق والحريات الدستورية من جانب، ونعزز العلاقة الاجتهادية بين القضاء الاداري والقضاء الدستوري في الاتجاه الثاني.

وبعد عرض اثر الدفع بعدم دستورية القوانين في اثراء الاجتهاد القضائي الاداري، والاجراءات المتبعة في ذلك، يرى البعض أن دور القضاء العادي ومجلس الدولة في هذا المقام هو **دور الوسيط بين المواطن والمجالس الدستورية أو المحاكم الدستورية**، حيث عند نظر خصومة في القضاء ويرى المواطن ان القاعدة القانوني التي سيطبقها القاضي عليه قد تكون مشوبة بعيب وتهدر حقا له فيها بالأساس عوار عدم الدستورية، فيدفع بعدم دستورتها، يتوقف البت في الدعوى ويحيل القضاء الاداري و العادي كذلك ممثلان في مجلس الدولة والمحكمة العليا ذلك الدفع الى المحكمة الدستورية للبت فيه².

ويرى الباحث، من زاوية اعتبار مجلس الدولة والمحكمة العليا وسيطا بين طرفين المواطن والمحكمة الدستورية، بحيث يمنع عليه البت في قرار اعتبار القاعدة القانونية محل النزاع دستورية أو لا أو على الأقل دراسة مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، انتقاصا من مكانة وهيبة القضاء العالي في النظام القضائي في الجزائر، على اعتبار ان كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا هما هيئات عليا تساهم في توحيد الاجتهاد القضائي واثرائه، وذلك بموجب المادة 179 من دستور 1996 المعدل والمتمم، وتبعاً لذلك ليس هناك غضاضة في اعطاء سلطة لدراسة مدى جدية الدفع في دستورية القاعدة

¹ - أنظر: المادة 61 من الدستور الفرنسي والقانون العضوي: 2009-1523 المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي.

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

² - أنظر: ليندة أونيسي، مرجع سابق، ص 109.

القانونية لمجلس الدولة أو المحكمة العليا، ولتكن للغرف المجتمعة في مجلس الدولة وبالتالي نعطي لهذه التشكيلة سلطة أخرى بموازاة توحيد الاجتهاد القضائي بما يتيح لها اثرء العمل القضائي بالاجتهاد الدستوري من مزايا في تحسين جودة التشريع. الى حين اخذ سلطة البت النهائي في دستورية القانون من قبل قاضي مجلس الدولة ان كان لذلك مبرر.

الباب الأول

أثر الاجتهاد القضائي الجزائري في القاعدة الاجرائية الادارية

الباب الأول: أثر الاجتهاد القضائي الجزائري في القاعدة الاجرائية الادارية.

يمكن النظر الى القانون الاداري باعتباره مجموعة قواعد قانونية اجرائية وموضوعية تخص تنظيم ونشاط الأشخاص الادارية، مع مجال المنازعات الادارية، والتي قد تثار بين أحد أشخاصه والغير، والذي يعتبر هو كذلك من موضوعاته وقواعده أيضا.

وسؤال البحث يتعلق أساسا بأثر الاجتهاد القضائي الاداري على قواعد القانون الاداري، والتي تمثل في جزء منها القواعد الاجرائية بالإضافة الى القواعد الموضوعية.

حيث سؤال هذا الباب يتمثل في تحديد أثر الاجتهاد القضائي الاداري في الشق الأول من قواعد القانون الاداري، والمتمثل في القواعد الاجرائية الادارية؟

القواعد الاجرائية القضائية الادارية كما يعرفها عمار عوابدي هي: "مجموع القواعد والاجراءات التي يجب التقيد بها واحترامها عند ممارسة حق الدعوى القضائية الادارية أمام السلطة القضائية المختصة، والتي تتعلق أساسا بتنظيم عملية التقاضي في الدعوى الادارية، من حيث جهة الاختصاص القضائي، وشروط رفع الدعوى، وتنظيم سلطات القضاء في الدعوى كالتحقيق والخبرة واعداد الملف والمحاكمة والحكم في الدعوى، وطرق الطعن في الأحكام وتنفيذها"¹.

هذه الاجراءات القضائية الادارية تمثل مجموع القواعد القانونية الاجرائية الادارية القضائية، والتي يجب التقيد بها من قبل أشخاص القانون الاداري أساسا وكل من كان في علاقة قانونية معه، عند ممارسة حق الدعوى القضائية الادارية. حيث يطرح الباحث في هذا الباب، مسألة المواجهة بين المشرع والقاضي في بناء هذه القواعد الاجرائية الادارية، على اعتبار أن الأصل العام هو تبني المشروعية القانونية من خلال البناء التشريعي للقاعدة الاجرائية الادارية، وأنه القاضي الاداري يسلك مسلك التطبيق القانوني للإجراءات المبينة سلفا من قبل المشرع.

لكن قد يغفل المشرع أحيانا عن تنظيم بعض القواعد الاجرائية، فكيف يكون موقف القاضي الاداري في مواجهة ذلك؟

ولما كانت القواعد الاجرائية الادارية قد تخص كامل مراحل الدعوى الادارية، وتطبق في جميع مراحلها، فإننا سنبين بداية أثر الاجتهاد القضائي الاداري في بناء القواعد الاجرائية الادارية والمتعلقة بكامل مراحل الدعوى الادارية (الفصل الأول).

¹ - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، نظرية الدعوى الادارية، ط 2، د م ج، الجزائر، 2003، ص 255.

وقد تخص تلك القواعد الاجرائية مراحل الدعوى الادارية، في كل مرحلة على حدى، على الخصوص أثناء رفع الدعوى الادارية والتحقيق فيها. وهذا ما سنبينه في الفصل الثاني.

وتبعاً لذلك سوف نتطرق في هذا الباب الى فصلين اثنين وهما:

الفصل الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في القاعدة الاجرائية المتعلقة بكامل مراحل الدعوى الادارية.

الفصل الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في القاعدة الاجرائية أثناء مرحلة رفع الدعوى الادارية والتحقيق.

الفصل الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في القاعدة الاجرائية المتعلق بكامل مراحل الدعوى الادارية

ان القواعد الاجرائية الادارية والتي قد تطبق بكامل مراحل الدعوى الادارية متعددة ومتنوعة، تعدد وتنوع الدعوى القضائية الادارية. والتي من بينها، قاعدة حق الدفاع وحق التقاضي وقاعدة معقولة المحاكمة. حيث حق الدفاع وحق التقاضي ومعقولة المحاكمة قد يمثلوا ضمانات قضائية أساسية للمتقاضي من جهة، على المشرع واجب تكريسها وضمانها وتحقيقها. ومن بين آليات تكريسها وضمانها، وتعزيزها تشريعيا تقنينها ضمن قواعد قانونية يضمها قانون الاجراءات الادارية على الخصوص، فضلا عن قانون الاجراءات المدنية، الشريعة العامة للقانون الاجرائي.

كما قد يكون حق الدفاع وحق التقاضي ومعقولة المحاكمة من المبادئ العامة القضائية الواجب احترامها، من قبل المتنازعين عموما، وإذا كان ذلك كذلك فان دور القاضي عموما والقاضي الاداري على الخصوص يكون أساسيا ومحوريا في ضمان هذه المبادئ أولا، وفي تعزيزها وتكريسها.

وبالتالي النظر الى هذه المبادئ أو الضمانات يرى الباحث، أنها تمثل الأسس المهمة والرئيسية، في بناء قواعد الاجراءات القضائية الادارية، لاعتبارها تمس بصفة مباشرة حق الانسان والمواطن في ضمان محاكمة عادلة وقانونية. ولا أدل على ذلك من امكانية استنباط عديد القواعد القانونية المتضمنة مضمون تلك المبادئ والضمانات من قبل التشريعات الاجرائية من جهة وتفريعها الى قواعد قانونية متعددة. ومن جهة مقابلة نجدها بصورة واضحة وجلية متضمنة في أحكام وقرارات الجهات القضائية الادارية المختلفة خاصة على مستوى أعلى جهة قضائية له، في مجالس الدولة. وتبعاً لذلك، السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الفصل؛ أثر اجتهاد القاضي الاداري الجزائري - على الخصوص - في بناء قواعد حق الدفاع وحق التقاضي ومعقولة المحاكمة في مواجهة حق المشرع في ذلك؟ وأثر ذلك في بناء المشروعية الإجرائية للقانون الإداري.

حيث سنتطرق الى مباحث ثلاث كالآتي:

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي وحق الدفاع.

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي وحق التقاضي.

المبحث الثالث: الاجتهاد القضائي ومعقولة المحاكمة

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي وحق الدفاع.

حق الدفاع يعد من بين أهم المبادئ العامة الجوهرية التي أقرها اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، والذي كان له أثر في بناء نظرية المبادئ العامة للقانون في القانون الاداري، حيث كان أول اجتهاد قضائي لمبدأ احترام حقوق الدفاع هو ذاته أول حكم يعلن فيه المجلس فكرة وجود مبادئ عامة للقانون واجبة التطبيق حتى بدون وجود نص تشريعي في ذلك، وكان ذلك في سنة 1944¹.

وهذا يعبر بلا شك أيضا، ويدلل كذلك على دور وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في بناء نظرية القانون الاداري بصفة أساسية.

حيث ألغت الادارة العامة ترخيصا كانت قد منحتة الى سيدة فرنسية في اقامة واستغلال أحد الأكشاك على الطريق العام لأجل بيع الصحف والمجلات، حيث كان قرار الادارة العامة بإلغاء قرار الترخيص بناء على ارتكاب صاحبة الكشك خطأ كان كافيا لإصدار مثل ذلك القرار، غير أن مجلس الدولة الفرنسي قرر سحب الترخيص الاداري بسبب "عدم احترام حقوق الدفاع"، دون النظر في مدى جدية الخطأ المرتكب من السيدة. حيث كان على الادارة العامة كما جاء في اجتهاد المجلس ضرورة الاستماع للدفاع المعنية، نظرا لخطورة قرار السحب ومساسه بمركز قانوني مهم².

وأثر الاجتهاد القضائي في بناء نظرية القانون الاداري هام وواضح هنا، من خلال أنه في هذه القضية لم يكن هناك نص تشريعي وقانوني محدد يتطلب ضرورة مراعاة حقوق الدفاع بالنسبة للقرارات الادارية الصادرة في شأن الأفراد من غير موظفي الحكومة، ولو كانت تلك القرارات تحمل معنى الجزاء، غير أنه مادام الموظف العام من حقوقه احترام حق الدفاع من كل قرار اداري قد يمس مركزه سلبا، اجتهاد القضاء الاداري بتطبيق ذلك المبدأ في مجال الوظيفة العامة وغيرها كذلك حيث يكون قرار الادارة جزائيا أو اداريا أو تأديبيا³.

حيث سوف نتطرق بداية الى مفهوم مبدأ حق الدفاع (المطلب الأول)، ثم الى عناصره (المطلب الثاني)، ثم نبين أثر الاجتهاد القضائي عند تطبيق مبدأ حق الدفاع (المطلب الثالث).

¹ - C.E. 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier- Gravier, Rec, P 133, RDP, 1944, p 156, Concl. Chenot, note jéze.

² - C.E. 5 mai 1944

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 53.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حق الدفاع.

يعتبر حق الدفاع من مقتضيات القضية العادلة، لذلك كان محلا لاحترام القضاء له. ورغم اقرار الدساتير والتشريعات لهذا المبدأ المهم، الا أنها عزفت عن اعطاء تعريف تشريعي يخصه، خاصة وأن للقضاء الاداري دور في اقراره وتطوره وتبيين مضمونه وحدوده في المادة الادارية.

"فحق الدفاع هو - بحق - أحد المبادئ أو المبدأ الأساسي الذي يسيطر على الخصومة المدنية. ويجد له تطبيقات في كثير من القواعد التي تكرسه وتعمل على حمايته على مدار الخصومة وفي مراحلها المتتالية"¹.
وبالتأكيد لهذا المبدأ مجال وتطبيق في الخصومة الادارية دون أدنى شك. حيث احترام حق الدفاع يفترض في الاجراءات القضائية فضلا عن الاجراءات غير القضائية، وقد طبقه المشرع الفرنسي في عام 1905 في مجال الوظيفة العامة، وامتد تطبيقه الى غيره من المجالات بواسطة القضاء².

نبن بداية تعريفه في الفقه وأساسه القانوني (الفرع الأول)، ثم مبدأ حق الدفاع الى حقوق الدفاع، كأثر يعزز الاجتهاد القضائي تشريعا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مبدأ حق الدفاع فقها وأساسه القانوني.

نبن في البداية تعريف الفقه لمبدأ حق الدفاع، ثم الأساس القانوني له.

أولا: تعريف مبدأ حق الدفاع فقها.

ان مبدأ حق الدفاع في تحديد تعريفه، يستند أساسا الى رؤى الفقهاء في ذلك بعيدا عن القوانين والتشريعات، باعتباره مبدأ قانونيا عاما أولا، وباعتباره قاعدة قضائية، اجتهاد القضاء عموما باستنباطها وتطبيقها ثانيا.
حيث يمكن تعريف حق الدفاع من الناحية الفقهية من خلال النظر اليه كإجراء اداري أو قضائي، وذلك من خلال تطبيق المعيار العضوي الشكلي أساسا، كما يمكن تعريفه من خلال مضمونه، وبالتالي تطبيق المعيار الموضوعي المادي في تحديده، كما يمكن أن يعرف تعريفا ضيقا وآخر موسعا.

1 - ماهر ابو العينين، الموسوعة الشاملة في القضاء الاداري، الكتاب الرابع، المركز القومي للاصدارات القانونية، 2015، ص 341.

2- Charles Debbasch, Jean-claude Ricci, contentieux administratif, 7 éd 1999, Dalloz, p 680.

وايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، أصالة حق الدفاع أمام القضاء الاداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2010، ص 17-18.

1. التعريف العضوي والمادي لحق الدفاع:**1-1- التعريف العضوي - الشكلي - لحق الدفاع:**

عرف **M Letourneur** حق الدفاع: " هو ذلك المبدأ الذي من خلاله لا تستطيع السلطة الادارية اتخاذ أي قرار اتجاه شخص دون سماعه مسبقا، تفاديا لأي ضرر مادي أو معنوي لأحد مصالحه". وذلك في بحثه المبادئ العامة أمام مجلس الدولة الفرنسي.

وعرفه **Genevois.B** بأنه: " يعني كل تديير فردي على قدر من الجسامة، مستندة الى اعتبارات تتعلق بشخص الضحية لا يمكن أخذها من السلطة الادارية دون الاستماع مسبقا الى الشخص كونه قد يتعرض الى ضرر مادي أو معنوي، باستثناء تدابير الشرطة".

ان الناظر للتعريفين السابقين يجد قصورا في تحديد مضمون المبدأ المبحوث فيه، حيث اقتصر على المرحلة الادارية دون المرحلة القضائية، وغني عن البيان أن المبدأ لا يقتصر على توفير ضمانات للمعني فقط أمام السلطة الادارية، أما يحتاج اليه كذلك أمام القضاء الاداري عند المحاكمة الادارية، خاصة وان بعض متضمنات حقوق الدفاع كرسست تشريعا وبعضها كرسست من قبل القاضي الاداري، مثل قاعدة الاطلاع على الملف ومبدأ المواجهة، وحق الدفاع عن النفس أصالة أو بالوكالة، والاستعانة بشهود الاثبات أو النفي وتقديم جميع وسائل الاثبات، تسبب الأحكام القضائية وغيرها من المبادئ القضائية.

وتبعاً لذلك عرف حق الدفاع كإجراء قضائي، ومن ذلك تعريفه بأنه: " تلك المكنتات المستمدة من طبيعة العلاقات الانسانية والتي لا يملك المشرع سوى اقرارها بشكل يحقق التوازن بين حقوق الأفراد وحريةهم وبين مصالح الدولة وهذه المكنتات تخول للخصم سواء أكان طبيعيا أو معنويا اثبات ادعاءاته القانونية أمام القضاء والرد على كل دفاع مضاد، في ظل محاكمة عادلة يكفلها النظام القانوني"¹.

1-2- التعريف الموضوعي - المادي - لحق الدفاع:

من جانب آخر نحي الفقه الاجرائي في تحديده لحق الدفاع وبيان مضمونه الى مذاهب ثلاثة²:

الأول منه؛ عد حق الدفاع هو الحق الذي تنبع منه كافة الحقوق الاجرائية.

الثاني منه؛ اعتبر حق الدفاع جزءا من حق التقاضي.

¹ - محمود صالح العادلي، حصانة أو حرية الدفاع أمام القضاء، مقال منشور على شبكة الانترنت، على الموقع: www.aproarab.org/Down/Bahrain/4.doc اطلع عليه يوم: 2016/06/24 على الساعة: 00.01 ليلا.

² - أنظر: إيهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها.

والثالث منه؛ قال باعتبار حق الدفاع حقا اجرائيا مستقلا.

وتصديقا للاتجاه الأول اعتبر بعض الفقه حق الدفاع بأنه: " حق يكفل الحماية القضائية للمتقاضين، ويضمن لكل خصم التمتع بجميع الامتيازات والضمانات القانونية التي تتيح له عرض وجهة نظره بصدق واخلاص أمام قضاء محايد"¹.

ولقد اعترض بعض الفقه على هذا الاتجاه معتبرين أن حق الدفاع ليس بالحق الذي تنبع منه كافة الحقوق الاجرائية، بل هو أحد هذه الحقوق الاجرائية².

اما في اعتبار حق الدفاع هو جزء من حق التقاضي، قال البعض ان ذلك يعطي لحق التقاضي مدلولاً واسعاً يجاوز الحقيقة، اذ ان مفهوم حق التقاضي هو بسط الادعاء أمام القضاء بغية تحصيل حق ما³، أما حق الدفاع فلا ينطوي على ادعاء يطرح من قبل من يستعمل هذا الحق الاجرائي، بل ينطوي على درأ لهذا الادعاء⁴.

وهو كذلك مردوداً تشريعياً وقانوناً حيث بعض الدساتير نصت عليهما في موضعين مستقلين.

اما المذهب الثالث والذي يعتبر حق الدفاع حق اجرائي مستقل عن غيره من الحقوق الاجرائية، ومن بينها حق التقاضي، ذلك لأن المشرع الاجرائي قد آلى على نفسه مهمة القيام بتنظيم مجموعة الحقوق والواجبات الاجرائية للخصوم، تحقيقاً للمساواة في المراكز الاجرائية بين المتخاصمين، وذلك من خلال منح كل طرف - مدعي و مدعى عليه - وسيلة دفاع مناسبة، فاذا منح المشرع حق الدفاع للمدعى عليه قوبل ذلك بحق المدعي في رفع الدعوى القضائية أي ممارسة حق التقاضي⁵.

حيث حق الدفاع وحق التقاضي يتكاملان ويعملان معا في دائرة الترضية القضائية، على اعتبار فحوى حق التقاضي يقوم على أن يكون لكل شخص الحق في أن ينفذ الى القضاء نفاذا ميسرا لا تثقله أعباء مالية، ولا تحول دونه عوائق اجرائية، مع منح المدعى عليه حق الدفاع عن نفسه كمقابل لدعوى المدعي⁶.

1 - سعيد خالد علي الشرعبي، حق الدفاع أمام القضاء المدني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996، ص 30.

نقلا عن: ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 35.

2 - ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، المرجع نفسه، ص 39.

3 - المرجع نفسه، ص 41-42.

4 - المرجع نفسه، ص 42.

5 - فتحي والي، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975، ص 482.

6 - ميلاد سيدهم، حق الدفاع بين الدستور والقانون والقضاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، ع 2، السنة 50، ابريل يونيو، 2006، ص 13.

وحق الدفاع كما يتصوره البعض مقابل لحق التقاضي ومنفصل عنه، وهو لاحق عنه في الاستعمال¹.

2. التعريف الضيق والموسع لحق الدفاع:

عرف حق الدفاع تعريفا ضيقا وآخر واسعا، من خلال القول بأنه²:

"ذلك الحق الذي يتمتع به الخصم أثناء الجلسة وخلال تحقيق القضية بهدف ان تضمن له ان يتم تحقيق طلبات خصمه في مواجهته وتتاح له فرصة مناقشتها أمام محكمة محايدة". هذا كمفهوم ضيق لحق الدفاع.

أما المفهوم الواسع له، فهو ذلك الحق الذي يشمل كل الضمانات التي يتمتع بها الخصوم طوال نظر القضية في سبيل الوصول الى الحكم العادل، فيشمل الالتزام بإخطار الخصم بإقامة الخصومة ضده وتمكينه من الحضور، وواجب النزاهة في الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم وعلانية الجلسات وتسبب الأحكام وفتح طرق للطعن فيها..".

ويعتبر حمدي باشا عمر حق الدفاع أنه: "حق الخصوم في المحافظة على مصالحهم وحمايتهم"³.

وهو حق طبيعي باعتبار أن أي شخص لا يمكن أن يدان دون أن تسمع دعواه ويتم تنبيهه الى حقه في الدفاع عن نفسه.

ويرى حمدي باشا عمر أن حق الدفاع يخص ثلاث أطراف، الخصم والقاضي والمشرع⁴.

فالخصم يقع على عاتق التزام بتبليغ خصمه بأنه رفع دعوى ضده ويمكنه المثول أمام المحكمة ويتحلى بالأمانة في تصرفاته.

أما بالنسبة للقاضي فيقع عليه التزام مجازاة أي اخلال أو انتهاك لتلك الحقوق وأن يتحلى بالحياد ويصدر أحكامه طبقا للقانون ويسببها.

وبالنسبة للمشرع يجب عليه واجب النطق بالأحكام وفقا للقانون وينظم بمقتضاه سبل الطعن فيها.

وكخلاصة في تحديد المقصود بحق الدفاع في المادة الادارية؛ يمكن القول أنه مفهوم متطور مضامنيا، على اعتباره

مبدأ عاما*، من تكريس قضاء مجلس الدولة الفرنسي في النظرية الوضعية للقانون الاداري، والذي لم يضع بعد حدود هذا المبدأ باعتباره خاضعا للاجتهاد المستمر.

1 - ايهاب صلاح الدين، مرجع سابق، ص 44-45.

2 - أنظر: ماهر ابو العينين، الكتاب الرابع، مرجع سابق، ص 341-342.

3 - حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، دار هومة، ط 2، 2016، ص 26.

4 - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 26.

* يرى البعض أن حق الدفاع مستمد من القانون الطبيعي والذي هو قانون كوني أزلي أعلى من القوانين الوضعية، وقبل أن يكون مبدأ عاما للقانون هو بالأساس "حقا أساسيا"، يتمتع به كل فرد داخل المجتمع. أنظر: المحكمة الادارية م. أ قضية عدد

وتبعاً لذلك لا يؤيد البعض اعطاء تعريف دقيق حاسم للمبدأ لتطوره وفق الاجتهاد القضائي الاداري المستمر، بين أساس الضرر المادي أو المعنوي الذي يصيب المتعامل مع الادارة العامة وبين أساس جسامته التدبير المتخذ من قبل الادارة العامة تجاه المخاطب، لذلك يبقى اجتهاد القضاء الاداري محدداً لماهية المبدأ والذي من اجتهاداته الأخيرة اعتبار حق الدفاع: " مبدأ قانوني عام يضمن احترام مقومات التحقيق والمحكمة في حدود القانون وأحكام القضاء".

ثانياً: الأساس القانوني لمبدأ حق الدفاع.

لقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية في خلق القاعدة القضائية الادارية عند تصديده لبحث مدى دستورية قانون 24 ماي 1872 والذي أرسى المبدأ الجوهري في مجال القانون العام، مقرراً استقلال القضاء الاداري ذاتياً ووظيفياً، ودون اعتداء على السلطة التشريعية ولا القضائية. حيث أقرت مختلف الدساتير مبدأ حق الدفاع.

وأكد كل من الدستور الجزائري والدستور الفرنسي على هذا المبدأ حق الالتجاء للقاضي وحقوق الدفاع والذي يعد من أهم المبادئ في الاجراءات الادارية القضائية أو غير القضائية.

حيث يرتبط مبدأ حق الدفاع باعتراف مجلس الدولة الفرنسي بالمبادئ القانونية العامة، وهو من أولى المبادئ القانونية التي تم اقرارها خاصة في مواجهة الادارة العامة¹، وذلك في القرار لسنة 1944 في قضية Dame Veuve , Trompier- Gravier .

كما ذهب مجلس العدالة الأوروبي في قراره الصادر بتاريخ: 29 جوان 1994 مؤكداً لذلك.

أما الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم ففي نص المادة 140، قبل التعديل الأخير منه نصت: " الكل سواسية أمام القضاء، وفي متناول الجميع ويجسده احترام القانون".

حيث المادة الدستورية أعلاه، تؤكد على تطبيق مبدأ المساواة أمام جهاز العدالة، في ظل احترام القانون، ولعل تطبيق ذلك يكون من خلال تكريس حق الدفاع للمتقاضين جميعاً.

وجاء في المادة 175 منه أيضاً: "الحق في الدفاع معترف به الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية".

فمن خلال تفسير فحوى ومضمون نص المادة 175 السالفة الذكر، يمكن اعتبار الحق في الدفاع مبدأ قانونياً بداية لا مجرد ضمان قانونية، بمعنى أنه يحمل الوصفين، مع علو طبيعة المبدأ على الضمانة القانونية.

3799 منير المستوري وزير المالية قرار مؤرخ في: 14-06-1965. نقلاً عن: عزوز بن تمسك، " حماية القضاء الاداري التونسي لمبدأ حقوق الدفاع"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي، كجامعة محمد خيضر بسكرة، ع 3، ص 24.

¹ - جيهان محمد ابراهيم جادو، الاجراءات الادارية للطعن في الأحكام القضائية الادارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 146.

لأن المشرع الدستوري قال بداية أن الحق في الدفاع معترف به، بمعنى أن هذا الحق موجود قبل اقرار النص القانوني له، وما جاءت القاعدة الدستورية الا لتعترف به وتكشف عنه، لا لتؤسسه.

فالمشرع الدستوري الجزائري نص على هذا الحق باستقلالية تامة عن باقي الضمانات الأخرى، فهناك فرق بين الحق في الدفاع كمبدأ من المبادئ، وكضمانة من الضمانات، على الرغم من أن النتيجة واحدة: وهي اصفاء صفة العدل على المحاكمة وصيانة حقوق المتهم وعدم انتهاكها¹.

أما على المستوى التشريعي، فقد أكدت المادة الثالثة من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري 08-09 على هذا المبدأ حين قالت: "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته...".

وأیضا في المواد 10، 14، 16، 22 منه، وفي مواد أخرى متفرقة أخرى.

حيث بينت المادة 10 وجوبية التمثيل الوجوبي للخصوم بواسطة محام أمام جهات الاستئناف والنقض.

أما المادة 14 فبينت أحد شروط رفع الدعوى أمام المحكمة بموجب عريضة مكتوبة من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه.

وبينت المادة 16 مسألة تقييد العريضة في سجل خاص، مع احترام الآجال بين التكليف التسليم بالحضور وتحديد والتاريخ المحدد لأول جلسة.

وتطرت المادة 22 منه على مسألة المستندات وأثرها بطبيعة الحال في تعزيز حق الدفاع.

هذه القواعد المختلفة، تؤكد وتجسد تنوع تطبيقات حق الدفاع، كما ذكرنا في البداية.

ويجدر اعادة التذكير من جهة أخرى، أن حق الدفاع كمبدأ قانوني عام وكضمانة اجرائية أيضا، الأصل فيه لا يحتاج لأساس قانوني ليعمل به ويطبق، بقدر ما يحتاج الى تطبيق قضائي أصيل.

الفرع الثاني: مبدأ حق الدفاع الى حقوق دفاع: تعزيز لاجتهاد القاضي تشريعيًا.

ان مبدأ حق الدفاع كأحد المبادئ العامة للقانون، يمكن أن يتعدد الى جملة من الحقوق الاجرائية العملية. ليعبر عن حقوق لا حقا واحدا.

حيث يعمل الاجتهاد القضائي أساسا في تكريس الحقوق الاجرائية القانونية المضمنة في قواعد القانون الاجرائي أساسا، ويمكنه ابتداء بعض الحقوق حالة الغموض أو السكوت التشريعي، متى كان الداع الى ذلك ضمانة للمحاكمة العادلة.

1- رمضان غمسون، الحق في محاكمة عادلة، ط 01، الامعية للنشر والتوزيع، 2010، الجزائر، ص 142.

يرى الباحث أن القضاء في تضمينه هذه الحقوق وتكريسها لا يكفي فقط بتطبيق ما ينص عليه تشريعا، بل يكون خاضعا الى روح المحاكمة العادلة والعدالة لا الى النص وحتى روحه. باعتباره حاميا العدالة بصفة مباشرة وبصورة عملية تطبيقية.

والفقه تبعا لنص المشرع واجتهاد القضاء يضع تصنيفا لتلك الحقوق، بحسب معايير مختلفة والتي قد يثيرها المشرع أو الاجتهاد القضائي بطبيعة الحال، والتي من بينها، حقوق دفاع أساسية وغير أساسية، وحقوق دفاع تتعلق بسير الخصومة وحقوق دفاع تتعلق بطلبات الخصوم، وحقوق دفاع تتعلق بالخصوم وبالمشرع وبالقاضي، ومبادئ متضمنة حقوق دفاع مباشرة ومبادئ متضمنة حقوق دفاع غير مباشرة، نتطرق إليها في ما يلي:

أولا: حقوق الدفاع الأساسية وحقوق دفاع غير أساسية.

قسم جانب من الفقه حقوق الدفاع، بحسب درجة أهميتها، الى **حقوق أساسية وحقوق مساعدة**¹:

- **فحقوق الدفاع الأساسية** هي تلك الحقوق التي تتيح للخصم تقديم مادة الدفاع الى المحكمة أثناء الخصومة، مثل: حق الخصم في الدفع، أي تقديم الدفوع المختلفة، حقه في الاثبات وفي المرافعة. حيث واجب المحكمة ازاء هذه الحقوق لا ينقضي بمجرد تمكين الخصم من ممارستها بل يعتد بها عند تسبيب الحكم.
- **أما حقوق الدفاع المساعدة** فهي تلك الحقوق التي تعين الخصم في تحصيل مادة الدفاع وحسن تقديمها. ومثالها: الحق في العلم والاستعداد والحضور والدفاع الشخصي أو الاستعانة بمحام.

يرى الباحث، أن هذا المعيار قد لا يكون مقبولا على اعتبار أن جميع الحقوق واحدة في أهميتها، وواجبة النفاذ في تطبيقها، باعتبارها تساهم في ضمان حقوق أطراف الخصومة ككل.

ثانيا: حقوق الدفاع تتعلق بسير الخصومة وطلبات الخصوم.

يرى ماهر أبو العينين أن تطبيق حق الدفاع يأخذ طابعا حركيا لا ساكنا امتثالا ومسايرة لطبيعة الخصومة القضائية باعتبارها تتميز بالحركية والديناميكية باعتبارها مجموعة اجراءات تتخذ أمام القضاء بقصد تطبيق القانون في حالة واقعية معينة ابتداء من المطالبة القضائية حتى الوصول الى الحكم. وبالتالي احترام حق المتقاضى في الدفاع - في جوهره - يمر بمرحلتين متميزتين يتخذ في كل منهما مظهرا مختلفا²:

- **حقوق الدفاع أثناء سير الخصومة:** وجوهر هذه الحقوق تمكين الخصم من التعبير عن دفاعه وتقديم ما لديه من ادلة واثباتات قانونية وواقعية ودفوع له وضد خصمه الآخر.

1- ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة للقضاء الاداري، الكتاب الرابع، مرجع سابق، ص 342.

2- المرجع نفسه، ص 342-343.

- حقوق الدفاع في مرحلة الحكم في طلبات الخصوم: وجوه هذه الحقوق وجوب بحث كل الوسائل التي يقدمها الخصوم متى بدت مؤثرة في الحكم، أي يجب على القاضي وزن حجج الخصوم قبل اصداره الحكم القضائي، احتراماً لحق الخصم في الدفاع.

ثالثاً: حقوق الدفاع متعلقة بالخصوم وبالقاضي وبالمشرع.

يمكن ان نستشف تقسيم آخر لمبادئ حق الدفاع قال به عبد السلام ديب، معياره الجهة المخاطب بها لتطبيق هذه المبادئ وهو كالاتي¹:

- حقوق الدفاع متعلقة بالخصوم: وهي تلك المبادئ التي يلتزم بها الخصم ازاء خصمه الآخر، كمثال تبليغه بأنه رفع دعوى ضده .
- حقوق الدفاع متعلقة بالقاضي: ومن بينها، تلك المبادئ التي توجب على القاضي عدم خرق حقوق الدفاع والتحلي بالحياد وأن يصدر احكامه تبعاً للقانون.
- حقوق الدفاع متعلقة بالمشرع: ومن بينها، تلك المبادئ التي توجب على المشرع وضع أحكاماً قانونية ينظم بمقتضاها طرق الطعن.

رابعاً: مبادئ تتضمن حقوق الدفاع مباشرة وغير مباشرة.

كما ذهب اتجاه لمذهب موسع الى تقسيم مبادئ ومضامين حق الدفاع الى طائفتين²:

الطائفة الأولى: تشمل القواعد والمبادئ التي تضمن بذاتها حق الدفاع فيكون هدفها المباشر ضمان عدالة القضية بأن تسمح للخصم بتقديم كافة العناصر التي تؤثر في حل القضية وتكفل بحث هذه العناصر من جانب القاضي، مثل: مبدأ المواجهة، وقاعدة عدم جواز أن يكون الشخص قاضياً وخصماً، ووجوب بحث القاضي حجج ووسائل الخصوم.

الطائفة الثانية: تشمل القواعد التي تضمن حقوق الدفاع بشكل غير مباشر، من خلال فتح طرق رقابة ما تصدره المحاكم من أحكام وما قد يكون منها من اخلال في حقوق الدفاع، مثل: مبدأ علانية الجلسات وتسبب الأحكام وطرق الطعن فيها.

1 - عبد السلام ديب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، ط2 موفم للنشر الجزائر، 2011، ص 23. أنظر أيضاً:

حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 26.

2 - أنظر: ماهر ابو العينين، الموسوعة الشاملة للقضاء الاداري، الكتاب الرابع، مرجع سابق، ص 342.

المطلب الثاني: عناصر مبدأ الحق في الدفاع.

يمكن تحديد عناصر مبدأ الحق في الدفاع في حق المواجهة (الفرع الأول)، وفي الحق في ابداء الدفاع (الفرع الثاني). كما يصنفه عديد فقهاء الفقه الاجرائي.

الفرع الأول: حق المواجهة؛ كأحد عناصر حق الدفاع.

يعتبر حق المواجهة من بين الحقوق الأولى التي يتعين احترامها للقول بوجود الحق في الدفاع، ويكون ذلك من خلال اتصال علم المدعي عليه بالدعوى المطروحة والاحاطة بمكوناتها. فالقواعد العامة لإجراءات التقاضي تملي على القاضي احترام مبدأ المواجهة، فلا يجوز للقاضي ان يخضع مستند دون اطلاع الخصوم على محتواه، حتى وان غاب النص التشريعي الضامن له -حق المواجهة- لا يعني اغفاله قضائياً¹. وكذلك هو التزام يخص الخصوم أيضاً.

فمبدأ المواجهة وسيلة اجرائية هامة لاحترام حق الدفاع، وضمانة لتحقيق عدالة المحاكمة.

نبين تعريف مبدأ المواجهة وأساسه القانوني أولاً، ثم شروطه ثانياً.

أولاً: تعريف مبدأ حق المواجهة وأساسه القانوني.

نبين بداية تعريف حق المواجهة ثم نبين أساسه القانوني.

1. تعريف مبدأ حق المواجهة:

حق المواجهة أو الوجاهية كما يسميها البعض، هي وسيلة قانونية تضمن اعلام الخصوم من أجل الدفاع عن حقوقهم، وتحقيق المساواة بينهم أمام القاضي الاداري والفصل في القضية في إطار عدم تحيز الجهات القضائية². **والمواجهة لغة تعني المعارضة أو مناقضة الحجة بالحجة، وهي مرادفة للفظ المناقشة، أي أن كل اجراء قضائي يجب أن يخضع للمناقشة بالاستماع الى القول والقول الآخر بدلا من القوة البدنية التي كانت سائدة في المجتمعات البدائية³.**

أما من الناحية الاصطلاحية فالمواجهة تعني المقابلة بين حقوق ومصالح الأفراد، أو السماح للخصوم بالتحاور والتناقش تحقيقاً لمبدأ المساواة.

¹- Charles Debbasche, Jean-Cloude Ricci, contentieux administratif, 7^{éd}, 1999, Dalloz, p 435.

²- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، ج 3، د م ج، الجزائر، 2011، ص 50.

³- محمد بن أعراب، " الضمانات الهيكلية والاجرائية للحق في محاكمة عادلة "، أطروحة دكتوراة علوم، كلية الحقوق جامعة سطيف 2.

أو تعني ؛ كل أعمال الاجراءات التي يجب أن تتم في حضور الخصوم أو أن تعلن اليهم كي يستطيعوا في وقت مفيد مناقشتها، حتى تحترم حقوق الدفاع.

أو هو حرية الخصوم أو ممثليهم أو المدافعين عنهم في أن ينقلوا الى علم القاضي كل ما هو ضروري أو مفيد لانجاح طلباتهم وكشف الحقيقة.

وقال آخر: "انه وجوب اخبار كل خصم بما يجريه خصمه الآخر حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه"، كما قيل بأنه - مبدأ المواجهة - قدرة كل خصم على العلم بادعاءات خصمه وحججه والوسائل التي يستند اليها، وأن يكون الخصم في وضع يستطيع معه العلم بكافة العناصر الواقعية التي يقدمها الخصم الآخر"¹.

وعرف أيضا بأنه: "تكريس لمبدأ المساواة للجميع أمام القانون، الذي لا يجوز بمقتضاه اتخاذ أي اجراء دون تبليغ الخصم به، واطاحة الفرصة له لمناقشة ادعاءات خصمه، والاطلاع على المستندات، وحضور اجراءات سير الخصومة"².

أو هو: "مبدأ اجرائي يتضمن حق الخصوم في أن يعلموا علما تاما وفي وقت مفيد بكافة اجراءات الخصومة، وما تحتويه من عناصر واقعية قانونية تضعهم في وضعية تسمح لهم بالدفاع عن أنفسهم والتعليق على أسانيد وأسس بعضهم البعض وتفنيدها في ظل المساواة التامة في الأسلحة، سعيا لإقناع القاضي، وعدم احترام هذه الاجراءات يستدعي الغاء المحاكمة"³.

أو هو: "حق الخصم في أن يعلم علما تاما في وقت مفيد بكافة اجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساسا في تكوين اقتناع القاضي"⁴.

فحق المواجهة هو وسيلة اجرائية لتطبيق حق الدفاع، ومكنة اجرائية يستعملها الخصم في كامل اجراءات سير الدعوى.

كما أنه يعد من جهة ثانية مبدأ عاما يحكم كل قضية ينظرها القضاء ويتضمن عنصرين وهما⁵:

● حق الخصم في العلم الكامل بكل عناصر القضية.

1 - أنظر في ذلك: سعيد خالد الشرعبي، ص648، وعيد محمد القصاص، ص 10-11. نقلا عن: ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 65-66.

2 - عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 5.

3 - محمد بن أعراب، مرجع سابق، ص 233

4 - عيد محمد عبد الله القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراة، جامعة الزقازيق، مصر، ص 18.

نقلا عن: ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 65.

5 - محمد بن اعراب مرجع سابق، ص 233، 234.

• حق الخصم في العلم في وقت ملائم.

أما بخصوص الموقف التشريعي فانه القانون الاجرائي الجزائري أعلنه في نص المادة الثالثة من قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09 لما نصت في الفقرة الثالثة على أن: " .. يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ المواجهة .."¹.
حيث بين المشرع في هذا السياق الأطراف التي تلتزم بتحقيق مبدأ المواجهة وهما الخصوم والقاضي، دون تعريف له.
نبين الأساس القانوني لمبدأ المواجهة في ما يلي:

2. الأساس القانوني لمبدأ حق المواجهة:

الدستور الجزائري لم ينص صراحة على حق المواجهة، لكن يمكن القول أنه للجهاية مكانة دستورية غير مباشرة باعتبارها مبدأ وقاعدة مشتقة من حق الدفاع المكرس في المادة 169 منه².
بالتالي مبدأ حق المواجهة لم يدستر بصفة صريحة.

بينما قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري بين في المادة الثالثة منه الفقرة الثالثة: " .. يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ المواجهة"³.

كما بين في المادة 923 منه بخصوص قاضي الاستعجال أنه: " يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية، كتابية وشفوية"⁴.

حيث المشرع الاجرائي في المادة 3 منه، صرح بضرورة الالتزام بمبدأ المواجهة من قبل الخصوم والقاضي على سواء.
وقد أورد مصطلح " يلتزم "، كأنه يصرح بأن المواجهة هي مبدأ قانونيا سابق على الحق القانوني التشريعي، أي أن المشرع ما جاء الا ليقرر مبدأ موجودا سابقا في مبادئ قواعد العدالة.
ومنه يمكن التأكيد على اعتبار الوجاهية من المبادئ العامة القانونية، والتي يأتي المشرع ليضمها نصوها ويطبّقها القاضي أمامه.

وقد بينت نصوص أخرى في قانون الاجراءات المدنية والادارية حق الوجاهية لكن بصور غير مباشرة.
حيث تكمن أهمية مبدأ المواجهة للخصوم في حمايتهم من عنصر المفاجئة بعناصر لم يعلموها في الدعوى واجراءات فات موعدها أو لم يعلنوا بها بوقت كاف يتيح لهم التفكير بإعداد دفاعهم بصورة جيدة، لأن اعمال مبدأ المواجهة بصورة صحيحة أثناء نظر الدعوى يتيح للخصوم¹:

1 - القانون: 08-09 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 03.

2 - دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم، المادة 169.

3 - القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 03.

4 - القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 923

- مباشرة حقهم في الحضور والمناقشة والمرافعة شفاهة وكتابة وطلب التأجيل.
 - العلم التام بكافة عناصر الخصومة.
 - العلم التام بالمواعيد الصحيحة للمرافعات.
 - العلم التام بما لدى بعضهم من حجج وأدلة اثبات والعمل على دحضها.
 - العلم التام بفتح باب المرافعة من جديد وما قدم من طلبات جديدة أو مستندات والحصول على الوقت الكافي للرد عليها.
 - الحصول على الوقت الكافي لاستعمال حق الدفاع بصورة صحيحة.
 - العلم التام بكل ما أدخل في الدعوى عن غير طريقهم سواء من عناصر الوقع أو القانون والحصول على الوقت الكافي للرد عليها.
- أما عن أهمية مبدأ المواجهة بالنسبة للقاضي فتتمثل في ما يلي²:
- هو وسيلة القاضي الاجرائية للوصول الى حقيقة النزاع المطروح أمامه.
 - يساعده في تكوين قناعته ليصدر حكمه وقراره في الخصومة.

فالقاضي يضطلع بدور ضمان تساوي المراكز القانونية بين الخصوم أمام القضاء وتحقيق الوجاهية في جميع مراحل التقاضي، قصد ضمان الشفافية والدفاع عن الحقوق، وذلك بالتزامه والخصوم باحترام هذا المبدأ الجوهرية في المحاكمة العادلة. والتصدي لكل ما من شأنه أن يصدر من الخصوم للحيلولة دون جعل الخصم الآخر في وضعية تسمح له بالدفاع عن حقوقه³.

وقانون العدالة الادارية الفرنسي الصادر سنة 2000 حرص على التأكيد على احترام مبدأ المواجهة بتفصيل كبير.

ثانيا: شروط تحقيق مبدأ حق المواجهة.

ان مبدأ المواجهة لا يتحقق بصورة فاعلة ويحقق الغاية من اشتراطه وهي كفالة حق الدفاع، الا بتوافر عناصر أو شروط أساسية يؤدي تخلفها الى اهدار المبدأ ومنه الى بطلان اجراءات التقاضي، ومنه بطلان الحكم الذي قد ينجر عليه وأهم هذه الشروط هي التالية:

1. العلم بموضوع الدعوى والنزاع؛ وذلك يكون من خلال:

¹ ناجي مخلف العنزي، مبدأ المواجهة في نظام المرافعات الشرعية السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010، ص 30-31.

² ناجي مخلف العنزي، مرجع سابق، ص 29-30.

³ عبد السلام ديب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، مرجع سابق، ص 112-113.

- اخطار ذوي الشأن بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى باعتباره اجراء أساسيا وضمانة جوهرية، حتى يتمكن ذوي الشأن من الحضور بأنفسهم أو بوكلاء عنهم لإبداء دفاعهم.

وقد بين ذلك قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في المادة 16 منه¹:

"..يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم.."

- العلم بفحوى النزاع أو مضمونه، وذلك عن طريق مواجهة المدعي عليه بالنزاع من كافة جوانبه. والأدلة المتوفرة ضده².

2. العلم بكل اجراء أو واقعة تتم في الدعوى أثناء سيرها، سواء ما يقوم به المدعي في الدعوى او ما يقوم به القاضي ذاته أو اعوانه فيها:

والعلم بالدعوى القضائية من قبل المدعي عليه يمكن أن يتعزز من خلال ضمانات تشريعية منها ما هو معاصر لنظر الدعوى ومنها ما هو لاحق على الحكم فيها، حيث تتمثل الضمانات المعاصرة لنظر الدعوى في واجب المحكمة القيام بالإجراءات الكاملة للدعوى كما قررها القانون، وكفالة المشرع وسيلتي الادخال والتدخل تحقيقا لمبدأ العلم بالدعوى لمن لم يختصم فيها. اما الضمانات اللاحقة على الحكم في الدعوى لمن لم يعلم بالدعوى فهي حق المعارضة واعتراض الخارج عن الخصومة³.

يرى بعض الفقه أن حق العلم بالدعوى هو ذاته حق الدفاع، أي هما متطابقان في المضمون⁴، وهو رأي لا يمكن التسليم به على اطلاقه حيث حق الدفاع أشمل من حق المواجهة⁵.

وعلى ذلك اتجاه آخر يرى بابتعادهما عن بعض باعتبار المواجهة عنصر من حق الدفاع بشكل جزئي⁶.

¹- قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 16.

²- سامي الحسيني حسيني، ضمانات الدفاع دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الثانية، ع 01، يناير 1978، ص 220.

نقلا عن: ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 49

³- ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 50.

⁴- عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 1989، ص 773 وما بعدها.

وانظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي Dame veuve Trompier Gravier

⁵- Pierre Jullien, Natalie Fricero, Droit judiciaire Privé, LGDJ, 2001, P109.

عن: ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 52.

⁶- Olivier Gohin, Contentieux administratif, 3éd, 2002, Litec, p 2523

الفرع الثاني: الحق في ابداء الدفاع.

حق ابداء الدفاع يعد جوهر الحق في الدفاع والعنصر الثاني - بعد عنصر المواجهة - منه ويتخذ هذا الحق من قبل المدعي عليه في صور ثلاث أساسية وهي: تقديم الطلبات (أولاً) ، ابداء الدفوع (ثانياً) ، وحق المدعي في التزام الصمت كذلك (ثالثاً).

سوف نحاول تبيان هذه العناصر الثلاثة فيما يلي:

أولاً: تقديم الطلبات.

ان لخصوصية المنازعة الادارية على المنازعة العادية من خلال اختلاف أطراف الدعويين، ووجود الادارة العامة كطرف أساسي واعتبارها في غالب الأحيان كمدعى عليها في الدعوى الادارية أمام القضاء الاداري، جعل من حق ابداء الطلبات خصوصية خاصة.

حيث تعد الطلبات من الأركان الأساسية للدعوى الادارية تدور معها وجودا وعدما، فالطلبات هي التي تحدد نطاق الدعوى الادارية كما تحدد للمحكمة نطاق قضائها، فالمحكمة مقيدة في حكمها بالطلبات المقدمة اليها، ولا يجوز لها ان تقضي بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه والا كان حكمها غير سديد، وبالتالي يترتب على تجهيل الطلبات بطلان عريضة الدعوى. ولا يعني من كل ذلك حياد القاضي الاداري اتجاه طلبات الخصوم، بل للخصوم ادعاء وطلب ما يرون من خلال تكييفهم الخاص لكن القول الفصل للقاضي في تكييف كل ذلك وفق صحيح القانون واجتهاده الخاص وفق قواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون¹.

هذه الطلبات التي يأتيها المدعي عليه قد تكون طلبات اجرائية أو طلبات موضوعية، أو ما تسمى بالطلبات الأصلية والطلبات العارضة.

1. الطلب الأصلي:

عرف البعض الطلب الأصلي بأنه: "الطلب الذي تنشأ عنه قضية لم تكن موجودة قبل ابدائه"². أو هو: "مجموع الطلبات التي يتقدم بها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد والتي يمكن تعديلها بناء على تقديم طلبات عارضة"³.

والفقه عموماً مختلف في تعريفه، فبعضهم ذهب الى القول انه ما يطلبه المدعي من القضاء في طلبه، وهو ليس الا القرار المطلوب من القاضي اصداره. وهذا القرار اما أن يقر بوجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني¹.

¹ - هانم احمد محمود سالم، نحو قانون اجراءات إدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2015، ص 362.

² - شوقي بناسي، الاجراءات المدنية الجزء الأول، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 197.

³ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 197.

وعرفه آخر بأنه النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التي يهدف اليها المدعي في دعواه².

أو هو بادرة لانطلاق الخصومة، هذه الخصومة ما تلبث ان تتغير في نطاقها ومداهها من خلال وسيلة اجرائية يأخذها الخصم الثاني باستعمال وسيلة الطلب العارض، لذلك الطلب الأصلي هو وسيلة لطرح الدعوى أمام القضاء بداية وليس سلطة للخصوم، ومبادرة لافتتاح الدعوى نهاية³.

ولقد عرف مجلس الدولة الفرنسي الطلب الأصلي بأنه الطلب الذي يعبر فيه المدعي عن موضوع الدعوى التي رفعها للقضاء، حيث لا يجوز تعديله أو تغييره الا بعد انقضاء ميعاد الطعن القضائي⁴.
وتبعاً لذلك عرف البعض الطلب الأصلي هو كل ما يطلبه المدعي من القضاء⁵.

والمشروع الجزائري في المادة 25 من ق ا م ا اختار استعمال مصطلح الطلب الأصلي عوضاً عن مصطلحات أخرى⁶، والتي من بينها الطلب المفتوح للخصومة، والطلب الابتدائي هذه الأخيرة هي تسمية اختارها المشروع الفرنسي في المادة 53 من قانون ا م⁷.

" يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية.

تتحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والاضافية وبالطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية.

الطلب الاضائي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية.

الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعي عليه للحصول على منفعة، فضلاً عن طلبه رفض مزاعم خصمه".

وعلى ذلك يمكن اعتبار إطلاق المشروع الفرنسي مصطلح الطلب الابتدائي صائبا الى حد بعيد مقارنة بمصطلح الطلب الأصلي، والذي أخذ به المشروع الجزائري.

2. الطلب العارض:

¹ - أنظر: عمر زودة، الاجراءات المدنية والادارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط 2، 2015، ص 293.

² - هشام علي صادق، المركز القانوني الأجنبي أمام القاضي المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 32. نقلا عن: عمر زودة، مرجع سابق، ص 293.

³ - ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 184.

⁴ - C.E. 6 mars 1936, Lamy, Rec, p 296

نقلا عن هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 365.

⁵ - عمر زودة، مرجع سابق، ص 293

⁶ - المادة 25 من ق ا م ا ج.

⁷ - المادة 53 من ق ا م الفرنسي.

هو ذلك الطلب الذي يبدى أثناء نظر خصومة قائمة وتتناول بالتغيير أو بالنقص أو بالإضافة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها وسببها أو أطرافها¹.

فهو طلب يتفرع عن الخصومة الأصلية حيث يمكن أن يسمى بالدعوى الفرعية في مقابل الدعوى الأصلية. ويجيز المشرع تقديم الطلبات العارضة من المدعي أو من المدعى عليه كما يمكن للقاضي أن يأمر أحد الخصوم بتقديم طلب عارض، أو من الغير حتى.

حيث تسمى ان كانت من المدعي **الطلبات الاضافية**، وتسمى ان كانت من المدعى عليه **بالطلبات المقابلة**، اما ان كانت الطلبات العارضة من قبل الغير او في مواجهة الغير فيتم عن طريق **التدخل او الاختصام**².

حيث يجوز **للمدعي** تقديم طلبات عارضة، أثناء سير الدعوى وفي أي حالة تكون فيها الدعوى وحتى عند غلق التحقيق وتسمى في هذه الحالة **بالطلبات الاضافية** والتي يمكن بواسطتها للمدعي تعديل طلباته السابقة، حيث يشترط لقبولها توافر الشروط التالية³:

- الا يكون الهدف منها اطالة امد الدعوى وعرقلة السير فيها.
- ألا تكون مفاجئة للمدعي عليه.
- يكون ارتباط كافي بينها وبين الطلب الأصلي.

كما **للمدعي عليه** تقديم طلبات عارضة تحت مسمى **الطلبات المقابلة**، وهذه الطلبات تشكل ادعاء جديدا، وتهدف الى الحكم على المدعي، كما يمكن تعريفها بأنها الطلبات التي لا يكتفي فيها المدعي عليه بطلب رفض طلبات المدعي بل يوجه اليه ادعاءات لاستصدار احكام ضده، طالما انها لم تثر نزاعا مستقلا عن الذي قد أثاره المدعي في دعواه⁴.

ويشترط لقبول الطلبات المقابلة توافر الشروط التالية⁵:

- ألا تثير الطلبات المقابلة أي نزاع مستقل عن تلك التي اثارها النزاع الأصلي.
- أن تكون الطلبات المقابلة من اختصاص القاضي المختص بنظر الدعوى الاصلية

1 - أحمد أبو الوفاء، المرافعات، مرجع سابق، ص 183.

شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 200.

2 - هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 368 وما بعدها.

ونبيل صقر، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ص 58.

3- Art 65 du nouveau code de procédure civile

Voir Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, op.cit, p 318.

4- René Chaps, op.cit, p 601.

5 - هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 371-372.

- أن يكون الطلب المقابل مرتبط بالطلب الاصيل
 - أن يتم تقديم الطلبات المقابلة قبل غلق التحقيق والا ستكون غير مقبولة.
- أما فيما يخص **الطلب العارض** الثالث والذي يتم من خلال تدخل الغير فيسمى **بطلبات التدخل أو الاختصاص**؛ والذي يعرف بأنه اجراء يستطيع من خلاله الشخص الطبيعي أو المعنوي الانضمام طواعية الى دعوى لم يرفعها ولم يكن طرفا فيها، أو هو اجراء يستطيع الشخص الذي لم يكن طرفا ولا ممثلا في الدعوى ان يصبح طرفا متدخلا فيها¹. حيث قد يكون التدخل اختياريا وقد يكون اجباريا.

ثانيا: في ابداء الدفع.

يعد الحق في الدفع هو العنصر الثاني من عناصر الحق في ابداء الدفاع، ويمثل جوهر فكرة حق الدفاع، في مضمونه يمثل جواب الخصم على ادعاء خصمه حتى لا يحكم له بما يطلبه.

1. تعريف حق الدفع:

يطلق مصطلح الدفع في معناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليحجب عن دعوى خصمه، سواء أكانت موجهة الى الخصومة أم بعض اجراءاتها أو موجهة لأصل الحق المدعى به، أم الى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكر اياها².

فالدفع فقها هو: "اجراء أو وسيلة يتقدم بها خصم الى القاضي ردا على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم عليه بما يدعيه هذا الخصم سواء اكانت هذه الوسيلة موجهة الى شكل الطلب أم الخصومة التي نشأت عن تقديمه أم كانت موجهة الى أصل الحق المدعى به أم الى حق الخصم في استعمال دعواه منكر اياه"³.

أو هو: " وسيلة قانونية يستطيع بواسطتها المدعي عليه هدم الادعاءات المقدمة من المدعي، ومن ثم تجنب صدور حكم ضده"⁴.

بالتالي ما يتمسك به المدعي عليه في الدعوى - الادارية - للحيلولة دون الحكم عليه بالطلبات موضوع الدعوى كلها أو بعضها⁵.

2. تصنيف حق الدفع:

¹-Charles Debbasch et Jean-claude Ricci ,op.cit, P 327.

²- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات منشأة المعارف، الاسكندرية ط 5 ، 177 ص 11،.

³- شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 237-238.

⁴- هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 412.

⁵- المرجع نفسه، ص 412.

وقد نظم المشرع الجزائري حق الدفع في نص المادة 48 الى غاية المادة 69 من ق ا م ا تحت عنوان الباب الثالث: في وسائل الدفاع، من خلال تقسيم هذا الحق الى ثلاثة اقسام رئيسية الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية والدفع بعدم القبول.

حيث عرفت المادة 48 من ق ا م ا الدفوع الموضوعية بأنها: "هي وسيلة تهدف الى دحض ادعاءات الخصم. ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"¹.

وعرفت المادة 49 من ق ا م ا الدفوع الشكلية بأنها: "هي كل وسيلة تهدف الى التصريح بعدم صحة الاجراءات او انقضائها أو وقفها"². ولقد صنف المشرع الدفوع الشكلية الى أربعة اقسام وهي:

الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي؛ والدفع بوحدة الموضوع والارتباط، والدفع بإرجاء الفصل، والدفع بالبطلان³. أما القسم الثالث من أقسام حق الدفع والمتمثل بحق الدفع بعدم القبول، فقد نصت عليه المادة 67 من ق ا م ا معرفة اياه بأنه: "هو الدفع الذي يرمي الى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع"⁴. والناظر لنظرية الدفوع في القضاء الاداري يجدها تخرج عن الأصول العامة المستقرة أمام القضاء العادي في كثير من نواحيها⁵، لذلك يمكن القول ان هناك تميز واستقلالية لنظرية الدفوع في الاجتهاد القضائي الاداري عنها في الاجتهاد القضائي العادي.

ثالثا: حق المدعي عليه في التزام الصمت.

نبين بداية تعريف الحق في التزام الصمت، ثم في أساسه القانوني.

1. في تعريفه:

ان الحق في الدفاع يخول المدعي عليه القدرة على التزام الصمت، دون ان يؤاخذ على موقفه هذا، مادام ان المدعي لم يقدم بإثبات الوقائع المزعومة، ولم تقم قرينة قانونية أو قضائية تسوغ نقل عبء الاثبات على عاتق المدعي عليه⁶.

¹ - المادة 48 من ق ا م ا ج.

² - المادة 49 من ق ا م ا ج.

³ - المادة 51 الى 66 من ق ا م ا ج.

⁴ - المادة 67 من ق ا م ا ج.

⁵ - هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 412.

⁶ - ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 278.

فالتزام الصمت لغة يعني الامسك عن الكلام وعدم النطق، وهو موقف عن من لا يريد التعبير عن فكره ويمتنع عن ابداء رأيه.

والناظر للمشرع يجده لم يعرف الالتزام بالصمت سواء في مجال القضاء الجزائري ولا المدني ولا الاداري.

2. في أساسه القانوني:

لقد سعت مختلف المواثيق الدولية والتشريعات الدولية والتشريعات الوطنية، الى اسباغ حماية قانونية للإنسان، بما يضمن تمتعه بجميع الحقوق بما فيه الحق في الصمت.

فالإعلان العالمي لحقوق الانسان لم يتضمن بشكل مباشر على الحق في الصمت، الا أنه يستشف من نص المادة 11 منه حيث نصت: " كل شخص يعتبر بريئا الى أن تثبت ادانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها كل الضمانات الضرورية للدفاع عنه ".

وهو ذات الموقف بخصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، حيث لم تتطرق لحق الالتزام بالصمت بصفة مباشرة، انما كان الأمر متعلقا بحق الدفاع.

غير أن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان تعمل دورا أساسيا رقابيا في على الدول المتعاقدة بهذا الشأن، حيث أصدرت أحكاما ضد دول أوروبية كفرنسا وأجلترا ، ومن ذلك حكم 18 ديسمبر 1996 والتي قالت فيه:

"ان الحق في الصمت يعد حقا أساسيا رغم عدم النص عليه صراحة في المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان. وذلك تأسيسا على أن الحق في الصمت يعد حقا أساسيا لحق المتهم في محاكمة عادلة، وحقه في عدم الشهادة ضد نفسه، وبالتالي لا يجوز لجهة الاتهام الحصول على أدلة الاتهام حصلت عليها من المتهم نفسه "1.

كما أن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان، نصت في المادة 8 منها على:

".. لكل متهم بجرمة خطيرة الحق في أن يعتبر بريئا طالما لم يثبت ادانته وفقا للقانون.

حق المتهم في أن لا يجبر على أن يكون شاهدا ضد نفسه أو أن يعترف بالذنب.

يعتبر الاعتراف المتهم بالذنب سليما ومعمولا به شرط أن يكون قد تم دون ما أي اكراه من أي نوع ".

أما على المستوى الدستوري، فقد حرصت الكتلة الدستورية الجزائرية على تبني قواعد أساسية لحقوق الانسان، غير أنها لم تشر الى ضمانات حق الصمت بصفة مباشرة.

¹ - P.Repik :L'influence du droit International et regional des droit de l'homme sur la procedure pénale. "nouvelles etudes pénales, 1998,P158

فنصت المادة 56 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم: "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية ادانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".
هذا وان كان النص الدستوري يشير الى أن المادة الجزائرية بالأساس في حقوق الدفاع، فان ذلك لا يمنع تفسيره وقياسه في المادة والمنازعة الادارية.

المطلب الثالث: حق الدفاع في القضاء الاداري: يثبت الدور التشريعي للقاضي الاداري.

ان تطبيق القضاء الاداري لمبدأ حق الدفاع في النظرية التقليدية للقانون الاداري خاصة في فرنسا بدأ في مادة الوظيفة العمومية. على اعتبار أن هناك علاقة وطيدة بين المبدأ والوظيفة العامة في فرنسا -على خلاف الوضع في بريطانيا على سبيل المثال، لأنه لا يوجد موظفون - في بريطانيا - بل مساهمون في تسيير المرفق العمومي -¹. (الفرع الثاني).
ثم توسع مجال تطبيق مبدأ حق الدفاع في اجتهاد القضاء الاداري في غير مادة الوظيفة العمومية. (الفرع الثالث). ويرى الباحث؛ ارتباط وثيق بين مبدأ حق الدفاع في تكريس مبدأ قانوني مهم في التقاضي ألا وهو "مبدأ المحاكمة العادلة" نبين أثر ذلك في بناء المشروعية القانونية الادارية (الفرع الأول).

فالسؤال الرئيسي في هذا السياق هو البحث في أثر تجسيد مبدأ حق الدفاع في الاجتهاد القضائي الاداري؟ ومن ثمة بناء المشروعية القانونية الادارية في المادة الادارية؟ وبمعنى مباشر مدى أثر تطبيق القاضي الاداري لمبادي حق الدفاع في تشريع قواعد القانون الاداري الاجرائية؟ .

الفرع الأول: حق الدفاع يعزز مبادئ المحاكمة العادلة.

ان احترام حقوق الدفاع يمثل أحد الجوانب الأساسية للحق في محاكمة عادلة، فمتى تم احترامها وتحسينها قضائيا، انعكس ذلك ايجابا على فكرة المحاكمة العادلة، والتي تعد هدفا منشودا للنظم القضائية المختلفة.

أولا: تعريف المحاكمة العادلة.

التحديد الاصطلاحي لمفهوم المحاكمة العادلة، هناك من يطلق لفظ " المحاكمة القانونية " عليها كالدستور المصري، وهناك من يطلق لفظ " المحاكمة المنصفة " كما جاء في رأي المحكمة الدستورية العليا المصرية وفي المادة 67 من الدستور المصري السابق.

كما قد يعبر عنها بلفظ " الانصاف في اقامة العدل "¹، غير أن اللفظ السائد هو المحاكمة العادلة.

¹- كمال الدغاري، " قضاء تجاوز السلطة في مادة تأديب أعوان الوظيفة العمومية "، المجلة التونسية للإدارة العمومية في خدمتك، عدد مزدوج 3-4، 1991، ص 11. نقلا عن عزوز بن تمسك، مرجع سابق، ص 37.

كما جاء على سبيل المثال في دستور 2014 التونسي وذلك في نص:

الفصل 27 منه: "المتهم بريء الى أن تثبت ادانته في محاكمة عادلة تضمن له جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة".

والفصل 108 منه: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القضاء" وفي الفصل 110 منه كذلك لما تكلم على عدم جواز انشاء المحاكم الاستثنائية، أو سن اجراءات استثنائية المخالفة للمحاكمات العادلة.

ولقد عرفها أحمد فتحي سرور بأنها: "أحد الحقوق الأساسية للإنسان تقوم على توافر مجموعة من الاجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار حماية الحريات الشخصية وغيرها من حقوق الانسان وكرامته الشخصية المتكاملة"². وهو تعريف ضيق كما وهو واضح لقصوره فقط على الخصومة الجنائية، والمحاكمة العادلة تخص أي خصومة أمام القضاء مدنية تجارية وادارية وغيرها.

وعرفها أشرف محمود محمد حافظ بأنها: "مجموعة قواعد واجراءات تدار بها الخصومة الجنائية في إطار حماية الحرية الشخصية وحقوق الانسان. أو هي مجموعة من الضمانات والممارسات والسلوكيات التي تعمل على تفعيل وتطبيق الحق في محاكمة عادلة ومنصفة باعتباره حق أساسي من حقوق الانسان"³. وذات النقد يوجه الى هذا التعريف، لقصوره فقط على المحاكمة الجنائية.

وتعرفها بدرية عبد العوضي بأنها: "مجموعة المبادئ التي نصت عليها المواثيق الدولية والداستير والتشريعات الوطنية المتعلقة بحقوق الانسان والتي لها صلة بالاستقلالية القضائية باعتبارها جوهر المحاكمة العادلة. اضافة الى ذلك استقلالية القضاء والتي يشترط فيه حياده ونزاهته، ومتى توافرت هذه الشروط تحققت لدينا المحاكمة العادلة وكلما فقد القضاء استقلاله فقط القاضي نزاهته وحياده"⁴.

وهذا التعريف قد يكون واسعا جدا يفوق مضمون المبدأ الى مبادئ ناظمة لاستقلالية القضاء ككل.

¹ - دليل مراقبة المحاكمات في حالات الاجراءات الجنائية صادر عن اللجنة الدولية للحقوقيين، دليل الممارسين رقم 05، ص 03. نقلا عن: عزوز بن تمسك، مرجع سابق، ص 60.

² - أشار اليه: عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الاسلامي والمواثيق الدولية، موقع الأكاديمية الدنمارك.

³ - أشرف محمود محمد حافظ، الضمانات الدولية للمحاكمة العادلة والمنصفة وموقف القانون المصري منها، رسالة ماجستير، القاهرة، مصر، 2009، ص 60.

⁴ - بدرية عبد الله العوضي، المحاكمة العادلة في دساتير وقوانين السلطة القضائية الخليجية، أشار اليه، أشرف محمود محمد حافظ، مرجع سابق، ص 61.

كما يمكن تحديد مضمون المحاكمة العادلة في دالتين¹:

الأولى تنصرف الى تلك الاجراءات التي يتعين احترامها أثناء تطبيق التشريعات وبخاصة الجزائية والمدنية. والى مجموعة من المؤسسات الادارية والقضائية التي تراعي الشرعية الاجرائية.

لذلك عرفت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان المحاكمة العادلة بأنها: " كل اجراء يهدف الى صيانة الحقوق واسترجاعها كلما كانت شخصية"². ووضعت كجزء من النظام العام الأوروبي لحقوق الانسان.

أما الدلالة الثانية، تنصرف من جهة أخرى الى خضوع الدولة لمثل وقيم عليا في العدل، والمتمثلة في مجموعة من الضوابط المهمة التي يستهدى بها المشرع ويستلهمها حين سن التشريعات والقوانين الاجرائية الجنائية والمدنية. وتكون في نظر المشرع جديرة بالحماية. وهي مفترضة في الاجراءات الادارية، في اطار تجسيد مبادئ القانون العامة.

تبعاً للمدلول الأخير، للمحاكمة العادلة، يمكن القول أنها تتمثل في مجموعة اجراءات تطبق مبادئ عامة قانونية من قبل الأجهزة القضائية المختلفة، سواء مدنية أو جنائية أو ادارية أو دولية متى كنا في القضاء الدولي.

ثانياً: ضرورة التكريس التشريعي للمحاكمة العادلة.

ان التأسيس التشريعي بالمفهوم الواسع، لمبادئ المحاكمة العادلة، يمكن النظر اليه من خلال قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي.

لكن قبل ذلك بداية، الشريعة الاسلامية كانت سباقة الى تبنيها لهذه القاعدة، ومن ذلك قوله تعالى: " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا يتلو عليهم آياتنا " والتي - الآية - تمثل بحق مبدأ الشرعية الجنائية أن: لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، وقوله تعالى: " اذا جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحون على ما فعلتم نادمين "، فالآية تفيد ضرورة التحري والبحث والالتيان بالحجة للتصريح بالإدانة أو البراءة في اطار القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي خاصة. وما تلك الا ضمانات لحق المحاكمة العادلة.

وأحكام السنة بينت كذلك قواعد اجرائية تم تحقيق المحاكمات العادلة، يمكن للباحث العودة اليها في مصادر الأحكام السلطانية والقضائية في الشريعة الاسلامية.

1. المحاكمة العادلة في قواعد القانون الدولي:

¹ - أمانة سلطاني، الحقوق القضائية الاجرائية أمام القاضي الاداري ومستلزمات المحاكمة العادلة (المنصفة)، مجلة العلوم

القانونية السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، ع06، يناير، 2013، ص 101- 102.

² - Vincent Berger, la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, 7eme, édition, Dalloz, Paris, France, année 2000, p 253.

على مستوى قواعد القانون الدولي، الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948، قد عبر وأشار الى مبادئ المحاكمة العادلة في المواد 5، 7، 8، 9، 10، 11، 12 منه.

فالمادة الخامسة منه على سبيل المثال نصت على أنه: " لا يجوز اخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الاحاطة من الكرامة ".

ونصت المادة السابعة منه على أن: " الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الاعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز ".

كما بينت المادة العاشرة منه بوضوح الى حق المحاكمة العادلة عندما نصت:

" لكل انسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة نظرا منصفا وعلنيا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جزائية توجه اليه ".

والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 والبروتوكلان الاختياران لسنة 1966 و 1989، وبموجب المادة الثانية منه، تتعهد الدول الأطراف باحترام وضممان الحقوق المعترف بها في العهد لكل الأفراد المقيمين داخل أراضيها والذين يقعون تحت سلطاتها القضائية دون تمييز من أي نوع مثل العرق واللون والجنس واللغة والدين والرأي السياسي والأصل الاجتماعي .

نصت المادة 14- 01 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على ما يلي: " من حق كل فرد أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة وحيادية ومنشأة بحكم القانون ".

فالملاحظ أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية نص في ضمان المحاكمة العادلة، وعلى ضمان الحق في محاكمة أمام محكمة مختصة مستقلة ونزيهة. مشكلة وفقا للقانون وكذا الانصاف في نظر الدعوى.

كما جاء الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لسنة 1981، في المادة 26 منه على سبيل المثال، تتحمل الدول الأطراف واجب ضمان استقلال المحاكم وتتعهد بالسماح بإنشاء وتحسين المؤسسات الوطنية للملاءمة المنوط بها تعزيز وحماية الحقوق والحريات التي يضمنها الميثاق المذكور.

والاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان لسنة 1969، تطرقت للمحاكمة العادلة في نص المادة الثامنة منه، والحق في الحماية القضائية في نص المادة 25 منها على سبيل المثال.

كما أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان لعام 1950 وبروتوكولاتها، والتي بدأ نفاذها في 03 سبتمبر 1953، بينت جملة من الحقوق الواجب احترامها من الدول الأعضاء ومن أهمها الحق في المحاكمة العادلة وذلك في نص المادة السادسة منها.

2. أهمية دسترة المحاكمة العادلة؟

على مستوى الكتلة الدستورية أولا، القاعدة الدستورية تعد المصدر الأول للمحاكمة العادلة، باعتبارها القاعدة الأسمى في الكتلة القانونية للدولة داخليا، وعلى جميع القواعد الأخرى الأدنى مرتبة ودرجة أن تخضع لما تضعه قواعد الدستور في ذلك.

ولقد نص الدستور الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم على مبدأ المحاكمة العادلة في نص المادة 56 قبل التعديل الأخير منه:

" كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية ادانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه " .

وهو في هذا السياق قد يكون الأمر متعلقا بالمحاكمة الجزائية أساسا، دون القضاء المدني والقضاء الاداري. كما نصت الدساتير الجزائرية المتعاقبة على مبدأ المساواة¹، بأشكالها المختلفة، في الحقوق والواجبات، المساواة بين المواطنين، والمساواة أمام القانون والقضاء، والمساواة في تقلد المهام والوظائف. وعلى عدم التعسف في استعمال السلطة، ومن ذلك نص المادة 25 لدستور 1996 المعدل والمتمم والتي تنص على:

" يعاقب القانون على استغلال النفوذ والتعسف في استعمال السلطة " .

فهي من زاوية معينة يرى الباحث، أنها تتعلق بالمحاكمة العادلة، بحيث السلطة القضائية سلطة وتكون متعسفة في استعمال السلطة متى لم تطبق مبادئ المحاكمة العادلة.

كما أن المادة 35 منه كذلك والتي تنص على أن: " تضمن الدولة الحقوق الأساسية والحريات "، تؤسس للمحاكمة العادلة باعتبارها أحد أهم حقوق الانسان اليوم.

وكذلك إلزام الدستور اصدار الأحكام بصورة علنية وباسم الشعب الجزائري وتسيبها².

كما نص الدستور على حق التعويض جراء الخطأ القضائي " .

¹ المادة 12 من دستور 1963، 41 و 165 لدستور 1976، م 28، و 48 و 131 من دستور 1989، م 29 و 50 و 166 من دستور 1996.

² - أنظر: المادة 60 من دستور 1963، المادة 167 و 170 من دستور 1976، المادة 132 و 135 من دستور 1989، المادة 141 و 144 من دستور 1996.

فالملاحظ أن مختلف الدساتير الجزائرية المتعاقبة، نصت على المبادئ الأساسية للمحاكمة العادلة، وذلك بالخصوص في الدستورين الأخيرين لسنة 1989 و 1996 لاعتبارهما ميزا مرحلة ما بعد المرحلة الاشتراكية والتي ميزت الدستورين الأولين لسنة 1963 و 1976 من جهة، ومن جهة ثانية لاقترب الدستورين الأولين لمرحلة ما بعد الاستقلال مباشرة مقارنة بالدستورين الأخيرين. حيث فعل انتشار الحقوق والحريات يستمر ويتعدد بمرور المراحل التاريخية الدستورية والسياسية لأي دولة.

ولقد استقر المجلس الدستوري الفرنسي اعتبارا من سنة 1970 على أن مبدأ المحاكمة العادلة المنصفة يعتبر مندمج في الدستور الفرنسي¹.

3. المحاكمة العادلة في ما تحت القاعدة الدستورية:

يمكن النظر الى المحاكمة العادلة في مضامين النصوص القانونية ما تحت الدستورية. أي القوانين العضوية والعادية على الخصوص.

فالقانون الأساسي للقضاء رقم 04-11؛ أكد على شخصية القاضي في نصوص مواده الأولى، اذ نص على التزام القاضي بواجب التحفظ واتقاء الشبهات والسلوكيات الماسة بحياده واستقلاله، في المادة السابعة منه². كما أكد في **المادة الثامنة** منه على دور القاضي في تكريس مبادئ المحاكمة العادلة، لما الزمه بأن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة، وأنه لا يخضع الا للقانون، وأنه حامي المصلحة العليا للمجتمع³. حيث نص المادة السالف الذكر، ينص على ثلاث مقومات أساسية للمحاكمة العادلة وهي: اصدار الأحكام القضائية طبقا للشرعية والمساواة، وعدم خضوع القاضي الا للقانون، وأنه حامي المصلحة العليا للمجتمع. وجاءت المادة التاسعة بمقومات أخلاقية يجب على القاضي أن يتحلى بها، والمتمثلة في العناية بعمله، والتحلي بالإخلاص والعدل، وأن يسلك سلوك القاضي النزيه الوفي للعدالة⁴.

وبينت **المادة العاشرة** منه على قاعدة أساسية من قواعد المحاكمات العادلة اليوم، وهي ضرورة الفصل في القضايا في آجال معقولة. حيث غني عن البيان أن البطء في الفصل في القضايا من سلبيات المحاكمات العادلة وضياع حقوق المتقاضين¹.

1 - أمانة سلطاني، : الحقوق القضائية الاجرائية أمام القاضي الاداري، مرجع سابق، ص 102.

2 - القانون العضوي: 04-11 المؤرخ في: 06 سبتمبر 2004، الصادر في ج ر، عدد 57، بتاريخ: 08-09-2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

3 - المادة الثامنة من القانون العضوي: 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

4 - القانون العضوي: 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المادة التاسعة.

وبينت المواد 19 و 20 و 21 قضية ممارسة القضاء مهامه في اطار اقليمي لا يسمح له بعدم الحياد في اصدار أحكامه القضائية، تطبيقا بمبادئ المحاكمات العادلة².

كما أن قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم: 07-13 يعد كذلك معزز لمبادئ المحاكمة العادلة، باعتباره يتعلق بأحد ركائز قطاع العدالة، وشريك أساسي فيها، والمتعلق بالحامي، لما له من دور في حماية وحفظ حقوق الدفاع والمساهمة في تحقيق العدالة واحترام مبدأ سيادة القانون، كما نص عليه في المادة الثانية منه³.

لذلك التشريع الداخلي أولى عناية خاصة لضمانات ومعايير المحاكمة العادلة.

هذه بعض التطبيقات التشريعية لمبادئ المحاكمة العادلة في نصوص بعض التشريعات العادية.

ثالثا: أولوية التدخل القضائي في تعزيز المحاكمة العادلة.

يمكن في هذا السياق طرح تساءل في مدى أولوية تكريس مبادئ المحاكمة العادلة من قبل القضاء الاداري خصوصا؟ لتبيين الدور الاجتهادي القضائي في بناء المشروعية الادارية، وأي الطرفين - التشريعي والقضائي - أولى بالتنظيم والتأطير والتكريس؟

حيث وبلا شك بداية، يمكن اعتبار الدور التشريعي أساسيا في بناء الشرعية القضائية ومن ذلك شرعية المحاكمة العادلة.

وفي الجهة الثانية، يبقى للاجتهاد القضائي دور أساسي ومستمر في بناء الشرعية القضائية، وشرعية المحاكمة العادلة، باعتباره القاضي الاداري - المسؤول الأول عن سلامة العمل القضائي الموضوع بين يديه.

ان المحاكمة العادلة يراها بعض الفقه أنها ترتبط فقط بالقضاء الجنائي، وذلك غير صحيح، حيث أن تصورها وضرورتها وتجلياتها تمتد لجميع الأفضية، مدنية وتجارية وادارية كذلك.

ويرى الباحث مع توجهات الفقه القضاء، أن معايير وضمانات المحاكمة العادلة تخص جميع المراحل القضائية وما قبلها وما بعدها، ليس فقط أثناء المحاكمة. وعلى ذلك أنها مطلب قضائي مستمر.

بمجرد الاستمرارية تخص بداية جميع مراحل التقاضي أمام الجهات القضائية المختلفة ومنها القضاء الاداري، ما قبل المحاكمة وما بعدها، كما تخص الاستمرارية، استمرارية العمل القضائي الاجتهادي من خلال الاجتهادات القضائية

¹ - القانون عضوي: 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المادة 10 تنص على: "يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الأجل".

² - المواد 19-20-21 من القانون العضوي: 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

³ - المادة 02 من القانون العضوي: 13-07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

المستمرة في تعزيز مبادئ المحاكمة العادلة. وتحسين اجراءات التقاضي وتبسيطها تبعا لتحويلات التنازعات القضائية وتطورها.

حيث تمثل المحاكمة العادلة سلامة الاجراءات القضائية عند مقاضاة شخص قانوني معين أمام جهة قضائية معينة ومطابقتها للقانون، بالإضافة الى تكيف القانون وجعله منسجما مع المبادئ المتفق عليها والتي تضمن وتصور حقوق الانسان.

ومبادئ المحاكمة العادلة لا يعني فقط تحقيقها متى كنا أمام القاضي في المحكمة، بل يمتد الى كل اجراء له علاقة بالحكم والى كل تصرف ونشاط أنجز تحضيراً واعداداً للحكم وكل توطئة أعدت لتقدم كوسيلة وأداة اقناع بالإضافة الى ما يتبع الحكم من حجية ومن سبل للعدول عنه وتنفيذه، وبذلك يكون مضمون المحاكمة العادلة شاملاً مرحلة ما قبل المحاكمة و اثناءها وما بعدها.

ان للاجتهاد القضائي الدولي والداخلي أثر واضح في تعزيز وتكريس مبادئ المحاكمة العادلة، وذلك يبين مدى ضرورة أن يتدخل القاضي - الدولي و الوطني - في اقامة مبدأ المساواة أمام المتقاضين وتحقيق الظروف الملائمة للمحاكمة العادلة حتى في غيبة النص القانوني.

فعلى المستوى الدولي؛ قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان تضمن سوابق واجتهادات كثيرة من بينها ما كان له علاقة بمبادئ المحاكمة العادلة.

ومن ذلك تكريسها: " مبدأ المساواة أمام القضاء والمحاكم، من خلال الوصول الى المحاكم وأن الحالة التي يحاول فيها الفرد ابلاغ الجهات ذات الاختصاص بالمظالم التي تعرض لها والتي تعرض لها والتي عرقلت بصورة منتظمة انما يتعارض مع الضمانات الواردة في الفقرة 1 من المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"¹.

كما طبقت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان مبدأ الحق في المحاكمة العادلة المنصفة في منازعات الوظيفة العمومية، والمنازعات المتعلقة بالضبط الاداري، ولو لم تكن مشمولة بالطابع المدني بموجب نص المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.

و قضاء المحكمة الدولية لحقوق الانسان، اشتكت المستدعية، تحت عنوان المادة 6 الفقرة الأولى من الاتفاقية، من أنها لم تحصل على محاكمة عادلة أمام المحاكم الادارية بالدولة الفرنسية. حيث المستدعية ومحاميها يؤاخذان قضاء المحاكم الادارية لاعتبارين اثنين¹:

¹ - حقوق الانسان في مجال اقامة العدل: دليل بشأن حقوق الانسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الفصل السادس، الحق في محاكمة عادلة، الجزء الأول، من التحقيق الى المحاكمة، ص 198.

" على الاطلاع على تقرير مفوض الحكومة قبل الجلسة ولم يستطع الاجابة عليها فيما بعد، لأن مفوض الحكومة يتكلم في الآخر؛ فضلا عن ذلك يحضر مفوض الحكومة المداولة، حتى وان لم يصوت، مما يقلل من ضمانات المحاكمة العادلة ويزيد في خطورة خرق المحاكمة العادلة، وذلك نتيجة عدم احترام مبدأ المساواة في السلاح وفي الحق في جلسة وجاهية.

كما تعتبر المحكمة الأوربية أن استقلالية مفوض الحكومة وكونه غير خاضع لأي ترابعية، وهذا أمر غير منازع فيه، لا يكفيان للتأكيد بأن عدم تقديم استنتاجاته الى الفرقاء ومن ثم استحالة قيامهم بالرد عليهما ليس من شأنهما النيل من متطلبات المحاكمة العادلة.

فمفهوم المحاكمة العادلة يقتضي من حيث المبدأ الحق للفرقاء في الدعوى أن يطلعوا على كل ورقة أو ملاحظة معروضة على القاضي، حتى ولو كانت من قاض مستقل، بقصد التأثير في قراره، ثم مناقشتها.

وإذا أثار مفوض الحكومة شفاهة، أثناء الجلسة، حيثية لم يثرها الفرقاء، يؤجل رئيس تشكيلة المحاكمة القضية لكي يتمكن الفرقاء من المناقشة بشأنها..."

وكذلك في مجال المنازعات المتعلقة بالجزاءات التأديبية، حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي اجتهاد المحكمة الأوربية في قرار له بتاريخ: 10-01-2000 بين فيه المجلس، أن المادة 06 من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان التي تتناول الحق في المحاكمة العادلة تنطبق على الجزاءات الصادرة على المجلس الأعلى للتعليم ضد مدير مؤسسة تعليمية خاصة، والقاضية بايقافه مؤقتا عن ادارة هذه المؤسسة.

وفي ذات السياق، أكد مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ: 19-01-2000 اذ قضى بأن الجزاء التأديبي القاضي بطرد أحد الطلاب نھائيا من الجامعة ينطبق عليه الحق في المحاكمة العادلة، لأنه من شأنه حرمان الشخص المعني من الحصول على مهنة أو عمل يشترط للحصول عليهما في العادة احراز شهادة أو درجة جامعية

أما على مستوى القضاء الداخلي؛ فان مجس الدولة الجزائري يطبق مبادئ المحاكمة العادلة في عديد القرارات ومن بين ذلك على سبيل المثال:

قرار بتاريخ: 20-04-2004 بخصوص عدم تمكن الموظف العام من حق الدفاع، في مواجهة حق التأديب والعزل الذي تمارسه الادارة العامة.

كما طبق مجلس الدولة في المنازعات المرتبطة بحق مالي محض أو متفرغ عنه، معتبرا ضرورة التفرقة بين المطالبة بالتعويض المالي بين المتابعة الادارية والمتابعة الجزائية للموظف العام.

حيث تطبيقا لمبادئ المحاكمة العادلة، لا يمكن مطالبة الادارة بالتعويض المالي لعدم مسؤوليتها عن المتابعة الجزائية.

ومن جهة لما تكون المتابعة الجزائية ينتج عنها البراءة، فانه من حق الموظف العودة لمنصب عمله.

¹ - مارسو لونغ بروسيل فيل، غي بريبان، بيار دلفولفييه، برونو جينقوا، القرارات الكبرى في القضاء الاداري، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت لبنان، 2009، ص 887.

ويمكن القول عموماً، أن مجلس الدولة يطبق مبادئ المحاكمة العادلة في المنازعات التي تثار أمامه سواء أكانت متعلقة بالوظيفة العامة كدرجة أولى، أو الدعاوى القضائية بصفة عامة في الدرجة الثانية. وذلك من خلال عديد المعايير والضمانات، متعلقة أساساً بمبدأ حق الدفاع، وهو ما سنبينه في الآتي.

الفرع الثاني: حق الدفاع في منازعات الوظيفة العمومية.

يقول أحمد محيو أن مجال التطبيق الكلاسيكي لمبدأ حق الدفاع والذي يعنى بالاطلاع المسبق على الأفعال المسببة للجزاء، هو مجال الوظيفة العمومية، فكل موظف مهدد بعقوبة تأديبية من حقه الاطلاع على ملفه ليقدّم دفاعه¹.
أولاً: في تعريف منازعات الوظيفة العامة وأهميتها.

عرف أنور رسلان الوظيفة العامة بأنها: "خدمة وأنها تكليف للقائمين بها، وأن الموظف العام ليس سيّداً على المواطن، بل هو في خدمة المواطن، هدفه اشباع حاجاته والتعامل معه على أساس الاحترام المتبادل ومراعاة كرامته والحفاظ عليه"².

وهذا التعريف يقترب لفلسفة القانون أكثر من موضوع القانون الاداري، لارتكازه على الجانب الاخلاقي في العمل الوظيفي دون الجانب القانوني.

وعرفها عمار بوضياف من زاوية عضوية هيكلية، بأنها: "مجموعة موظفين يشغلون مهاماً داخل الإدارة العمومية"، ليضيف بأنها - الوظيفة العامة - في جانبها العضوي فكرة قديمة لازمت الدولة والتنظيم الاداري منذ ظهوره، وان لم يكن تسمية الموظف العام ظاهرة وواردة، قديماً³.

أما بحسب المعيار الموضوعي، فيمكن تعريف الوظيفة العامة بأنها: "مجموعة اختصاصات قانونية تعهد الى الموظف العام لممارستها طبقاً للتنظيم القانوني والاداري الذي يحكم تلك الاختصاصات"⁴.
وهو تعريف أقرب للجانب القانوني أكثر.

حيث هذا النشاط الاداري يستتبع حتماً وجود منازعات بين مختلف الفاعلين فيه، يسمى في نظرية القانون الاداري بمنازعات الوظيفة العامة.

1 - أحمد محيو، المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 185.
2 - أشار اليه، مباركة بدري، محاضرات في الوظيفة العامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2014-2015، ص 2-3.
3 - عمار بوضياف، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري دراسة في ظل الأمر 06-03 والقوانين الأساسية الخاصة مدعمة باجتهادات مجلس الدولة، ط 01، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 7.
4 - مباركة بدري، مرجع سابق، ص 5.

والتي هي: "مجموع المنازعات التي تحدث بين الموظف العام والادارة المستخدمة بمناسبة تنفيذ العلاقة الوظيفية"¹.

فهناك ارتباط وثيق بين ثلاثة محددات في منازعات الوظيفة العامة، الموظف العام والادارة العامة والنشاط الاداري، فالموظف الاداري والنشاط الاداري ما هما الا وجهان لعملة واحدة، فلا يمكن أن يمارس نشاط اداري دون موظف عام. لذلك قال بعض الفقه القانوني الاداري: "الدولة لا تساوي الا ما يساويه الموظف العام"، وعلى ذلك أي اصلاح يخص الادارة العامة يجب أن يتجه الى الأشخاص، " فالإدارة هي ادارة الأشخاص لا ادارة الأشياء"².

حيث تم تنظيم الوظيفة العامة في الجزائر بموجب تشريعات متعاقبة؛ تمثلت بداية في الامر رقم: 66-133 أول قانون أساسي للوظيفة العامة، تبعه القانون 78-12 المتضمن القانون الأساسي للعامل، ثم المرسوم رقم: 85-59 المتضمن القواعد القانونية النموذجية التي تطبق على عمال المؤسسات والادارات العمومية، ثم أخيرا الأمر رقم: 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة.

كما تعتبر منازعات الوظيفة العامة في مجال القضاء الاداري من بين المنازعات الأكثر أهمية مقارنة بغيرها، وذلك لمجموعة من الأسباب، والتي من بينها؛ السبب العددي من خلال استيعاب قطاع الوظيفة العامة لعدد كبير من الموظفين العموميين، فحسب الموقع الرسمي للمديرية العامة للوظيفة العمومية، بلغ عدد موظفي وأعوان الوظيفة العمومية الى غاية تاريخ: 31-12-2014 ما يقارب 2020172 مواطن³.

كما ان تعدد أسلاك ونشاطات قطاع الوظيفة العمومية مدعاة الى مكانته وحساسيته والتي تفرض رقابة دائمة ومتواصلة داخله، بدءا بما قبل التحاق الموظف بمنصبه وشروط ترشحه، وصولا الى نهاية صفة الموظف العمومي سواء بالطريق العادي كالاستقالة مثلا أو العزل والفصل بطريق التأديب الوظيفي، والذي يكون للقضاء دور أكيد في حماية الحقوق والحريات في كل ذلك. كما تمثل فعالية منازعات الوظيفة العمومية مظهرا من مظاهر تجسيد وتعزيز دولة القانون كذلك⁴.

ثانيا: تطبيقات الاجتهاد القضائي الاداري في منازعات الوظيفة العامة.

1 - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 297.

2 - مباركة بدري، مرجع سابق، ص 02.

3 - www.dgfp.gov.dz/ar/index.asp

اطلع عليه بتاريخ: 21-02-2018، على الساعة 09.40 صباحا.

4 - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 297-298-299.

ان أول أثر لتطبيق حق الدفاع في منازعات الوظيفة العمومية يخص حماية حقوق الموظف العمومي تجاه الادارة العمومية. وقد بدأنا به قبل حق الدفاع في مواجهة الموظف العمومي، لاعتبار هذا الأخير الطرف الضعيف في مواجهة الادارة العمومية، والمحتاج بصورة أكبر للحماية القضائية والتي من بينها تكريس ضمانات حق الدفاع.

1. حق الدفاع لصالح الموظف العام:

فقد أقر مجلس الدولة الجزائري مبدأ حق الدفاع في المسائل التأديبية للموظف أثناء غيابه؛ على سبيل المثال في القرار الصادر بتاريخ 20/04/2004 رقم: 9898. حيث ألغى قرار قضائيا صادر عن الغرفة الادارية بمجلس قضاء قسنطينة، وأبطل بموجبه مقرر العزل لموظف لمخالفته أحد قواعد حق الدفاع والمستقر عليها في الاجتهاد القضائي وهي أنه "لا يجوز اتخاذ أي اجراء تأديبي ضد الموظف أو العامل بصفة عامة أثناء غيابه عن العمل بمناسبة اجازة سنوية أو عطلة مرضية"¹.

وفي نفس السياق؛ أقر مجلس الدولة أولوية حق الدفاع أثناء غياب الموظف بمناسبة العطل المرضية، معتبرا أن صدور قرار عزل الموظف أثناء هذه العطلة غير مشروع، وذلك في القرار الصادر بتاريخ: 25-02-2003².

فحسب هذا الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة، لا يمكن اتخاذ أي قرار اداري يمس بمصلحة الموظف العمومي أثناء غيابه عن العمل غيابا قانونيا ومشروعا، وفي ذلك تجسيد قضائي أساسي لحماية الحياة الوظيفية للموظف العام، بحيث لا يتخذ ضده قرار مضر به دون دفاع نظرا لغيبته القانونية.

ان متابعة الموظف العمومي أمام القضاء الاداري تختلف بين ما اذا كان منتمي للإدارة المحلية أو للإدارة المركزية. حيث يتابع الموظف في الحالة الأولى أمام المحكمة الادارية بموجب المادة 800 من القانون رقم: 08-09 المتضمن الاجراءات المدنية والادارية، والمادة 01 من القانون العضوي رقم: 98-02 المتضمن المحاكم الادارية وبالتالي يتيح له المشروع امكانية الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة كدرجة ثانية في الطعن.

على خلاف الموظف المنتمي للإدارة العمومية المركزية، حيث يحتص بالفصل في الخصومة مجلس الدولة بموجب المادة 09 من القانون العضوي رقم: 98-01 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. وبالتالي يحرم من حق الدفاع لدى الدرجة الثانية للتقاضي. مما يقلل من الحماية القضائية للموظف العمومي تجاه الادارة العمومية في تطبيق حقوق الدفاع³.

¹ - مجلة مجلس الدولة، 2004، ع 05، ص 143.

² - مجلة مجلس الدولة، ع 5، ص 166.

³ - أنظر: عمار بوضياف، عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 306-307.

وتطبيق ذلك على سبيل المثال: في قرار مجلس الدولة بتاريخ: **08-07-2003**؛ بين السيد م ع والمديرية العامة للحماية المدنية ووزير الداخلية للجماعات المحلية؛ حيث حرم الطاعن السيد م ع من الدرجة الثانية للتقاضي نتيجة قصور حق الدفاع أمام مجلس الدولة فقط، ذلك لأن المعني طالب بثبوتته في الرتبة الجديدة كمالزم أول قبل احواله للتقاعد، حيث قضى مجلس الدولة بذلك بتاريخ: **10-04-2000**، أي بأحقية الطاعن في تثبيت نجاحه الى الرتبة الجديدة قبل الاحالة الى التقاعد. غير أن الادارة المركزية لم تستجب ولم تمتثل لذلك، فما كان للطاعن الرفع دعوى من جديد أمام مجلس الدولة في: **14-02-2002** ملتصقا بالزام المديرية العامة للحماية المدنية بالامتنال لقرار مجلس الدولة الأول تحت طائلة التهديد بالغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير، أو الحكم عليها بالتعويض عن الاضرار اللاحقة به نتيجة لعدم الامتنال¹.

حيث أجاب مجلس الدولة بعدم الاختصاص، على اعتبار الدعوى متعلقة بالقضاء الكامل، كما رفعت أمام القاضي الاستعجالي وهو غير مختص كما أجاب.

كما ان القضاء الاداري الجزائري أقر مبدأ حق الدفاع عند مشول الموظف العمومي أمام لجان التأديب، من خلال عديد الاجتهادات القضائية، ومن بين ذلك:

اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ: **21-04-1990** بين ف م ووزير العدل معتبرا انه يحق لكل موظف الذي يحال الى المجلس التأديبي أن يطلع على ملفه التأديبي فور شروعه في اجراءات القضية التأديبية، قبل اتخاذ قرار تأديبي².

وقف تنفيذ قرار اداري باعتباره مخالفا لقاعدة اجرائية شكلية ألا وهي: "عدم احترام الآجال القانونية للاستدعاء أمام اللجان التأديبية". وذلك في القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ: **30/04/2002**، والذي أشار الى أن النظام الداخلي لغرفة الموثقين ينص على ان تاريخ الاستدعاء للمثول أمام اللجنة التأديبية لا يمكن ان يقل عن **12** يوما كاملة، باعتبارها قاعدة شكلية من النظام العام وعدم احترامها يعد خرقا لحق الدفاع المضمون دستوريا³.

وفي هذا السياق يمكن طرح التساؤل في مدى اتساع حق الدفاع للأعوان المؤقتين؟

الاجتهاد القضائي الاداري المغربي يعتبر أن حقوق الدفاع من الضمانات الأساسية المعترف بها للفرد سواء أكان موظفا أم عوناً مؤقتاً، معتبرا انه لا يمكن حرمان العون المؤقت من هذه الضمانة بحجة أن وضعيته الادارية تختلف عن وضعية الموظف الرسمي. ومن قبيل ذلك حكم المحكمة الادارية بمكناس في **06** يناير **2000** والذي جاء فيه: "وحيث أنه وان كان العون المؤقت لا يعتبر موظفا عموماً .. فانه ليس معنى ذلك حرمانه من حق الدفاع بالمرّة، اذ من

1 - أشار اليه لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 303 وما بعدها.

2 - القرار رقم: 75502، المجلة القضائية، ع 03، الجزائر، 1992، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 151.

3 - مجلة مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، ملف 10349، 2002، ع 02، ص 226.

المعلوم فقها وقضاء أن حق الدفاع يعتبر من المبادئ القانونية ويتعين احترامها والتقيدها بما عند ارادة توقيع أي جزاء تأديبي على اثر ارتكاب مخالفة معينة ولو لم يرد هذا الالزام في نص قانوني صريح¹.

2. حق الدفاع لصالح الادارة العامة:

حيث يرى بعض الفقه، أن ذلك يتأتى - حق الدفاع لصالح الادارة العمومية - من خلال تطبيق مبادئ دولة القانون ومن بينها الشرعية القانونية، حيث لا تتخذ السلطة الادارية أي قرار أو اجراء الا موافقا للقانون بمفهومه الواسع².

حيث أكد الفقه أن حق الدفاع لصالح الادارة العمومية ضروري لنشاط الادارة ونجاعة قراراتها وأعمالها وعدالتها كذلك، فضلا عن اتخاذ القرار الاداري دون الانحراف به عن هدفه الأصلي وهو المصلحة العامة³.

ولعل من بين الاجتهادات القضائية الادارية المجسدة لحق الدفاع لصالح الادارة العمومية ضرورة تعليل القرار التأديبي، ولو في ظل غياب نص قانوني يفرض ذلك.

حيث يعد ضمانته للإدارة العمومية من جهة حتى يصدر عنها قرار موافق للشرعية ومجسدا لروح العدالة، كما أنه بالتأكيد ضمانته للموظف العمومي في الاتجاه المقابل.

الفرع الثالث: حق الدفاع في المنازعة الادارية عموما؛ أثر وبناء.

ان حق الدفاع يعتبر المؤسس الأول لفعل الاجتهاد القضائي الاداري من خلال اقرار أول مبدأ قانوني عام خروجاً على النص التشريعي، كما أنه يعد من جهة ثانية ضمانته فعالة للفرد والادارة العامة على السواء، حماية لحقوق الطرفين وضمانا للتوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة.

أولاً: حق الدفاع مؤسس للمبادئ العامة للقانون والاجتهاد القضائي.

ذكرنا في بداية هذا المبحث، أن حق الدفاع يعد من بين أهم المبادئ العامة الجوهرية التي أقرها اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، حيث كان أول اجتهاد قضائي لمبدأ احترام حقوق الدفاع هو ذاته أول حكم يعلن فيه المجلس فكرة وجود مبادئ عامة للقانون واجبة التطبيق حتى بدون وجود نص تشريعي في ذلك، وكان ذلك في سنة 1944⁴.

وهذا يعبر بلا شك أيضاً، ويدل كذلك على دور وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في بناء نظرية القانون الاداري.

¹ - أنظر: محمد بوكطب، " المبادئ العامة للقانون على ضوء الاجتهاد القضائي الاداري المغربي: الوظيفة العمومية نموذجاً"، المنازعات الادارية على ضوء أهم الاجتهادات القضائية، منشورات مجلة العلوم القانونية، ع 3-4، ج 2، ص 41.

² - عزوز بن تمسك، مرجع سابق، ص 27-28.

³ - عزوز بن تمسك، مرجع سابق، ص 28.

⁴ - C.E. 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier- Gravier, Rec, P 133, RDP, 1944, p 156, Concl. Chenot, note jéze.

ولا أدل على اعتبار حق الدفاع مبدأ قانونيا عاما، اعتبره من ضمن حقوق الانسان فضلا على اعتباره من الحقوق الدستورية المكرسة في مختلف دساتير العالم، كما ذكر عمر زودة¹.

فاذا اعتبر القاضي الاداري مبدأ حقوق الدفاع مبدأ عاما للقانون، فقد اعتبره المجلس الدستوري مبدأ أساسيا تقره قوانين الجمهورية وله على هذا الأساس قيمة دستورية. وفي الأصل كان مجال تطبيق المبدأ واحدا في القضائين الاداري والدستوري².

حيث ألغت الادارة العامة ترخيصا كانت قد منحتة الى سيدة فرنسية في اقامة واستغلال أحد الأكشاك على الطريق العام لأجل بيع الصحف والمجلات، حيث كان قرار الادارة العامة بإلغاء قرار الترخيص بناء على ارتكاب صاحبة الكشك خطأ كان كافيا لإصدار مثل ذلك القرار، غير أن مجلس الدولة الفرنسي قرر سحب الترخيص الاداري بسبب "عدم احترام حقوق الدفاع"، دون النظر في مدى جدية الخطأ المرتكب من السيدة. حيث كان على الادارة العامة كما جاء في اجتهاد المجلس ضرورة الاستماع لدفاع المعنية، نظرا لخطورة قرار السحب ومساسه بمركز قانوني مهم³.

وأثر الاجتهاد القضائي في بناء نظرية القانون الاداري هام وواضح هنا، من خلال أنه في هذه القضية لم يكن هناك نص تشريعي وقانوني محدد يتطلب ضرورة مراعاة حقوق الدفاع بالنسبة للقرارات الادارية الصادرة في شأن الأفراد من غير موظفي الحكومة، ولو كانت تلك القرارات تحمل معنى الجزاء، غير انه مادام الموظف العام من حقوقه احترام حق الدفاع من كل قرار اداري قد يمس مركزه سلبا، اجتهاد القضاء الاداري بتطبيق ذلك المبدأ في مجال الوظيفة العامة وغيرها كذلك حيث يكون قرار الادارة جزائيا أو اداريا أو تأديبيا⁴.

ثانيا: حق الدفاع ضمانا للفرد والادارة العامة.

ان احترام حق الدفاع في أصله مستمد من القانون الطبيعي وقواعد العدالة، قبل أن تأتي التشريعات والقوانين لتسنه وتسن ضماناته المتعددة، فهو حق أصيل وأساسي يتمتع به كل شخص قانوني، يخص الأفراد والادارات العمومية على السواء.

¹ - عمر زودة، مرجع سابق، ص 399.

² - مارسو لونغ وآخرون، مرجع سابق، ص 698.

³ - C.E. 5 mai 1944

أشار اليه: مارسو لونغ وآخرون، المرجع سابق، ص 52-53.

⁴ - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 53.

فحق الدفاع كضمانة للفرد، قد يجد مبرره في احترام حرية الانسان، والتي لا أجل منها هو تمكينه أن يدافع عن نفسه متى كان لذلك داع. فحق الدفاع من أعلى وأعلى درجات حقوق الانسان، كرسها الدساتير الوطنية وضممتها في تشريعاتها الاجرائية.

بالإضافة الى ذلك فقه القانون الاداري، كثير ما يربط مبدأ حق الدفاع بدولة القانون، على اعتبار هذه الأخيرة، تسعى الى التطبيق السليم للقانون كمفهوم عام، ولعل من صوره هو تعزيز حق الدفاع لكل من تعسف في حقه عند تطبيق القانون، وتمكينه من أن يدافع على نفسه وحقوقه وحرياته.

في فرنسا هذا المبدأ مرتبط " بالحرية الفردية "، فهو مستلهم من الأفكار الفلسفية خاصة تلك المتعلقة باحترام شخصية الانسان التي تنص عليها مختلف الدساتير الديمقراطية خاصة المتعلقة بالحرية العامة وبضمانات الوظيفة القضائية. أما في ألمانيا فان ضمانة حق الدفاع تجد أساسها في " حرية المواطن " المضمنة دستوريا¹.

وفي الجهة المقابلة، يعد حق الدفاع ضرورة لنشاط الادارة، حيث لا يعد ضرورة من ضرورات العدالة فحسب في المادة الادارية، بل هو أيضا مبدأ للنجاعة باعتبار أنه يحقق معرفة جيدة للوقائع ويساعد على تحسين وضع الادارة، ويضمن قرارا أكثر عدلا، فالإدارة العامة دائما مدعوة قبل اتخاذ أي قرار تجاه المتعاملين معها المعرفة الدقيقة بالوقائع والأحكام القانونية². وبالتالي تصدر قراراتها وفق للشرعية والمشروعية القانونية، ولضوابط الحياد والنزاهة والشفافية الادارية. بالتالي لما يكون حق الدفاع مبدأ قانونيا يتمسك به المتقاضي تجاه الادارة العامة، ويعززه ويطبقة القاضي الاداري، فان الادارة العامة حتما ستلتزم المشروعية القانونية في كثير من أحكامها وقراراتها توخيا لنقض وابطال أعمالها متى حادت عن ذلك.

بالتالي يعد حق الدفاع مبدأ استباقيا يلزم الادارة العامة تطبيق القانون بمفهومه الواسع وعدم التعسف في استعمال امتيازاتها وحقوقها في مواجهة الموظف والأفراد عموما. وضمانة فاعلة لتطبيق سيادة القانون.

ثالثا: حق الدفاع قاعدة لاستمرار تشريع القاضي الاداري.

يرى الباحث، أن تطبيق قاعدة حق الدفاع وضمانها والابقاء عليها كمبدأ قانونيا عاما، ضرورة لا يمكن الاستغناء عليها. بحيث لا يمكن الحديث عن عدالة نزيهة وشفافة ما لم يكن مبدأ حق الدفاع مكرسا ومطبقا ومضمونا للمتقاضين عموما، سواء في القضاء العادي المدني أو الجزائي أو الاداري كذلك.

¹ - عزوز بن تمسك، مرجع سابق، ص 25.

² - المرجع نفسه، ص 27-28.

حيث في النظام القضائي لو يطمس حق الدفاع لأي سبب كان فإننا نخرج عن مبادئ المحاكمة العادلة المنصفة، والنزاهة الشفافة.

تبعاً لذلك يرى الباحث أن، بقاء دور القاضي الاداري اجتهادا في تشريع مبادئ القانون الاداري ومن بينها قواعد ضامنة لحق الدفاع ضرورة ملحة، ومستمرة. لا يمكن أن تقف عند حد معين يقال معه اكتمال مضمون وضمائمات تطبيق حق الدفاع، حيث هذا الحق يتطور مضامنيا كما ذكرنا أننا لتطور موضوعات القانون الاداري وتطور التنازعات الادارية بالتبعية.

فناطق تدخل مبدأ حقوق الدفاع في المجال الاداري، قد اتسع بعمل الاجتهاد القضائي المستمر والذي تطور هو نفسه، في حالات عديدة من بينها حالات الضبط الاداري، مواكبا تطور النصوص¹.

كما أن اصرار القاضي الاداري وثباته في تطبيق مبادئ حقوق الدفاع لم يكن غريبا، خاصة مع الاقرار للمجلس الدستوري - الفرنسي - له باعتباره مبدأ أساسيا تقره قوانين الجمهورية، وهذا سواء في المجال الجنائي أو في المجال الاداري².

بالتالي؛ من خلال ما سبق يمكن تقرير أن الاجتهاد القضائي خاصة لمجلس الدولة الفرنسي - وحتى الجزائري - حقق تقدما حاسما، حينما جعل من احترام حقوق الدفاع مبدأ من المبادئ العامة للقانون يطبق حتى عند عدم وجود نص يقره صراحة. ولا أهمية لما اذا كان القرار اداليا أو قضائيا أو يتعلق بموظف أم لا: فبمجرد ما يمس مركزا فرديا وتكون له صفة الجزاء يجب على الجهة التي تتخذه احترام حقوق الدفاع³.

¹ - مارسو لونغ وآخرون، مرجع سابق، ص 369.

² - المرجع نفسه، ص 372.

³ - المرجع نفسه، ص 180.

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي في حق التقاضي.

يعتبر حق التقاضي أحد أهم الحقوق والحريات الضامنة للحقوق والحريات الأخرى، فلا يمكن تصور حماية جدية للحقوق في ظل غياب حماية قضائية بها، لذلك يعد حق التقاضي من الحقوق اللصيقة بالإنسان والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال التنازل عنها.

وحق التقاضي يعرف بأنه حق كل فرد الى اللجوء الى قاضيه الطبيعي، عندما تتعرض أي من حقوقه أو حرياته أو مصالحه المعترف بها عموما الى المساس أو التهديد. ويعتبر من الحقوق الأساسية العامة المحمية دستوريا بموجب المادة 165 من دستور 1996 الساري المفعول¹، وهو حق لصيق بالشخصية، مكفول دستوريا وقانونيا لجميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، لا يسقط بالتقادم، ولا يجوز التنازل عنه، يخول لكل شخص تتوافر فيه الأهلية الإجرائية ويدعي حقا عينيا أو شخصيا².

نص عليه الدستور المغربي لسنة 2011 في الفصل 118 منه: "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون.

كل قرار اتخذ في المجال الاداري، سواء أكان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الهيئات القضائية الادارية المختصة"³.

ووفقا للمادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ترفع الدعوى أمام القضاء للمطالبة باسترداد الحق أو حمايته أو حماية مركز قانوني نوزع فيه، أو التعويض عن المساس بهما⁴.

أن حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة، وتبعاً لذلك فإن من يستعمل حقه في التقاضي لا يضر بالغير إلا إذا كان هذا الاستعمال مقصوداً منه الإضرار..."⁵ لذا فالتقاضي صار في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية منصوص عليه صراحة بموجب المادة الثالثة. ومن الناحية العملية التطبيقية يمكن لحق التقاضي أن يبرز ويتجسد من خلال تكريس قاعدة تعدد درجات التقاضي (المطلب الأول)، والطعن بالنقض أمام مجلس الدولة (المطلب الثاني)، إضافة الى مبدأ الاستعانة بمحام (المطلب الثالث).

1 - المادة 165 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

2 - بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 20

3 - الفصل 118 من الدستور المغربي لسنة 2011.

4 - المادة 3 من ق ا م ا ج.

5 - بريارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 21.

المطلب الأول: مبدأ تعدد درجات التقاضي والاجتهاد القضائي.

يعتبر تعدد درجات التقاضي من المبادئ الأساسية والعملية في تجسيد مبدأ حق التقاضي، كفلته مختلف الدساتير والتشريعات، لما يوفره من حماية خاصة للمتقاضي، ويحقق معه مبدأ الاطمئنان القضائي، لما يعلم ذات المتقاضي أن هناك قاضيا أعلى يمكن أن ينظر دعواه لما لا يستجيب القاضي مطلبه.

كما لذات المبدأ أثر بين في بناء نظرية القانون الاداري، خاصة وأنه يمثل حوارا غير مباشر بين اجتهادات مختلفة لجهات قضائية ادارية.

نبين بداية الأساس القانوني لمبدأ التقاضي على درجتين (الفرع الأول)، ثم أثر تعدد درجات التقاضي في بناء القاعدة القانونية الادارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ التقاضي على درجتين.

في تحديد الأساس القانوني لمبدأ التقاضي على درجتين، يمكن للباحث تعريفه بداية، ثم يحدد أساسه.

أولا: تعريف مبدأ التقاضي على درجتين.

من بين المبادئ التي كرسها المشرع الاجرائي الجزائري مبدأ التقاضي على درجتين، حيث يخول لكل من لم يقتنع ولم يقبل بالحكم الصادر عن قضاء الدرجة الأولى، رفع النزاع أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة الأولى واصدار حكم تراه مناسباً، وذلك اما بتأييد وتأكيده الحكم السابق أو تصحيحه أو تعديله¹.

وبمعنى آخر يجوز للخصم الذي يخفق في دعواه أمام المحكمة التي نظرت في القضية لأول مرة، أن يلجأ مرة ثانية الى جهة أعلى درجة لإعادة النظر في قضاء المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه².

فمعظم التشريعات المقارنة تأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين مع استثناءات خاصة مراعاة لعدم جدوى التقاضي لدرجة أعلى لضالة قيمة المطلوب وتعويضه، أو ظروف انسانية³.

ولقد عرفه بعضهم بأنه " اعادة طرح النزاع بعد الحكم فيه مرة أخرى أمام محكمة أعلى درجة لنظره من حيث الوقائع والقانون وتحكم فيه "، أو " اتاحة الفرصة للخصم الذي حكم لغير صالحه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة للفصل فيه من جديد ". وعرفه البعض " رفع الدعوى أولا الى محكمة تسمى محكمة الدرجة الأولى ثم يكون للمحكوم

¹ - رشيد خلوفي، النظام القضائي الجزائري، مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 71.

² - عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 28.

³ - المرجع نفسه، ص 29.

عليه حق التظلم من حكمها باستئنافه الى محكمة عليا تسمى محكمة الدرجة الثانية، أو المحكمة الاستئنافية، حيث يطرح النزاع أمامها من جديد للفصل فيه بحكم نهائي¹.

فقاعدة تعدد درجات التقاضي أو التقاضي على درجتين هي من المبادئ العامة الاجرائية للقانون، حيث أتيح لمجلس الدولة الفرنسي تأكيد هذا المعنى في قضية فيرنون *Vernon*، والتي جاء فيها ان رئيس الدولة حين ممارسته لسلطته اللائحية ليس من حقه ان يخالف قاعدة تعدد درجات التقاضي في المستعمرات الفرنسية المطبقة في المحاكم الادارية بدون نص، وان القانون وحده يمكنه استبعاد تلك القاعدة².

يكفل التقاضي على درجتين نظر النزاع الواحد بكل عناصره أمام محكمتين على التوالي بحيث يعاد طرحه في المرة الثانية أمام محكمة أعلى درجة لتنظر فيه من جديد، توخيا لتعديل الحكم أو الغائه، أو تأكيده بحسب الاحوال³.

ويمكن ربط مبدأ التقاضي على درجتين، بتحقيق مزايا تتعلق بفلسفة القانون وفكرة العدالة، حيث يتيح لمن تضرر من قضاء أول درجة، إعادة طرح النزاع مجددا بهدف فحصه وتمحيصه من لدن قاض أعلى درجة وأكثر خبرة ودراية ليقوم بإصلاح ما صدر من عيوب سواء تعلقت بالإجراءات أم بتقدير الوقائع أم بأعمال القانون، ولذلك يستجيب لفكرة التظلم من قضاء معيب صادر عن أول درجة، كما له دور في مواجهة مثالب القضاء الصادر عن بشر ليس معصوما او منزها عن الخطأ والنسيان، ويهيء السبيل لاستدراك أوجه الخلل والقصور فضلا عن الغش والتضليل الذي يقع فيه الخصوم أو يقارفونه كيفما شاءوا⁴.

وان حسن سير القضاء يقضي بعدم فتح باب الطعن في جميع الأحكام المرة تلو الأخرى مما قد يؤدي الى تخليد الخصومات، حيث يكتفى بدرجتين قضائيتين فقط، تعلوها محكمة قانون عليا⁵.

لذلك تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين يحقق أهدافا أساسية تتعلق بالتطبيق السليم للقانون، وتحقيق عدالة الأحكام والقرارات القضائية، وضمان حقوق الدفاع.

¹ - أشار الى ذلك: علي يوسف محمد علوان، التقاضي الاداري على درجتين ودوره في الحفاظ على الحقوق والحريات الفردية، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 43، ع 1، 2016، الجامعة الأردنية.

² - C.E. 4 Fevrier 1944, Vernon, Rec. P 46; R.D.P. 1944, P 171, concl. Chenotnote Jéze.

³ - سعد ابراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ط 1980، ص 410 وما بعدها. وعباس العبودي، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية، ط 1، ص 369. نقلا عن: ابراهيم حرب محيسن، مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 19، ع 1، 2012، الجامعة الأردنية، ص 2.

⁴ - عمر والي، الطعن بالاستئناف، ص 5، 7. نقلا عن: ابراهيم حرب محيسن، مرجع سابق، ص 2.

⁵ - عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 29.

فصوص التشريع لا تكون دائما وفي كل الحالات واضحة وجلية يسهل الوصول الى معناها الحقيقي ومدلولها الذي قصده المشرع، أو قد يكون له أكثر من معنى ومدلول واحد، لذلك وجود درجة ثانية للتقاضي ضرورة أكيدة، خاصة لما تكون درجة تضم ذوو خبرة وكفاءة نظرا للفترة التي يقضونها في الخدمة القضائية مقارنة بالدرجة الأولى¹. فمبدأ التقاضي على درجتين بما يكفله من امكانية عرض النزاع على هيئة ثانية لإعادة النظر فيه، من شأنه أن يؤدي الى التطبيق السليم والصحيح للقانون. فان أخطأ قاضي الدرجة الأولى يستدرك هذا الخطأ سواء في الوقائع أو في القانون².

ومن جهة ثانية ليس من السهل على القاضي أن يصل الى حكم عادل بين أطراف النزاع، فخطأ القاضي أمر قد يكون لخطأ في التقدير. لذلك عرض حكم قاضي الدرجة الأولى على قاض من الدرجة الثانية ضروري لتحقيق عدالة الاحكام والقرارات القضائية، ولو كان هيئة قضاء الدرجة الأولى هيئة جماعية³.

كما أن من أهداف التقاضي على درجتين، أيضا تجسيد مبدأ حق الدفاع، حيث من حق كل خصم الدفاع مباشرة الخصام بنفسه أو بواسطة وكيل يوكله بذلك، في درجة ثانية تعلق الدرجة الأولى، على اعتبار أن انهاء كل أطوار الخصومة وسد باب النزاع على مستوى درجة واحدة من التقاضي دون غيرها من شأنه المساس بحقوق الدفاع⁴. فليس هناك ما يمنع من إعادة بحث الخصام في درجة تقاضي تعلق الدرجة الأولى، متى كان أساس ذلك تعزيز وتكريس أحد المبادئ الأساسية للإنسان، وهو حق الدفاع من جهة أولى، والبحث على عنوان للعدالة وللحقيقة في درجة قضائية قد تستدرك خطأ قضاة الدرجة الأولى من جهة ثانية.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مبدأ التقاضي على درجتين.

في تبين موقف المشرع الجزائري من مبدأ التقاضي على درجتين، يمكن توضيح مدى دسترة هذا المبدأ بداية، حيث بالرجوع الى أحكام الدستور الجزائري الحالي، يجده نص على المبدأ في نص المادة 165 منه لما نص: "يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه"⁵.

وفي المادة 168 منه نص على: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الادارية"¹.

1 - فريد علواش، مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الادارية حالة الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع2، ص 262.

2 - عمار بوضياف، القضاء الاداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 24.

3 - المرجع نفسه، ص 23.

4 - أنظر: المرجع نفسه، ص 25.

5 - المادة 165 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

حيث في المادة الأولى - 165 - جاء الدستور ليصحح مساراً في القضاء الجزائري، وتبني لإصلاح نودي به في المادة الجزائرية، حيث نص على مبدأ التقاضي على درجتين في جميع المواد، العادية والإدارية، وتبعاً لذلك أصبح المبدأ مدسّراً بصفة صريحة. أما المادة الثانية - 161 - فهي ليست صريحة بتبني مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الادارية، انما صرحت بإمكانية الطعن في قرارات السلطات الادارية دون تحديد لدرجاته.

في دستور 2014 التونسي على سبيل المثال، قام بدسترة صريحة لمبدأ التقاضي على درجتين اجمالاً في القضاء العدلي والاداري والمالي، وذلك في القسم الأول من الباب الخامس المتعلق بالسلطة القضائية، في الفصل 108 الفقرة الثانية منه، حيث نصت: "ويضمن القانون التقاضي على درجتين"².

وبالرجوع الى القانون الاجرائي، نجد المادة السادسة من قانون رقم: 09/08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري نصت على أنه: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"³. وعليه المشرع الاجرائي أخذ بقاعدة التقاضي على درجتين كأصل عام، سواء في المادة العادية أو المادة الادارية، وهو ما أكده في نص المادة 33 من القانون الاجرائي أيضاً في فقرتها الأخيرة بخصوص الدعاوى العادية: "وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف"⁴. ويستثنى من ذلك ما نص عليه القانون كما جاء في نص المادة 33 السالفة الذكر في فقرتها الأولى، حيث: "حيث تفصل المحكمة في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها 200.000 دينار جزائري".

حيث تستأنف أحكام المحاكم أمام المجالس القضائية باعتبارها الدرجة الثانية للتقاضي تنظر وتفصل كجهة استئنافية لأحكام المحاكم ولو وجد خطأ في وصفها. فيختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولو كان وصفها خاطئاً⁵.

وأقرت المادة 339 من ق ا م ا ذات الحكم لما نصت على: "تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون"⁶. حيث تعد جهات الاستئناف بذلك بحق درجة ثانية من درجات التقاضي تتيح للخصوم من جديد فحص دعواهما أمام جهة تعلو جهة القضاء الدنيا.

1 - المادة 168 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

2 المادة 108 من دستور 2014 التونسي.

3 - القانون رقم: 08-09 المتضمن ق ا م ا ج، المادة 06

4 - القانون رقم: 08-09 المتضمن ق ا م ا ج، المادة 33.

5 - القانون رقم: 08-09 ق ا م ا ج، المادة 34.

6 - القانون رقم: 08-09 من ق ا م ا ج، المادة 339.

وذات الحكم بخصوص الدعاوى الادارية وذلك في نص المادة 800 منه حيث نصت أن المحاكم الادارية: .. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا ..¹.
وفي المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون رقم: 98-02 المتعلق بالمحاكم الادارية على أن: " أحكام المحاكم الادارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "².
وذلك ما جسده في قانون التنظيم القضائي رقم: 05-11 في المادة 10 منه والتي نصت على أن: " المحكمة درجة أولى للتقاضي "³.

فمقصد المشرع من اقرار قاعدة التقاضي على درجتين، هو توفير الحياد والموضوعية في اصدار الأحكام والقرارات القضائية، لما تراجع أحكام الدرجات الأولى في درجة ثانية تعلوها.
لذلك يشير عمار بوضياف أنه يجب أن لا يكون في هيئة الحكم في الدرجة الثانية من قضى في الدرجة الأولى في ذات النزاع، وذلك في معرض تعليقه على اجتهادين للمحكمة العليا، يخص الأول الغرفة الاجتماعية في قرار لها بتاريخ: 01-04-1985، والثاني للغرفة المدنية في قرار بتاريخ: 03-04-1985. حيث أقرت الغرفة الأولى اجازة مشاركة قاضي الدرجة الأولى في هيئة الحكم للدرجة الثانية، بينما اعتبرت الغرفة المدنية مشاركة قاضي الدرجة الأولى في هيئة الاستئناف مساس صارخ وانتهاك لمبدأ التقاضي على درجتين⁴.
حيث يعتبر عمار بوضياف أن القرار الثاني للغرفة المدنية أكثر دقة وأكثر حرصا وتطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين⁵.

الفرع الثاني: الاصلاح التنظيمي للقضاء الاداري في فرنسا والجزائر.

نبين بداية أثر الاصلاح التنظيمي للقضاء الاداري الفرنسي، في بناء القاعدة القانونية الادارية أولا، ثم تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين في تنظيم القضاء الاداري الجزائري.
أولا: أثر الاصلاح التنظيمي للقضاء الاداري الفرنسي في بناء القاعدة القانونية الادارية.
تمثلت البداية التاريخية للقضاء الاداري الفرنسي في نشأة مجلس الدولة الفرنسي على يد نابليون بونابرت بمقتضى المادة 52 من دستور السنة الثامنة لإعلان الجمهورية بعد الثورة الفرنسية لعام 1789، حيث ظل مجلس الدولة

1 - القانون رقم: 08-09 المتضمن ق ا م ا ج، المادة 800.

2 - القانون رقم: 98-02 المتعلق بالمحاكم الادارية، المادة 02.

3 - القانون العضوي: 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي، المادة 10.

4 - عمار بوضياف، القضاء الاداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 28-29-30-31.

5 - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 30.

ما يقارب الربع الأخير من القرن 19 مجرد هيئة استشارية، وان كان هذا الدور الاستشاري العام قد تضمن وظيفة ادارية تمثلت في صياغة مشروعات القوانين واللوائح الحكومية، وتقديم الفتوى للحكومة وللجهات الادارية، ومن ناحية أخرى وظيفة من طبيعة قضائية تمثلت في اقتراح الحلول في المنازعات الادارية. حيث كان في البداية لا يصدر أحكاما قطعية وملزمة وذلك تحت اطار ما سمي بمرحلة القضاء المقيد، ثم تطور دوره الى ما سمي بمرحلة القضاء المفوض، وصولا الى مرحلة القضاء البات وذلك بمقتضى قانون 24 ماي 1872 حيث منح مجلس الدولة وصف "القضاء المفوض".

وظل مجلس الدولة قاضي القانون العام في المنازعة الادارية حتى عام 1953، حيث سحب هذه السنة اصلاح قضائي من خلال مرسوم 1953/09/30 تمثل في اعطاء المحاكم الادارية الاقليمية وصف القاضي العام في المنازعة الادارية بعد ان غير من تسميتها القديمة مجالس الاقاليم، وهكذا لم يعد مجلس الدولة هو قاضي القانون العام كأول وآخر درجة في منازعات الأفراد مع الإدارة، بل انتقل هذا الاختصاص القضائي العام الى المحاكم الادارية كقضاة الدرجة الاولى. حيث قالو أن روح الاصلاح القضائي لعام 1953 كانت تتجه الى اعلاء دور مجلس الدولة بوصفه قيادة قضائية عليا في نطاق القضاء الاداري العام، حتى يقوم بهذه الصفة بإقرار مبادئ القانون الاداري العام وضمان وحدة القضاء الاداري¹.

ونظرا أن اي اصلاح يعوزه الكمال المطلق حيث يحتاج بمرور الزمن وتطبيقاته العملية الى ضرورة اصلاح جديدة، حيث ازدادت المنازعات الاستئنافية أمام مجلس الدولة بدرجة كبيرة، وأدى الى اختناق المجلس، مما دعا الحكومة الى دعوة مجلس الدولة لاقتراح الحلول الممكنة بحكم خبرته، ومنذ نهاية السبعينات ومجلس الدولة يفكر بواسطة خبراءه المستشارين في ظل مجموعات عمل، في الاصلاحات الممكنة².

حيث جاء هذا الاصلاح في قانون 1987/12/31 والذي أحدث ثورة في القضاء الاداري على حد تعبير بعض الفقهاء، وذلك بنقله اختصاص مجلس الدولة كقاضي عام في المنازعات الادارية الابتدائية فيما عدا بعض المسائل المحددة بنص خاص، الى المحاكم الادارية التي اصبحت هي الدرجة الاولى ذو الاختصاص العام، وفي المقابل تحول مجلس الدولة اساسا الى قاضي استئناف عام بالنسبة لأحكام المحاكم الادارية. وجوهر الاصلاح القضائي لعام 1987 تتمثل فكرته في عدم اعتبار مجلس الدولة وحده قاضي الاستئناف العام، من خلال انشاء محاكم ادارية استئنافية انتقل اليها

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الادارية الاستئنافية في فرنسا، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية مصر، ص 07.

² - Marceau Long, Une réforme pour préparer l'avenir, Revue Française de droit administratif, mars-avril, 1988, p 163.

جانب هام من تلك المنازعات الاستئنافية، يقتصر دور مجلس الدولة بشأنها على وصف قاضي النقض في احكام تلك المحاكم الاستئنافية¹.

ان قانون اصلاح القضاء الاداري الفرنسي الصادر في 1987/12/31 استهدف تحقيق هدفين رئيسين؛ الأول تخفيف العبء القضائي عن مجلس الدولة، الذي أصبح ضرورة مطلقة، والثاني هو استكمال وارقاء البناء العام للقضاء الاداري الفرنسي².

1. تخفيف العبء القضائي عن مجلس الدولة:

الهدف المباشر للإصلاح القضائي في 1987/12/31 هو انتشار مجلس الدولة الفرنسي وانقاده من طوفان الطعون والمنازعات القضائية التي لم يعد قادرا على مواجهتها بأحكام ملائمة وفي زمن قضائي معقول، مع الاحتفاظ بالخصائص والمميزات الاساسية للمجلس فالحفاظ على وظيفتيه الاساسيتين وهما الوظيفة الاستشارية باعتباره مستشار الحكومة الاول، والقضائية³.

حيث ابرز الاستاذ Pacteau وعضو مجلس الدولة Stirn، منذ نهاية السبعينات وحتى منتصف الثمانينات بدأ مجلس الدولة يئن تحت ضغط سيل القضايا والطعون، الى حد جد خطير يهدده بالاختناق والشلل⁴.

فطبقا لبعض الاحصائيات في الفترة الممتدة من عام 1956 الى عام 1976 كان عدد الطعون معقولا يتراوح بين 3000 الى 4000 قضية سنوية، لكن سرعان ما قفز هذا العدد للطعون القضائية فجأة وبطريقة خطيرة، خاصة بإحصاء عام الاصلاح التشريعي لسنة 1987 حيث تم احصاء 9659 قضية وطعن مقدمة الى مجلس الدولة، وهي تعبر عن كم هائل للقضايا وان كانت غير مرتبطة جميعها بالطعن بالاستئناف ضد محاكم الدرجة الاولى حيث تدخل معها قضايا التي ترفع للمجلس مباشرة باعتباره صاحب الولاية في ذلك ابتدائيا، نتج عن ذلك تضخم قضائي وتراكم مخزون قضائي كبير جدا⁵.

وازاء المخاطر الكبيرة للعبء القضائي فوق الطاقة، ارتفعت الأصوات لانقاذ مجلس الدولة من الاختناق، حيث تمت الدعوى من البعض الى تدعيم المجلس بطاقم كبير من الموظفين والاستشاريين والقضاة بدعوى تخفيف العبء القضائي

¹ Marceau Long , op.cit, p 94.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الادارية الاستئنافية، مرجع سابق، ص 13.

³ - المرجع نفسه، ص 13، 14.

⁴ -B.Pacteau, article précité, p 168; Bernard Stirn, article précité, p 187.

⁵ - محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الادارية الاستئنافية، مرجع سابق، ص 18، 19.

على مجلس الدولة، غير ان ذات المجلس والفقهاء القانوني العام عارضوا هذا التوجه لضمان القيمة الادبية العليا للمجلس، ولعدم فاعلية هذا المسلك في علاج التضخم القضائي¹. وبالتالي جاء الاصلاح التشريعي الذي نتكلم عنه.

2. استكمال رقي وبناء القضاء الاداري الفرنسي.

التنظيم الجديد الذي جاء به قانون الاصلاح القضائي لسنة 1987 وضع بناء متكاملا واضحا للقضاء الاداري، على غرار التنظيم القضائي العام للقضاء العادي، حيث جسد في ثلاث مستويات متصاعدة، محاكم ادارية في القاعدة، ومحاكم ادارية استئنافية المنشئة بموجب القانون الجديد بواقع خمس محاكم موزعة جغرافيا على اقاليم فرنسا، حيث اصبحت تمثل محاكم الدرجة الثانية في التقاضي الاداري تختص بالفصل في الاحكام المستأنفة من قبل المحاكم الادارية، وفي المستوى الثالث الاعلى يأتي مجلس الدولة باعتباره قائد القضاء الاداري الفرنسي².

حيث يرى دراجو ان انشاء نظام قضائي اداري متكامل بطبقاته الثلاثة، من شأنه ان يؤدي الى احكام ودقة اكبر في بناء القواعد الموضوعية للقانون الاداري، بسبب القضاء الاصيل المرتقب للمحاكم الاستئنافية الجديدة، والذي من شأنه ان يحو ذلك الطابع المتواضع والضحل لأحكام المحاكم الادارية الابتدائية. والقانون الاداري سيصبح اكثر حيوية، هذا هو الامل الكبير الذي يبعثه الاصلاح الجديد³.

ان التنظيم الجديد للقضاء الاداري الفرنسي كرس مكانة أكثر وقار لمجلس الدولة الفرنسي، من خلال تعاضم دوره في قضاء النقض، مقارنة عن المرحلة السابقة لقانون 1987، قاضي نقض يعني قاضي قانون أكثر من كونه قاضي الوقائع، وذلك يسمح له بتركيز جهد أكبر في ممارسة القيادة القانونية العليا في مجال القضاء الاداري كله، منا يسمح له اكثر بقيادة الجهود نحو توحيد وتطوير القانون الاداري، وبمساعدة المحاكم الاستئنافية التي تعمل تحت اشرافه ورقابته⁴.

ان التنظيم الثلاثي للقضاء الاداري الفرنسي-محاكم ادارية-محاكم استئناف-مجلس الدولة-يساهم وبلا شك في تطوير الاجتهاد القضائي الاداري الذي هو منوط اساسا بأعلى هيئة قضائية الا وهي مجلس الدولة، وذلك يتيح بلا شك في تطوير المادة الادارية من خلال بناء قواعد موضوعية واجرائية ادارية متى دعت الحاجة الى ذلك في ظل ظروف قضائية مواتية متاحة للجهاز القضائي الاداري. حيث تحرير مجلس الدولة الفرنسي من الارث القضائي الكبير الذي ورثه منذ انشائه عام 1800 وتركه او حالته الى قضاء الاستئناف مع القضاء الادني يساهم بشكل اكيد في توجه هذه الهيئة القضائية الى مهمة الجليلة في الاجتهاد القضائي واثراء القاعدة القانونية الادارية بشقيها الموضوعي والاجرائي.

¹ - Bernard Pacteau, article précité, p 170

² - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها.

³ - Ronald Drago, Les cours administratives d'appel, article Rev.fr.dr.adm, mars-avril 1988, p 206

⁴ - محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الادارية الاستئنافية، مرجع سابق، ص 27.

ثانيا: مبدأ التقاضي على درجتين في القضاء الاداري الجزائري.

يمكن للباحث أن يتطرق لمبدأ التقاضي على درجتين في القضاء الاداري الجزائري، من خلال تبين لمحة عن التطور القضائي له بداية، ثم عن انتهاك مبدأ التقاضي على درجتين بخصوصه.

1. لمحة عن التطور القضائي الاداري في الجزائر:

عادة استرجاع السيادة الوطنية سنة 1962 وجدت الدولة الجزائرية نفسها امام مجموعة عوائق ومخلفات العهد الاستعماري على جميع الاصعدة، وكان بين خيارين اما الاستمرار في تطبيق التشريع الفرنسي مدة معينة او ان تستغني عن هذا التشريع، حيث حسم القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 الموقف باستمرارية تطبيق التشريع الفرنسي الا ما كان متنافيا مع السيادة الوطنية، وتم بموجب القانون رقم 63-218 المؤرخ في 18-06-1963 انشاء المجلس الاعلى باعتباره جهة قضاء عليا للقضاء العادي والقضاء الاداري على السواء، حيث جاء في المادة الاولى منه معلنة فصل المجلس الاعلى في قضايا القانون الخاص والقانون الاجتماعي والقانون الجنائي والقانون الاداري، ووجدت المادة الثانية منه عدد غرفه بأربعة غرف وهي غرفة القانون الخاص وغرفة القانون الاجتماعي والغرفة الجنائية والغرفة الادارية، حيث هذه الاخيرة تختص بالفصل في كل قضية تخرج عن اختصاص المحاكم الادارية، هذه الاخيرة تم الابقاء عليها من الارث الاستعماري الفرنسي في ثلاث مناطق وهي المحكمة الادارية بالجزائر العاصمة وقسنطينة ووهران بموجب القانون رقم 62-157.

الاصلاح القضائي لسنة 1965 جاء بعد المرحلة الانتقالية كما سماه عمار بوضياف لاحتفاظ المشرع بالتشريع الفرنسي، وكان ذلك بمناسبة الامر رقم: 65-278 المؤرخ في: 16-11-1965 المتضمن التنظيم القضائي والذي الغى المحاكم الادارية الثلاث بالجزائر ووهران وقسنطينة، واستحدثت غرف ادارية على مستوى المجالس القضائية والتي كانت في البداية ثلاث غرف كما كان الوضع في السابق في العاصمة ووهران وقسنطينة، مع بقاء الغرفة الادارية على مستوى المجلس الأعلى.

أي ان على مستوى المنازعة الادارية احتفظ بطابع الدرجتين مطلقا، غرفة ادارية على مستوى المجلس القضائي وغرفة ادارية على مستوى المجلس الأعلى.

ثم تم توسيع هياكل المنازعة الادارية من خلال اصلاح 1986 بموجب القانون رقم: 86-01 المؤرخ في: 28-06-1986، والذي صدر بموجبه المرسوم رقم: 86-107 المؤرخ في: 29-04-1986 ليرفع عدد الغرف الادارية من ثلاثة الى عشرين غرفة.

وبعد المصادقة على دستور 1989 وما تلا ذلك من اصلاحات قضائية كان من بينها الاصلاح الذي جاء في القانون رقم: 90-23 المؤرخ في 18-أوت-1990 حيث كرس في المنازعات الادارية توسعة هيكل الغرف الادارية الى 31 غرفة على مستوى المجالس القضائية، وهي غرف محلية مع وضع غرف ادارية جهوية على مستوى العاصمة وقسنطينة ووهران اضافة الى ورقلة وبشار، مع وجود الغرفة الادارية على مستوى المحكمة العليا.

وأخيرا في ظل الاصلاح الدستوري لسنة 1996 دخلت البلاد لنظام قضائي جديد من خلال تبني نظام ازدواجية القضاء والقانون من خلال استحداث مجلس الدولة بموجب المادة 152 من دستور 1996 كما تم استحداث محاكم ادارية بموجب القانون العضوي 98-02 المؤرخ في 30-05-1998، مع انشاء محكمة لتنازع الاختصاص بموجب المادة 152-04 من دستور 1996 وصدر قانونها العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998.

2. انتهاك مبدأ التقاضي على درجتين:

يعد تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية لقيام العدالة، فالحكم القضائي وان كان عنوانا للحقيقة ومانعا لإعادة طرح النزاع أمام القضاء، الا انه عمل بشري يشوبه الخطأ والتقصير، حيث قد يجيد القاضي عن جادة الصواب، تحيزا أو قلة تركيز في تمحيص الوقائع، أو لقلة المام بقواعد القانون وكيفية تطبيقها، لذلك يتاح للخصم فرصة الطعن على ذلك الحكم أمام جهة قضائية أعلى¹.

وقد بينا في الفقرة السابقة الأساس القانوني لهذا المبدأ، ومن ذلك في المادة 800 من ق ا م ا ج التي نصت على أن: "المحاكم الادارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية. تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا فيها"².

الا ان انتهاك مبدأ التقاضي على درجتين في التنظيم القضائي الاداري الجزائري أتى في صور، منها منح المشرع اختصاصات منفردة لمجلس الدولة للطعن أمامه ابتدائيا ونهائيا، حيث يجب على المتقاضي طريق الطعن العادية أمامه - الطعن بالاستئناف - ، ويبقى فقط طريق الطعن غير العادية وهي التماس اعادة النظر والطعن بالنقض. حيث أدوات الدفاع في طرق الطعن العادية أوسع وأشمل من طرق الطعن غير العادية³.

فالملاحظ ان القانون الاجرائي أي قانون الاجراءات المدنية والادارية الساري المفعول، منح مبدأ التقاضي على درجتين في المادة المدنية العادية اهتماما تنظيميا وهيكلية، من خلال نصوصه بداية، ومن خلال الهيكلية القضائية القائمة

¹ - بشير بلعيد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الادارية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 107.

² - المادة 800 من ق ا م ا ج.

³ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية القسم الأول، مرجع سابق، ص 146.

على وجود محاكم دنيا تعلوها مجالس قضائية كجهة استئناف، تعلوها محكمة عليا كمحكمة مقومة لأعمال الجهات الدنيا ومهتمة بتوحيد الاجتهاد القضائي في كل ذلك.

بينما على مستوى التنظيم القضائي الاداري، اعتبار مجلس الدولة جهة عليا فاصلة كدرجة أولى ونهائية في بعض المنازعات على سبيل الحصر أمر يدعو الى تعقد الاجراءات القضائية في المادة الادارية. حيث كما يقول الأستاذ عمار بوضياف كان من الأفضل لو أسند الأمر ذاته الى المحكمة الادارية بالجزائر العاصمة ولو بتشكيلة خاصة تنظر فيها بصفة ابتدائية ويكون قرارها قابلا للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة، حتى نكرس مبدأ التقاضي على درجتين¹.

حيث الدور القضائي الحالي لمجلس الدولة باعتباره جهة للقضاء الابتدائي النهائي ينتهك طريقا من طرق الطعن التي كفلها قانون الاجراءات المدنية والادارية ألا وهو طريق الاستئناف، ويبعث حالة من عدم تكافؤ الفرص بين المتقاضين في مجالي القضاء العادي والقضاء الاداري².

حيث يدعو الاستاذ عمار بوضياف الى امكانية تحويل الاختصاص الابتدائي النهائي لمجلس الدولة الى المحكمة الادارية بالجزائر العاصمة، وتفرغ مجلس الدولة لما هو أهم وما هو اختصاصه الأصيل في الاجتهاد وابتداع النقص التشريعي الاداري عندما يعرض له ذلك الأمر، تطبيقا لما جاء في نص المادة 152 من الدستور الحالي³.

الفرع الثالث: أثر التقاضي على درجتين في بناء القاعدة القانونية الادارية.

ان الناظر لمسألة تعددية درجات التقاضي سواء في القضاء العادي أو الاداري قد يتساءل عن سبب ذلك، خاصة وأن وظيفة القاضي فصل النزاع بين طرفين، والحال أن القاضي حكمه مفترض فيه الحياد والعدالة بين المتخاصمين، فما الداعي لتعدد درجات التقاضي ولما لا يكتفى بدرجة واحدة أولى ونهائية.

أولا: الطعن بالاستئناف يعزز الاجتهاد القضائي الاداري.

بعد الطعن القضائي من بين ضمانات المحاكمة العادلة، والطعن بالاستئناف أحد أوجه الطعن القضائي العادية والذي ظهر كفكرة أولى في القضاء والمادة المدنية، ليتوسع ويشمل المادة الادارية، التي ارتبطت بتطور القانون والقضاء الاداري في فرنسا الذي يعد مهد الازدواجية القضائية.

1. في تعريف الطعن بالاستئناف:

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية القسم الأول، مرجع سابق، ص 148.

² - المرجع نفسه، ص 147.

³ - المرجع نفسه، ص 147.

عرف كل من Charles Dabbasch et Jean Claude Ricci الاستئناف بأنه هو طريق من طرق الطعن في الأحكام الادارية، بواسطته يستطيع الخصم المضرور من الحكم الصادر ضده من محكمة أول درجة الطعن فيه أمام محكمة أعلى لاعادة النظر في الدعوى مرة ثانية¹.

وعرفه Renué Chapus بأنه طريق من طرق الطعن بواسطته تخضع أحكام محاكم الدرجة الأولى لرقابة محكمة درجة ثانية، وبموجب هذه الرقابة تستطيع محكمة الاستئناف الغاء أو تعديل حكم محكمة أول درجة لصدوره وفقا لاجراءات غير صحيحة أو معيبة².

أو هو: " حق الشخص في أن ينظر النزاع مرتين، مرة أمام محكمة أول درجة ابتدائية، وأخرى أمام محكمة أعلى درجة - ثاني درجة - الاستئنافية"³.

حيث يعد الطعن بالاستئناف من النظام العام، ومن ثم لا يجوز للخصوم الاتفاق مسبقا على عدم اللجوء اليه⁴.

وتجدر الاشارة الى أن الاستئناف يمكن تقسيمه الى استئناف أصلي وفرعي والاستئناف المثار.

فالاستئناف الأصلي هو الاستئناف الذي يرفع من الخصم الذي خسر دعواه أمام أول درجة من درجات التقاضي.

والاستئناف الفرعي هو الاستئناف الذي يرفعه المستأنف عليه في الاستئناف الأصلي على المستأنف عن حكم سبق أن استأنفه الأخير.

أما الاستئناف المثار فهو الاستئناف المرفوع من المستأنف ضده كالاستئناف العارض يرفع على أثر الاستئناف الأصلي حيث يرفع ضد خصم في أول درجة، غير المستأنف الأصلي. قد يكون المستأنف ضده في الاستئناف الأصلي أو أحد أطراف دعوى أول درجة الذي لم يتم اختصاصه في الاستئناف الأصلي.

2. هدف الاستئناف يعزز الاجتهاد القضائي:

نصت المادة 332 من ق ا م ج على أهداف الطعن بالاستئناف، وذلك باعتباره، أنه:

" يهدف الاستئناف الى مراجعة أو الغاء الحكم الصادر عن المحكمة "

حيث بين النص القانوني أعلاه أن وظيفة الطعن بالاستئناف تتمثل في مراجعة الحكم الصادر عن المحكمة أو الغاءه.

¹ - Charles Dabbasch et Jean Claude Ricci, op.cit, p 469.

² - René Chapus, op.cit, p 800.

³ - أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص 3.

⁴ - C.E, 26- 11- 1863, vile de Conches, Lebon, p 787.

حيث كان سائدا في ظل تاريخ القانون الفرنسي قديما، أن الأحكام القضائية تعبر عن الارادة الالهية التي تأتي عن الخطأ، وعليه كانت الأحكام في فرنسا لا تقبل الطعن. وفي بدايات القرن الثالث عشر الميلادي ازدادت قوة النظام الملكي وبدأ الاتجاه تركيز السلطة في يد الملك. حيث كان التنظيم القضائي متركزا بداية مع ضرورة الرجوع الى الملك نهاية كجهة استئناف، مروراً بجهات عديدة من القاضي الأول الذي يفصل في النزاع ليمر الى جهة أعلى منه ثم الى البرلمان القضائية ليصل الى الملك أخيراً، وكان ذلك قد يستغرق مدة طويلة تقارب الثلاثون سنة، ليخفف الى عشر سنوات ثم الى ثلاث سنوات¹.

فالتقاضي على درجتين، كان مطلباً ثورياً انبثق في ظل النظام الملكي بموجب -Lédit de Mai 1788- Louis XVI ليشكل ميلاد رسمي للتقاضي على درجتين في المادة المدنية بداية².

وتبعاً للتطورات المتعددة للتقاضي في النظام الفرنسي، جاء اصلاح 1953 بموجب قانون 3-09-1953 محولا مجالس الاقاليم المحلية كجهات تقاضي اداري الى محاكم ادارية معتبرة كقاضي القانون العام في المنازعات الادارية كدرجة أولى، وبقي الدور الاستئنافي لمجلس الدولة الفرنسي³. على خلاف ما هو موجود في القضاء العادي، محاكم ابتدائية، مجالس قضاء استئناف، ومحكمة النقض.

ونتيجة لوحدة جهة الاستئناف، " مجلس الدولة "، ظهرت مجموعة من النقائص كتراكم عدد القضايا، وطول أجل الفصل مما شكل لإصلاح القضاء الفرنسي مرة ثانية بموجب قانون 31-12-1987، ومن أهم اصلاحات هذا القانون انشاء محاكم استئناف ادارية بين المحاكم الادارية ومجلس الدولة⁴.

ان في وجود جهة استئناف تعلو المحاكم الادارية وتدنو عن مجلس الدولة الفرنسي، تجسد مبدأ التقاضي على درجتين من جهة، على اعتبار مجلس الدولة يعد في أساسه جهة تقويم للاجتهاد القضائي عموماً مع صلاحياته القضائية والاستشارية كذلك.

¹ - أنظر: جمال بوشناق، بوراس عادل، " مركزية جهة الاستئناف في المادة الادارية واشكالاتها "، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، ع 33، ج 3، سبتمبر 2019، ص 248.

² - المرجع نفسه، ص 249

³ - Martine Lombard, Gilles Dumont, Droit administratif, Dalloz, 9eédition, 2011, p 413.

⁴ - جورج فيدال، بيار لقولقيه، القانون الاداري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ج 2، ط 1، بيروت، 2008، ص 44.

Pascale gonod et d'autres, Traité de droit administratif, Dalloz, Tom2, 2011P 449.

كما أن ذلك، يتيح مراجعة وتقييم للأحكام القضائية للمحاكم الادارية على مستوى جهات الاستئناف الادارية، بحيث أصبحت (90 ب100) من الاستئناف ترفع أمام هذه الجهات القضائية. وذلك قبل أن يصل الطعن الى مجلس الدولة.

فالباحث يعتقد أن استئناف الاحكام القضائية، يعزز حسن سير العدالة، ويبعث الى بحث قضاة الدرجة الأولى الى العناية بأحكامهم والتأني في اصدارها مادام أنها تنتظر المراجعة والالغاء من قضاء الاستئناف. كما أن قضاة الدرجة الأولى قد يخطئون في التأسيس القانوني لذلك يمكن لقضاء الاستئناف تصحيح ذلك في ما بعد.

كما يرى الباحث، أن تنظيم جهة قضاء استئناف بين محاكم الدرجة الاولى وجهة القضاء العالي الاداري - مجلس الدولة - يتيح لهذه الجهة القضائية الادارية العليا ممارسة صلاحيتها الأساسية التي بدأت بها نشاطها القضائي في خلق وابتداع مبادئ ونظريات القانون الاداري، بحيث يبق لمجلس الدولة سلطة تقويم الأحكام والقرارات القضائية الدنيا قانونا، مع سلطة الاجتهاد القضائي الابتكاري، لما يكون متفرغا لذلك ولما لا يكون جهة استئناف لأحكام الدرجات القضائية التي تدنوه.

فالتقاضي على درجتين يعزز دور مجلس الدولة الاجتهادي بصورة فعالة، ويعزز بناء قواعد ونظريات ومبادئ القانون الاداري.

ولعل عدم وجود جهات تقاضي استئنافية في التنظيم القضائي الاداري الجزائري له اثر في عدم فاعلية القضاء العالي فيه في الاجتهاد والابتكار وهو ما سنبينه في الآتي.

ثانيا: مركزية الطعن بالاستئناف في الجزائر عائق للاجتهاد القضائي الاداري.

ان التنظيم القضائي في الجزائر ما بعد الاستقلال مر بمراحل متعددة تم من خلالها اعادة النظر فيه بصور مختلفة، ولقد تطرقنا الى ذلك في ما سبق.

وبالتالي ما يهمنا في هذا السياق، هو الوضع القضائي الحالي، حيث اعتمد المؤسس القضائي في التنظيم القضائي الاداري على **مركزية الطعن بالاستئناف**، من خلال اعتماد هرم قضائي اداري متمثلا في مجلس الدولة وقاعدته محاكم ادارية.

على عكس ما هو موجود في التنظيم القضائي العادي، محاكم ابتدائية ومجالس قضائية ومحكمة عليا. أي أن القضاء الاداري قد يرى بأنه مبتور من جهة استئناف كما هو في القضاء العادي.

بحيث يعد مجلس الدولة صاحب ولاية كجهة اختصاص ابتدائي نهائي، وقضاء استئناف، وقضاء نقض.

وهذا الوضع كما يقول عمار بوضيف منتقد لسقوط جهة استئناف فاصلة بين المحاكم الادارية ومجلس الدولة الجزائري، وهو يرى ضرورة ملحة لها ليستقيم وضع التنظيم القضائي الاداري مع التنظيم القضائي العادي¹. حيث استئناف المادة الادارية في الجزائر شهد اشكالات تنظيمية ووظيفية، ساهمت في الحد من توسع الاجتهاد القضائي الاداري من جهة، ومن جهة ثانية في التأثير على تطور نظرية القانون الاداري الجزائري كما يرى الباحث.

1. الاشكالية التنظيمية للاستئناف معيق للاجتهاد القضائي الاداري:

تنص **902** من ق ا م ا ج على أن: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الادارية.

كما يختص أيضا كجهة استئناف، بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة". وتنص المادة **10** من القانون العضوي: **98-01** المعدل والمتمم يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله على: "يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الادارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ويختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة". فتطبيقا لنصي المادتين يختص مجلس الدولة في الاختصاص الاستئنافي للقضاء الاداري، لعدم وجود جهات استئناف فوق المحاكم الادارية. وذلك يرتب عديد النتائج من بينها²:

- بعد جهة الاستئناف عن المتقاضين: فوحدة ومركزية جهة الاستئناف تطرح اشكالا في مدى قدرة المتقاضين على تحمل التكاليف والأعباء الناتجة عن مجلس الدولة كجهة استئناف.
- ويخل بمبدأ مساواة المتقاضين أمام هذه الجهات القضائية، فالمتقاضي الذي يقيم بالعاصمة يختلف عن المتقاضي الذي يقيم في تلمسان مثلا في اللجوء الى الاستئناف على سبيل المثال.
- اطالة عمر النزاع القضائي: بحيث مركزية الطعن بالاستئناف، تعد أحد أهم أسباب ظاهرة بطء الفصل في الطعون الاستئنافية ومنه المساس بشكل مباشر بموضوع القضية نتيجة التأخر في الفصل. وبالتالي المساس بحقوق ومصالح المتقاضين.

وبالتالي هناك ضرورة ملحة لحكومة جهة الاستئناف للتخلص من هذه الظاهرة بإعفاء مجلس الدولة من النظر في الطعون الاستئنافية من جهة، وضرورة تقييد جهات الاستئناف أثناء فصلها في الطعون في آجال معقولة.

¹ - أنظر: عمار بوضيف، مجلس الدولة الجزائري بين مهمة الاجتهاد وتعددية الاختصاصات القضائية، مجلة الفكر البرلماني، ع 13 جوان 2006، ص 48 وما بعدها.

² - أنظر: جمال بوشناق، بوراس عادل، مرجع سابق، ص 258-259.

تبعاً لذلك؛ يمكن اعتبار عدم وجود جهات استئناف وسطى بين المحاكم الادارية ومجلس الدولة، معوق من معوقات الاجتهاد القضائي الاداري وراثته وتنوعه لإثقال مجلس الدولة باختصاصات كثيرة، كان يمكن أن توجه الى جهات قضائية أدنى منه.

2. الاشكالية الوظيفية للاستئناف معيق للاجتهاد القضائي الاداري:

ان الاشكالات الوظيفية للاستئناف، يمكن النظر اليها من خلال وعاء الدعاوى القضائية الادارية التي ينظر فيها مجلس الدولة من جهة، وفي سلطات قاضي الخصومة الاستئنافية من جهة ثانية¹:

- توسيع اختصاص مجلس الدولة الاستئنافية؛ ويكفي النظر في نص المادة 9 من القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة المعدل والمتمم، ونص المادة 901 من ق ا م ج.
- سلطات قاضي الاستئناف؛ أنه قاضي قانون وموضوع، بمعنى أنه يمكنه بحث عناصر النزاع من جديد من حيث الوقائع والقانون بموجب الاثر الناقل للاستئناف. فتكون لقضاة مجلس الدولة في الاستئناف نفس صلاحيات وسلطات قضاة الدرجة الأولى للمحاكم الادارية.

ونفس الأمر، يعتبر الاختصاص الوظيفي لمجلس الدولة كجهة استئناف معوق من معوقات الاختصاص الأصيل لمجلس الدولة في تقويم الاجتهاد القضائي، وابتداع وابتكار المبادئ العامة للقانون الاداري، وبصورة مباشرة في اعاقه اختصاص مجلس الدولة كمؤسس لنظرية القانون الاداري الجزائري.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في الطعن بالنقض.

يهدف الطعن عامة الى مراجعة الحكم المطعون فيه من حيث القانون أو من حيث الموضوع أو الاثنتين معا. كما يعتبر وسيلة قانونية للتعبير عن عدم الرضا لدى الخصوم الممارس لهذا الحق الذي يحميه التشريع، بغية توفير ضمانات كافية للخصوم تحميهم من الأخطاء المحتملة².

وحق الطعن بالنقض يعد أحد صور الطعن ضد الأحكام القضائية الادارية، هذه الأخيرة قد ينالها طعن عادي استئنافية أو معارضة، أو طعن غير عادي سواء أكان التماسا بإعادة النظر أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو طعن بالنقض، أو دعوى تصحيح الأخطاء المادية ودعوى التفسير³.

¹ - جمال بوشناق، بوراس عادل، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها.

² - أنظر: عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 243.

³ - أنظر: القانون رقم: 08-09 المتضمن ق ا م ج، المادة 313 والمواد 902-358-903-949-953-3

حيث جاء في الكتاب الرابع من قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم: 08-09 الجزائري المعنون في الاجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الادارية، في الباب الخامس منه المعنون بطرق الطعن فصلين الأول طرق الطعن العادية والذي ضم قسمين الاول الاستئناف والثاني المعارضة. أما الفصل الثاني خص طرق الطعن غير العادية والذي ضم أربعة أقسام الأول منه متعلق بالطعن بالنقض والثاني اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والثالث في دعوى تصحيح الأخطاء المادية ودعوى التفسير، والرابع ضم دعوى التماس اعادة النظر¹.

يرى مجلس الدولة ا لفرنسي منذ فترة طويلة ان الطعن بالنقض والطعن بتجاوز السلطة من المبادئ العامة للقانون قابلة للتطبيق حتى بدون حاجة الى نص². قبل الاعتراف به في القانون الداخلي باعتباره حقا أساسيا ذو قيمة دستورية.

اعترف مجلس الدولة الفرنسي بحق ممارسة الطعن الفعلي أمام السلطة القضائية طبقا للمبادئ العامة للقانون³. كما قرر أيضا: " الحق الدستوري للمتقاضين في ممارسة الطعن الفعلي أمام السلطات القضائية ".

حيث يقول Chapus حتى ولو لم تنص المادة 10 من قانون اصلاح القضاء الاداري الفرنسي على قابلية أحكام المحاكم الاستئنافية للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، فان مثل هذا الطعن سيكون واجبا تطبيقا لنظرية المبادئ العامة للقانون⁴. وذلك تطبيقا لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر الطعن بالنقض ضد كل حكم نهائي صادر في مجال القضاء الاداري هو من قبيل المبادئ العامة للقانون⁵.

واذا كانت هناك علاقة بين الطعن بالنقض والمبادئ العامة للقانون، فانه يصح تبين ضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهادا عند الطعن بخصوصه (الفرع الأول)، ثم في تطبيقات الاجتهاد القضائي الاداري في الطعن بالنقض (الفرع الثاني).

1 - أنظر: المواد 949 الى 969 من ق ا م ج.

أما الطعن في المواد المدنية فقد نصت المادة 313 من ق ا م ج على أن: " طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة. طرق الطعن غير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس اعادة النظر والطعن بالنقض...".

² - C.E, ass, 7/02/1947, Dàillieres GAJA. N 61 et CE, 17/02/1950, Dame Lamotte GAJA. N 65.

³ - CE, ass, 30-10-1998, sarran AJDA 1998, p 1039.

⁴ - J. Revero, Droit adm, op.cit, p 236.

⁵ - Voir: C.E. 7 Fevrier 1947, dàillières, Grands arrêts, 6^eed. p 300.

الفرع الأول: ضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهادا عند الطعن بالنقض.

ان الإطار القانوني للطعن بالنقض لا يزال يفرض عديد الاشكالات والصعوبات على مستوى التطبيق والممارسة، وذلك عند نظر الشروط القانونية لممارسته محلا وأطرافا وميعادا¹.

ذلك ما قد يبرر ضرورة تدخل القاضي الاداري لسد النقص والغموض الذي قد يكتنف النظام القانوني للطعن بالنقض، من خلال الاجتهادات القضائية.

حيث يمكن أن نبين بداية الإطار القانوني للطعن بالنقض في المادة الادارية (أولا)، ثم مظاهر القصور للطعن بالنقض فيها (ثانيا).

أولا: الإطار القانوني للطعن بالنقض في المادة الادارية.

نبين بداية مفاهيم الطعن بالنقض، ثم الطعن بالنقض في التشريع الجزائري

1. التحديد المفاهيمي للطعن بالنقض:

النقض في اللغة يعني الابطال والحل ومن ذلك قوله: "ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها"، وقوله تعالى: "والذين ينقضون عهد الله".

فبعض الفقه الشرعي ذهب الى أن النقض من نقضه أي اظهار بطلانه، لأنه باطل من أصله، وليس المراد به البطلان نفسه لإيهامه أنه كان صحيحا ثم بطل حيث لما تقدم محكمة النقض على ابطال حكم بالدرجة الاخيرة كليا أو جزئيا بناء على طعن فيه فإنها تستعمل سلطتها في مدى مطابقة الحكم القضائي للقانون دون الغوص في الوقائع². أما على المستوى الفقهي، فانه كثير ما يعزب عن تحديد مدلول للطعن بالنقض، بل تراه يتطرق مباشرة الى شروط اعماله، وتطبيقاته.

ماعدا بعض المحاولات التي تطرقت الى تحديد مفهوم له، ومن ذلك اعتباره - الطعن بالنقض - " طريق استثنائي للطعن في كل حكم مخالف للقانون، مستهدفا للمصلحة العامة المتمثلة في ضمان توحيد أحكام القضاء بشأن تطبيقها وتفسيرها للقانون تأكيدا لوحدة القانون في الدولة. فليس للطعن عند قبوله من بالسلب أو بالإيجاب على مراكز الخصوم، وانما يقتصر أثر نقض الحكم على بيان أوجه مخالفته للقانون حتى لا تتأسى به المحاكم مستقبلا"³.

¹ - مليكة بطينة، "الاشكالية العملية للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 16 جوان، 2017، ص 221.

2 - أنظر: محمد الطودار، الطعن بالنقض لفائدة القانون في التشريع المغربي، ط 1، 2018، الآفاق الدار البيضاء المغرب، ص 29-30.

3 - أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 864.

أو هو: " طريق خاص للطعون، يفتح أمام المدعى العام لدى محكمة النقض، ضد القرارات الابتدائية أو النهائية بعدما اكتسبت قوة الشيء المقضي به، بغية فرض رقابة من محكمة النقض .."¹.

أو هو: " طريق طعن غير عادي يلجأ اليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة القانون أو بطلان سواء في ذات الحكم المطعون فيه أو في الاجراءات التي أسس عليها"².

2. الطعن بالنقض في التشريع الجزائري:

نصت **المادة 11** من القانون العضوي رقم: **98-01** المنظم لمجلس الدولة صراحة على أن: " يفصل مجلس الدولة الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الادارية الصادرة نهائيا. وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة".

و أكدت الفقرة الأولى من **المادة 903** من تقنين الاجراءات المدنية والادارية هذا المعنى، عندما نصت على أنه³: " يختص مجلس الدولة بالطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الادارية ". كما أردفت الفقرة الثانية والأخيرة من هذه المادة على أن: " يختص مجلس الدولة كذلك، في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة ".

وحددت المادة **956** من القانون ذاته أجلا للطعن بالنقض قدره شهران اثنان. يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم القضائي⁴.

وسمحت المادة **958** من قانون الاجراءات المدنية والادارية لمجلس الدولة عندما يقرر نقض الحكم المطعون فيه أن يتصدى لموضوع النزاع ويفصل فيه، في قرار مجلس المحاسبة⁵.

من جهتها، أحالت **المادة 959** منه على القواعد العامة من القانون المذكور فيما يخص حالات الطعن بالنقض. حيث نصت⁶: " تطبق الأحكام المتعلقة بأوجه الطعن المنصوص عليها في **المادة 358** من هذا القانون أمام مجلس الدولة ". وبالرجوع إلى هذه المادة الأخيرة، نجدها قد حصرت **18** وجها تسمح للطاعن بالنقض إثارتها كي يقبل طعنه.

1 - أشار اليه: محمد الطودار، مرجع سابق، ص 35.

2 - أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية الاسكندرية، 1989، ص 426.

3 - المادة 903 من ق ا م ا ج.

4 - المادة 956 من ق ا م ا ج.

5 - المادة 958 من ق ا م ا ج.

6 - المادة 959 من ق ا م ا ج.

خولت هذه المادة امكانية الطعن بالنقض. حيث نصت على أنه:
"لا يجوز الطعن بالنقض إلا على وجه أو أكثر من الأوجه الآتية:

1. مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات؛
2. اغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات؛
3. عدم الاختصاص؛
4. تجاوز السلطة؛
5. مخالفة القانون الداخلي؛
6. مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة؛
7. مخالفة الاتفاقيات الدولية؛
8. انعدام الأساس القانوني؛
9. انعدام التسبيب؛
10. قصور التسبيب؛
11. تناقض التسبيب مه المنطوق؛
12. تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار؛
13. تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى.
وفي هذه الحالة، يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ. وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول؛
14. تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي.
في هذه الحالة، يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض.
وفي هذه الحالة، يرفع الطعن بالنقض حتي بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه. ويجب توجيهه ضد الحكمين؟ وإذا تأكد التناقض، تفصل المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا؛
15. وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار؛
16. الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب؛
17. السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية؛
18. إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية".

فالأساس القانوني للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، يرد الى نص المادة 11 من القانون العضوي: 01-98 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم مجلس الدولة . والمادة 903 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09. والناظر لهذه الأسس القانونية التشريعية، قد يتبادر اليه التساؤل عن مدى شمولية الاطار القانوني لممارسة حق الطعن بالنقض كأحد أوجه الطعن غير العادية في المادة الادارية، وكإجراء يحقق فعالية حق التقاضي؟

ثانيا: مظاهر القصور للطعن بالنقض في المادة الادارية.

يرى رشيد خلوفي أن اجراء الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة الجزائري محتاج بشكل أساسي الى الاجتهاد القضائي وتدخل قضاة ذات المجلس من خلال صلاحية تكريس المبادئ الاجرائية وتوضيح الغموض الذي قد يكتنف موقف المشرع الاجرائي وسد الفراغ الموجود، وذلك لما يتميز به هذا الطعن الحيوي للعمل القضائي الاداري¹. فالأحكام والقرارات القضائية قد يشوبها الخطأ والسهو والغموض من قبل القضاة عند تطبيق النصوص القانونية، وذلك ما يستدعي امكانية الطعن بالنقض بخصوصها، على اعتبار أن الهدف من التعقيب أو النقض هو مراقبة شرعية الأحكام كما يقول عياض بن عاشور²، بالتالي تبرز الحكمة في اقرار الطعن بالنقض في استدراك ما قد يشوب الأحكام والقرارات القضائية من أخطاء في فهم القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وأخطاء في تطبيقها أو لتجاوز قواعد الاختصاص أو تناقض في التسبب أو انعدام التسبب وغيرها من الحالات المحددة حصرا³.

فمن بين أهم مظاهر القصور للطعن بالنقض في المادة الادارية ما يلي:

1. عدم الاهتمام التشريعي بالطعن بالنقض في المادة الادارية مقارنة بالمادة المدنية:

حيث المشرع خصص كما هائلا ومعتبرا من النصوص الاجرائية المتعلقة بالطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك من المادة 349 الى المادة 379، بخلاف الوضع في المادة الادارية حيث اكتفى بأربعة مواد فقط وهي المادة 956، 957، 958، 959.

فاذا كان هناك قصور في الأسس القانونية كميًا للطعن بالنقض في المادة الادارية، فان مجال تدخل القاضي الاداري اجتهادا مهم وضروري، تبعا لذلك.

2. غموض محل الطعن بالنقض:

1 - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، تنظيم واختصاص القضاء الاداري، ط 4 2008، ص 417.

2 - عياض بن عاشور، مرجع سابق، ص 345.

3 - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية القسم الأول، مرجع سابق، ص 369.

يقصد بمحل النقض أمام مجلس الدولة، العمل الصادر من جهة معينة، حيث خول المشرع للمتقاضى الطعن فيه بالنقض، فمحل الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة هو كل قرار صادر عن جهات قضائية ادارية، أو ما نص عليه قانون خاص.

فطبيعة محل الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، تتمثل في ضرورة أن يكون القرار ذو طابع قضائي، وانتهائي، وذلك ما يستشف من نص المادة 11 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة . أما قانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية فقد تضمن في المادة 903 منه لفظ " آخر درجة عن الجهات القضائية "، وهو لفظ قد يتتابه الغموض صياغة فيما اذا كان يقصد به " آخر درجة من درجات التقاضي وهي الدرجة الثانية تبعا لمبدأ التقاضي على درجتين، أو يقصد بها نهائية، أي آخر درجة من درجات الطعن، وهذا ما قد يؤثر على مستوى المفهوم القانوني للنص وبالتالي على مستوى التطبيق¹.

فالفصل في تلك الطعون الموجهة ضد قرارات الجهات القضائية الادارية الصادرة نهائيا، وقرارات مجلس المحاسبة. يكتنف تفسيرها الغموض².

ومرد هذا الغموض الى ترجمة المصطلح عن اللغة الفرنسية، الى اللغة العربية، والنص الفرنسي هو المرجع الأساسي للقانون الاداري في الجزائر³.

فما هو قصد المشرع بقرارات الجهات القضائية الادارية؟

ان عبارة الجهة القضائية الادارية، قد يقصد بها المحاكم الادارية فقط لو اخذنا بالتفسير الضيق، وقد يقصد بها اضافة اليها القرارات الصادرة عن جهات ليست تابعة للسلطة القضائية ولا لهرم القضاء الاداري لو أخذنا بالتفسير الواسع.

حيث يرى **عمار بوضياف** أن تفسير النص القانوني - المادة 11 - يؤيد التفسير الواسع بحيث يكون محل الطعن بالنقض يخص القرارات النهائية الصادرة عن⁴: المحاكم الادارية؛ والجهات الخاصة، كمجلس المحاسبة.

بل يذهب **عمار بوضياف**، الى اعتبار أن هناك تفسيراً واحداً لمضمون الغموض أعلاه، وهو التفسير الواسع له، ولا مجال لإعمال تفسير ضيق بخصوصه. باعتبار الواقع القانوني والقضائي في الجزائر يؤكد قابلية بعض القرارات الصادرة عن

1 - مليكة بطينة، مرجع سابق، ص 222 - 223.

2 - الشيخة هوام، الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة طبقاً لأحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، ص 11.

3 - رشيد خلوفي، النظام القضائي الجزائري، مجلس الدولة، مجلة الموثق، ع 02، جويلية، أوت، 2001، ص 37.

4 - **عمار بوضياف**، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 374.

جهات محددة حصرا للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة. اضافة الى قبوله الطعن بالنقض في قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي¹.

3. صعوبة التفرقة بين دعوى الالغاء ودعوى الطعن بالنقض المتعلقة بقرار معين: وذلك بسبب وحدة الأساس القانوني للدعويين والممثل في القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة؛ وتمثل الهدف فيهما ووحدة شروط قبولهما عموماً².

ثالثاً: وظيفة الطعن بالنقض؛ البعد الوظيفي للطعن بالنقض مدعم للاجتهاد القضائي.

ان النظر في وظيفة الطعن بالنقض يمكن أن يؤسس لضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهاداً، فالنظر في الطعون التي ترفع الى محكمة النقض تخص الأحكام النهائية بسبب مخالفتها للقانون أو خطئها في تطبيقه أو في تأويله، وذلك يحقق غرضين أساسيين³:

- تقويم ما يقع في الأحكام من شذوذ في تطبيق القانون، وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبيت القضاء بها.

- رفع ما تلحقه الأحكام المخالفة للقانون من الأذى والضرر بالأفراد بتمكينهم من الطعن فيها رجاء ابطالها والغاءها.

بالتالي يسعى الطعن بالنقض الى السهر على حسن سير العدالة في تطبيق القانون واقامة العدل بين الأفراد وتحقيق المصلحة العامة أساساً لا مصلحة الخصوم، فالمصلحة الأخيرة يتحقق اشباعها بصفة ثانوية وتابعة لتحقيق المصلحة العامة⁴.

كما أنه يمكن النظر لوظيفة الطعن بالنقض في تدعيم الاجتهاد القضائي الاداري، وذلك في تطوير الوعي القانوني لدى مختلف الأطراف قضاة ومتقاضين وأكاديميين وفقهاء وأفراداً ايضاً. من خلال نقض ما يشوب عدالة الأحكام والقرارات القضائية الدنيا. باعتبار جهة النقض الساهرة على توحيد الاجتهاد القضائي وضمان تفسير القانون واستقراره⁵.

1 - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 347.

2 - محمد سليمان الطماوي، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، ط 1996، ص 479.

3 - محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة في القضاء الاداري، الكتاب السادس، مرجع سابق، ص 19.

4 - المرجع نفسه، ص 25.

5 - أنظر: محمد الطودار، مرجع سابق، ص 10-11.

ان رقابة المحكمة العليا ومجلس الدولة للأحكام والقرارات هي رقابة معيارية، تتمثل في المواجهة بين القاعدة القانونية المدعى بمخالفتها والحكم أو القرار المنتقد. باعتبارهما قضاء قانون لا وقائع في الأصل¹.
غير أنه، يمكن ملاحظة، أن قرار الرفض كأحد السبيلين الذي يمكن أن يصدر من القضاء العالي، لا يعني حتما أن القاعدة القانونية قد طبقت تطبيقاً صحيحاً، ولا يؤسس لاجتهاد قار لهما. لأن هذه الجهة القضائية تقضي في حدود الأوجه المثارة أمامها وقد تكون هذه الأوجه غير مجددة. و يمكن لمجلس الدولة والمحكمة العليا أن تثير أوجه طعن بمبادرة منها، أو ما يسمى بالأوجه التلقائية. وفي ذلك دور ريادي أصيل للقضاء العالي، باعتباره مقوم للاجتهاد القضائي كأحد وظائفه الرئيسية، أو يكاد الدور الرئيسي².

الفرع الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي الاداري في الطعن بالنقض.

يمكن النظر في تطبيقات الاجتهاد القضائي الاداري في الطعن بالنقض، بين مرحلتين اثنتين، يفصل ما بينهما اصلاح سنة 2008 للقانون الاجرائي الجزائري.
أولاً: تطبيقات مرحلة ما قبل 2008.

غداة انشاء المجلس الأعلى في الجزائر اسند المشرع للغرفة الادارية به بمقتضى نص المادة 24 من القانون رقم: 218 الصادر في 08-06-1963 الاختصاص بنظر الطعن بالنقض ضد الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من جهات القضاء الاداري والمتمثلة في المحاكم الادارية الثلاث في تلك المرحلة. ثم صدر تعديل ضمني لذلك النص بمقتضى نص المادة 7 والمادة 274 من قانون الاجراءات المدنية رقم: 66-156 واللذان لم تورد اختصاص الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى الطعن بالنقض³.

يرى حسن السيد بسيوني ان المشرع قد ألغى طريق الطعن بالنقض في الأحكام الادارية، على اعتبار ان ذات الطعن يصلح في المواد المدنية دون المواد الادارية، وذلك بسبب أن المواد الادارية نظرها يكون على مستوى الغرفة الادارية بالمجالس القضائية كجهة ودرجة أولى، والطعن بالنقض متعلق بالأحكام النهائية. أي ان المجالس القضائية في المادة الادارية تصدر أحكاماً ابتدائية أساساً⁴.

ولقد استدل حسن السيد بسيوني للتدليل على رأيه بمؤيدات، تشريعية واحصائية⁵:

1 - عبد السلام ديب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، مرجع سابق، ص 256.

2 - المرجع نفسه، ص 256.

3 - حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الادارية، عالم الكتب، القاهرة، د س ن، ص 286

4 - المرجع نفسه، ص 286-287.

5 - المرجع نفسه، ص 287-288.

فعلى المستوى التشريعي؛ المقابلة بين نص المادة 7 والمادة 231 من قانون الاجراءات المدنية رقم: 66-156 لا يمكن الطعن بالنقض في المواد الادارية. كما أن نص المادة 478 من قانون الاجراءات المدنية رقم: 66-156 قصرت مهمة الغرفة الادارية كمحكمة أول درجة وآخر درجة بالنسبة للطعون بالبطلان ومنازعات التفسير وتقدير شرعية الاجراءات المتخذة أمام المجلس الأعلى، ومحاكمة استئنافية بالنسبة للأحكام الصادرة من الغرف الادارية للمجالس القضائية.

وعلى المستوى الاحصائي؛ كان قد أجرى حسن اليد بسيوني يبحث في أحكام الغرفة الادارية للمجلس الأعلى خلال سنتي 1977 و سنة 1978 حيث لم يعثر الا على حكم واحد متعلق بالنقض أمام الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى، وهو قرار رقم: 66 المؤرخ في: 18-06-1977 في القضية رقم: 241 ضد الشركة الجزائرية لمختلف المطبوعات.

وهو ذات الرأي الذي أشار اليه رشيد خلوفي مستشهدا بقرار الغرفة الادارية للمحكمة العليا رقم: 75-425 بتاريخ: 11-04-1993 والذي جاء فيه: " ان الطعن بالنقض أمام الغرفة الادارية للمحكمة العليا يعد في نظر الاجتهاد القضائي المستقر عليه استئنافا ". معتبرا - رشيد خلوفي - الطعن بالنقض قبل 1998 غير مقبول وغير وارد ضمن الطعون الادارية ، وأول مرة حول اختصاص النقص للقضاء الاداري كان بموجب القانون العضوي رقم: 98-01 المتعلق بمجلس الدولة في المادة 11 منه¹.

ثانيا: تطبيقات مرحلة ما بعد 2008.

ان الطعن بالنقض في المادة الادارية، تم تكريسه كما رأينا بموجب القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة والقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية.

وهو اجراء محتاج بشكل أساسي الى الاجتهاد القضائي وتدخل قضاة ذات المجلس من خلال صلاحية تكريس المبادئ الاجرائية وتوضيح الغموض الذي قد يكتنف موقف المشرع الاجرائي وسد الفراغ الموجود، وذلك لما يتميز به هذا الطعن الحيوي للعمل القضائي الاداري².

وفي نفس السياق عبر عمار بوضياف عن تساؤل مهم بخصوص الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة لماذا لم يفصل المشرع في الأحكام المتعلقة بالنقض في المادة الادارية، ولماذا أحال فقط الى اوجه الطعن دون باقي الاحكام؟³.

¹ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 215-216.

² - المرجع نفسه، ص 417.

³ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 372.

هذا التساؤل يمكن القول أنه يدعم ويعزز فكرة تعزيز دور الاجتهاد القضائي الذي دعا اليه رشيد خلوفي، في بناء تصور مكتمل للطعن بالنقض أمام الجهة العليا للقضاء الاداري في الجزائر. خاصة في ظل عدم الافصاح الشامل والدقيق من قبل المشرع في هذا الاجراء، والذي اكتفى بأربعة مواد فقط تخصه وهي على التوالي 956- 957 - 958 - 959 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ومن تطبيقات الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة؛ ماجاء في القرار رقم 8985 المؤرخ في 15-10-2004 ما يلي " أن المادة 11 ... تذكر أنه يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا وكذا في قرارات مجلس المحاسبة. حيث أن القرار المراد الطعن فيه بالنقض قرار حضوري وابتدائي جاء من قبل جهة قضائية إدارية صادرة بصفة ابتدائية. لكن حيث أن الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة مكن قضاة هذا المجلس باعتبار إلتماس طعن بالنقض المقدم كاستئناف، والنظر فيه، فإنه يتعين قبوله كاستئناف " ¹.

كما أضاف مجلس الدولة في تشكيلة الغرف المجتمعة بقرار قضائي رقم: 016886 مؤرخ في: 07-06-2005 **الجهات القضائية المتخصصة** لإمكان الطعن بالنقض بخصوص قراراتها مثل مجلس المحاسبة ².

كما رفض مجلس الدولة الطعن في قرار صادر عنه في قضية ش م ضد مديرية التربية لولاية باتنة بتاريخ: 23-09-2002، والذي استبعد مجلس الدولة كجهة قضائية ادارية رغم امكانية اصداره لقرارات نهائية، تبعا لنص المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة والتي نصت على فصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في الطعون بالإلغاء ضد القرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن السلطات الادارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية. الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة ³.

فالمشرع هنا لم يشير الى ذلك - جواز أو عدم جواز الطعن بالنقض - بداية، سائرا على منهج المنطق القضائي لدى النظم القضائية، اذ لا يعقل أن تراجع جهة قضائية حكما أو قرار خاصة لما يكون نهائيا. وأيده الاجتهاد القضائي أعماله.

كما أقر مجلس الدولة في قرار له بتاريخ: 19-07-2012 عدم جواز الطعن بالنقض في قراراته النهائية، معتبرا ⁴: " مجلس الدولة الجهة العليا للقضاء الاداري وبصفة رئيسية جهة الاستئناف الوحيدة المقومة لأعمال جميع المحاكم

¹ قرار غير منشور رقم: 008985 صادر بتاريخ: 2004/10/12 بين مدير مديرية الأشغال العمومية لولاية المسيلة ضد: س أ.
² - رشيد خلوفي، المنازعات الادارية، الدعاوى وطرق الطعن الادارية، د م ج، ج 2، 2011، ص 220.
³ - مجلة مجلس الدولة، ع 02، لسنة 2002، ص 155-157. قرار مجلس الدولة رقم: 7304، بتاريخ: 23-09-2002.
القانون العضوي: 98-01 المتضمن قانون مجلس الدولة، المادة 09.
⁴ - مجلة مجلس الدولة، ع 10.

الادارية يفصل في الاستئناف المعروضة عليه مع الحرص على ضمان توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون ومن ثم القرارات الصادرة عنه تكتسي طابع نهائي مطلق لا يجوز الطعن فيها الا عن طريق التماس اعادة النظر أو تصحيح الخطأ المادي.

مقرا على عدم قبول الطعن بالنقض بخصوصه " .

المطلب الثالث: الاستعانة بمحام يعزز حق التقاضي ويشري الاجتهاد القضائي.

ان المتقاضي في الخصومة القضائية قد يياشر حق التقاضي بنفسه، وقد يستعين بمحام متى كان ذلك واجبا قانونا. وتبعاً لذلك يعد الاستعانة بمحام معززا لحق التقاضي من جهة، وعنصر فاعلا في اثناء الاجتهاد القضائي لما يمثله المحامي من أثر في الاجتهاد القضائي. وأحد أعوان القضاء وحراسة العدالة.

فكيف يكون للمحامي أثر ودور في بناء الاجتهاد القضائي الاداري؟

نبين بداية الأساس القانوني للاستعانة بمحام والتمثيل الوجوبي له (الفرع الأول)، ثم في الدور الاجتهادي للمحامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني للاستعانة بمحام والتمثيل الوجوبي له.

نبين بداية الأساس القانوني للمحاماة (أولا)، ثم موقف الاجتهاد القضائي من التمثيل الوجوبي من قبل المحامي (ثانيا).

أولا: الأساس القانوني للمحاماة.

يمكن البحث في الأساس القانوني للمحاماة من خلال القواعد القانونية بحسب تراتبيتها، من القاعدة الدستورية الى القاعدة التشريعية.

1. دسترة متأخرة لمهنة المحاماة:

الناظر للدساتير الجزائرية المتعاقبة لا يجدها نصت على مهنة المحاماة بشكل صريح. حيث تفتن المشرع الدستوري لذلك وأولى له أهمية في التعديل الأخير لسنة 2020، فنجده دستر جوانب في مهنة المحاماة، في نص المواد 176، 177.

فصت المادة 176 منه على: " يستفيد المحامي من الضمانات القانونية التي تكفل له الحماية من كل أشكال الضغوط، وتمكنه من ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون " .

والمادة 177 نصت على: " يحق للمتقاضي المطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية، ويمكنه أن يستعين بمحام خلال كل الإجراءات القضائية " .

غير أن الملاحظ على المادتين، يرى الباحث أنهما لم يهتما بالموضوع كمهنة حرة مستقلة، وتأتيه دستوريا، إنما عالج عضويًا المنتسب للمهنة لا الكهنة في ذاتها. لا كما جاء على سبيل المثال في التشريع الدستوري المقارن. حيث عمل الدستور التونسي الجديد لسنة 2014 على دسترة مهنة المحاماة في الفصل 105 منه عندما نص في صلبه على أن: "المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل والدفاع على الحقوق والحريات. يتمتع المحامي بالضمانات القانونية التي تكفل حمايته وتمكنه من تأدية مهامه".

فهو - الدستور التونسي - بهذا التنصيص يدعم أحد الشركاء الفاعلين في العدالة التونسية، ويضع معيارًا إيجابيًا قانونيًا لما يعمد إلى دسترة مهنة المحاماة، ويضمها الدستور نصًا كتابيًا باعتبارها مهنة حرة مستقلة، شريكة في إقامة العدل والدفاع على الحقوق والحريات. مع إشارة النص بتمتع المحامي بالضمانات القانونية التي تجعله يمارس مهامه بحرية تحت غطاء حماية دستورية علوية.

وقد أشرنا سابقًا لقيمة الدسترة في مادة القانون الإداري.

بينما الدستور الجزائري، نجد أنه لم يشر إلى مهنة المحاماة، إنما أشار بصورة غير مباشرة للمحامي والضمانات القانونية لممارسة المهنة في إطار القانون، وإمكانية الاستعانة به من المتقاضين في الإجراءات القضائية.

2. الأساس التشريعي للمحاماة:

أما الأساس القانوني للمحاماة في النظام الجزائري، هو القانون رقم: 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن قانون المحاماة، والذي جاء عقب تشريعات سابقة له.

وبالرجوع إليه، لا نجد تعريفًا للمحامي، إنما جاء بتعريف مهنة المحاماة، وذلك في نص المادة الثانية منها والتي نصت: "المحاماة مهنة حرة ومستقلة تعمل على حماية وحفظ حقوق الدفاع وتساهم في تحقيق العدالة واحترام مبدأ سيادة القوانين"¹.

وهو ذات الموقف من خلال تتبع مسار تشريعات قانون المحاماة في الجزائر.

حيث صدر أول تشريع منظم لمهنة المحاماة بموجب الأمر: 67-202 المؤرخ في: 27 سبتمبر 1967 والذي لم يحدد تعريفًا للمحامي ولا لمهنة المحاماة، حيث اعتبر في المادة الأولى منه أن المحامي من مساعدي القضاء، يلزمون في مجال ممارسة مهامهم كامل مساعدتهم سواء للدوائر القضائية أو المتقاضين، والسهر على حماية مصالح الأطراف².

¹ - المادة 02 من القانون: 13 07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الصادر بتاريخ: 29 أكتوبر 2013، الصادر في ج ر ع 55، المؤرخة في: 30 أكتوبر 2013.

² - المادة الأولى من الأمر: 67-202 المؤرخ في: 27 سبتمبر 1967 الصادر في ج ر ع 81 في: 03 أكتوبر 1967 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

ثم صدر الأمر: 72-60 في 13 نوفمبر 1972 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة وهو لم يتعرض لتعريف للمحامي بل جاء مؤكدا لما سبقه من مهام وواجبات المحامي¹.

ثم صدر بعد التحول الدستوري لسنة 1989 أول قانون للمحاماة وهو قانون: 91-04 وهو بدوره لم يعرف المحامي كسابقه بل تعرض لمهنة المحاماة في المادة الأولى منه ثم تعرض للحقوق والواجبات المتعلقة بالمحامي. فمهنة المحاماة مهنة حرة ومستقلة يؤديها المحامون عبر كامل التراب الوطني لدى الجهات القضائية والادارية والتأديبية².

حيث يعد المحامي عون أساسيا من أعوان القضاء، بل يرى فيه بعضهم أنه قد يكون أعمق من دور القاضي " فاذا وازنت بين عمل القاضي وعمل المحامي لوجدت أن عمل المحامي أدق وأخطر، لأن مهمة القاضي هي الوزن والترجيح، أما مهمة المحامي فهو الخلق والابداع والتكوين"³.

وهذا الرأي الأخير قد يكون متجاوزا نوعا ما، وتقليل من مهمة القاضي، والتي هي قد تكون أعمق من مهمة المحامي. خاصة وهو الحكم بين أطراف متعددة، وبالتالي تكون لقيمة الفكر الذي ينطق به فوق قيمة فكر المحامي.

ثانيا: موقف الاجتهاد القضائي الاداري من التمثيل الوجوبي من قبل المحامي.

وجوبية التمثيل بمحام أمام جهات القضاء الاداري الجزائري من قبل أطراف الدعوى عمل به منذ الاستقلال الى غاية سنة 1969.

حيث كانت أوضاع التقاضي الموروثة عن المحاكم الادارية في العهد الاستعماري سارية المفعول بصفة انتقالية بموجب المادة 474 من ق ا م. حيث بقي العمل بهذا الاجراء - وجوبية توكيل محام في الدعوى الادارية - الى غاية 15 جوان 1966، وهو تاريخ سرىا مفعول التنظيم القضائي الذي الغى مهنة وكلاء الدعاوى والغى المحاكم الادارية ذاتها. لكن ظل توكيل المحامي وجوبي أمام الغرف الادارية المستحدثة على مستوى المجالس القضائية بصفة مؤقتة الى غاية سنة 1969 تاريخ تعديل قانون الاجراءات ومنها المتبعة أمام الغرف الادارية المستحدثة. حيث أصبح الاطراف

¹ - الأمر: 72-60 المؤرخ في: 13 نوفمبر 1972 الصادر في ج ر ع 99، بتاريخ: 12 ديسمبر 1972 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

² - المادة 1، 5 من القانون: 13-07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

³ - مقولة لرئيس محكمة النقض المصرية عبد العزيز فهمي عمر، نقله: راغب حنا، المحاماة أجل مهنة في العالم، السنة 33، 1952-1953 - ع 3، ص 574. نقلا عن: بويشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 176.

مخيرين بين التقاضي بأنفسهم أو توكيل محام ينوب عنهم حسب المادة 169 مكرر من الأمر 69-77 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية المعدل والمتمم¹.

حيث قالت المادة 169 السالفة الذكر: " ترفع الدعوى الى المجلس القضائي بعريضة مكتوبة وموقع عليها من الخصم او من محام مقيد في نقابة المحامين وتودع قلم كتابة المجلس....".
وقانون 08-09 لقانون الاجراءات المدنية والادارية صرح في المادة 826 منه: " تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الادارية، تحت طائلة عدم قبول العريضة".

أما المادة 827 من ا ج م ا فقد تكلمت عن اعفاء بعض الهيئات من التمثيل الوجوبي بمحام أمام القضاء وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة ذات الصبغة الادارية وهي هيئات مستثناة على سبيل الحصر، حيث كان تبرير ذلك امتلاك هذه الأشخاص كفاءات بشرية واطارات بإمكانها تسيير ملف المنازعة، مع تخفيف وترشيد النفقات العمومية².
غير ان هذا الاستثناء يصطدم بمسألة حرمان هيئات قد تتوفر فيها ذات المواصفات التي توفرت للهيئات السابقة التي حضيت بهذا الامتياز ورغم ذلك المشرع لم يدرجها ضمن هذا الاعفاء، ومن جهة ثانية الأمر يصطدم بقاعدة المساواة أمام القضاء بين جميع المتداعين، حيث الكل سواسية أمام القضاء يحسب المادة 140 من الدستور.
ومن بين الاجتهادات القضائية في وجوبية المحامي أمام القضاء:

قرار الغرفة الادارية بالمحكمة العليا في تاريخ: 01-03-1991 بأنه: " من المستقر قانونا أن الأصل في اجراءات التداعي أمام المحكمة العليا أن تكون بالكتابة. والنيابة عن الخصوم لا تكون الا بواسطة محام مقبول أمامها. ونيابة المحامي وجوبية والا كان الطعن غير مقبول. ومن ثم: فان عريضة الطعن في قضية الحال الممضاة باسم الطاعن (والي الولاية) وبدون توكيل محام معتمد لدى المحكمة العليا تعد غير قانونية ومتى كان ذلك استوجب عدم قبول الطعن شكلا".

وقضى مجلس الدولة في 31 ماي 1999 قائلا: " حيث يستخلص من عريضة الاستئناف بأن ولاية الشلف الممثلة من قبل واليها أن هذا الأخير هو الذي حرر عريضة الاستئناف ووقع عليها. كان على الوالي أن يلجأ الى نيابة محام معتمد لدى المحكمة العليا لكي يمثله أمام مجلس الدولة ..."³.

وقضى مجلس الدولة في قرار رقم: بتاريخ: 18-03-2002 على ضرورة تمثيل المؤسسة العمومية والادارية والاقتصادية بمحام تحت طائلة عدم اعتبارها مثل الدولة¹.

¹ - عبد العزيز نويري، المنازعة الادارية في الجزائر تطورها وخصائصها دراسة تطبيقية، مجلة مجلس الدولة ع 08، 2006، ص 99-98.

² - المرجع نفسه، ص 99-98.

³ - مجلة مجلس الدولة 2002، ع 1، ص 101.

وقضى المجلس في قرار بتاريخ: 16-03-2004 بأن المستأنف لما ذكر صفته كمدير للبريد والمواصلات لولاية قسنطينة في عريضة الاستئناف ووقع عليها بنفس الصفة دون الاشارة الى أنه يتقاضى باسم السيد وزير البريد والمواصلات ويمثله في قضية الحال الى أحكام المادة 239 فقرتها الاخيرة من ق ا م لان ذكر مدير المواصلات لولاية قسنطينة وحدها على عريضة الاستئناف غير كافية لإعطائها مركز الدولة مما يتعين التصريح بعدم قبول عريضة الاستئناف لمخالفتها لأحكام المادة 239 من ق ا م². بالتالي الاجتهاد القضائي من خلال الاحكام السابقة وتفسيرها يعتبر توكيل المحامي أمام مجلس الدولة وجوبيا بالنسبة لجميع المتقاضين أمام هذه الهيئة القضائية الادارية العليا، ما عدا الدولة كشخص معنوي فهي معفاة منه حيث يمثلها الوزير المعني أو من يفوضه خصيصا لهذا الغرض³.

لوجوبه التمثيل بمحام في المادة الادارية فوائد من بينها، اعتباره - المحامي - من اعوان القضاء يساعد القاضي في الوصول الى حكم أو قرار عادل يفصل في النزاع، وتنوير هيئة الحكم بنص تشريعي قد لا يكون منشورا في الجريدة الرسمية أو اجتهادا قضائيا لمجلس الدولة أو عرفا اداريا قد يغفل القاضي الاداري عن الحكم به. هذا الدور الايجابي دفع بعض نواب المجلس الشعبي الوطني الى تقديم طلب تعميم وجوبية التمثيل بمحام حتى على مستوى المحاكم العادية ودعى أصحاب التعديل الى اعادة صياغة نص المادة 10 من ق ا ج م ا. غير ان اللجنة القانونية رفضت التعديل⁴.

ورغم أن لوجوبية التمثيل بمحام أثر واضح في تكريس حقوق الدفاع وحق التقاضي للمتقاضي، الا ان له أثرا سلبيا في الجهة المقابلة قد يؤدي الى وأد حق التقاضي وتعقيد الاجراءات أيضا.

حيث مهنة المحاماة في عمقها القانوني وكالة، والوكالة عمل ارادي أي ينبغي ان يترك للمتقاضي حق اختيار وكيله أو يدافع عن نفسه بمفرده دون ان يجبر على هذه الوكالة. حيث يبرر الزامه بوجوبية المحامي في القضاء العالي كمجلس الدولة باعتبار الموضوع مرتبط بالقانون وهيئة مقومة للأعمال والاجتهاد قد لا يحسن المتقاضي تمثيل نفسه أمامه⁵.

لكن في وجوبية التمثيل بمحام في المادة الادارية ينجم عنه القاء اعباء على المتقاضي وتحميله تبعات مالية، وان كان لتطبيق نظام المساعدة القضائية المكفول قانونا لمن حالت وضعيته المالية دون استعانة بمحام لرفع دعواه أثر في توخي ذلك⁶.

1 - مجلة مجلس الدولة 2003، ع 2، ص 115.

2 - المرجع نفسه، 118.

3 - عبد العزيز نويري، مرجع سابق، ص 102.

4 - مسعود منتري، آثار الزامية آثار الزامية تأسيس كحام على مستوى المجالس القضائية والمحاكم الادارية في ممارسة حق التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي حقوق بسكرة، ص 175، 176.

5 - المرجع نفسه، ص 176.

6 - مسعود منتري، مرجع سابق، ص 176.

يترتب على مبدأ وجوبية التمثيل بمحام في المادة الادارية أن صاحب المصلحة يتعذر عليه ممارسة حق التقاضي وهو حق دستوري وحق من حقوق الانسان الا اذا استعان بمحام في دعواه¹.

ثالثا: ضرورة التمثيل القضائي من المحامي.

يمكن أن نتطرق الى ضرورة التمثيل القضائي من المحامي في الموقف الفرنسي، ثم في الموقف الجزائري.

1. الموقف المشرع الفرنسي من التمثيل الوجوبي للمحامي:

القاعدة العامة في رفع الدعاوى الادارية لا تكون مقبولة الا اذا قدم الطعن بواسطة أحد المحامين، حيث اشترطت المادة 108 من قانون المحاكم الادارية والمحاكم الادارية الاستئنافية الفرنسي الصادر في 1989/09/07، والمادة 431-2 من قانون القضاء الاداري أنه يشترط لرفع الدعوى أمام القضاء الكامل للمطالبة بدفع مبلغ من المال على سبيل التعويض، أو الاعفاء من دفعه، أو اثبات المبالغ التي تم دفعها، أو حل النزاع الناتج عن العقد الاستعانة بأحد المحامين المقبولين أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض، أو أحد وكلاء الدعوى الممارسين اختصاصهم في محكمة دائرة الاختصاص².

والمشعر الفرنسي اعفى بعض الدعاوى من شرط وجوب الاستعانة بمحام عند رفعها، حيث يجوز للمدعي توقيع العريضة ورفعها بنفسه أو بواسطة وكيل خاص وهذه الدعاوى هي³:

- دعاوى الالغاء.
- الدعاوى الانتخابية.
- الدعاوى المتعلقة بالمعاشات.

ولقد أثبتت مسألة الالتزام بمحام في الدعاوى المطروحة أمام مجلس الدولة الفرنسي على المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان لتحديد ما اذا كان هذا الالتزام يعد خرقا لنصوص الاتفاقية فيما تتضمنه من حق أطراف النزاع في قضية عادلة، على اعتبار ان هذا الالتزام يمثل قييدا على حرية الأطراف في الدفاع الشخصي. حيث قررت المحكمة ان للدول الأعضاء الحق في ان تضع قواعد خاصة في التمثيل أمام محاكمها العليا، باعتبار احتكار المحامين المرافعة أمام مجلس الدولة لا يمثل اعتداء على نصوص الاتفاقية⁴.

2. موقف المشعر الجزائري من التمثيل الوجوبي للمحامي:

¹ - المادة 8 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان.

² - هانم احمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 194.

³ - المرجع نفسه، ص 195.

⁴ - ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 304-305.

يمكن الاستشهاد بضرورة تمثيل المحامي أمام الجهات القضائية بالنصوص التالية، في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

ومن ذلك المادة 10 منه حيث نصت على أن: "تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام جهات الاستئناف والنقض، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

حيث تشير هذه المادة الى أن التمثيل بمحام أمام القضاء العادي وجوبي أمام جهات الاستئناف والنقض، أي أمام المجالس القضائية والمحكمة العليا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وبخصوص القضاء الاداري، تنص المادة 815 منه: "مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الادارية بعريضة موقعة من محام".

وتنص المادة 826 منه: "تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الادارية، تحت طائلة عدم قبول العريضة".
والمادة 827 منه قالت: "تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه، من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل...".

حسب المادتين 815 و826 أقرتا وجوب التمثيل بمحام في المادة الادارية بخلاف ما هو في المادة العادية بحسب المادة 10 لدى الدرجة الأولى من التقاضي.

وذلك ما يطرح سؤالاً في تبرير ذلك وفائدته وأثره على تعزيز وتكريس حق التقاضي.
ومن جهة لماذا تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من التمثيل الوجوبي بمحام، وهم على التوالي: الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية.

ان نص المادة 815 صريح بوجوبية أن ترفع الدعوى الادارية من قبل محام، ماعدا بعض الدعاوى المرتبطة بالدولة أو الولاية أو البلدية او المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية، بصفتها مدعية أو في حال دفاع أو تدخل.
وبالتالي تبقى فرضية وجوبية التمثيل من قبل المحامي للشخص الطبيعي فردا عاديا أو شركة خاصة على سبيل المثال.

أما المادة 827 من اج م افقد تكلمت عن اعفاء بعض الهيئات من التمثيل الوجوبي بمحام أمام القضاء وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة ذات الصبغة الادارية وهي هيئات مستثناة على سبيل الحصر، حيث كان تبرير ذلك امتلاك هذه الأشخاص كفاءات بشرية واطارات بإمكانها تسيير ملف المنازعة، مع تخفيف وترشيد النفقات العمومية¹.

¹ - ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، مرجع سابق، ص 305-306.

غير ان هذا الاستثناء يصطدم بمسألة حرمان هيئات قد تتوفر فيها ذات المواصفات التي توفرت للهيئات السابقة التي حضيت بهذا الامتياز ورغم ذلك المشرع لم يدرجها ضمن هذا الاعفاء، ومن جهة ثانية الأمر يصطدم بقاعدة المساواة أمام القضاء بين جميع المتداعين، حيث الكل سواسية أمام القضاء بحسب المادة 140 من الدستور.

الفرع الثاني: الدور الاجتهادي للمحامي.

يمكن النظر الى ما اذا كان هناك دور وأثر للمحامي في الاجتهاد القضائي عموما، والاجتهاد القضائي الاداري على الخصوص، من خلال التطرق الى مهامه وواجباته بداية. حيث في معرفة ما يمارسه من اتصف بصفة المحامي من مهام وواجبات يحددها المشرع أثر في الاجابة عن التساؤل المطروح في هذا السياق؛ والمتمثل في قدرة المحامي على الاجتهاد من خلال ما يمارسه من نشاط (أولا). ثم يمكن للباحث أن يطرح تساؤلا مجاورا يخص مدى امكانية تمتع المحامي بصفة الفقيه القانوني؟ والتي من خلالها يمكن الحكم بأثر ودور المحامي في اثراء الاجتهاد القضائي الاداري (ثانيا).

أولا: مهام وواجبات المحامي.

لقد بين القانون المنظم لمهنة المحاماة مهام وواجبات المحامي بالتفصيل، وذلك في الباب الثاني منه، حيث بين المهام في الفصل الأول من المادة الخامسة الى المادة السابعة، والواجبات في الفصل الثاني من المادة الثامنة الى المادة 21. حيث يقوم المحامي بمهمة تمثيل الأطراف ومساعدتهم ويتولى الدفاع عنهم كما يقدم لهم النصح والارشادات القانونية¹.

كما يمكنه متى أجاز له المشرع القيام بمهام اتخاذ كل تدبير والتدخل في كل اجراء، والقيام بكل طعن، ودفع وقبض كل مبلغ مع البراء، والقيام بكل اجراء يتعلق بالتنازل أو الاعتراف بحق، والسعي لتنفيذ الأحكام القضائية². أما عن واجباته، فمنها ضرورة فتح مكتب في دائرة اختصاص المجلس القضائي، مع مراعات الالتزامات التي تضعها القوانين والأنظمة وتقاليده المهنة وأعرافها، وتحسين المدارك العلمية باستمرار، والاحترام الواجب للقضاة والواجبات القضائية، وارتداء البذلة الرسمية وحسن معاملة الزملاء، وسلوك مسلك المساهم الوفي للعدالة. وحماية حقوق ومصالح موكله واحترامه، وبضمان الدفاع على المتقاضى اذا عين في اطار المساعدة القضائية بقابل أو بدونه.

مع منعه من السعي لجلب الزبائن أو القيام أو الاشهار لنفسه أو الايعاز بذلك، مع مراعاة السر المهني، وأسرار موكله، وسرية التحقيق، وعدم تمثيل مصالح متعارضة، وعدم التنحي على التوكيل المسند اليه الا بعد اخبار موكله سلفا

1 - القانون 07-13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، المادة 05.

2 - القانون 07-13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، المادة 06.

بذلك وفي الوقت المناسب، مع منع امتلاكه عن طريق التنازل الحقوق المتنازع فيها، مع التزامه بكل الوثائق الخاصة بالقضايا التي يرفع بخصوصها، مع امكانية القيام بمعاملات مالية تخص موكله.

ثانيا: هل المحامي فقيها قانونيا؟

قبل الاجابة عن التساؤل: هل المحامي فقيها قانونيا؟ يمكن للباحث أن يحدد تعريف الفقه القانوني ومركزه القانوني تجاه القانون بصورة عامة.

الفقه في اللغة، هو الرأي عند أكثر الأصوليين، أو فهم غرض المتكلم من كلامه، وعرفه امام الحرمين والجرجاني بالعلم، أو هو العلم بالشيء والفهم له، أو هو الفهم بذاته، رجل فقيه أي عالم، وكل عالم بشيء فهو فقيه، أو هو الفطنة¹.

أما الفقه القانوني، فعرفه عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت بأنه: "استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية". حيث هو يمثل المظهر العلمي للقانون². أو المعيار الموضوعي في تحديده. أو "مجموع الفقهاء الذين تخصصوا في البحث في القانون"³. وهو هنا يمثل المعيار العضوي. وعرف أيضا باعتباره: "مجموعة الآراء القانونية الصادرة عن علماء القانون، أي الفقهاء، بمناسبة شرح وتفسيره، حيث يعتمد الفقيه الى نقد وتحليل النص القانوني، من خلال صياغته وتطبيقه، واستنباط الحكم القانوني من مصادره بالطرق العلمية"⁴.

وعرفه ماجد راغب الحلو: "تلك القواعد التي يستنبطها الفقهاء بالدراسة والبحث"⁵. وعرفه توفيق بوعشبة بأنه: "ما يصدر من المؤلفين من أصحاب المصنفات والبحوث والدراسات وشتى المقالات العلمية المتعلقة فيما يخص المادة العلمية، بشتى المواضيع والمسائل المطروحة بالعلاقة مع ما يأتي به المشرع أو ما ينطق به القضاء. فيكون في تلك الكتابات الصادرة عن أساتذة أو محامين أو قضاة عروض ومناقشات وتحليل وتعليق وبسط أفكار أو لنظريات ومجموع كل ذلك يتشكل ما يسمى اصطلاحا بالفقه"⁶.

1 - أنظر: مادة فقه في لسان العرب لابن منظور، ص 3450

2- عبد الرزاق السنهوري، حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، القاهرة، 1950، ص 115.

3- عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، القسم الأول، نظرية القانون، 1965، د د ن، ص 155.

4- محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 235.

5 - ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص 69.

6 - توفيق بوعشبة، القانون الاداري التونسي، د د ن، د س ن، ص 27.

وعرفه كل من عبد الباقي البكري وزهير البشير بأنه يفيد معنيين: " أولهما؛ مجموع آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه، وثانيهما؛ علماء القانون أنفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره ونقده "1.

من خلال التعاريف السابقة للفقهاء القانونيين، يمكن القول أنه يمكن ان نضع معيارين لتحديد معنى الفقه، وهما المعيار العضوي والمعياري الموضوعي، فالأول يعبر عن مجموع الأشخاص الذين يمكن أن يضعوا القانون تحت طائلة الشرح والتحليل والنقد. أما المعيار الثاني فيمثل مجموع الآراء والقواعد التي يستنبطها أهل الفهم للقانون.

وفي نظرية القانون لما نتطرق لمسألة مصادره فان الراجح هو المعيار الموضوعي في تحديد معنى الفقه القانوني. حيث تبحث نظرية القانون المركز القانوني للفقهاء كمصدر للقانون، فقد كان مصدرا رسميا في القوانين القديمة، ثم أصبح مصدرا تفسيريا في معظم القوانين والتشريعات الحديثة.

حيث كان للفقهاء دورا أساسيا في تكوين قواعد القانون الروماني، بدءا بآراء رجال الدين بداية ثم آراء وجهاء المجتمع ليصبح طريقا علميا من خلال تدوين المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى العملية².

وساهم الفقه في تشكل قواعد الشريعة الاسلامية، من خلال ظهور مدارس الفقه وأئمتها عبر مراحل التاريخ الاسلامي، خاصة ما بعد وفاة النبي وانقطاع الوحي. بظهور أئمة الفقه الأربعة وتدوين كتب الفقه، وظهور الفقه الاسلامي، وظهور مدرستين أساسيتين هما مدرسة الحديث ومدرسة الرأي، حيث كان لهذه الأخيرة دورا لا ينكر في تطوير قواعد الفقه الاسلامي اجتهادا ورأيا³.

فالقاضي اليوم يستأنس بآراء رجال الفقه فحسب، مهما بلغت مكانة الفقيه، ولا حتى برأي انعقد أجماع الفقهاء حوله. غير أن عدم الزامية آراء الفقه لا يعني أنها مسلوبة الأهمية، حيث يبقى لها أثر ودور في ارشاد القاضي أو في التحضير لأعمال المشرع⁴.

يرى كل من عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت أن " الفقيه أوسع أفقا من القاضي، وأسرع تأثرا بقوانين التطور .. وعييه أنه كثيرا ما ينحرف عن الحياة العملية، وهو في سموه الى العموميات يتعد عما في الحياة من ملايسات وظروف خاصة في كل قضية من أفضيتها "1.

1 - عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، د د ن، ص 153.

2 - عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 156.

3 - المرجع نفسه، ص 156.

4 - المرجع نفسه، ص 158.

من خلال ما تقدم نرجع الى السؤال الأساسي الذي طرح بداية: هل المحامي يعتبر فقيها قانونيا؟ وذلك للإجابة عن التساؤل الذي يليه ان كان فقيها قانونيا فهو مجتهد وبالتالي له أثر في بناء الاجتهاد القضائي عموما، والاجتهاد القضائي الاداري خصوصا. وان كان غير ذلك فليس بمجتهد.

بالرجوع الى شروط ممارسة مهنة المحاماة، فان القانون المنظم لمهنة المحاماة رقم: 07-13 بين ذلك في نصوصه. حيث اشترط للالتحاق بمهنة المحاماة الحصول على شهادة الكفاءة المهنية لمهنة المحاماة بعد شهادة الليسانس، ومتابعة تربص. مع اعفاء القضاة الذين لهم أقدمية عشر سنوات من الممارسة على الأقل، وحائزو شهادة الدكتوراة أو دكتوراة قانون، وأساتذة كليات الحقوق الحائزون على شهادة الماجستير في الحقوق أو ما يعادلها الممارسون لمدة عشر سنوات على الأقل من شهادة الكفاءة المهنية².

حيث يتم الحصول على شهادة الكفاءة المهنية بعد تكوين في مدارس جهوية لذلك، يحدد تنظيمها التنظيم كما نص قانون تنظيم المحاماة 07-13 في المادة 33 منه. ويترشح لها كل من كان جزائري الجنسية مع مراعاة الاتفاقيات القضائية، وحائزا لشهادة الليسانس في الحقوق أو ما يعادلها، وأن يكون متمتعا بحقوقه السياسية والمدنية، وأن يكون حسن السيرة والسلوك، وأن تسمح حالته الصحية والعقلية بممارسة المهنة³.

حيث لا يتابع المتحصلين على شهادة الكفاءة المهنية تربصا ميدانيا مدته سنتان يتوج بتسلم شهادة نهایة التربص من قبل لجنة المنظمة، باستثناء القضاة الذين لهم أقدمية عشر سنوات على الأقل أو حاملو شهادة الدكتوراة أو دكتوراة دولة. مع امكانية مدة التربص لسنة واحدة للمتربص الذي لا يلتزم بالواجبات المحددة في المادة 38 من قانون 07-13 المنظم لمهنة المحاماة⁴.

وصفة المحام لا تكون الا لمن كان مقيدا ومسجلا في جدول المحامين⁵.

هذه أهم الشروط القانونية الواجب توافرها لمن يريد ممارسة مهنة المحاماة، حيث بعد التكوين النظري في الجامعة والتخرج بشهادة الليسانس على أقل تقدير، ثم الدخول لسنتين في المدارس الجهوية للتكوين-والتي مازالت لم تنصب بعد - ثم القيام بتربص ميداني لسنتين في مكتب محاماة ليجد المترشح نفسه مؤهلا لممارسة المهنة.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص 116.

² - القانون رقم: 07 - 13 المنظم لمهنة المحاماة، المادة 31 الى المادة 35.

³ - القانون رقم: 07 - 13 المنظم لمهنة المحاماة، المادة 34.

⁴ - القانون رقم: 07 - 13 المنظم لمهنة المحاماة، المادة 36 - 41.

⁵ - القانون رقم: 07 - 13 المنظم لمهنة المحاماة، المادة 32.

يعتقد الباحث وأن الأمر كذلك يؤهل المحامي أن يكون على درجة من الفقه والفهم للمادة القانونية تؤهله للتحليل والنقد والاثراء لنصوص ومواد القانون وبحث ايجابياته وعثراته، ونقد مضامينه.

بمعنى أنه ولو كان الأمر يتطلب خبرة في الميدان العملي بعد التكوين النظري، الا أنه يصدق وصف من كان ممارسا لمهنة المحاماة بالفقيه القانوني، وهنا الأمر مرتبط بمدى جدية المحامي في ممارسة نشاطه القضائي، واندماجه في منظومة العدالة، وتحقيق شرط المساعد الفاعل لتحقيق العدالة.

ويدعم هذا الرأي - تحلي المحامي بصفة الفقيه القانوني - أيضا الواقع العملي لنسبة لا بأس بها من ممارسي مهنة المحاماة، والذين يزاولون نشاط التدريس في كليات ومعاهد الحقوق. حيث مزاوله النشاط الأكاديمي من جهة والنشاط القضائي من جهة ثانية يعتقد الباحث، أن ذلك يجعل من المحامي الأستاذ مؤهلا على تبصر نصوص القانون فهما ودراية متى كان واضحا، والوقوف على ما غمض منها وأشكل واقعا لينتقد ويحلل، ويجد الحلول ما أمكنه ذلك.

المبحث الثالث: الاجتهاد القضائي في معقولية المحاكمة.

ان من بين الظواهر السلبية التي تتصف بها الاجراءات القضائية أمام الجهات القضائية عموما، ظاهرة بطء التقاضي وطول وقت حل النزاع داخلها، مما قد يلحق ضررا بالمتقاضين، وبمقوقهم وحقوق دفاعهم. وهذه الظاهرة ليست مقصورة على الجزائر وحدها، بل تعرفها معظم الدول ومن ذلك القضاء الفرنسي. لذلك اتخذ المشرع الفرنسي جملة من الاجراءات والتدابير الغاية منها تقصير هذه المدة قدر الامكان¹، وهو ذات التوجه الذي سلكه المشرع الجزائري مؤخرا من خلال تدابير واجراءات محفزة على معقولية الفصل في الخصومة الادارية. وذلك في إطار تكريس وتعزيز مبادئ المحاكمة العادلة.

حيث تتعدّد أسباب بطء اجراءات التقاضي وتنوّع، ولا تقع على كاهل القضاة وحدهم. فهناك أسباب تعود إلى أعوان القضاة كالمحاميين والخبراء ومساعدتي القضاء كالمحضرين وغيرهم، وأسباب تعود إلى التشريعات الإجرائية، وأخرى تعود إلى إزدياد السكان وكثرة مشاكلهم ونقص عدد القضاة وغيرها من الأسباب. كما تختلف هذه الأسباب وتنوّع وتختلف باختلاف المجتمعات والبيئات وربما تعود إلى أماكن العمل وبيئته².

وبين أسباب البطء في البت بالدعاوى، بالإضافة ما ذكر؛ فشل نظام ادارة الدعوى، وطبيعة بعض الدعاوى وتعقيد اجراءاتها، وأطراف الخصومة القضائية³.

وبقصد معالجة هذه الظاهرة القضائية، والحد منها أو التقليل منها على الأقل، تتدخل التشريعات الاجرائية خاصة في ذلك، ولعل تدخل الاجتهاد القضائي أثر أساسي في توجيه المشرع في كثير من الأحيان.

فالإصلاحات القضائية التي دأبت الدولة الجزائرية على القيام بها من حين لآخر، تمت المبادرة بتقنين تشريعات تحد من هذه الظاهرة وتخفف منها، وتجسد مبدأ اساسيا يسمى بمبدأ معقولية المحاكمة، وان كان الواقع والاحصائيات التي يتحدث عنها المتخصصون يثيرون عديد العوائق في هذا المجال.

نبين تبعا لذلك، مفهوم معقولية المحاكمة والأسس القضائية في الاجتهاد الفرنسي (المطلب الأول)، ثم معقولية المحاكمة في الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري (المطلب الثاني).

1 - عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الادارية ضد الادارة العامة، دار هومة الجزائر 2010، ص 65.

2 - أنظر: بطء البت بالدعاوى " الاختناق القضائي "، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم العليا (النقض، التمييز، المجالس العليا للقضاء، محاكم التعقيب)، في الدول العربية، اعداد المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية سلطنة عمان، 23-26-10-2016.

3 - أنظر: بطء البت بالدعاوى " الاختناق القضائي "، المرجع السابق، ص 4 وما بعدها.

المطلب الأول: مفهوم معقولية المحاكمة والأسس القضائية في الاجتهاد الفرنسي.

نبين بداية مفهوم معقولية المحاكمة في الفرع الأول، ثم الأسس القضائية لمعقولية المحاكمة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم معقولية المحاكمة.

نبين بداية تعريف معقولية المحاكمة، ثم خصائصه.

أولا: تعريف معقولية المحاكمة.

يرجع بعض الفقه أصل الحق في المحاكمة في مدة معقولة، الى العهد الأعظم الماغنا كارتا، في أبلترا سنة 1215، والذي جاء فيه: " لن ننكر على الانسان حقه في العدالة ولن نؤجل النظر الى القضايا ". ثم نظم اعلان الحقوق لولاية فرجينيا الأمريكية سنة 1776، نصا واضحا على هذا الحق تم دسترته في ولاية ماساسوتش سنة 1780¹.

وعرفت معقولية المحاكمة بأنها: " حق المتهم التمتع أثناء نظر قضيته، وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا والتي من بينها أن يحاكم دون أي تأخير لا مبرر له "

والواقع أن هذا التعريف، هو ضيق للمبدأ باعتباره يشير مباشرة الى المادة الجنائية، لما أطلق مصطلح المتهم في مضمونه، والأمر يرتبط بجميع المواد جنائية أكانت أو مدنية أو ادارية أو غيرها.

وبالتالي تطبيق مبدأ معقولية المحاكمة يشمل أي اجراءات التقاضي بغض النظر عن طبيعة النزاع المعروض أمام الجهات القضائية.

ويمكن في نفس السياق، القول أن مبدأ " معقولية المحاكمة " يمثل في جوهره مدة لا تلحق ضررا بالمتقاضين أساسا، قد تسمى " المدة المعقولة " أو " المدة المثلى ".

حيث تمثل المدة المعقولة لمعقولية المحاكمة، المدة التي يجب أن تنسحب على كل دعوى قضائية، وتمتد من مرحلة التحقيق مرورا بالمحاكمة الى غاية تنفيذ القرار.

والمدة المثلى؛ تتعلق بإدارة الوقت القضائي، وتهدف بشكل أساسي الى أن تكون " مدة مجموع الاجراءات مناسبة منذ تقديم الدعوى ولغاية النتيجة النهائية الملائمة للأهداف التي سعى لها المتقاضون عبر تقديم الدعوى ".

وتحديد هذه المدة المعقولة أو المثلى مسؤولية جميع المؤسسات والأشخاص المكلفين بنظم وتخطيط وتنفيذ الاجراءات القضائية.

حيث من الناحية العملية التطبيقية، وضعت بعض النظم الاجرائية كتونس ولبنان على سبيل المثال، نظام لرصد مدد الاجراءات أمام المحاكم، من أجل توفير بيانات احصائية مفصلة عن مدة الاجراءات على الصعيد العام.

¹ - غنام محمد غنام، حق المتهم في المحاكمة السريعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 04.

يمكن للباحث تعريف معقولية المحاكمة بأنها: " النظر في الدعوى والحكم فيها في آجال مقبولة، دون أن تلحق ضرراً بأحد أطراف الخصومة ".¹

ان حق معقولية المحاكمة، يمكن النظر اليه من خلال مصادر تشريع الفقه الاسلامي، حيث بينت تلك المصادر المختلفة مدى الضرورة الى سرعة اجراءات التقاضي والبت في القضايا دون تسويق ومماثلة ضمانا لحقوق المتنازعين وصبونا لمبادئ المحاكمة العادلة وتكريسا للعدالة الناجزة.

حيث قال محمد الطاهر بن عاشور في ذلك، على سبيل المثال¹ :

(بقي علينا إكمال القول في مقصد التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها وهو مقصد من السمو بمكانه ، فإن الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعيينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره يثير مفسدات كثيرة، منها: حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه ، وذلك إضرار به ، ومنها إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له وهو ظالم للمحق ..ومنها استمرار المنازعة بين المحق والمحق وفي ذلك فساد حصول الاضطراب في الأمة ، فإن كان في الحق شبهة للخصمين ولم يتضح المحق، من المحقوقي في الإبطاء مفسدة بقاء التردد في تعيين صاحب الحق وقد يمتد التنازع بينهما في ترويح كل شبهته، وفي كلا الحالين تحصل مفسدة تعريض الأخوة الإسلامية للوهن والانحرام ، ومنها تطرق التهمة إلى الحاكم في تربيته بأنه يرد إمالال المحق حتى يسأم متابعة حقه، فيتركه فينتفع المحق ببقائه على ظلمة فتزول حرمة القضاء من نفوس الناس، وزوال حرمة من النفوس مفسدة عظيمة"

غير أنه في المقابل، توجد حالات يمكن أن فيها تأخير الحكم، ومن أهمها:

- حالة رجاء الصلح بين الخصمين؛ فالصلح مطلب شرعي وغرض ديني، أمر به المولى تعالى في عديد الآيات ومنها قوله: " والصلح خير " ، وأرشد إليه ﷺ في الأمور العامة وفي المنازعات خاصة، ولذا لما تنازع عنده رجلان في مواريث لهما قال لهما ﷺ : (اذهبا فاقتما) ثم توخيا إلى الحق ثم استهما ثم ليحلل كل منكما صاحبه. حيث يكون الصلح أوكد، متى كان النزاع خاصة بين قرابة، او اذا ألتبست على القاضي الأمور وأشكلت عليه القضية.

حالة امهال مدعي البينة الغائبة؛ حيث جاء في رسالة عمر رضي الله عنه : (واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أمداً ينتهي إليه ، فإنه أثبت للحجة وأبلغ في العذر، فإن أحضر بينة إلى ذلك الأجل أخذ بحقه وإلا وجهت عليه القضاء). ويقول ابن القيم في ذلك : (هذا من تمام العدل فإن المدعي قد تكون حجته أو بينته غائبة ، فلو عجل عليه بالحكم بطل حقه ، فإذا سأل أمداً تحضر فيه حجته أجيب إليه ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام ، بل بحسب الحاجة فإن ظهر

¹ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني.

عناده ومدافعه للحكم لم يضرب له أمداً ، بل يفصل الحكومة ، فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتمام العدل ، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم)¹.

ثانياً: خصائص معقولية المحاكمة.

بعد تحديد مفهوم معقولية المحاكمة، يمكن في هذا الفرع طرح السؤال الرئيس المتعلق بخصائصه أو بتحديد الطبيعة القانونية له؟ والذي من خلاله نبين أثر ودور القضاء بخصوصه اجتهاداً.

حيث دعا بعض الفقه الى اعتبار معقولية المحاكمة حقاً من حقوق الانسان، وبعضهم دعا الى اعتباره مبدأ قانونياً عاماً. في حين يرى اتجاه معتبر الى ضم معقولة المحاكمة ضمن مبادئ الأمن القضائي.

1. معقولية المحاكمة حق من حقوق الانسان:

تعلي بعض الدساتير من قيمة مبدأ معقولية المحاكمة، وتجعله كأحد حقوق الانسان، وتضمنه في مقدمات دساتيرها أو ضمن بنوده ونصوصه، ومن ذلك الدستور الأمريكي وبعض الدساتير الأوروبية، الى جانب حق الدفاع والحق في محاكمة عادلة. حيث المتفق عليه أن " العدالة البطيئة نوع من الظلم"².

فمن بين الحقوق الأساسية للإنسان أن يستوفي حقه القضائي سواء أكان مدعياً أو مدعياً عليه في وقت زمني مقبول.

حيث التضمنين الدستوري لهذا المبدأ يجعل منه حقاً إنسانياً كغيره من الحقوق الواجبة الاحترام والتقدير، والتي تحظى بمكانة سامية قانونية من خلال دسترته، وذلك ما عملت بعض الدساتير العربية عليه ومن ذلك على سبيل المثال نص الدستور التونسي في الفصل 108 منه على أن: " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القضاء ".

والدستور المغربي كذلك، في الفصل 120 منه الذي نص على أن: " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر في أجل معقول ".

2. معقولية المحاكمة مبدأ قانونياً عاماً.

¹ - أنظر: ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين.

² - انظر على سبيل المثال: الميثاق الكندي المتعلق بالحقوق والحريات المادة 11 فقرة ب، والمادة 24 من الدستور الاسباني، والمادة 29 من الدستور السويسري، والمادة 32 من الدستور البرتغالي.

وغنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 05.

ان معقولية المحاكمة يعتبر من المبادئ القانونية العامة، التي يمكن للقاضي تطبيقه عند نظر أي دعوى، وبالتالي لا يحتاج في ذلك أن يكون هذا المبدأ مقنن ومشروع في التشريع الداخلي، حيث لاعتبارات المحاكمة العادلة والمحاكمة الناجزة يكون القاضي الاداري خصوصا، والقاضي عموما متحررا من تأسيس تطبيق المبدأ، باعتباره المسؤول الأول عن وضع حد للخصومة التي أمامه.

فتحديد مدة محددة للمحاكمة، تعد مدة معقولة، ليس بالأمر السهل والهين، وقد لا يكون مجديا بناتا، وذلك لاختلاف طبيعة ومضمون النزاعات التي تعرض في أروقة الجهات القضائية.

لذلك نصت قواعد القانون الدولي على المرونة في تحديد المدة المعقولة لحل المنازعات دون تحديد دقيق وثابت لها. فالتشريعات الوطنية يصعب عليها التحديد الدقيق الثابت للفصل في المنازعات عامة، لذلك ترك للسلطة التقديرية للقاضي بما يراه مناسباً بحسب ظروف كل قضية، بين بساطتها وتعقيدها، بحيث تكون سلطته التقديرية في ما تستغرقه الاجراءات، وأسباب التأخير، ووقوع الضرر ونوعه، بالاضافة الى مدى تمسك المتقاضي بحقه في المحاكمة السريعة أو لا؟ وفي ذلك يخضع تقدير المحكمة لرقابة المحكمة العليا من حيث سلامة الاستدلال، وكفاية السبب.¹

3. معقولية المحاكمة من مبادئ الأمن القضائي.

تشير بعض الاحصائيات المتعلقة بمسألة المدة الزمنية للفصل في الخصومة الادارية على طولها، فعلى مستوى المحاكم الادارية معدل الفصل وصل الى سنتين، وعلى مستوى محاكم الاستئناف وصل معدل الفصل الى أربعة عشر شهرا، أما على مستوى مجلس الدولة فقد تجاوز المدى الزمني للفصل في الخصومة الادارية معدل السنتين.²

لذلك كرس مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الدولة عن انتهاك الحق في معقولية الحكم:

Droit à un délai raisonnable de jugement

وقد تم ذلك بموجب حكمه في قضية **Darmont** بتاريخ: 29-12-1978³. ثم عززه بحكم **M. Magiera** بتاريخ: 28-06-2002⁴.

حيث يستند الاجتهاد القضائي الاداري في تكريس مبدأ معقولية المحاكمة الى مجموعة من المبررات الاجرائية والتي قد يخرج أحيانا عن النص التشريعي عندها.

¹ - غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 22.

² - عمار بوضياف، القضاء الاداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 83

³ - M, Long, ibid, p 863.

⁴ - C.E.ass, Garde des sceaux, ministre de la justice c/M.Magiera, AJDA, 2002, p 568.

Voir aussi: jean-claudevbbonchot. Paul Cassia.. Bernard Poujade, Les grands arrêts du contentieux administratif, 4 édition 2014, Dalloz, p 100 et ext....

لذلك يمكن عد معقولية المحاكمة كأحد مبادئ الأمن القضائي. حيث هناك ارتباط وثيق الصلة بين معقولية المحاكمة والأمن القضائي.

الفرع الثاني: الأسس القضائية لقاعدة معقولية المحاكمة.

يمكن تبين الأسس القضائية لقاعدة معقولية المحاكمة في اجتهاد مجلس الدولة الأول، أي في بواكير اجتهاداته أولا، ثم في تطبيقها في التشريع ثانيا.

أولا: في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الأول.

يعد حكم **Magiera** باكورة الأحكام التي صدرت في شأن التزام القضاء الاداري بتحقيق العدالة الناجزة، والتي قد تساءل بصددتها نتيجة طول أمد القضايا أمام المحاكم من خلال تعويض مناسب من القاضي الاداري. غير ان مجلس الدولة الفرنسي لم يتجه هذا المسلك القضائي الجديد نسبيا الا بعد ضغط مورس من قبل القضاء الأوربي في المحكمة الأوربية لحقوق الانسان والتي قضت بغرامات باهضة جراء عدم الالتزام بمبدأ معقولية المحاكمة والعدالة الناجزة للمتقاضين¹.

حيث أقام **M.Pierre** دعوى أمام المحكمة الادارية بباريس للمطالبة بمنحه تعويضا عن البطء في السير في دعواه التي سبق وأن أقامها أمام احدى محاكم القضاء الاداري الفرنسي، فقضت المحكمة الادارية برفض الدعوى، فقام المدعي بالطعن عليها أمام المحكمة الادارية الاستئنافية بباريس، والتي قضت بالغاء حكم محكمة أول درجة، وفي الموضوع منحه تعويضا جابرا للأضرار التي قدرت المحكمة لحقوقها بالمدعي، فقام وزير العدل بالطعن على ذلك أمام مجلس الدولة، والذي انتهى في قضاءه الى اعتبار العدالة الناجزة هي أحد الحقوق المكفولة للمتقاضين بموجب الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان، ويتعين - على المحاكم كافة - الالتزام والحرص على عدم اطالة أمد النزاع، وفي حال غير ذلك يطالب المرفق القضائي بالتعويض نتيجة ذلك².

حيث تباطء القضاء عن الفصل في دعوى المعني أكثر من سبع سنوات، دون ان يكون لهذا التأخر الصارخ ما يبرره. حيث اعتبر مجلس الدولة ان انتهاك هذا الحق يشكل خطأ مرفقيا في صورة سوء أداء مرفق القضاء لعمله، ولا يشترط لترتيب مسؤولية الدولة في مثل هذه الاحوال صدور خطأ جسيم من جانب المرفق³.

¹ - المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مجموعة مؤلفين، عدد 1، سبتمبر 2017، ص 20.

² - op cit, p 100 et s jean-claude vbbonchot. Paul Cassia.. Bernard Poujade

³ - عدو عبد القادر، ضمانات تنفيذ الأحكام الادارية ضد الادارة العامة، مرجع سابق، ص 66.

والناظر لفحوى الاجتهاد القضائي السالف الذكر، يتبين له سلطة القاضي الاداري في تقدير معقولية المدة الفاصلة في الخصومة، حيث وصفها قاضي مجلس الدولة الفرنسي بأنها " تتم بصورة شاملة " ، والشمولية تعبر أساسا على سلطة التقدير الواسعة له، مع وضع بعض الاعتبارات العملية ومن بينها¹ :
 "ما اذا كان هناك طعن قد أقيم على الحكم الصادر من محكمة أول درجة أو لا،
 النظر الى درجة تعقيد الدعوى،
 الظروف التي سارت في خضمها الاجراءات، لاسيما متابعة أطراف الخصومة الدعوى وتقديم المستندات والمذكرات في حينها،

النظر الى ظروف الدعوى الخاصة وطبيعتها وما اذا كانت تستدعي البت فيها بصورة مستعجلة".
 ثانيا: تطبيقات قاعدة معقولية المحاكمة في التشريع.

ان تقصير مدة الخصومة القضائية الى أقصى حد ممكن من بين آلياته سلطة القاضي الاداري في توجيه اجراءات الدعوى بأقصى سرعة ممكنة خلال تحقيق القضايا والنطق بالحكم. وهو في ذلك الدور غير مقيد بأي نص قانوني، حيث يتمتع بهامش كبير من السلطة التقديرية في ادارة التحقيق وتوجيهه².
 حيث يظهر أثر تدخل القاضي الاداري في تسريع الفصل في الخصومة الادارية من خلال تدابير متعددة؛ من بينها:

اعلام الخصوم بالدعوى الادارية، اتخاذ تدابير التحقيق، احالة الدعوى للفصل فيها، واعفاء المقرر العام من الاستنتاجات.

1. في اعلام الخصوم بالدعوى الادارية:

أوجب المشرع الفرنسي على المحكمة من تلقاء نفسها اعلان ذي المصلحة بالدعوى المرفوعة أمامها، وحتى في ظل غياب النص التشريعي تلتزم المحكمة باعلان ذي المصلحة استنادا للاجتهاد القضائي و تطبيقا لمبدأ المواجهة واحتراما له، والا كان الحكم باطلا³.

¹ - <https://www.legifrance.gouv.fr>

أطلع عليه بتاريخ: 12-05-2019 على الساعة: 23.00 ليلا

²-Joseph Bamba, le juge administratif et le temps dans le contentieux de l'excès de pouvoir, RDP, n 2, 1996, LGDJ, p 517.

عن: عدو عبد القادر، ضمانات تنفيذ الأحكام الادارية ضد الادارة العامة، مرجع سابق، ص 68.

³ - Michel Courtin: Instruction, op.cit,p 11

نقلا عن هانم اخمد محمود سالم، مرجع سابق، هامش 01 ، ص 212.

فاعلان الخصم بالدعوى الادارية يعبر عن اخطار الدعي عليه بالدعوى المرفوعة ضده، ودعوة ذوي الشأن لتقديم مذكراتهم ومستنداتهم في المواعيد المقررة¹.

كما أنه وسيلة مهمة تحقق اتصال طرفي المنازعة الادارية، الادارة العمومية وخصمها من خلال المذكرات والمستندات وادعاءات كل طرف ليحيطا علما بها.

وللقاضي من تلقاء نفسه السعي لاعلان الخصوم بالدعوى، حيث لا يعد الاعلان شرطا من شروط قبول عريضة الدعوى، ولا ركن من أركانه، فهو اجراء مستقل².

2. اتخاذ تدابير التحقيق.

تعد تدابير التحقيق، اجراءات قضائية مهمة في تعزيز مبدأ تقصير آجال الفصل في القضايا الادارية أمام القاضي الاداري، ومحفزة لتطبيق معقولية المحاكمة من خلال سلطاته المتميزة في ذلك.

ولعل ارتباط التدابير التحقيقية بمبدأ معقولية المحاكمة في التنازع الاداري يرتبط بالخصيصة الأساسية التي يكرها فقهاء القانون الاداري باعتبار اجراءات التحقيق الاداري ذات طابع تحقيقي³.

حيث الطابع التحقيقي للإجراءات القضائية الادارية يقول رشيد خلوفي؛ لم ينص عليه في أحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية، لكن يمكن استخلاصه من الصلاحيات التي يتمتع بها القاضي الاداري اثناء الخصومة⁴.

فالتحقيق بداية يقصد به اقامة الدليل بشأن واقعة مدعى بها أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا. حيث يختلف دور القاضي الاداري عن القاضي المدني في هذه المسألة على اعتبار أن الأخير في الغالب يلتزم السلبية ولا يستطيع بحكم طبيعة القضاء الفاصل فيه ان يأمر على سبيل المثال بتقديم وسيلة اثبات معينة، على خلاف القاضي الاداري الذي يتمتع بسلطات متميزة بحكم الطابع التحقيقي للإجراءات القضائية الادارية⁵.

¹ - أنظر: هانم احمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 212.

² - Français Gazier, procédure administrative contentieuse, op.cit.

³ - Ch. Debbasch et Jean Claude Ricci: contentieux administratif, op.cit, p 452.

Auby et Drago, Traité de contentieux administratif, Revu internationale de droit comparé, 14-3, p 885.

⁴ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 48.

⁵ - أنظر: عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 315.

فالمستقر عليه في القضاء الاداري الفرنسي ان القاضي هو الذي يوجه التحقيق، حيث لا يتحمل أطراف المنازعة الادارية عبء الاثبات فيها، انما للقاضي متى رأى أن ملف الدعوى يتضمن قرائن جديدة، اكمل هذا الملف عن طريق ما يأمر به من تدابير تحقيقية¹

3. احالة الدعوى للفصل فيها:

بمجرد أن تصبح الدعوى صالحة ومهيأة للفصل فيها للحكم، يتعين على القاضي اصدار قرار بقفل باب المرافعة تمهيدا لإصدار الحكم فيها².

حيث يمكن التأكيد في هذا السياق، أن الفقه الفرنسي اختلف قبل صدور قانون المحاكم الادارية والمحاكم الادارية الاستئنافية الجديد عام 1989 في تحديد الميعاد الذي تصبح فيه الدعوى مهيأة للحكم، ومن ثم يتعين على المحكمة غلق التحقيق تمهيدا لإصدار الحكم فيها.

حيث كان لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي أثر بين في توجيه المشرع الى تبني خيارا يساهم - كما يرى الباحث - في تجسيد مبدأ معقولية المحاكمة، وعدم اطالة أمد الخصومة والنزاع.

حيث قام بعض أعضائه سنة 1956 ومنهم M.F.Gazier ببيان أن لغلق التحقيق ميعادين، الأول عندما يتم المناذاة على الدعوى لاجراء المرافعات الشفهية، والثاني عندما يقوم مفوض الحكومة بإبداء طلباته، لأن مفوض الحكومة هو آخر من يتكلم، ومن ثم لا يجوز لا للخصوم ولا لمحاميهم الرد على ما أبداه مفوض الحكومة من طلبات³.

وبصدور حكم مجلس الدولة في قضية Commune de challes-les-Eux الصادر في 16 أكتوبر 1957 أصبح ميعاد غلق التحقيق هو الميعاد الذي ينتهي فيه الخصوم من تقديم ملاحظاتهم الشفهية المؤيدة لطلباتهم المكتوبة، والتي بعدها لن يستطيع القاضي أن يقبل فحص أي طلبات أو دفعات جديدة الا بعد أن تصدر قرارا باعادة فتح التحقيق من جديد لاجراء تحقيق تكميلي، كما يتم غلق التحقيق بعدما ينتهي مفوض الحكومة من ابداء طلباته بعد سماع المتقاضين قبل المداولة⁴.

¹ - Voir: M. Long et autres, les gandsarréts de la jurisprudence admimistrative, Dalloz, paris, 19 édition, 2014, p 456.

عن: عدو عبد القادر، الدور الاجرائي للقاضي الإداري الفرنسي في الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص 474.

² -Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, op.cit, p 352.

³ - أشار الى ذلك: هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 615

⁴ - C.E. 16-10-1957, Commune de Challes-les-Eux, Rec, P537.

C.E. 3-04-1957,Humbert,Rec, P 238. C.E. 19-06-1964, Monneret, Rec.T.1036. et C.E.07-10-1991. Tchouli, Rec.P423.

وبصدور قانون المحاكم الادارية والمحاكم الادارية الاستثنائية سنة 1989، أكدت المادة 154 على أنه يتعين على المحكمة اصدار قرار بعلق التحقيق بمجرد أن تصبح الدعوى مهياً للحكم فيها، فاذا لم تصدر المحكمة قرارها بعلق التحقيق، عد التحقيق مغلقاً بمجرد انتهاء الخصوم من ابداء ملاحظاتهم الشفهية¹.

4. اءفاء المقرر العام من الاستنتاجات:

المقرر العام عضو مهم في التشكيلة القضائية للقضاء الاداري الفرنسي، يعمل على فحص الدعوى الادارية المثارة، ليشكل قناعة واستنتاجات تساهم في الحل القضائي والقانوني للنزاع المطروح. غير أنه ولأسباب تتعلق بحالة الاستعجال أو تحقيق مزيد من الكفاءة، فان المقرر العام لم يعد يتدخل لإبداء رأيه القانوني في كافة الدعاوى، وبالتالي قد يعني نفسه من طرح الاستنتاجات، وذلك يعمل أساساً على تقصير المدة الزمنية للفصل في الدعاوى².

وأساس ذلك المرسوم رقم: 1950-2011 بتاريخ 23-12-2011 في المادة 732 من القسم اللاتحي لقانون العدالة الادارية والمعدل بموجب المرسوم رقم 730-2013 الصادر بتاريخ 13-أغسطس 2013³.

وبالتالي بناء على اقتراح المقرر العام يمكن لرئيس الدائرة المختصة ان يقرر اءفاء من الاستنتاجات، حيث لا ليس لرئيس الدائرة ولا لرئيس المحكمة تقرير اءفاء من الاستنتاجات للمقرر العام ما لم يقترح هو بنفسه تبعا للمسائل التالية⁴:

الدعاوى الخاصة برخص القيادة، تلك المتعلقة برفض اللجوء الى القوة العامة لتنفيذ حكم قضائي، ودعاوى التجنس، ودعاوى دخول واقامة وابعاد الأجانب، والدعاوى الخاصة برسوم الاسكان والرسوم العقارية المفروضة على الممتلكات المبنية، وتلك المفروضة على الاستخدامات الوظيفية في مجال الاذاعة والتلفزيون، وأحيرا الدعاوى المتعلقة بالمطالبات والمنح والحقوق الممنوحة في نطاق المساعدة أو النشاط الاجتماعي أو للإسكان أو لصالح من لديهم صلاحية العمل وبلا وظيفة.

¹ - Code de justice administrative.

² - أنظر: عبد المحسن شيحة، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

³ - المرسوم رقم: 1950-2011 بتاريخ 23-12-2011 في المادة 732 من القسم اللاتحي لقانون العدالة الادارية والمعدل.

⁴ - عبد المحسن شيحة، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

المطلب الثاني: معقولة المحاكمة في الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري.

ان الفصل في الدعاوى في آجال معقولة هو التزام ينصب أساسا على عاتق القاضي، حيث كل تأجيل بخصوص كل قضية مطروحة أمام القضاء، أو تمديد لمداولة، يجب أن يكون مبررا¹.

ويرى البعض ان المسألة متعلقة بالقاضي والذي مطلوب منه التأني والتبصر والدراسة والبحث المستفيض ليصل الى الحكم المعقول، وذلك من خلال أخذ الوقت الكافي، وبالتالي فلا حاجة الى استعجال القاضي في الحكم، كما ان أطراف الخصومة هم الذين يهمهم الأمر وأدرى بمصالحهم ومصالحة التعجيل والتأجيل، وتدخل القاضي يجب أن يكون في حدود. وبالتالي يجب ترك القاضي يعمل تحت سلطة الضمير، وليس تحت سلطة الوقت².

غير ان الباحث يرى أن المشرع ما تدخل الا لضرورة وحاجة ماسة لتكريس مبدأ معقولة المحاكمة، على اعتبار ان أكثر ما قد يهدر الحقوق أو يمس بها لأطراف النزاع الاداري خاصة خصم الادارة العمومية هو طول أمد الحكم فيه، والذي قد ينجم عنه أحيانا تغير المراكز القانونية وضعفها أحيانا. لذلك يؤكد على أهمية هذا المبدأ وضرورة تفعيله. نبين بداية الأسانيد القانونية لتكريس مبدأ معقولة المحاكمة في الجزائر (الفرع الأول)، ثم في أثر الاجتهاد القضائي في تعزيز مبدأ معقولة المحاكمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسانيد القانونية لتكريس مبدأ معقولة المحاكمة في الجزائر.

ان البحث في الأسانيد القانونية لتكريس مبدأ معقولة المحاكمة في الجزائر، ينطلق أساسا من القاعدة الدستورية ثم القواعد ما تحت الدستورية.

أولا: عدم دسترة معقولة المحاكمة في الدستور الجزائري.

الناظر للدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم، لا يجد فيه اشارة صريحة لمبدأ معقولة المحاكمة. وكذلك نفس الحكم بخصوص الدساتير السابقة. وهذا في حقيقة الأمر قد يكون غير مقبولا، لأن الجزائر منضمة الى العهد الدولي الذي يتضمن الحق في محاكمة سريعة عادلة، ولا نجد في دستورها ما لا يترجم ذلك.

الا أنه يمكن الاستئناس بنص المادة 56 من الدستور والتي لها علاقة غير مباشرة، بمعقولة المحاكمة، والتي قالت³:

1 - لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الادارية، دراسة قانونية تفسيرية، دار هومة الجزائر، 2012، ص 20

2 - أنظر سايح سنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج 1، مرجع سابق، ص 29-30.

3 - المادة 56 من الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم.

"كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية ادانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".

حيث المحاكمة العادلة و ضمانات الدفاع عن النفس، لهما ارتباط غير مباشر بمعقولة المحاكمة والحكم في آجال غير ضارة للمتقاضين. ولو كان النص متعلق بالمادة الجزائرية. وتبعاً لذلك، يقول خلفي عبد الرحمن أن المحاكمة خلال مدة معقولة يتميز بعدة خصائص تجعله حقا دستوريا راقيا يسمو بالعدالة¹.

على المستوى الدولي نصّت المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان: "أن لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته أو في إتهام جنائي موجه إليه، الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة وغير منحازة ومشكلة طبقاً للقانون".

كما نصّت الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان بتاريخ 22 نوفمبر/تشرين الثاني 1969 في مادتها الثانية على أن: "لكل شخص الحق في محاكمة تتوفر فيها الضمانات الكافية خلال مدة زمنية معقولة أمام محكمة مستقلة وغير منحازة ومشكلة طبقاً للقانون للبت في أي إتهام جنائي موجه إليه أو عند الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية والعملية والمالية أو أي طابع آخر".

وجاء في الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب الذي أقرته منظمة الوحدة الأفريقية في 27 جوان 1981 بنيروبي، كينيا في المادة 7 منه²: "حق التقاضي مكفول للجميع ويشمل هذا الحق .. د/محاكمته خلال فترة معقولة وبواسطة محكمة محايدة".

حيث تطرح مسألة النص على معقولة المحاكمة دوليا، مدى ضرورة دستورها في القوانين الأساسية للدول. حيث معظم الدساتير العربية لم تنص على هذا المبدأ، ماعدا اشارة واردة في الدستور العراقي لسنة 2005 والذي جاء فيه في المادة 19 منه: "تعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم ولا يجوز تمديد هذه المرة واحدة وللمدة ذاتها".

¹ - أشار اليه: عبد الرحمن خلفي، "المحاكمة خلال آجال معقولة. دراسة مقارنة في التشريع والقضاء الجنائي"، مقال منشور على شبكة الانترنت: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=142833>

اطلع عليه بتاريخ: 2020-06-07، الساعة 20.00 ليلا.

² - عبد الرحمن خلفي، "المحاكمة خلال آجال معقولة، المرجع نفسه.

ونص المادة 30 من القانون الأساسي المعدل الفلسطيني لسنة 2003 التي جاء فيها¹: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون اجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا".

كما قام كل من الدستور التونسي والدستور المغربي، بدسترة مبدأ معقولية المحاكمة.

فالدستور التونسي نص في الفصل 108 منه على أن²: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القضاء".

والدستور المغربي كذلك، في الفصل 120 منه الذي نص على أن³: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر في أجل معقول".

ومن خلال ذلك، الدستور الجزائري، مدعو لتكريس هذا المبدأ كنظيره المغاربيين. حيث ليس هناك ما من شك، أن معقولية المحاكمات بشتى أنواعها جزائية أكانت أو مدنية أو ادارية، ضرورة ملحة، وحق انساني أصبح اليوم يستلزم دسترته من الضرورات باعتباره مبدأ عاما قضائيا، يتيح تضمينه النصوص الدستورية حماية معيارية من أعلى نص قانوني في البلاد، ويضمن حقوق المتقاضين من اطالة أمد النزاع القضائي وتكاليفه.

ثانيا: معقولية المحاكمة في ما تحت القاعدة الدستورية.

لما كان النص الدستوري الجزائري، غير ناص على مبدأ معقولية المحاكمة، فان الوضع في القواعد القانونية ما تحت الدستورية مختلف عن ذلك. فعدد النصوص التشريعية في النظام القانوني الجزائري نصت عليه.

فالقانون الأساسي للقضاء⁴؛ القانون العضوي رقم: 04-11 المؤرخ في: 06-09-2004 كرس هذا الحق لصالح الخصم في المادة 10 منه حيث نصت على أنه:

"يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الآجال".

فأحسن الآجال ترادف معقولية الآجال.

1 - القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديله، الموقع الالكتروني:

<https://www.aljazeera.net/news/arabic/2007/7/18>

اطلع عليه بتاريخ: 08-06-2020، على الساعة: 18.00 مساء.

2- الدستور التونسي، الفصل 108.

3- الدستور المغربي، الفصل 120.

4- قانون عضوي رقم: 04-11 المؤرخ في: 06-09-2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر ع 57، لسنة 2004.

والناظر الى القانون الاجرائي الجزائري الحالي **قانون رقم 08-09**، يجده اتخذ عددا من الاجراءات يمكن ادراجها ضمن التدابير التشريعية التي تعمل على معالجة ظاهرة البط في التقاضي وتسريع الاجراءات القضائية الادارية من جهة. ومن جهة ثانية، نص **المادة الثالثة** منه تعد أساس هذا الحق بداية، حيث نصت على أنه¹ :
 " يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته.
 يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم.
 يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية.
 تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة".
 حيث الفقرة الأخيرة من نص المادة تشير صراحة الى ضرورة أن تفصل الجهات القضائية في الدعاوى في آجال معقولة.

اضافة الى مدونة أخلاقيات مهنة القاضي الصادرة بموجب مداولة للمجلس الأعلى للقضاء بتاريخ: 23-12-2006 نصت على ضرورة: " التسيب الشخصي للأحكام وفي المواعيد المقررة لذلك".²
 و يمكن من جهة ثانية، تبيان الوسائل الاجرائية التي يملكها القاضي الاداري من خلال نصوص المشرع والتي تساهم بشكل رئيس في تعزيز مبادئ معقولة المحاكمة والحكم في أقرب الآجال، ومن بينها³ :
 1- الاستغناء عن وجوبية التظلم الاداري المسبق.
 2- تقصير مدة صمت الادارة.
 3- ضبط مدة لتقديم محافظ الدولة لتقريره.
 4- وجوبية الاستعانة بمحام.
 5- الاعفاء من التحقيق.⁴

فالاستغناء عن وجوبية التظلم الاداري، وعده جوازيا في كثير من الدعاوى القضائية، يقصر من آجال الدعاوى القضائية، ويتيح فيها الفصل في آجال معقولة.

¹ - القانون رقم: 08-09 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 03.
² - أنظر: مداولة المجلس الأعلى للقضاء تتضمن مدونة أخلاقيات مهنة القضاء، ج ر عدد 17 لسنة 2007.
³ - أنظر في ذلك: نادية بونعاس، " خصوصية الاجراءات القضائية الادارية في الجزائر تونس مصر"، اطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، 2014-2015، ص 22 وما بعدها 208 وما بعدها.
⁴ - المادة 847 ق ا م ج: يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يقرر بالألا وجه للتحقيق في القضية عندما يتبين له من العريضة أن حلها مؤكد، ويرسل الملف إلى محافظ الدولة لتقديم التماساته.
 في هذه الحالة يأمر الرئيس بإحالة الملف أمام تشكيلة الحكم بعد تقديم التماسات محافظ الدولة.

والعمل على تقصير مدة الصمت الاداري، لما يطلب منها اتخاذ موقف معين، يتيح لخصمها، الاستفادة من مدد معقولة الفصل في الدعاوى القضائية.

بالإضافة الى تنظيم العمل القضائي داخل الجهاز القضائي الاداري، ومن ذلك عمل محافظي الدولة وتقديم تقاريرهم، في مدد معقولة، يتيح العمل على تجاوز البطء في الاجراءات القضائية أمام المتقاضين. بالإضافة الى وجوبية الاستعانة بمحام، والتي قد تقصر الوقت أمام المتقاضي وهيئة المحكمة في تبني حلولاً قضائية دون ملاحظة واضاعة للوقت القضائي.

فحسب استغلال الوقت القضائي، والذي يرتبط بمعيار تطبيق معقولة المحاكمات وآجال معقولة، يتأتى من خلال اجراءات قضائية وادارية حتى تسبق الدعوى القضائية، والتي من بينها ما ذكر أعلاه.

الفرع الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في تعزيز مبدأ معقولة المحاكمة.

ان أثر الاجتهاد القضائي في تعزيز مبدأ المحاكمة العادلة، يمكن أن نجد من خلال تطبيق قواعد القانون الاجرائي بصفة سليمة ومشروعة وفي حينها، دون تماطل.

فحسب تطبيق التشريع الاجرائي، واحترام مضامينه يعزز بشكل ما معقولة المحاكمات، وضماناتها.

بالإضافة الى ما ذكرناه في الفقرة السابقة، يمكن تبين الأثر الاجتهادي القضائي في:

أولاً: تطبيق الاعفاء من التحقيق قضاء: تعزيز لمعقولة المحاكمة

تطبيقاً لنص المادة 847 من ق ا م ا ج يمكن لرئيس المحكمة الادارية تقرير ألا وجه للتحقيق في القضية اذا ما تبين له من العريضة ان حلها مؤكد. حيث يرسل الملف الى محافظ الدولة لتقديم التماساته. ثم يأمر الرئيس بإحالة الملف الى تشكيلة الحكم¹.

وبموجب المادة 915 من ق ا م ا ج يخول لمجلس الدولة ذات الاجراءات والاعفاء من التحقيق.

والملاحظ ان النص التشريعي الجزائري متوافق مع المادة 8-611 R من قانون القضاء الاداري الفرنسي القسم

التنظيم، مع خلاف بينهما كما وضحه عبد القادر عدو².

فالمشرع الجزائري حصر آلية الاعفاء من التحقيق في الدعاوى الموضوعية دون الدعاوى الاستعجالية، بخلاف المشرع الفرنسي والذي خص الاجراء كافة الدعاوى.

¹ - المادة 847 ق ا م ا ج.

² - عبد القادر عدو، " مبدأ الفصل في الدعوى في أجل معقول في القانون الجزائري - حالة الدعاوى الادارية -"، مجلة الحقيقة جامعة ادرا، الجزائر، ع 29، ص 166-167.

كما ان المشرع الجزائري حصر الهيئة المكلفة بالإعفاء من التحقيق في رئيس المحكمة الادارية أو رئيس مجلس الدولة فقط، بخلاف موقف المشرع الفرنسي والذي حول هذا الاجراء لرؤساء الهيئات القضائية وكذلك لرؤساء تشكيلة الحكم أيضا.

والمشرع الجزائري اسوة بما فعله المشرع الفرنسي لم يحدد الحالات التي يكون فيها حل القضية مؤكدا¹.

حيث الباحث يرى ذلك قد يكون مقبولا متى علمنا الدور الايجابي للقاضي الاداري واجتهاده المتواصل والذي نؤكد عليه دائما، والذي قد يتدخل في تبيان هذه الحالات.

ولقد تساءل سايح سنقوقة بخصوص تقرير رئيس المحكمة أو مجلس الدولة هل هو أمر ولائي؟ أم قرار قضائي يمكن الطعن فيه من الخصوم؟ فقد يتراءى لأحدهم خطأ الاعفاء من التحقيق².

حيث يقول عبد القادر عدو ان الأمر الصادر من رئيس المحكمة أو رئيس مجلس الدولة يعد عملا متصلا بأعمال الادارة، ومن ثم فهو غير قابل للطعن فيه، شأنه شأن الأعمال الصادرة من القاضي بمقتضى سلطته الولائية³.

ثانيا: تحديد آجال اختتام التحقيق في الدعوى الادارية: تعزيز لمعقولة المحاكمة.

ان القاضي في الدعوى الادارية بخلاف وضعه في الدعوى العادية، يمكنه ان يتحكم في آجال الفصل في الدعوى من خلال تحديد آجال التحقيق واختتامه.

فاستخدام المشرع للفظ "الآجال المعقولة" و"أحسن الآجال" للفصل في الدعاوى عموما والدعوى الادارية خاصة، تعبير يتسم بالطابع الفضفاض يصعب ادراكه وحصره، خاصة عندما لا تكون هناك آجال زمنية دقيقة يحتمل اليها القاضي عند نظره في القضايا المعروضة أمامه، الا ان هناك مؤشرات يمكن ان تساعد على تقييم تصرف القاضي بشأن مدى احترامه لهذا المبدأ. من بين ذلك تأجيل النظر في القضية لعدة جلسات رغم أنها مهياة للفصل أو منح فرص الرد لأطراف الخصومة دون ضابط محدد، يشكلان أمثلة حية عن عدم احترام القاضي للمعقول من الآجال⁴.

حيث بموجب الفقرة 3 من المادة 844 ق ا م ج يجوز لرئيس تشكيلة الحكم عندما تقتضي ظروف القضية أن يحدد فور تسجيل العريضة التاريخ الذي يحتتم فيه التحقيق، ويعلم الخصوم به عن طريق أمانة الضبط. واذا كانت القضية

1 - عبد القادر عدو، " مبدأ الفصل في الدعوى في أجل معقول في القانون الجزائري - حالة الدعاوى الادارية -"، مرجع سابق، ص 167.

2 - سايح سنقوقة، شرح انون الاجراءات المدنية والادارية الجزء 2، مرجع سابق، ص 1074.

3 - عدو عبد القادر، مبدأ الفصل في الدعوى في أجل معقول في القانون الجزائري - حالة الدعاوى الادارية - مرجع سابق، ص 167.

4 - عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق، ص 27.

مهيئة للفصل يحدد رئيس تشكيلة الحكم تاريخ اختتام التحقيق بموجب أمر غير قابل لأي طعن حسب الفقرة 1 من المادة 852. كما يجوز لتشكيلة الحكم او لرئيس المحكمة الادارية لن يقرر في أي وقت وفي حالة الضرورة جدولة أي قضية للجلسة للفصل فيها باحدى تشكيلاتها بموجب المادة 875 ق ا م ج¹.

ونفس الاجراءات هذه يمكن ان تتبع أمام مجلس الدولة بموجب المادة 915، كما أنها أعمال غير قابلة للطعن متعلقة بإدارة العدالة كما يرى عبد القادر عدو².

ثالثا: تدابير متعلقة بوحدة الخصومة: تعزز معقولية المحاكمة.

ان القانون والاجتهاد القضائي كرس تدابير واجراءات غايتها بالدرجة الأولى الحفاظ على وحدة الخصومة الادارية، ومن جهة ثانية قد تؤدي الى تكريس مبدأ معقولية المحاكمة وهي التالية ذكرها:

1. ضم الخصومات:

ان آلية ضم الخصومات والدعاوى لها أثر واضح في ضمان الفصل فيها في آجال معقولة؛ حيث تجنب تعدد الدعاوى أمام الجهة القضائية الواحدة، وكذلك تجنب امكانية تناقض الأحكام الصادرة عن نفس الجهة.

حيث اذا تبين للقاضي وجود ارتباطات وثيقة بين عدة خصومات معروضة أمامه، جاز له بمقتضى المادة 207 من ق ا م ج الأمر بضمها سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الخصوم، والفصل فيها بحكم واحد، وذلك كما نصت وأكدت المادة ذاتها لحسن سير العدالة. ومن حسن سير العدالة الفصل فيه في آجال معقولة. وذلك ما لم تشر اليه المادة 94 من قانون 66-154 المضمن قانون الاجراءات المدنية القديم³.

وتقوم حالة الارتباط اذا قدمت طلبات مختلفة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية او جهات قضائية مختلفة من نفس الدرجة ويكون بين هذه الطلبات علاقة تستلزم لحسن سير العدالة ان تنظر ويفصل فيه معا⁴.

2. مراعاة التراتبية الاجرائية في ابداء الدفوع.

جاء في المادة 50 من ق ا م ج على ضرورة اثاره الدفوع الشكلية في آن واحد قبل ابداء أي دفع في الموضوع او دفع بعدم القبول، وهذا الحظر للمبدأ هو مبدأ عام يحكم جميع المرافعات مدنية كانت أو ادارية، ولعل من أهم غاياته واهدافه

1 - أنظر: المواد 844-852-875 من ق ا م ج.

2 - عبد القادر عدو، مبدأ الفصل في الدعوى في أجل معقول في القانون الجزائري - حالة الدعاوى الادارية - ، مرجع سابق، ص 168.

3 - أنظر: عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 169-170. وعبد القادر عدو، معقولية المحاكمة، مرجع سابق، ص 170.

4 - عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 167.

تكريس وتعزيز مبدأ معقولية المحاكمة وعدم اطالة أمد الخصومة. حيث يمنع على المتقاضى العبث بإبداء دفعاته ويدعوه النص الاجرائي الى تنظيم وترتيب دفعه بما يحقق ما يصبو اليه في آجال معقولة¹.

3. حظر ابداء طلبات جديدة بعد انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء.

تختلف الخصومة الادارية عن الخصومة العادية بخصوص ابداء طلبات جديدة بعد رفع الدعوى، حيث هي ليست جائزة في الأولى بخلاف الثانية، فالمستقر عليه فقها وقضاء في قضاء المشروعية هو حظر ابداء طلبات جديدة بعد انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء وتعديل الطلبات المقدمة كذلك، غير حالة ما اذا قرن الابطال بطلب التعويض فانه بالإمكان تعديل مقدار التعويض بحسب تفاقم الضرر².

فحظر ابداء طلبات جديدة في قضاء المشروعية من شأنه الحفاظ على وحدة النزاع منذ تقديم عريضة الدعوى الى حين الفصل فيها، وهو ما يساهم بشكل كبير في تقصير أجل الفصل في الخصومة الادارية³.

4. حظر ابداء طلبات جديدة على مستوى محكمة الاستئناف.

جاء النص على هذا الحظر في المادة 341 من ق ا م ج وذلك لغايتين؛ عدم الاخلال بمبدأ التقاضي على درجتين من جهة، ومن جهة ثانية لعدم اطالة مدة الخصومة وتحقيق مبدأ معقولية المحاكمة⁴.

أما بخصوص اجتهاد القاضي الاداري، جاء في قرار للغرفة الادارية بالمجلس الاعلى بتاريخ: 09-11-1985 بين فريق ق ضد بلدية م و د و ت ع بتيزي وزو، متعلق بتطبيق المادة 169 مكرر الفقرة 4 من ق ا م ج، وبالخصوص مسألة التظلم الاداري ورد الادارة عليه خلال مهلة معينة. ما مفاده⁵:

".... وأنه من الملائم بالتالي انقضاء أجل الثلاثة شهورا لعرض النزاع على الجهة القضائية الادارية. ولكن حيث

أن هذا الطعن المرفوع قبل هذا التاريخ يعتبر مقبولا، ذلك أن هذا الأجل وبالنظر لمدة التحقيق التي استغرقت

الدعوى القضائية، قد انقضى فعلا بدون أن يصدر عن الادارة اي رد.

1 - أنظر: عبد القادر عدو، معقولية المحاكمة، مرجع سابق، ص 171.

2 - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 171.

3 - المرجع نفسه، ص 172.

4 - المرجع نفسه، ص 172.

5- القرار رقم: 44008 بتاريخ: 09-11-1985، المجلة القضائية، 1989، ع 4، ص 250.

ساسى جمال، ج 1، مرجع سابق، ص 201-202.

حيث يستخلص من جميع ما سبق أن الطاعنين محقون في تأكيدهم على ان المجلس القضائي بالجزائر، قد أخطأ في فصله في القضية على النحو السابق عرضه، بالقرار المطعون فيه - حيث جاء قرار المجلس القضائي للجزائر برفض عريضة الفريق ق على أساس أنها مودعة قبل الأوان - "...".

ما يمكن ان نستشفه من هذا القرار، رغم عدم استنفاد خصم الادارة العمومية مهلة الثلاث أشهر لرد الادارة عن تظلمه، قام برفع دعواه أمام القضاء. وحيث أن قاضي الغرفة الادارية بمجلس قضاء الجزائر قضى برفض الدعوى لعدم الدعوى قبل أونها، نجد قضاء المجلس الأعلى من زاوية معقولية المحاكمة وتيسير الاجراءات وعلى اطالة أمد التقاضي، صرح بمقبولية الطعن المرفوع من خصم الادارة مؤكدا على أن الأجل الممنوح للإدارة للرد على التظلم قد استنفذ عمليا قياسا على مدة التحقيق التي استغرقتها الدعوى القضائية، دون ان يظهر رد من قبلها.

وهنا تطبيق حي وعملي لروح المشرع ومبدأ معقولية المحاكمة دون الاقتصار على لفظ النص الاجرائي فقط. بمعنى تحرر واضح للقاضي الاداري في تسيير إجراءات التقاضي من قبله وتيسيرها.

لكن في الجهة المقابلة، رغم أن المشرع الجزائري تأثر واستمد بعض قواعده ومبادئه من قانون العدالة الفرنسي، ومن بين ذلك مبدأ الفصل في الدعوى خلال أجل معقول، تعبيرا عن تطبيق مبدأ معقولية المحاكمة، الا أنه أغفل النص على مسؤولية الدولة في حال الاخلال بهذا المبدأ.

يرى عدو عبد القادر أن التزام القاضي بالفصل في الدعاوى القضائية يعد مبدأ أساسيا في نظامنا القضائي، وبالنظر الى أن القاضي الاداري هو من يسير الخصومة الادارية على خلاف الخصومة العادية، فيمكن القول أن الاخلال بهذا المبدأ يشكل خطأ من شأنه اقحام مسؤولية الدولة. ويتمثل هذا الخطأ في صورة تأخر المرفق في أداء عمله. لذلك يقترح - عدو عبد القادر - على¹: ضرورة النص في قانون الاجراءات المدنية والادارية على مبدأ المسؤولية الادارية لمرفق القضاء عن كل تأخر مفرط في الفصل في الدعاوى المعروضة عليه.

وضرورة تخويل لجنة خاصة على مستوى مجلس الدولة بصلاحيات الفصل في طلبات التعويض عن الضرر اللاحق جراء الاخلال بمبدأ الفصل في الدعوى خلال أجل معقول وفق اجراءات خاصة. ولهذه اللجنة بناء على معطيات كل قضية تقدير الأجل غير المعقول للفصل في الخصومة الادارية، ومن ثم اقحام المسؤولية الادارية.

والنص صراحة على أن الضرر الذي يقوم على التأخر في اصدار الاحكام القضائية كأساس للتعويض هو الضرر غير العادي أسوة بما فعله المشرع الجزائري في مجال التعويض عن أضرار الحبس المؤقت.

¹ - عبد القادر عدو، مبدأ الفصل في الدعوى خلال أجل معقول في القانون الجزائري، حالة الدعاوى الادارية، مرجع سابق، ص 181 وما بعدها.

الفصل الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري اثناء مرحلة رفع الدعوى الادارية والتحقيق فيها.

بعد تطرقنا في الفصل السابق، الى أثر الاجتهاد القضائي الاداري في كامل مراحل الدعوى القضائية، والقواعد الثلاثة الأساسية، سنتطرق في هذا الفصل الى دراسة بعض القواعد القضائية والمتعلقة بمرحلة رفع الدعوى الادارية والتحقيق فيها.

حيث سنتطرق في مرحلة رفع الدعوى الى مسألة انفتاح ميعاد الطعن القضائي وحالة العريضة الافتتاحية (المبحث الأول)، ثم أثر الاجتهاد القضائي الاداري في أوامر التحقيق (المبحث الثاني). على النحو التالي.

المبحث الأول: انفتاح ميعاد الطعن القضائي وحالة العريضة الافتتاحية.

المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في أوامر التحقيق.

المبحث الأول: انفتاح ميعاد الطعن القضائي وحالة العريضة الافتتاحية.

نبين تدخل القضاء في انفتاح ميعاد الطعن القضائي في مواجهة القواعد التشريعية (المطلب الأول)، ثم في أثر الاجتهاد القضائي في حالة العريضة الافتتاحية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثر الاجتهاد القضائي في انفتاح ميعاد الطعن القضائي.

ان المشرع الاجرائي غالبا ما يحدد ميعاد الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الادارة العمومية والمبلغة تبليغا صحيحا، والتي قد يرى فيها الطاعن مخالفتها للمشروعية القانونية، وذلك لكفالة واحترام المراكز القانونية واستقرارها، كقاعدة عامة وأصل عام.

غير أنه اذا نكلت الادارة العمومية عن نشر وتبليغ القرار الاداري الذي يمكن أن يطعن فيه، فان ميعاد الطعن على هذا القرار يمكن أن يبقى مفتوحا، ومن ثمة يجوز الطعن فيه في أي وقت ودون أي قيد أو شرط، وذلك حماية لحقوق الأفراد ضد تعسف الادارة العمومية أحيانا.

ففي قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 25-07-2007 أقر أن مبدأ عدم تبليغ القرار الفردي يجعل آجال الطعن مفتوحة¹.

حيث قررت عديد الاجتهادات لمجلس الدولة الفرنسي بعبارات صريحة أن ميعاد الطعن بالإلغاء في منازعات تجاوز السلطة قد يبقى ساريا دون الاعتداد بالمدد القانونية للقانون الاجرائي مادام ان الادارة العمومية لم تلتزم التبليغ والاحطار الصحيح لقرارها الاداري المطعون فيه.

حيث يمكننا في هذا السياق النظر أولا الى القاعدة العامة في احترام الميعاد التشريعي للطعن القضائي (الفرع الأول)، ثم في تطبيقات انفتاح ميعاد انفتاح الطعن القضائي (الفرع الثاني)، ثم في حالة الدفع بعدم مشروعية اللائحة الادارية لالغاء قرار اداري فردي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ضرورة احترام الميعاد التشريعي للطعن القضائي.

يشترط المشرع الاجرائي لقبول الدعوى القضائية الادارية أن ترفع خلال المدة التي حددها.

ويعتبر شرط الميعاد من النظام العام لا يجوز مخالفته ويمكن للقاضي اثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن اثارته في أي مرحلة كان عليها النزاع².

1 - مجلة مجلس الدولة، ع 09، 2009، ص 113.

2 - عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الالغاء، مرجع سابق، ص 129.

وهو ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار مدة الطعن من النظام العام بعد تردد في ذلك، حيث يمكن أن يثيره القاضي الاداري من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى، وأكد ذلك مجلس الدولة في قراره بتاريخ 13-07-1966 القضية رقم 62182 وقراره بتاريخ 26 مارس 2001 قضية رقم 216936¹. وهو ذات ما استقر عليه أيضا قضاء مجلس الدولة المصري في كثير من أحكامه.

وما قضى به مجلس الدولة الجزائري في تاريخ: 10-06-2002: " بما أن العارض سجل دعواه بكتابة ضبط المجلس القضائي بتاريخ: 20-06-1998 كما هو ظاهر من بين الاجراءات المرسمة في القرار المستأنف ضده فيكون حينئذ استئنافه غير مقبول طبقا للمادة 169 من قانون الاجراءات المدنية.

ولما كانت الآجال المنوه عنها في المادة المذكورة سابقا من النظام العام فيمكن اثارها أمام هذه الجهة القضائية، وكان على قضاء الدرجة الأولى اثاره هذا الدفع تلقائيا نظرا لطبيعته دون الخوض في الموضوع، ومن ثم يتعين تصويب القرار المستأنف ضده"².

حيث نص قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في المادة 829 منه والمادة 901 على ميعاد الطعن بالإلغاء ضد القرار الاداري لدى المحاكم الادارية ومجلس الدولة تباعا، محدد اياها بأربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار الفردي أو نشر القرار التنظيمي.

فنصت المادة 829 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه³: " يحدد ميعاد أجل الطعن أمام المحكمة الادارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الاداري الجماعي أو التنظيمي ".

وتنص المادة 907 من نفس القانون على سريان هذه المادة على دعاوى الالغاء المرفوعة أمام مجلس الدولة⁴. ويجوز للشخص خلال هذه المدة وقبل رفع دعواه التقدم بتظلم الى الجهة الادارية مصدرة القرار الاداري استنادا الى نص المادة 830 من ق ا م⁵.

حيث اذا أقيمت الدعوى بعد انقضاء الميعاد القانوني المحدد، كانت غير مقبولة شكلا.

1 - أشار الى ذلك: عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الالغاء، مرجع سابق، ص 137.

2 - مجلس الدولة الغرفة الرابعة ملف رقم 006776 بتاريخ 10-06-2002 بين ك عبد الجليل ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري لولاية الجزائر ومن معهم قرار غير منشور.

أشار اليه، تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الالغاء، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، ص 103.

3 - قانون رقم: 09-08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 829.

4 - قانون رقم: 09-08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المادة 907.

5 - قانون رقم: 09-08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المادة 830.

ويترتب على انقضاء هذا الميعاد تحسن القرار الاداري ضد دعوى الالغاء، ويترحم هذا الميعاد حرص المشرع على تحقيق الاستقرار للأوضاع الادارية، وذلك عن طريق الحيلولة دون بقاءها معرضة للإبطال فترة طويلة من الزمن، كما أنه يحقق الاستقرار أيضا للمراكز القانونية التي نشأت للمستفيدين من القرار¹.

كما يجدر بالإدارة العامة مصدرة القرار الاداري أن تبين للمخاطب به ميعاد الطعن بالإلغاء في فحوى القرار الاداري وتذكره به، لعله يتقاعس عن ذلك في خضم قسر مدة الطعن، والا كان التبليغ باطلا، ومن ثم عدم جواز الاحتجاج على الطاعن بفوات ميعاد الطعن².

كما أن المشرع من جهة مقابلة ضمن ميعادا خاصا يختلف عن الميعاد أعلاه في بعض المواد، ومن ذلك في الأمر رقم: 11-03 المتعلق بالنقد والقرض في المادة 107 معتبرة قرارات اللجنة المصرفية المتعلقة بتعيين قائم بالادارة أو المصفي، أو العقوبات التأديبية قابلة للطعن فيها في أجل ستين يوما من تاريخ التبليغ³.

وفي القانون المتعلق بالأحزاب السياسية قانون 04-12 في المادة 21 منه، نصت على أنه يكون قرار رفض الترخيص لتجمع بعقد مؤتمره التأسيسي قابلا للطعن فيه أمام مجلس الدولة في ميعاد ثلاثون يوما من تاريخ التبليغ⁴. وتجدر الإشارة أن ميعاد الأربعة أشهر ينقطع في الحالات طبقا للمادة 832 من ق ا م ا وهي⁵:

- الطعن أمام جهة قضائية غير مختصة.
- طلب مساعدة قضائية.
- وفاة المدعي أو تغيير أهليته.
- القوة القاهرة.

أما بخصوص موقف المشرع الفرنسي، فبموجب المادة R.421-1 من قانون القضاء الاداري ميعاد الطعن في دعوى الالغاء هو شهران من تاريخ تبليغ القرار ان كان فرديا أو تاريخ نشر القرار ان كان تنظيميا. ما لم تقرر النصوص الخاصة بخلاف ذلك. وان صمت الادارة عن الرد يعد رفضا من جانبها.

غير أنه يمكن أن تنص التشريعات على أجل يقل عن الأجل العام وهو شهران أو يزيد عنه.

¹ - عبد القادر عدو، المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 119-120.

² - عبد القادر عدو، المرجع نفسه، ص 120.

³ - قانون رقم: 11-03 المتعلق بالنقد والقرض، المادة 107.

⁴ - قانون رقم: 07-12 المتعلق بالأحزاب السياسية، المادة 21.

⁵ المادة 832 من ق ا م ا ج.

والمشروع التونسي طبقا للفصل 37 من القانون عدد 40 لسنة 72 المؤرخ في أول جوان 1972 المعدل والمتمم المتعلق بالمحكمة الادارية ترفع دعوى تجاوز السلطة في ظرف الشهرين المواليين لنشر القرارات المطعون فيها أو الاعلام بها¹. ونصت المادة 24 من القانون 47 لسنة 1972 المصري على أن²: "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الالغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية أو النشرة التي تصدرها المصالح العامة أو اعلان صاحب الشأن به...".

حيث اتفق كل من التشريع التونسي والمصري والفرنسي على مدة الشهرين لميعاد الطعن بالإلغاء.

الفرع الثاني: تطبيقات افتتاح ميعاد الطعن القضائي.

قد يفتح ميعاد الطعن القضائي في بعض القرارات الادارية، ونخرج عن المواعيد المقررة في القانون الاجرائي، في حالات معينة، والتي بعضها كانت من تأسيس الاجتهاد القضائي الاداري. فمن بين هذه الحالات، افتتاح ميعاد الطعن القضائي في القرار الاداري المستمر والمنعقد أولا، افتتاح ميعاد الطعن القضائي من جديد ثانيا، وفي افتتاحه في المراجعات المقدمة نفعاً للقانون.

أولاً: في القرار المستمر والقرار المنعقد.

سننظر في هذا السياق الى افتتاح ميعاد الطعن القضائي المتعلق بالقرار الاداري المستمر أولاً، ثم في القرار المنعقد ثانياً.

1. عدم التقيد بميعاد الطعن بالإلغاء في القرار الاداري المستمر:

القرار الاداري المستمر يعرف على انه ذلك الذي يترتب أثراً يتجدد كل يوم وكل لحظة، حيث تصبح صفة الاستقرار في شأنه بصورة أبدية من الخطورة بمكان، وعليه يبقى أثره متواصلاً ومستمرًا. فهو ذلك الذي يحدث آثاراً بصفة متجددة فلا يستنفذ مضمونه بمجرد تنفيذه بل يبقى منتجاً لآثاره في المستقبل، الى أن ينتهي بطريقة أو بأخرى، من طرق انتهاء القرارات الادارية³. ومن بين الأمثلة عليه، قرار المنع بالسفر، فهو يظل قائماً بحق المعني بالأمر، مادامت الادارة العامة مستمرة في منع الشخص من السفر.

¹ - القانون عدد 40 لسنة 72 المؤرخ في جوان 1972.

² - قانون 47 لسنة 1972.

³ - أحمد بركات، واقعة السكوت وتأثيرها على وجود القرار الاداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014، ص 154.

حيث استقر الاجتهاد القضائي الاداري بأن ميعاد الطعن القضائي بخصوصه يبقى مفتوحا، ولا يتقيد بمهلة معينة¹.

فمحكمة القضاء الاداري المصرية ذهبت أن القرار الاداري بالامتناع عن اصدار ترخيص ما هو الا قرار مستمر، يتجدد عند تقديم كل طلب بالترخيص، ومن ثم يظل ميعاد طلب الغاء مفتوحا² ومن بين أقسام القرارات المستمرة القرار الاداري السلبي؛ والذي يعرف بأنه:

"التزام الادارة العمومية الصمت ازاء موقف معين ولا تظهر ارادتها خارجيا بوسيلة واضحة، أو بإشارة يفهم منها قصدها أو رغبتها"³. أو هو رفض السلطة الادارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح⁴.

أو هو: "رفض الادارة أو امتناعها عن اتخاذ تصرف كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين وللوائح، أو سكوتهما عن الرد على التظلم المقدم اليها وذلك كله خلال مدة معينة يحددها القانون"⁵.

غير أن هذا التعريف، قد ينتقد لخلطه بين القرار الاداري السلبي والقرار الضمني، وفيهما اختلاف بين، بينهما. أو هو: "التزام الجهة الادارية الصمت ازاء موقف معين، ولم تعبر عن ارادتها بوسيلة خارجية أو بإشارة ما يفهم منها اتجاه قصدها ومضمونها، في الوقت الذي ألزمها المشرع باتخاذ هذا القرار"⁶.

وحدير بالذكر في هذا السياق، نجد المشرع المصري عرف القرار الاداري السلبي، في المادة 10 الفقرة الأخيرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 معتبرا⁷: "في حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية أو امتناعها عن اتخاذها قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين وللوائح".

حيث يعد القانون المصري كما يرى الفقه من أبرز النظم القانونية التي تعترف بوجود فكرة القرار الاداري السلبي، بالإضافة القانون الأردني والقانون العراقي على سبيل المثال.

1 - عبد الأمير حسون مسلماني، الاتجاهات الحديثة في القضاء الاداري، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 159.

2 - أحمد بركات، مرجع سابق، ص 150.

3 - أنظر: عمار بوضياف، القرار الاداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، مرجع سابق، ص 18.

4- انظر: المادة 10 الفقرة الاخيرة من قانون مجلس الدولة المصري.

محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة في القضاء الاداري الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 136.

5 - عادل الطيببائي، الرقابة القضائية على القرار الاداري السلبي، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2010، ص 238.

6 - رأفت فودة، عناصر وجود القرار الاداري، ص 63. أشار اليه: أحمد بركات، مرجع سابق، ص 151.

7 - قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، المادة 10.

فحتى نكون أمام قرار اداريا سلبيا، يجب توافر شرطين¹:

- وجود التزام قانوني على الادارة بإصدار قرار اداري معين؛ أي أن يتضمن نص القانون سواء أكان دستوريا أو تشريعا برلمانيا أو تنظيم الزام الادارة بإصدار قرار اداري معين في واقعة معينة على سبيل الوجوب.
- امتناع الادارة العمومية لمواجهة بالطلب السابق، عن اصدار القرار المطلوب منها، فيصبح امتناعها افصاح من قبل الادارة في موضوع القرار، غير أنه افصاح سلبي.

ولقد أكدت المحكمة الادارية العليا في مصر الاجتهاد المتعلق بانفتاح ميعاد الطعن المتعلق بالقرارات السلبية، حيث قضت في أحد أحكامها: " .. ومن حيث أنه بالنسبة لعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد فانه مردود بأن الثابت من الأوراق أن مراد المدعي هو المطالبة بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن بحث التنازل المقدم منه وتقرير تعويض له، ولاشك أن هذا القرار اداري سلبي لا تتقيد المطالبة بإلغائه بميعاد معين طالما الامتناع مستمر"². فالقرار السلبي هو قرار مستمر يجوز التظلم منه والطعن عليه في أي وقت، فالأثر المترتب عليه ممتد الى حين انتهاء حالة السلبية على خلاف القرار الايجابي الذي يتعين الطعن عليه خلال ميعاد الستين يوما المقررة قانونا من تاريخ العلم به³.

وأكدت المحكمة الادارية العليا في مصر على ذلك أيضا في 24-11-1992 والذي جاء فيه:

" القرار السلبي بامتناع جهة الادارة عن اتيان فعل كان يجب عليها أن تفعله وهو تمكين الطاعن من استلام عمله بعد عودته من الاعارة، يعتبر حالة مستمرة ومتجددة ويمتد الطعن عليه ما بقيت الادارة على موقفها"⁴.

غير أن قضاء دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الادارية العليا قيدت من جديد من الاستثناء السابق، قائلة بسقوط حق الطعن لفوات خمسة عشر عاما من التاريخ الذي كان يتعين فيه على جهة الادارة اصدار هذا القرار وهي مدة سقوط الحق بالتقادم الطويل طبقا للقواعد العامة. أي ما كان قد شاب تلك القرارات من أوجه البطلان، وحتى لا تضار المصلحة العامة نتيجة عدم استقرار هذه الأوضاع وتلك المراكز⁵.

¹ - أنظر: عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 19.

² - مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا، السنة السادسة، ص 1949، بند، 142.

³ - ماهر ابو العينين، الموسوعة الشاملة للقضاء الاداري، الكتاب الاول، مرجع سابق، ص 146-147.

⁴ - اشار اليه: أحمد بركات، مرجع سابق، ص 150.

⁵ - حكم المحكمة الادارية العليا رقم: 31 السنة 48 قضائية، جلسة 27-01-2000.

2. عدم التقيد بميعاد الطعن بالإلغاء في القرار الاداري المنعدم:

ان أول من حاول صياغة فكرة واضحة عن القرار الاداري المنعدم هو مفوض الحكومة و الفقيه الفرنسي Laferiere في مطوله عن القضاء الاداري، وذلك بمناسبة قضية LaumonierCarriol¹.

ويمكن القول في هذا السياق، أنه كثيرا ما تدق التفرقة بين القرار الاداري المنعدم والقرار الاداري الباطل، وذلك ما يجعل القضاء في أحيان كثيرة لا يفرق بينهما، رغم الاختلاف الذي يبينه الفقه القانوني بخصوص هذا الشأن. وسوف نعود الى هذه الفكرة في الفصل الأخير لاحقا.

فالقرار الاداري المنعدم هو " كل قرار يكون فيه العيب درجة جسيمة صارخة، وواضحة، حيث يفقده صفته الادارية.

وقد يظهر في صورة اغتصاب جسيم للسلطة، مما يشكل عيب عدم الاختصاص الجسيم، أو حالة اغتصاب السلطة الادارية اختصاص أحد السلطتين، التشريعية أو القضائية.

وقد يعرف القرار المنعدم بأنه: قرار صادر عن شخص اغتصب سلطة القرار بالمسائل الادارية، والقرار المجرد من أي موضوع حقيقي، والصادر خارج الوظيفة الادارية.

كما يرى بعض الفقه، أن انعدام القرار الاداري يكون متى اختل أحد أركانه وأسس. فكمال وصفي يعتبر أن زوال أحد أركان القرار الاداري يؤدي الى الانعدام، أما طعيمة الجرف، فيعتبر أن الركن الوحيد الذي يؤدي الى انعدام القرار هو ركن الاختصاص، باعتباره ركن الانعقاد الوحيد للقرار الاداري.

وتبعاً لذلك، يرى دوجي " في حالة غصب السلطة نكون أمام قرار منعدم يمكن الغاءه أو الرجوع فيه في أي وقت ".

وقال ستاسينوبولوس: " أن القرار المنعدم لا يمكن أن ينتج أثرا قانونيا وليس هناك حاجة لإنهائه لأنه عدم ". ان الرأي الأخير، قد يكون مجانباً للصواب، باعتبار أن الحكم على انعدام القرار الاداري ليس ذاتيا في أصله من قبل الادارة العامة، وان كانت لها - الادارة العامة القيام بسحب قرارها ذلك لإقرارها بانعدامه، فالقاضي ومن خلال الطلب القضائي له دور في اعدام والغاء القرار الاداري المنعدم.

وتدخل القضاء بخصوص اعدام القرار المنعدم لا يخضع الى ميعاد الطعن القضائي المعروف في التشريعات المختلفة، بل هو ميعاد مفتوح، خروجاً على القواعد العامة.

¹ - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق، ص 250.

وقد صرح مجلس الدولة الجزائري بالقرار الاداري المنعدم في بعض قراراته ومن ذلك، قراره بتاريخ 27-07-1998 معتبرا القرار الصادر من جهة غير مختصة هو قرارا منعدما¹.

غير أنه لا يمكن القول أن هناك نظرية اصيلة واتجاها مستقرا بخصوص فكرة القرار الاداري المنعدم.

ثانيا: انفتاح ميعاد الطعن من جديد.

قد تصدر الادارة العمومية قرارا اداريا، لا يتبين المخاطب به حقيقة مركزه القانوني فيه ومصطلحه الا بعد فوات الميعاد القانوني لإمكانية الطعن بإلغائه، وهي في الغالب شهرين، حيث قرر اجتهاد القضاء الاداري المصري ان ميعاد الطعن بالإلغاء يفتح من جديد ولمدة مماثلة للمهلة القانونية للطعن بالإلغاء، حيث يتكشف المركز القانوني للمخاطب بالقرار ومصطلحه فيه، تحقيقا لفكرة العدالة.

ومن اجتهادات مجلس الدولة المصري في ذلك؛ اصدار الادارة العمومية قرارا بنقل موظف نقلا مكانيا من جهة أخرى لأخرى، وفي وقت لاحق وبعد فوات الميعاد القانوني لإمكانية الطعن بالإلغاء في ذلك القرار، علم الموظف ان الادارة العمومية قامت بترقية بعض الموظفين في نفس جهته متخطية بذلك الموظف المنقول. وبالتالي اتضح ان الادارة كانت تقصد من نقله تفويت حقه في الترقية مع زملائه، فقررت المحكمة الادارية العليا ان ميعاد الطعن بالإلغاء في قرار النقل يفتح من جديد للموظف المنقول منذ علمه بصدور القرار التي تضمن تخطيه في الترقية².

حيث يبين هذا الاجتهاد القضائي الاداري، سلطة القاضي في رقابة عمل الادارة العامة من خلال تحقيق فكرة العدالة بين جميع المخاطبين بالقرارات وضرورة انتفاعهم بنفس الآثار القانونية الايجابية للقرار الاداري متى تماثلت مراكزهم القانونية.

فمحكمة القضاء المصرية ألغت قرار وزير الداخلية بمنع سفر أستاذ جامعي بكلية العلوم، لاستكمال رسالة الدكتوراه بدولة روسيا، معتبرة أن قانون تنظيم الجامعات وقانون تنظيم شؤون البعثات، قد خلا كل منهما من اشتراط موافقة الادارة للاستطلاع والمعلومات بوزارة التعليم العالي أو ادارة الأمن بما على سفر عضو هيئة التدريس المرشح لبعثة خارجية من ادارة البعثات، ومن ثمة فان استطلاع رأي هذه الادارة أيا كانت النتيجة التي ينتهي اليها كشرط مسبق يكون مخالفا للقانون³.

فاذا كان الاجتهاد القضائي يقر بإلغاء قرار يخص تفويت فرصة لمخاطب بقرار بصفة مباشرة، فمن باب أولى الغاء قرار وانفتاح الميعاد للطعن القضائي لتمتع شخص بأثر قانوني ايجابي وحرمان شخص وتفويت الفرصة عليه.

1 - مجلة مجلس الدولة، 2002، ع 01، ص 81.

2 - حكم المحكمة الادارية العليا، بتاريخ: 10-02-1963، وحكم بتاريخ: 07-05-1972.

3 - أشار اليه، محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة للقضاء الاداري، مرجع سابق.

ثالثا: المراجعات المقدمة " نفعاً للقانون".

من بين ما انفرد به المشرع اللبناني في فكرة الخروج عن الميعاد القانوني للطعن بالإلغاء ضد القرار الاداري، المراجعات التي يتقدم بها الجهات القضائية نفعاً للقانون ضد كل قرار اداري أو قضائي عندما يكون هذا القرار قد أصبح مبرماً، وذلك بموجب مرسوم نظام مجلس شوري الدولة لعام 1975 في المادة 122، حيث يمكن تقديم مراجعة للقرارات الادارية و القرارات القضائية حتى بعد فوات الميعاد القانوني للطعن بالإلغاء¹.

حيث هذه المراجعة هي استثناء من القاعدة العامة في آجال الطعن بالإلغاء في كل قرار اداري قد يكون غير مشروع.

ومن حيث صاحب الاختصاص في ممارسة هذا الحق؛ هو ليس مხოلاً للأفراد انما مხოول فقط لهيئة القضايا بوزارة العدل والتي تمثل الدولة عموماً في التقاضي والتي يمكنها تقديم ذلك الطعن من تلقاء نفسها. ويجب أن تكون غاية هذه المراجعة " النفع للقانون"، أي لمصلحة سيادة القانون واحترام المشروعية للقانون في الدولة.

وأثر هذا الاجراء أدبي فقط يتمثل في اعدام القرار لما به من مخالفة للمشروعية، حتى لا تعود الادارة الى اصدار قرار مثله، وبالتالي لا أثر في الغاء ذات القرار على المخاطب به والخصوم الذي تعلق بهم.

الفرع الثالث: الدفع بعدم مشروعية اللائحة الادارية لإلغاء قرار اداري فردي.

تطبيقاً للقاعدة العامة ان الطعن بالإلغاء ضد اللوائح الادارية الغير المشروعة محدد بأجل قانوني، حيث اذا انقضت المدة أصبحت اللائحة محصنة ضد الإلغاء المباشر على الرغم من عدم مشروعيتها. غير أن الاجتهاد القضائي الاداري منح امكانية الخروج عن المهلة القانونية المتعلقة بالطعن في عدم مشروعية اللائحة الادارية وذلك بمناسبة الطعن في قرار اداري فردي غير مشروع متى كان مستنداً الى هذه اللائحة التي تحصنت من الطعن المباشر.

فالتطبيق الصارم لقاعدة تحصن القرارات الادارية بفوات ميعاد الطعن القضائي، في حالة القرارات التنظيمية، قد يرتب مساوئ كبيرة.

نبين الموقف الاجتهادي في فرنسا ومصر أولاً، ثم في الجزائر ثانياً.

¹ - أنظر: محمد رفعت عبد الوهاب، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 122 وما بعدها.

أولاً: موقف الاجتهاد القضائي في فرنسا ومصر.

لقد استقر الاجتهاد القضائي الاداري الفرنسي، على امكان تعطيل آثار اللائحة و الدفع بعدم مشروعيتها في أي وقت ولو بعد انقضاء الميعاد القانوني المقرر غالباً بشهرين للطعن بالإلغاء، وذلك بهدف إلغاء القرار الاداري غير المشروع واستبعاد تطبيق اللائحة على المعني بالقرار. حيث هذا الدفع أثره يتمثل فقط في استبعاد تطبيق اللائحة على الحالة الفردية للطاعن من أجل إلغاء القرار الفردي الصادر استناداً لهذه اللائحة الغير المشروعة¹.

فاللائحة الادارية من الناحية الموضوعية تماثل القاعدة القانونية تتصف بالعمومية والتجريد، وحيث اذا أصدرت الادارة العمومية قراراً ادارياً فردياً استناداً لهذه اللائحة التي يمكن ان تكون غير مشروعة، وتحصنت من الطعن القضائي بالإلغاء في ميعاد الطعن، فان إلغاء هذا القرار الفردي لا يتأتى الا من خلال الدفع بعدم مشروعية اللائحة المستند عليها. ففكرة العدالة هي المبررة لإمكانية الدفع بعدم المشروعية للائحة بالرغم من انقضاء مدة الطعن فيها².

والدفع بعدم مشروعية اللائحة الادارية والاثر المترتب عليه من استبعاد تطبيقها دون الغاءها، ليس قاصراً في القضاء الاداري فحسب انما قد يجد تطبيقاً له في القضاء العادي، وخير مثال في ذلك امكانية الطعن في عقوبة جزائية أساسها لائحة من لوائح الضبط الاداري، باعتبار لوائح الضبط في مضامينها وأساسها الحفاظ على النظام العام بمشتملاتها المختلفة كالأمن العام والصحة والسكينة العمومية³.

حيث يستمر ميعاد الطعن في القرارات الادارية التنظيمية مفتوحاً، ويظل من حق أصحاب المصلحة الطعن فيها بصفة مستمرة، بغض النظر عن فوات ميعاد الطعن القضائي⁴.

واجتهاد القضاء الاداري الفرنسي استقر على ذلك منذ حكمه بتاريخ: 29-03-1907 في قضية Damme Veuve Delpech واعقبه بحكم Poulin في 29-05-1908⁵. وفي حكم 09-08-1910 في قضية Compagnie des tramways de paris⁶.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 111.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 111.

³ - المرجع نفسه، ص 112.

⁴ - CE. 9 aout 1910, Compagnie des tramways de Paris, in F. Chevallier, la fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes, AJDA. 2 juillet –aout, 1981, p 332.

⁵ - أشار اليهما: محمود حمدي عباس عطية، أثر تغير الظروف في القرار الاداري والطعن فيه دراسة تحليلية مقارنة في النظامين القانونيين الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراة، منشورة كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2009، ص 401.

⁶ - CE. 9 aout 1910, Compagnie des tramways de Paris, in F. Chevallier, la fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes, AJDA. 2 juillet –aout, 1981, p 332.

وفي حكم له بتاريخ: 13 ماي 1910 في قضية Cie tramways de l'Est Parisien¹.

وقد سار قضاء مجلس الدولة وقضاء المحكمة الادارية العليا في مصر على خطى نظيره الفرنسي من حيث اجازة الدفع بعدم مشروعية اللائحة، في أي وقت وبعد فوات الميعاد الاجرائي في ذلك، بمناسبة الطعن بالإلغاء في قرار اداري².

حيث قضت المحكمة الادارية العليا في مصر في 03 جانفي 1959: "يجوز الطعن في القرارات التنظيمية العامة، بأحد الطريقتين، أما بالطريق المباشر، أي بطلب الغائها في الميعاد القانوني، واما بطريق غير مباشر في أي وقت عند تطبيقها على الحالات الفردية، أي بطلب عدم الاعتداد بها لمخالفتها للقانون، وذلك عند الطعن في القرارات الفردية الصادرة تطبيقا لهذا الالغاء"³.

وقضت كذلك ان⁴:

"الطعن في القرارات التنظيمية العامة يجوز بأحد الطريقتين:

- الطريق المباشر أي بطلب الغائها في الميعاد المقرر قانونا، ويكون ذلك بقصد الغاء القرار كلية، ويشترط في الطعن أن يتم في ميعاد الستين يوما.

- الطريق غير المباشر في أي وقت ولو كان ميعاد الطعن فيها قد انقضى، وذلك عند الطعن بالإلغاء في القرارات الفردية بتطبيق القرار على الحالات الفردية لا بقصد الغائه بل بقصد عدم اعمال أحكامه وعدم تطبيقها بالنسبة لصاحب الشأن بطلب عدم الاعتداد بها لمخالفتها للقانون، وذلك بإبطال القرار الفردي الصادر في حقه تطبيقا لها".

والحكمة من اجازة الطعن في القرارات الفردية والتنظيمية، الصادرة تنفيذا لقرار اداري تنظيمي معيب، رغم انقضاء المواعيد المقررة للطعن، فتمكن من تحاشي أن يضل القرار التنظيمي مصدرا دائما لعدم المشروعية. وذلك باتخاذها أساسا لقرارات فردية لا حصر لها تنعكس عليها عيوب القرار التنظيمي.

¹ - CE. 13 mai 1910, Cie tramways de l'Est Parisien

CE. 31 juillet 1948, Cie industrielle de pétrole de l'Afrique du Nord

CE. 1 avril 1955, Michel et Casanova.

² - أنظر في الأحكام المرتبطة بذلك: محمود حمدي عباس عطية، المرجع نفسه، ص 403-404.

³ - المحكمة الادارية العليا المصرية، حكم 03 جانفي 1959، الدعوى رقم 912 لسنة الثالثة، مجموعة السنة الرابعة، ص 507،

⁴ - المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم: 221 لسنة 31 في جلسة 16-12-1986، أشار اليه: حمدي ياسين عكاشة، المرافعات

الادارية، ص 931، نقلا عن: هانم احمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 271.

لذلك فان عدم مشروعية القرار التنظيمي، تقتضي الغاء القرار التبعي له، كما أن الادارة لعامة يجب أن تمتنع عن تطبيق القرار التنظيمي غير المشروع تلقائيا، فمجلس الدولة الفرنسي أقر بأن الدفع بعدم مشروعية الرات التنظيمية هو دفع أبدي¹.

ثانيا: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري.

لقد جعل عمار عوابدي، استنادا الى أحكام القرارات القضائية، مسألة الطعن ضد قرار فردي غير مشروع مستندا الى قرار اداري تنظيمي تحسن من الطعن لعدم مشروعيه كذلك لفوات ميعاد الطعن بالإلغاء، من الوسائل القضائية لمهاجمة قرار اداري غير مشروع فات ميعاد الطعن القضائي بخصوصه².

حيث يمكن الطعن في كل قرار اداري فردي غير مشروع كان مستندا الى قرار اداري تنظيمي غير مشروع ولو تحسن هذا الأخير من الطعن القضائي بفوات الميعاد. فما بني باطل فهو باطل.

يرى الباحث؛ أنه لعل من بين الحكم من تطبيق مبدأ الطعن بالتراجع، لو صح التعبير عن أعمال السلطة الادارية الغير المشروعة ولو فاتت المواعيد القضائية بشأنها، هو احترام مبدأ المشروعية القانونية وتطبيقه دون مراعاة لسوابق الزمن القضائي وتعديه.

" فاحترام صحيح العمل والنشاط الاداري مطلوب، وتصحيح العمل غير المشروع مرغوب"، أي لا يمكن للإدارة العامة أن تحتج بفوات مواعيد الطعن القضائي، وتكسب العمل أو القرارات الغير المشروعة حجية النفاذ وقوة الحقوق المكتسبة.

وفي هذا قد يكون للقاضي اجتهادا دور وأثر بارز من خلال اقرار الطعن القضائي على كل عمل قضائي للإدارة العامة غير مشروع، كان أساسه عمل سابق غير مشروع تحسن قضاء لفوات الميعاد.

فبالإضافة الى امكانية الطعن على كل قرار فردي مستندا على قرار تنظيمي غير مشروع، يجوز الدفع بعدم الشرعية لقرار اداري بصفة عرضية أثناء النظر في قضية معينة، ويستبعد تطبيقه، ولو كانت مدنية أو تجارية. تطبيقا لقاعدة أن الدعاوى القضائية يمكن أن تتقدم أو تسقط، أما الدفع فلا.

¹ - « Le conseil d'Etat a reconnu depuis longtemps que l'exception d'illégalité est perpétuelle contre les règlements » CE. 24 janvier 1902, Avezard, in M. Long et (al.), ibid., p. 92; R.

Rouquette petit traité du procès administratif, ibid., p. 327, CE. 29 mars 1907, Dame veuve Delpech, Dalloz. 1908, 3. p.110.

- CE. Sect. 14 novembre 1958, Ponard in M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence

² - عمار عوابدي، نظرية القرارات الادارية بين علم الادارة العامة والقانون الاداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 184.

المطلب الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في تصحيح العريضة الافتتاحية.

ان من الاجراءات المقررة لحسن سير العدالة الادارية " تصحيح عريضة افتتاح الدعوى " متى كان فيها عيبا قابلا للتصحيح، وهذا الاجراء هو من انشاء مجلس الدولة الفرنسي قبل أن يتدخل المشرع ليكرسه بموجب نصوص صريحة. نبين بداية موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي في المسألة (الفرع الأول) ، ثم نخرج الى موقف الاجتهاد القضائي الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تصحيح عريضة افتتاح الدعوى في الاجتهاد القضائي الفرنسي.

نبين شروط قبول عريضة افتتاح الدعوى (أولا)، ثم تطبيق الاجتهاد القضائي في تصحيح عريضة افتتاح الدعوى (ثانيا).

أولا: شروط قبول عريضة افتتاح الدعوى.

لقد بين المشرع الفرنسي شروط قبول عريضة الدعوى، والمتمثلة في وجوب أن تكون عريضة الدعوى محررة باللغة الفرنسية، واحتوائها على البيانات الأساسية، وأن تكون موقعة من أحد المحامين المقبولين أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى، وأن تكون موقعة من المدعي في حالة عدم وجوب الاستعانة بأحد المحامين عند رفعها، وأن تكون مصحوبة بنسخة من القرار المطعون فيه، وأن تكون مصحوبة بعدد النسخ مساوي لعدد الخصوم.

1. شرط اللغة الفرنسية لعريضة الدعوى:

ان أحكام مجلس الدولة الفرنسي استقرت على وجوب تحرير عريضة الدعوى باللغة الفرنسية والا كانت غير مقبولة، وذلك استنادا الى أحكام الدستور الفرنسي في المادة الثانية منه والمعتبرة "اللغة الفرنسية هي لغة الجمهورية" والمادة الأولى من القانون الصادر في 04 أغسطس 1994 والتي تنص على: "اللغة الفرنسية هي لغة المرافق العامة"¹. لكنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم قبول عريضة الدعوى لعدم تحريرها باللغة الفرنسية، أو لعدم ارفاقها بصورة طبق الأصل محررة باللغة الفرنسية، الا بعد دعوة المدعي لتصحيح عريضته في اللغة.

2. احتواء العريضة على البيانات الأساسية:

¹ - Art 2/1 de Constitution 08 October 1958 Et Art.1 Aout 1994 " La Langue français est langue des services publics ".

ان العريضة الافتتاحية للدعوى تستلزم بيانات أساسية وضرورية، أهمها بيان الوقائع والدفع وطلبات وأسماء الخصوم ومحال اقامتهم، وبيان الأسباب. بموجب المادة 87 من قانون المحاكم الادارية والمحاكم الادارية الاستئنافية الصادر في 31 ديسمبر 1987، والمادة 1-411 في فقرتها الاولى من قانون القضاء الاداري¹.

3. توقيع المدعي أو وكيله على العريضة:

من بين الشروط اللازمة في شكل العريضة الافتتاحية للدعوى القضائية، توقيع المدعي أو وكيله على العريضة وان لم ينص المشرع على وجوب ضرورة التوقيع.

ويجب أن يكون التوقيع بخط اليد، ومن ثم فان التوقيع بآلة لا يكون بلا قيمة. فعلى هذا اذا كانت العريضة مرسله بالفاكس وجب اضافة الطابع الرسمي عليها اما بتقديم نسخة لاحقة من المذكرة الفاكس موقعة من المدعي، أو بتوقيع المدعي على المذكرة المرسله بالفاكس في قلم كتاب المحكمة².

4. توقيع المحامي على العريضة:

القاعدة العامة أنه الطعن لا يكون مقبولا الا إذا قدم بواسطة أحد المحامين، وفي كل الأحوال لا يجوز للمدعي اختيار وكيل عنه من خارج الوكلاء الذين حددتهم المادة 108 والمادة 2-431 من قانون القضاء الاداري، لذا يترتب على عدم الاستعانة بمحامي أو وكيل للدعوى عند تقديم هذه النوعية من الدعاوى عدم قبول العرائض الخاصة بها³.
وجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي قد أعفى بعض الدعاوى من شرط وجوب الاستعانة بمحامي عند رفعها.

5. سداد قيمة رسم الدمغة:

ان تقديم العرائض لا بد وأن يستتبع بالوفاء برسم الدمغة المحدد قانونا بالشروط المنصوص عليها في نصوص المادة 1079 والمادة 1090 من قانون الضرائب العامة. والمادة 1-411 من قانون القضاء الاداري.

6. أن تكون العريضة مصحوبة بصورة من القرار المطعون فيه:

أوجب قانون المحاكم الادارية والمحاكم الادارية الاستئنافية، وقانون القضاء الاداري على المدعي ضرورة أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بصورة من القرار المطعون فيه أو ما يثبت تاريخ ايداع الشكوى أو التظلم اذا كان القرار المطعون فيه قرارا ضمنيا أو شفويا، وذلك فيما عدا حالات الاستحالة المؤكدة، أو اذا كانت العريضة المقدمة من الغير موجهة ضد

¹ - Art 411-1 du CJA

-C.E. 24-03-1926, Prillieux Rec.p.335 et C.E. 7-10- 1955.

³ - -C.E. 31-01- 1964, Min Agriculture c/DllesBourgon.req.N. 60937, Lebon, p 74

C.E. 30-01-2008. M Costalla, req, N 288686, C.A, p 654.

قرار ضمني¹. حيث العريضة المقدمة دون ارفاقها بالقرار المطعون فيه تكون غير مقبولة كأصل عام. غير أنه يمكن تصحيح ذلك كما سنرى فيما بعد.

7. أن تكون العريضة مصحوبة بعدد من الصور مساوي لعدد الخصوم:

يشترط المشرع لقبول الطعن أن تكون العرائض المقدمة من الأفراد أو من جهة الادارة مصحوبة بعدد من الصور طبق الأصل مساوي لعدد الخصوم في الدعوى، وذلك اذا كان عددهم أكثر من اثنين. وذات الاجراء يمكن أن يصحح بطلب من قلم كتاب المحكمة².

8. أن تكون العريضة مصحوبة بالمستندات المؤيدة لها:

اذا أرفق أطراف الدعوى مستندات مؤيدة لعرائضهم ومذكراتهم، فيجب أن تكون المستندات مصحوبة بعدد من الصور طبق الأصل مساوي لعدد الخصوم اذا كانوا أكثر من اثنين³.

ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي في تصحيح عريضة افتتاح الدعوى.

اجراء تصحيح العريضة ينبى بوضوح عن الدور الاجتهادي لمجلس الدولة الفرنسي في مجال ارساء القواعد التي تحكم الخصومة الادارية؛ اذ يعد مجلس الدولة الفرنسي أول من أرسى اجراء تصحيح العريضة، وهذا قبل أن يتدخل المشرع عام 1992 مقررًا هذا الاجراء ومنظما لأحكامه بمقتضى المادة R.153-1 من قانون المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية⁴.

وباكورة هذا الاجتهاد القضائي تعود الى تاريخ 26 جوان 1959 بمناسبة فصل مجلس الدولة الفرنسي في قضية النقابة الجزائرية للتربية المراقبة CFTC⁵.

وأعاد مجلس الدولة بتاريخ 11 فبراير 1966 تذكير المحاكم الادارية بواجبها في دعوة المدعي الى تصحيح عريضته على النحو التالي: "لا يمكن للمحكمة الادارية ان ترفض عريضة، مثيرة من تلقاء نفسها عدم تقديم القرار المطعون فيه، الا في الحالة التي يتمتع فيها المدعي عن الاستجابة لدعوة المحكمة بتصحيح عريضته"⁶، ثم وسع المجلس اجراء تصحيح العريضة الى محاكم الاستئناف الادارية بموجب قراره بتاريخ 2009/12/30 حيث اعتبر رفض قاضي الاستئناف

¹ - المادة 94 من قانون المحاكم الادارية والمحاكم الادارية الاستئنافية.

المادة 1-412 من قانون القضاء الاداري.

² - Art 89 du C.T.A et C.A.A.

³ - Art 95 du C.T.A et C.A.A.

⁴ - عبد القادر عدو، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مرجع سابق، ص 455.

⁵ - المرجع نفسه، ص 456.

⁶ - المرجع نفسه، ص 456.

عريضة المستأنف لخلوها من تحديد مبلغ التعويض بالأرقام، دون دعوة هذا الأخير الى تصحيح عريضته، خطأ في تطبيق القانون؛ الأمر الذي يتوجب معه نقض الحكم، واحالة القضية الى المحكمة للفصل فيها من جديد¹.

والناظر لعيوب العريضة القضائية يجدها ليست جميعها على درجة واحدة من الأهمية ومدى مخالفتها للقانون، فمنها من تكون غير قابلة للتصحيح، وعيوب أخرى تقبل التصحيح، بحيث يلتزم القاضي بدعوة المدعي الى استكمال ما تخلف من شرط لقبولها، والا تعين رفض العريضة.

من بين العيوب القابلة للتصحيح في عريضة الدعوى نجد؛ عيوب قابلة للتصحيح خلال ميعاد الطعن القضائي فقط مثل: عدم تسبيب عريضة الدعوى؛ خلو عريضة الدعوى من طلبات.

وعيوب قابلة للتصحيح حتى بعد فوات ميعاد الطعن القضائي طالما لم يكتتم التحقيق وتجزز القضية للفصل فيها، ومثالها: نقص أهلية المدعي. تحرير عريضة الدعوى بغير اللغة الفرنسية. عدم توقيع محام على العريضة في الحالات التي يستلزم فيها الاستعانة بمحام.

فيمكن للمحكمة ان تقوم بدعوة المدعي لتصحيح عريضته، متى كانت مكتوبة بغير اللغة الفرنسية، وذلك بصياغتها باللغة الفرنسية أو ارفاقها بصورة طيق الأصل مترجمة الى اللغة الفرنسية

حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية Villers-cottérêts بوجوب كتابة العرائض على اعتبار أن كتابة الاجراءات من القواعد العامة للإجراءات الادارية ومن ثم يجب مراعاتها، كما قضى في 22-11-1985 في قضية Quillevére أن استخدام اللغة الفرنسية ليس مقصورا فقط على الأحكام القضائية، بل يشمل كذلك العرائض أمام محاكم القضاء الاداري².

ويجوز للمحكمة ان تقوم باستدعاء المدعي قبل انقضاء ميعاد الطعن القضائي لتصحيح عريضته بتحديد المدعي عليه بشكل لا يس فيه، فيما لو أخطأ في ذلك، فان لم يصححها خلال الميعاد الممنوح له قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى³.

كما يمكن تصحيح عريضة الدعوى بخصوص عدم ذكر الوقائع، حيث يطلب قلم كتاب المحكمة بدعوة المدعي لتصحيح عريضته واعطائه مدة محددة للقيام بهذا التصحيح قبل انقضاء ميعاد الطعن القضائي، والا قضت المحكمة بعدم

¹ - عبد القادر عدو، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مرجع سابق، ص 459.

² - René Chapus, op.cit, p 393.

C.E. 22-11-1985, M. Quillevére.req. N.60459, lebon, p 333.

³ - Christian Gabolde, op.cit, p13.

قبول العريضة. ذلك أن أحكام القضاء الحديثة اعتبرت أن الوقائع المقدمة بعد انقضاء ميعاد الطعن القضائي تعد بمثابة وقائع جديدة تشكل طلب جديد يرفع به دعوى جديدة وهذا غير مقبول¹.

أما إذا كانت الوقائع التي تتضمنها العريضة موجزة جدا، فهذا يعني أن العريضة مشوبة بعيب شكلي غير قابل للتصحيح ويقضي بعدم قبولها بدون دعوة المدعي لتصحيح عريضته².

كما أنه إذا كانت الطلبات مشوبة بعيب من العيوب التي يجوز تصحيحها بعد انقضاء ميعاد الطعن القضائي، فلا يجوز للمحكمة الادارية أن تقضي بعدم القبول العريضة الا بعد دعوة المدعي لتصحيحها، وأن يكون طلب التصحيح قد تضمن بيان أنه في حالة عدم تصحيح العريضة في الميعاد المحدد في الطلب، والذي فيما عدا حالة الاستعجال يجب ألا يقل عن خمسة عشر يوما، فان لم يصححها تقضي المحكمة بعدم قبول العريضة، أما محكمة الاستئناف أو النقض فيجوز لها رفض الطلبات المشوبة بعدم القبول بدون أن تكون ملزمة بدعوة الطاعن لتصحيح عريضته، ومن ثم إذا لم يرفق الطاعن الحكم المطعون فيه بعريضة، فان القاضي يقضي بعدم القبول بدون أن يطلب تصحيح العريضة³.

كما أن العريضة غير المرفقة بصورة من القرار المطعون فيه تكون غير مقبولة، غير أن المحكمة لا تقضي بعدم قبولها الا بعد أن يقوم قلم المحكمة بدعوة المدعي بتصحيحها، ويتعين على قلم الكتاب أن يبين في الانذار المرسل اليه أن العريضة سيقضي بعدم قبولها اذا لم يتم تصحيحها في الميعاد المحدد، فان لم يرفق صورة من القرار المطعون فيه خلال الميعاد المحدد في الانذار قضي بعدم قبول العريضة⁴.

ونفس الحكم، يجوز تصحيح عريضة الدعوى في حالة ما اذا كانت عدد الصور غير مساوي لعدد الخصوم، حيث يأمر ريش هيئة المحكمة قلم كتاب المحكمة بانذار المدعي لتصحيح عريضته خلال خمسة عشر يوما يبدأ احتسابهم من تاريخ الانذار، فان لم يقدم المدعي عدد الصور المطلوبة منه يقضي برفض العريضة. ويمكن الخروج عن تلك المدة وتصحيح العريضة بخصوص الاقاليم البعيدة التي تقع خارج فرنسا⁵.

الفرع الثاني: تصحيح عريضة افتتاح الدعوى في الاجتهاد القضائي الجزائري.

نصت المادة 817 قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري على أنه:

"يجوز للمدعي تصحيح العريضة التي لا تثير أي وجه، بإيداع مذكرة إضافية خلال أجل رفع الدعوى المشار إليه في المادتين 829 و 830 أدناه".

¹ - هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 190.

² - C.E. 17-06-1981, M Dady, Lebon, T, 867

³ - Art 149-1, al 1 et 2du C.T.A et Art 612-1 du C.J.A.

⁴ - C.E. 11-02-1966, Denis, req N, 62284, Lebon, p 104 et C.E. 27-10 1989, Margaix, Lebon, T 843

⁵ - أنظر: هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 200.

المقصود بالعريضة التي يمكن ان تصحح هي عريضة افتتاح الدعوى الرامية الى ابطال القرار الاداري، وهي تخص دعاوى المشروعية، وذلك من خلال ايداع مذكرة اضافية خلال الأجل القانوني المحدد في المادتين 829 و 830 من ق ا م ا ج¹.

قبل تحديد شروط تصحيح العريضة الافتتاحية للدعوى وسلطة القاضي الاداري بخصوصها، يمكننا تحديد بيانات العريضة الافتتاحية قبل ذلك.

أولاً: بيانات عريضة افتتاح الدعوى.

تنص المادة 14 من ق ا م ا ج² على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

ونصت المادة 15 منه على بيانات العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلاً على ما يلي³:

"يجب أن تتضمن عريضة افتتاح عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات التالية:

- 1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،
- 2- اسم ولقب المدعي وموطنه،
- 3- اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فان لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له،
- 4- الاشارة الى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،
- 5- عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،
- 6- الاشارة عند الاقتضاء الى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى،".

وبالتالي يلاحظ أن المشرع حدد بيانات عريضة افتتاح الدعوى في المادتين السالفتين.

حيث يتوجب على المدعي أن يحدد بدقة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى اقليمياً ونوعياً، وذلك حتى يتسنى للمدعي عليه معرفة المحكمة التي ينازعها أمامها خصمه لتقديم دفاعه، لأنه في بعض النزاعات ينعقد الاختصاص لأكثر من جهة قضائية، مثل قضايا النفقة والتي قد ينعقد الاختصاص لمحكمة موطن الدائن بالنفقة، وفي محكمة دائرة اختصاص مقر الزوجية⁴.

1 - لحسين بن الشيخ أ ت ملويا، قانون الاجراءات الادارية، مرجع سابق، ص 110.

2- المادة 14، من ق ا م ا ج.

3- المادة 15 من ق ا م ا ج.

4 - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1979، ص 79.

كما يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى بيانات أطراف الدعوى القضائية لتبيين هوية كل من المدعي والمدعى تعيينا نافيا للجهالة¹.

ثم عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوقائع والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، ثم الاشارة عند الاقتضاء الى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، وتوقيع المدعي أو وكيله أو محاميه.

ثانيا: شروط تصحيح العريضة الافتتاحية للدعوى.

ان المدعي وهو يقدم عريضته الافتتاحية، قد يشوب نقص أو عوار فيها، مما يقتضي والحال كذلك تصحيح النقص أو العوار، متى كان لذلك سبيل.

فيشترط المشرع لقبول المذكرة الاضافية التصحيحية، وتطبيقا للمادة 817 السالفة الذكر:

1. ان لا يكون المدعي قد أثار وجهها أو وسيلة ولو واحدة في عريضة افتتاح الدعوى:

المقصود بالوجه أو الوسيلة هنا الأوجه والوسائل المؤسسة عليها دعوى الابطال في عريضة افتتاح الدعوى، سواء أكان الوجه وسيلة خارجية للابطال مثل عيب عدم الاختصاص، أو وسيلة داخلية مثل عيب السبب، أو أي وجه آخر مثل انعدام القرار الاداري محل المخاصمة فالأمر يتعلق هنا غالبا بوسائل المشروعية، وقد يتعلق أيضا بالوسائل المستمدة من مخالفة بنود العقد، مثل مخالفة الشروط الفاسخة أو الواقفة².

وبالتالي حيث يكون المدعي قد أثار ولو وجهها او وسيلة واحدة في عريضة افتتاح الدعوى الرامية الى ابطال القرار الاداري، لا يجوز له تقديم العريضة الاضافية لإثارة وسيلة أخرى³.

2. ايداع المذكرة الاضافية التصحيحية في الأجل القانوني:

بحسب فحوى نص المادة 817 السالفة الذكر، يشترط لقبول المذكرة الاضافية ايداعها في الأجل القانوني لرفع الدعوى تطبيقا لنصي المادتين 829 و 830 من ق ا م ا ج.

حيث اذا رفعت دعوى الابطال ضد قرار اداري لكن دون اثاره أي وجه من أوجه الابطال، ثم انقضى ميعاد رفع الدعوى ولم يفصل بعد فيها، لا يحق للمدعي تقديم مذكرة اضافية يثير فيها وجهها من أوجه الابطال، لكون القرار الاداري أصبح محصنا من اثاره أي وجه ضده، ماعدا الدعاوى التي يكون فيها ميعاد الابطال مفتوحا حيث يجوز فيها تقديم المذكرة الاضافية ولو بعد انقضاء أجل الطعن القضائي العادي⁴.

1 - عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 49.

2 - لحسين بن الشيخ. آث ملويا، قانون الاجراءات الادارية، مرجع سابق، ص 110.

3 - المرجع نفسه، ص 111.

4 - المرجع نفسه، ص 111-112.

ثالثا: سلطة القاضي في الأمر بتصحيح العريضة الافتتاحية.

استنادا للدور الأساسي للقاضي الاداري في الدعوى الادارية، والدور الايجابي المخول له، سلطة أمر الخصم بتصحيح عريضته التي يعتريها عيب من العيوب التي قد يرتب عدم قبول الدعوى، بشرط أن يكون تصحيحها أمرا جوازيا أي لا يتعلق بالنظام العام، كما نص القانون على عدم جواز الحكم بعدم القبول التلقائي الا بعد دعوة المعني الى تصحيح العيب¹.

حيث القاضي الاداري يمكنه الأمر بتصحيح العريضة أثناء سير الخصومة وحتى بعد فوات أجل رفع الدعوى²، بخلاف المدعي الذي قد يطلب التصحيح من تلقاء نفسه عندما لا يثير أي وجه من أوجه الطعن بالإلغاء، اذ يقدم طلبه قبله قبل انقضاء أجل رفع الدعوى³.

ان الأمر بتصحيح عريضة الدعوى تدعم الدور الاجتهادي القضائي في تسيير أحسن للخصومة الادارية، وتفادي الاطالة في النزاع باصدار أحكام بعدم الاختصاص أو بعدم القبول، و تساعد المتقاضين من جهة ثانية في ربح الوقت وتفادي مصاريف قضائية زائدة.

حيث يعمل التصحيح الاجرائي للدعوى الافتتاحية على عقلنة التقاضي وتفادي اطالة أمد النزاع، من خلال السماح للمدعي تصحيح مسار افتتاح دعواه وعدم التحجج بالعيوب الشكلية والاجرائية، وخاصة لو كانت بسيطة وليست جسيمة.

حيث معيار امكان تصحيح عريضة افتتاح الدعوى يمكن النظر اليه من خلال معيار مدى جسامه العيب المراد تصحيحه، ما اذا كان بسيطا ليس مؤثرا يسهل تصحيحه متى طلب من المعني ذلك. أو كان جسيما يتعذر تصحيحه، أو يكون لا طائل من تصحيحه. سواء قبل انقضاء ميعاد الطعن القضائي أو بعد انقضاء ميعاد الطعن القضائي.

1 - المادة 848 ق ا م ا ج.

2 - المادة 829 ق ا م ا ج.

3 - المادة 817 ق ا م ا ج.

المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في أوامر التحقيق.

المستقر عليه في القضاء الاداري أن القاضي هو الذي يوجه التحقيق القضائي، حيث لا يتحمل المدعي وحده عبء اثبات ما يدعيه، حيث يتولى القاضي متى رأى أن ملف الدعوى يتضمن قرائن جدية، اكمال هذا الملف عن طريق ما يأمر به من تدابير تحقيقية¹.

ذلك ان الخصومة الادارية هي بين طرفين ليسا على نفس المركز القانوني، بين ادارة عمومية تتسلح بحجج ووثائق ومستندات لا يجوزها الطرف الثاني في الدعوى الادارية، ألا وهو المدعي والذي قد يمثل شخصا طبيعيا في الغالب، مع امتلاكها أيضا لامتيازات السلطة العمومية، وبالتالي فالخصومة الادارية تدور بين مصلحتين؛ شخصية وعمومية. وتبعاً لذلك تتميز الدعوى الادارية في اجراءات التحقيق فيها أنها ذات طابع تحقيقي.

ولقد تطرق الفقه الاجرائي الاداري لتعريف التحقيق ووسائله بناء على أحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية واجتهاد القاضي الاداري، حيث من بين وسائل التحقيق المهمة والتي برز فيه أثر واضح لاجتهاد القاضي الاداري "أوامر التحقيق".

وهي في الأصل استثناء من قاعدة حظر توجيه الأوامر للإدارة العامة، والتي تكلم عنها الفقه في دراسات مختلفة. على اعتبار أن القاعدة العامة في الاثبات تعتبر أنه لا يجوز اجبار أحد على تقديم الدليل ضد نفسه لأن عبء الاثبات يقع على المدعي الا استثناء².

حيث يطرح الباحث في هذا السياق، أثر الاجتهاد القضائي الفرنسي في أوامر التحقيق (المطلب الأول)، ثم في الاجتهاد القضائي الجزائري بخصوصها (المطلب الثاني).

¹ - عبد القادر عدو " الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية "، مرجع سابق، ص 474.

² - أنظر: لحسن بن الشيخ أث ملويا، مبادئ الاثبات في المنازعات الادارية، دار هومة الجزائر، 2002، ص 55-71-84-89.

جورج فيدال، القانون الاداري، ج 2 ط 1 ترجمة منصور القاضي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، 2001، ص 149-142.

أنظر: يسري محمد العصار، مبدأ حظر أوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر حوله محلها وتطوراتها الحديثة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 2011.

المطلب الأول: أوامر التحقيق في الاجتهاد القضائي الفرنسي.

يمكن رد أوامر التحقيق الى، تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، وتقديم الوثائق المنتجة في الدعوى، وأمر الادارة بالإفصاح عن أسباب قرارها الاداري¹.

نبين ذلك في الفروع التالية في اجتهاد القاضي الاداري الفرنسي.

الفرع الأول: تمكين المدعي من القرار المطعون فيه.

تطبيقا للمادة **R.412.1** من قانون القضاء الاداري الفرنسي يتوجب أن ترفق بعريضة الدعوى للطعن بالإلغاء، نسخة من القرار الاداري باستثناء ما اذا كان القرار ضمنيا، اذ يستحيل في هذه الحالة تقديمه باعتبار أن ليس له وجود مادي.

ان تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، كأحد أوامر التحقيق التي يأتيها القاضي الاداري، يرتبط بالقرار الاداري بديهيا. لذلك نبين بداية تحديده في الاجتهاد الفرنسي الفقهي والقضائي أساسا، ثم أثر الاجتهاد القضائي بخصوص مدى اشتراطه ثانيا، ثم في حق وقف تنفيذ القرار الاداري السلبي، باعتباره تمكين افتراضي للمدعي من القرار المطعون فيه ثالثا.

أولا: تحديد القرار الاداري في الاجتهاد الفرنسي.

بداية يمكن القول، ان المقصود بالاجتهاد الفرنسي الذي يمكن تحديد القرار الاداري يتمثل في فقه القانون وفقه اجتهاد القضاء الاداري أساسا.

حيث تتباين آراء الفقه القانوني في تحديد تعريف القرار الاداري. ففي الأدبيات القانونية أكثر من مفهوم للقرار الاداري، وفي نفس السياق، كان لدى بعضهم - مفهوم القرار الاداري - من بديهيات القانون الاداري التي لا يحتاج الى توضيح، انما الاجتهاد القضائي فحسب هو المعول عليه في ذلك².

حيث عرفه **M. Houriou** بأنه كل اعلان للإرادة يصدر بقصد احداث أثر قانوني في مواجهة الأفراد يصدر عن سلطة ادارية في صورة تنفيذية أي في صورة تستبع التنفيذ المباشر³. وكان قد عرفه قبل ذلك باعتباره معبرا عن امتيازات السلطة العامة شكليا، وماديا بأنه مؤثرا على الحقوق⁴.

¹ - عدو عبد القادر، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مرجع سابق، ص 477.

² - عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2009، ص 88 - 89.

³ - M.Hauriou, Précis de droit administratif et de de droit public général, ed, 1938, p 373.

⁴ - M.Hauriou, Précis de droit administratif et de de droit public général, ed, 1900, p 239.

أما Carré De Malberg فقد عرف القرار الاداري، باعتباره أداة تطبيقية لا رادة المشرع ولأحكام القانون¹. وعرفه L, Duguit بأنه التصرف الارادي الذي يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره، أو كما ستكون في لحظة مستقبلية معينة. أو هو التعبير عن الارادة الذي يصدر بقصد احداث تغيير في النظام القانوني للجماعة².

وعرف Rolland القرار النافذ بأنه الاعلان المنفرد لإرادة موظف عام ويتنتج عنه قاعدة قانونية أو يخلق أو يعدل أو يلغى مركزا قانونيا لفرد محدد³.

أما Waline فعرف القرار الاداري باعتباره؛ تصرف قانوني، صادر عن سلطة ادارية، موضوعه اداريا، في مجال تنفيذ القانون⁴.

هذه بعض التعريفات التي جاءت في الفقه القانوني الفرنسي، وهي على سبيل المثال بطبيعة الحال. أم على مستوى الاجتهاد القضائي الفرنسي، جاء في حكم Ville de Paris رد مجلس الدولة المراجعة لأن القرار المطعون فيه لا يؤلف قرارا يلحق مظلمة، ذلك أن هذا القرار لا يحمل الميزات الخاصة للقرار النافذ، ولا يلحق أي مظلمة بذاته، وتبعاً لذلك فانه لن يؤدي مباشرة لفتح باب المراجعة القضائية⁵. وفي حكم Dame Cachet جاء فيه، أن قرار مدير التسجيل، له خاصية القرار النافذ ويخلق حقوقا، ولا يمكن للوزير - تطبيقاً للمبادئ العامة للقانون - أن يعدله الا لأسباب قانونية وضمن المهلة المقررة⁶. وفي ذات اليوم صدر عن مجلس الدولة الفرنسي حكيمين استخدم فيهما عبارة القرار النافذ بذاته⁷. كما استخدمه - مصطلح القرار النافذ- في قرار الجمعية العامة لمجلس الدولة، والذي ورد فيه أن المحاكم الادارية لا تستطيع من حيث المبدأ أن تأمر بوقف تنفيذ قرار الا اذا كان هذا القرار نافذاً⁸. حيث بحسب اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي يمكن اعتبار أن القرار الاداري النافذ هو الأساس للقانون الاداري الفرنسي. وأن قبول الطعن ضد قرار اداري لا تكون الا ضد قرار اداري نافذ.

¹- Carré De Melberg, Contribution à la théorie générale de L'état, Recueil Sirey 1920- T.1 p 473-

²- L, Duguit, Traité de droit constitutionnel, Ancienne librairie Fontemoing a C Editeurs-3^e éd 1927, T1, p 326.

³- L, Rolland, Précis de droit administratif, Paris, 11 e ed, 1957, p 16.

⁴- M, Waline, Droit administrative, Sirey éd 1959, p 400.

⁵- C,E, 04-08-1922. Ville de Paris, Rec. P 729.

⁶- C,E, 03-11-1922, Dame Cachet, Rec p 790.

⁷- C,E, 3-11-1922, Société le Foyer lorrain, C,E, 03-11-1922, Larcher.

⁸- C,E, 23-6-1970, Ministre d'état chargé des affaires sociales c/ Amoros et autres, AJDA 1970, p 174, note X, Delcros

وذلك في مقابل القرار الاداري الذي يلحق مظلمة، والذي قال بعض الفقه استنادا للاجتهاد القضائي أنه ليس معرّفا للقرار الاداري القابل للطعن القضائي استنادا لفكرة القرار الاداري النافذ، بينما نفى اتجاه ثان ذلك معتبرا اياه هو أساس الطعن القضائي. ورأى توجه آخر أن القرار الذي يلحق مظلمة قد يكون نافذا بطابعه¹. حيث يمكن أن نختار تعريفا للقرار الاداري عموما، بأنه ذلك التصرف القانوني الذي تتخذه السلطة الادارية وتغيير بموجبه الأوضاع القانونية للمخاطبين به².

ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي الفرنسي في تمكين المدعي من القرار الاداري.

لقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Rousset بتاريخ 30 أوت 1940، دعوة الادارة العامة بتقديم القرار الاداري المطعون فيه خلال مرحلة التحقيق³. ووفقا لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي يتوجب ان يثبت المدعي أمام القاضي الاداري أنه كان يستحيل عليه الاستعلام لدى الجهة الادارية عن القرار الاداري المطعون فيه، أو يثبت أن الادارة وضعت عراقيل حالت دون تمكنه من القرار الاداري محل الطعن، وتبعاً لذلك يمكن للقاضي أمر الادارة بنسخة من القرار خلال مرحلة التحقيق⁴.

حيث تواترت أحكام القضاء الاداري الفرنسي، في ضرورة تمكين المدعي من القرار الاداري، فمجلس الدولة قضى بأن تقديم القرار المطعون فيه بعد انقضاء الميعاد المحدد وقبل قفل باب المرافعة يصحح العريضة، لكن تقديمه بعد غلق التحقيق لا يكون له نفس الأثر، وهذا الاجراء المعيب لا يمكن تصحيحه عند الطعن بالاستئناف⁵.

ثالثا: حق وقف تنفيذ القرار الاداري السلبي: تمكين افتراضي للمدعي من القرار المطعون فيه.

يمكن تعريف القرار الاداري السلبي بأنه: "رفض الادارة أو امتناعها عن اتخاذ تصرف، كان من الواجب عليها اتخاذه، وفقا للقوانين واللوائح، أو سكوتها على الرد عن التظلم المقدم اليها، وذلك كله خلال مدة معينة يحددها القانون"⁶.

¹ - أنظر: عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية، مرجع سابق، ص 84 - 85.

² - H MCrucis-Notion d'acte administratif JCA 1996-Fasc. 106-10 décisoire, norateur, créateur de droit, exécutoire, faisant grief, obligatoire, opposable.

³ - CE, 03-05-1940, Rousset et autres, Rec, P 148, cité par Christian Gabolde, Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, 6 éditions, Dalloz, Paris, 1997, p 143.

نقلا عن: عبد القادر عدو، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي، مرجع سابق، هامش رقم: 3، ص 477.

⁴ - عبد القادر عدو، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مرجع سابق، ص 477.

⁵ - C.E.08-03-1978, Gangloff, req N 78604- C.E. 26-10-1984, Delhay, req.N.42894: Lebon T.703- C.E. 06-2-1985, M.Lefèvre, req.N.55156- C.E. 3-04-1992, M.fedaoui, req.N.130311

⁶ - عادل الطبطبائي، نشأة القانون الاداري السلبي وخصائصه، دراسة، مجلة العلوم الادارية، ع 1، يونيو 1994، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الادارية، 1994، ص 14.

حيث الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي حدد اطارا عاما يفرق بين القرار الاداري الايجابي والقرار السلبي، مفاده عدم جواز وقف التنفيذ للأخير، في قرار **Amoros** في 23 جانفي 1970.

ففحوى هذا القرار أن الادارة العامة رفضت اجراء ترتيب وتصنيف مرشحين لشغل وظيفة طبيب، كما رفضت ابلاغهم بتقديراتهم ليرتبون من خلالها.

حيث طعن الطلبة المعنيين في القرار الاداري للإدارة العامة السلبي. وطلبوا بوقف تنفيذه أمام محكمة مرسيليا، والتي حكمت بوقفه.

فقام وزير الدولة والشؤون الاجتماعية، باستئناف الحكم أمام مجلس الدولة، والذي قبل طلب الوزير، وبالتالي رفض طلب وقف تنفيذ القرار السلبي، مؤكدا - مجلس الدولة - أن وقف التنفيذ يخص حالة القرار الاداري الايجابي فقط.

أي أن مجلس الدولة قرر: " لا يمكن للقاضي وقف تنفيذ القرار الاداري الا اذا تعلق الأمر بقرار تنفيذي، لعدم استطاعته توجيه أوامر للإدارة ".

لكن قبل هذا القرار وفي التطور المستمر للاجتهاد القضائي الفرنسي لمجلس الدولة، قضى في قراره الشهير **Rousset**، بتاريخ: 13 ماي 1949، مقرا وقف تنفيذ قرار صادر عن نقابة الأطباء بمدينة بوردو، والقاضي برفض قيد جراح في سجلاتها، لأنها تعاقد مع عيادة طبية تعاونية بالمدينة، بأجر أقل مما تقدره النقابة. مبررا قضاءه أن مثل هذا القرار قد يحدث اضطرابا في العيادة.

حيث أن هذا الاجتهاد القضائي يعبر عن منح سلطة للقاضي الاداري بتوجيه أمر الادارة العامة بعدم تنفيذ رفضها، حيث علق الفقيه Odent قائلا: " اذا استطاع القاضي أن يأمر الادارة، بعدم تنفيذ رفضها، فان ذلك معناه، أن القاضي يوجه للإدارة بالقيام بعمل، في حين أنه يمنع على القاضي أن يوجه أوامر للإدارة"¹.

ثم هجر هذا الاجتهاد داعيا الى عدم جواز وقف تنفيذ القرار الاداري السلبي، وتؤكد ذلك في قرار Amros الذي ذكرناه سابقا².

¹ - « Dans l'arrêt Rousset, le refus d'inscription à l'ordre du tableau des médecins avait pour effet d'empêcher M.Rousset de continuer à exercer son art dans sa clinique. La décision modifiait à la fois une situation de fait et l'ordonnancement juridique antérieur; il s'agissait, en quelque sorte, d'une décision négative exécutoire ». **Pour plus de détail, voir : Encyclopédie juridique, Contentieux administratif, T.1., p.9.**

² - C.E., 23 Janvier 1970. Amoros, R.D.P., 1970.p.1035. note. Waline; 12 oct.1988,A.J.D.A.,1988.p.590. **Cité par: Georges VALCHOS, Principes généraux du droit administratif, Ellipses., Paris, 1993, p.407.**

لكن هذا التوجه للاجتهاد القضائي الاداري، لم يبق على حاله بل شهد تحولا وهو في الأصل رجوعا لما قبل قرار Amros، وذلك بالاستناد الى دور المشرع الذي أقر امكانية وقف تنفيذ القرار في قانون 30 جوان 2000، والذي ما هو الا امتداد للتعديل القانوني ل 8 فيفري 1995، والذي منح للقاضي حق توجيه الاوامر للإدارة .

بمعنى أن سلطة القاضي في وقف تنفيذ القرار الاداري السليبي، في مضمونها اعدام أثر عمل الادارة العامة تجاه صاحب المصلحة، وهنا يرى الباحث كأن هناك تمكين افتراضي للمدعي من القرار المطعون فيه.

الفرع الثاني: تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.

تعتبر الأوراق والمستندات الادارية الطريق الأساسي والرئيس لإثبات الوقائع والتصرفات الادارية، أمام جهات القضاء الاداري لطابع الكتابية للإجراءات القضائية الادارية¹، فيبلغ الدليل الكتابي في اثبات الدعوى الادارية قمة قيمته القانونية خاصة في اثبات عيب الانحراف بالسلطة كأحد عيوب القرار الاداري².

ولما كانت هذه الأوراق والمستندات الادارية هي في الغالب بحوزة الادارة العامة وبالتالي تمثل امتيازها، فان وضعها تحت بصر القاضي الاداري من شأنه حل النزاع الاداري في اطار من التكافؤ بين أطراف الخصومة الادارية.

فالأمر بتقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى الادارية وسيلة محولة للقاضي الاداري، وهي من العلامات المميزة للدور الايجابي له، وهي بحق الظاهرة المميزة لإجراءات التقاضي الادارية، باعتبارها اجراءات تحقيقية، ومحققة لفعالية الرقابة القضائية للمشروعية³.

هذه الوثائق والمستندات التي يمكن للقاضي الاداري ان يطلبها، تتمثل على سبيل المثال في كل الأوراق المنتجة في الدعوى والتي تمكنه من الفصل في الدعوى أي كان نوعها، من ذلك تقارير وكشوف الحسابات، ومحاضر الاجتماعات والملف الشخصي للموظف، وتقرير كفايته، وملف التحقيقات والتظلم الاداري والأوراق الخاصة بالترقية والتأديب⁴.

أي قد تكون أوراقا رسمية كما قد تكون أوراقا عرفية، وقد تكون وثائق مثبتة لتصرف قانوني أو لواقعة مادية، وقد تتعلق بنشاط الادارة العامة أو وقائع تتعلق بالموظفين أو بالغير المتعامل مع الادارة العمومية¹. اضافة الى القرار الاداري محل الطعن بالإلغاء كذلك هذا الذي تكلمنا عنه في النقطة السابقة*.

¹ - مصطفى كمال وصفي، أصول اجراءات القضاء الاداري، مطبعة الأمانة بالقاهرة، الطبعة الثانية، 1978، ص 20.

² - محمد جلال محمد العيسوي، دور القاضي الاداري في المنازعة الادارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2014، ص 175.

³ - أحمد كمال الدين موسى، نظرية الاثبات في القانون الاداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة 2012، ص 302.

وأنظر: حسن السيد بسيوني، مرجع سابق، ص 244.

أنظر: بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 323-324.

⁴ - أنظر: حسن السيد بسيوني، هامش رقم 1، مرجع سابق، ص 244.

لكن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا السياق، هل يجب تقديم كل الوثائق والمستندات التي بحوزة الادارة العامة أم لا؟

ان للإدارة العامة امكانية التستر على بعض الوثائق والمستندات تحت مسمى " الطابع السري " بخصوصها وهي بذلك تمارس اختصاصا استثنائيا، مخالفا للقاعدة العامة.

نبين بداية القاعدة العامة في ضرورة تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى الادارية (أولا)، ثم في الاستثناء من القاعدة العامة (ثانيا).

أولا: القاعدة العامة؛ التزام الادارة العامة بتقديم الوثائق والمستندات.

أقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي سلطة اصدار أوامر الى الجهة الادارية لتقديم ما لديها من مستندات وأدلة تكون منتجة في الدعوى، وذلك حتى قبل أن يمنحه هذا الحق المرسوم الصادر بتاريخ: 30 يوليو 1963 بشأن مجلس الدولة².

حيث طبق مجلس الدولة هذا المبدأ في اجتهاده بتاريخ 01 ماي 1936 في قضية **Cotiespel du Mesnil** حيث أحال وزير موظف الى التقاعد، حيث تولى القسم الفرعي تحضير هذه الدعوى ووجه أمرا الى الوزير المختص بإيداع المستندات التي استند اليها في اصدار قراره بإحالة المدعي الى التقاعد. ولما رفض الوزير تقديم المستندات المطلوبة أمر مجلس الدولة بموجب قرارا سابقا على الفصل في الموضوع فحواه أمر الوزير المعني بتقديم المستندات المشار اليها خلال مهلة 8 أيام³.

كما عزز اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في قرار **Barel** بتاريخ: **28-05-1954**، حيث نظمت مسابقة للالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة ENA، حيث استبعد سكرتير الدولة لشؤون مجلس الوزراء أسماء بعض الأشخاص من قائمة الترشيحات بسبب معتقداتهم السياسية، حيث كانوا من المنتمين للحزب الشيوعي الفرنسي. حيث

¹ - أنظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الادارية والاثبات أمام القضاء الاداري، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2008، ص 325.

* - يمكن اعتبار القرار الاداري محل الطعن بالإلغاء أحد الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى والتي يطالب بها القاضي الاداري بالتأكيّد، حيث تكلم عنه بعض الفقه مع باقي الوثائق التي نكرت - مثل حسن السيد بسيوني، محمد الصغير بعلي - وبعض الفقه فصل بينهما - عدو عبد القادر - وهذا ما أخذنا به في متن الأطروحة، ويسند ويدعم الراي الثاني موقف القانون الاجرائي 08-09 الجزائري، حيث تكلم عن القرار الاداري في المادة 819، ثم في المادة 820 تكلم عن باقي الوثائق والمستندات.

² - أشار اليه: أحمد كمال الدين موسى، مرجع سابق، ص 303.

³ - أنظر: أحمد كمال الدين موسى، مرجع سابق، هامش رقم 03، ص 303.

يسري محمد العصار، مرجع سابق ص 162.

أثناء التحقيق وجه مجلس الدولة أمرا الى الحكومة بتزويده بالملفات المتعلقة بالأشخاص الذين تم استبعادهم من قائمة الترشيحات للانتخابات بالمدرسة الوطنية للإدارة، مع تحديد سبب الاستبعاد، حيث لم ترد الحكومة، فاعتبر اجتهاد مجلس الدولة ذلك بمثابة قرينة تؤكد حجة المدعين في أن استبعادهم تم بسبب معتقداتهم. وبناء على ذلك قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المطعون فيه، حيث أسس اجتهاد المجلس قراره على مخالفة مبدأ المساواة بين المواطنين في تولي الوظائف العامة وحظر التمييز بسبب الراي السياسي أو العقيدة أو الاصل¹.

حيث يعد قرار Barel متجاوزا مسألة ضرورة تقديم الادارة العامة الوثائق والمستندات التي قد تدين عملها وقرارها في مواجهة الافراد، وذلك من خلال تفسير القاضي الاداري امتناعها عن تقديم ما يجب من مستندات ووثائق أنه تصرف يفسر عدم مشروعية قرارها تجاه الأفراد، ومخالف للمشروعية القانونية.

ومن بين الاجتهادات القضائية الحديثة لمجلس الدولة في هذا الشأن، قرار بتاريخ: **27-03-2015** متعلق ببعض الوثائق المتعلقة بإجراءات الرقابة على حساب الحملة الرئاسية للسيد نيكولا ساركوزي في عام 2007، حيث جاء في هذا الاجتهاد²:

" .. ان السيدة ماتيلد والناشر ميديا طلبا من اللجنة الوطنية لحسابات الحملات والتمويلات السياسية

تزويدهما بعدد من الوثائق المتعلقة بإجراءات التحقيق في حساب الحملة الانتخابية الرئاسية التي أجراها في عام 2007 السيد نيكولا ساركوزي؛ وبما أنه في غياب رد من اللجنة الوطنية لحسابات الحملة الانتخابية والتمويل السياسي، طالب كل من السيدة ماتيلد والناشر ميديا بارت احالة المسألة أمام لجنة النفاذ الى الوثائق الادارية التي حكمت لصالح تزويد هذه الوثائق بموجب اشعار بتاريخ **07-06-2012**، بشرط اخفاء أسماء وشهرة الأشخاص الآخرين غير المرشح والمقررين، ولاسيما أسماء وشهرة الافراد المسؤولين عن المهام الادارية الموضوعين تحت تصرف الأحزاب السياسية والجهات المانحة بالإضافة الى اخفاء أسماء الأسماء التجارية للمؤسسات،

.. عندما ينظر القاضي الاداري في نزاع متعلق بالحصول على وثائق، يتعين عليه أن يطلب، تبعا للحالة، من الادارات المختصة أن تبرز كافة الوثائق الضرورية لتسوية المنازعات المحالة اليه، باستثناء تلك التي تخضع لسرية يكفلها القانون، من أجل ضمان بصورة خاصة قابلية تقديم الأحكام المتدرع بها من قبل الاطراف أو قابلية تزويد هذه الوثائق، وبما أنه اذا كان الطابع الوجيهي للاجراء يفرض تزويد كل من الأطراف بكافة الوثائق التي يتم ابرازها خلال الدعوى....".

ان رفض الادارة العمومية تقديم وارسال ما يلزم من الوثائق والمستندات (ما لم تكن تتصف بطابع السرية) من شأنه اعتبار " الطرف الآخر الذي كان من الممكن لهذه الوثائق أن تقوي موقفه، كما لو كان كسب دعواه"¹.

¹ - أنظر: مارسيل لونغ وآخرون، الأحكام الكبرى للقضاء الاداري، مرجع سابق.

² - CE. 27-03-2015 Voir: www.arabic.conseil-etat.fr/

فنكول الادارة عن تقديم ما تحت يدها من مستندات اذا طلب منها ذلك هو تأكيد لما يدعيه الخصم كما قال بذلك المشرع والاجتهاد القضائي².

وذلك ما أخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي في قضية Mottard في قرار 17 أكتوبر 1958 والذي جاء فيه: اذا طلب قضاة الدرجة الأولى من الادارة تقديم مستندات معينة كان يتعين أن توجد في ملف اداري للسيد Mottard الا أنه لم يتضمن عليها الملف، واذا امتنعت الادارة عن تقديم ما هو مطلوب منها والامتناع لهذا الطلب في الميعاد الذي حدد لها، في هذا الخصوص، فان المحكمة الادارية تكون على حق فيما انتهت اليه من اعتبار ادعاءات السيد Mottard صحيحة، فامتناع الادارة تسليم الوثائق للاثبات تعد قرينة بصحة ادعاءات المدعي³.

تبعاً لذلك القاعد العامة أن على الادارة العامة تقديم ما يطلب منها، من وثائق ومستندات والتي قد تكون وثائق عادية.

كما قد تكون وثائق سرية والتي تكون معه الادارة العامة ملتزمة بعدم الافصاح عنها ونكون في هذا السياق أمام استثناء من القاعدة العامة، الذي يجبر الادارة العامة على عدم تقديم ما لديها من وثائق ومستندات. وهذا ما سنبينه في النقطة الموالية.

ثانياً: الاستثناء من القاعدة العامة؛ جواز عدم تقديم الادارة العامة للوثائق والمستندات.

النظر الى الوثائق الادارية والمستندات التي تكون بحوزة الادارة العامة يجدها ليست على نفس الدرجة، ونفس القيمة، بل تتفاوت أهمية بحسب مضمونها وطبيعة العمل والنشاط الممارس بخصوصها.

ان اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، عند نظره في الوثائق والمستندات والتي يمكن ان يأمر المعني بها على تقديمها، قد يجد بعضها متعلقة بسر يحميها القانون ومن بين ذلك ما يخص الدفاع الوطني أو مريضاً أو سرا صناعياً أو تجارياً، لذلك قرر - مجلس الدولة - مبادئ أساسية في هذا الشأن تعبر عن أصالة الاجتهاد القضائي في نظرية القانون الاداري ودوره المتواصل في بناء ذات النظرية، نحاول تبينها فيما يأتي:

1. الوثائق والمستندات المتضمنة السر العسكري " سرا دفاعياً وطنياً ":

1 - أنظر: محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة في القضاء الاداري، الكتاب الرابع، مرجع سابق ص 582. شادية ابراهيم المحروقي، الاجراءات في الدعوى الادارية، ص 231. نقلاً عن محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الادارية، المرجع نفسه، ص 325.

2 - محمد جلال محمد العيسوي، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 177.

3- أنظر: في ذلك موقف الاجتهاد القضائي المصري وعلى سبيل المثال في حكم محكمة القضاء الاداري، في قضية رقم: 312 جلسة 24-03-1971 لسنة 25 ق، ص 331. مصدر محمد جلال محمد العيسوي، مرجع نفسه، هامش رقم 2، ص 177.

يعد الدفاع الوطني من بين الأسس التي تقوم عليها الدول في حماية اراضيها ومجالاتها البحرية والهوائية، اضافة الى حماية أمن الاشخاص والممتلكات. وحيث أن مصالح الدفاع الوطني، تتبوأ مكانة هامة دستورية وحمائية، كان من الضروري احاطة أعمالها بنوع من السرية في مجالات معينة.

وتبعاً لذلك يحظر القانون افضاء الأسرار الدفاعية لضرورات الدفاع الوطني، فلا يجوز للقاضي أمر الادارة تقديم وثائق تتمتع بالسرية الدفاعية، ويعد تقديمها خرقاً لسرية المعلومات المتعلقة بالدفاع الوطني¹. حيث يعتبر نشر سر الدفاع الوطني، أو ما يسمى " بالسر العسكري "، خطراً على أمن وسلامة حياة أفراد الجيش الوطني. من جهة. وأمن الدولة من جهة ثانية.

ولقد افصح اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ في كثير من قراراته، من أولها قرار قضية Coulon بتاريخ: 11-03-1955؛ معتبراً من حيث المبدأ انه من حق القاضي الاداري طلب كل الوثائق والمستندات التي تسمح بالتحقق من صدق مزاعم المدعي من قبل الادارة العمومية، باستثناء ما يحظر القانون تقديمه². والتي من بينها الوثائق والمستندات المتضمنة سرا دفاعياً وطنياً.

2. الوثائق والمستندات المتضمنة سرا صناعياً وتجارياً:

ان الوثائق والمستندات المتضمنة سرا صناعياً وتجارياً والتي تتعلق أساساً بمعلومات سرية غير مفصح عنها في الجانب الصناعي والتجاري، تعددت الاصطلاحات الفقهية والتشريعية بخصوص تسميتها، فمعظم الدول الأوربية تستخدم مصطلح المعرفة الفنية أو التقنية، وتستخدم بريطانيا وأستراليا مصطلح المعلومات السرية، وفي الولايات المتحدة الأمريكية فقد استخدم مصطلح اسرار التجارة، وفي التشريع الجزائري ظهر مصطلح السر المهني والذي قد يكون بعيداً عن مقصود السر الصناعي والتجاري³.

فاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) تناولت المعلومات السرية غير المفصح عنها في المادة 39 من القسم السابع منها مكتفية بتنظيم أحكامها دون تعريفها⁴.

¹ - عدو عبد القادر، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مرجع سابق، ص 479.

² - CE, 11-03-1955, Secrétaire d'état à la guerre/ Coulon, n 34036..

نقلاً عن عبد القادر عدو، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مرجع سابق، ص 479.

³ - أنظر: محمد حسام محمود لطفي، " آثار اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) على تشريعات البلدان العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002، ص 67. نقلاً عن: داود منصور، " حماية المعلومات السرية (غير المفصح عنها) بين اتفاقية تريس والغياب التشريعي الجزائري، ص 58.

⁴ - اتفاقية تريس، من شبكة الانترنت.

والمشرع الفرنسي لم يعرف السر الصناعي والتجاري، لذلك الأفراد والشركات لديهم الحرية في الاتفاقيات التي تضمن لهم حماية الأسرار التجارية ويملكون مجالاً واسعاً في تحديد نطاق هذه الأسرار، على عكس القضاء والذي تكفل بوضع تعريفاً بخصوص ذلك من قبل المحكمة العليا الفرنسية باعتبار: "أي وسيلة تصنيع أو صيغة أو آلة أو معلومات ذات قيمة اقتصادية أو عملية وتستخدم في العمليات التجارية والتي تعطي لصاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفونها" تمثل سرا تجارياً¹.

و حسب قضاء محكمة العدل الأوروبية يعد حماية السر الصناعي والتجاري من المبادئ العامة للقانون، ومن ثمة فهي ملزمة للقاضي الداخلي، ذلك انه من مبررات هذه الحماية هو الخشية من أن تستخدم الشركات والمؤسسات طريق الطعن القضائي بقصد الوصول الى أسرار أعمال الشركات المنافسة².

حيث للقاضي الاداري الأمر بأن يقدم له من الخصوم جميع الوثائق والمستندات بما فيها المتضمنة سرا صناعياً وتجارياً بقصد التحقيق والنظر في حكم النزاع، وللطرف المعني - ادارة عمومية - الطلب من القاضي حجب هذه الأسرار عن الخصم الآخر³. وذلك ترجيحاً لمبدأ حماية السر الصناعي والتجاري على مبدأ المواجهة.

حيث الاشكالية القانونية التي أثارها المشرع الفرنسي في هذه المسألة هي الموازنة بين مبدأ المواجهة وضرورة أن يكون كل طرف في الخصومة الادارية على علم وبينة بمستندات الخصم المقابل، وبين مبدأ حماية السر الصناعي والتجاري. حيث انتصرت محكمة العدل الأوروبية للمبدأ الثاني - حماية السر الصناعي والتجاري مقابل مبدأ المواجهة، وهو نفس المنحى الذي يتجه اليه اجتهاد قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضى المجلس بتاريخ 31 يوليو 2009 في خصومة بناء على وثائق لم تنشر، ولم تبلغ الى الخصم الثاني باعتبارها متضمنة سرا محمياً قانوناً⁴.

يمكن الإشارة الى تحديد معنى السر الصناعي والسر التجاري في بعض الآراء الفقهية.

1 - نقلاً عن: داود منصور، "حماية المعلومات السرية (غير المفصح عنها) بين اتفاقية تريبس والغياب التشريعي الجزائري، ص 59.

² - CJCE 14-02-2008, Varec c/ Belgique, aff. C-540/06, AJDA, n 16, 28/04/2008. 881, chron.E. Broussy, F. Donnat et C. Lampert. Voir aussi: <http://couria.europa.eu>. Consulté le 12-07-2019.

³ - CJCE, 14-02-2008, précité

عن عبد القادر عدو، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مرجع سابق، ص 481.

⁴ - CE, 31-07-2009, n 320196, AJDA, n 42, 18-12-2009.p 2358.

أنظر: عبد القادر عدو، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، المرجع نفسه، ص 481. Tout moyen de fabrication qui offre un interet pratique commercial au et qui usage dans une industrie est tenu coche aussi concurrents . -Albert chevanne et J.H burst : Droit de la propriété industrielle 5eme édition 1998 Dalloz p411.-

حيث عرف الفقيه Poulroubier السر الصناعي بأنه كل طريقة صناعية تطبق في صناعة ما وتبقى سرية بالنسبة للمنافسين وتقدم فائدة عملية أو تجارية¹. ويعرفه Mathely بأنه كل وسيلة أو كل طريقة يترتب عليها تحقيق فائدة لمشروع معين يحتفظ بها سرا لاستعماله الشخصي².

فالسر الصناعي يتعلق أساسا بركنين أساسيين، السر، والصناعة، بمعنى كل طريق سري متعلق بصناعة ما. أما السر التجاري؛ فهو عبارة عن: "تركيبه بعض المواد الكيماوية والصبغ والأساليب الميكانيكية أو السجلات التجارية للعملاء من قوائم وأرقام المبيعات التسويقية والفنية والادارية"، وهو تعريف منسوب الى القانون الإنجليزي والذي قد يبدو أنه لا يفرق بين السر التكنولوجي والسر التجاري. لذا القضاء الإنجليزي يميل الى تفسير السر التجاري باعتباره الأسلوب الذي ينجز به شخص ما عمل تجاري من خلال ما يتمتع به من كفاءة وخبرة³.

وفي فرنسا فالسر التجاري هو ذلك الذي لا يتمتع ببراءة الاختراع، كما أنها ذات طبيعة تجارية بحتة، مثل المعلومات التي تتعلق بالتنظيم التجاري لشبكة الموزعين⁴.

3. الوثائق والمستندات المتضمنة سرا طبييا:

ان من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب الالتزام بالمحافظة على سر مهنته والمتمثل أساسا في عدم افشاء ما يتعلق بمريضه سواء أخبره بذلك أو اكتشفه لوحده من خلال المعاينة والتشخيص. حيث يعد عدم افشاء السر الطبي من أعراف مهنة الطب، ويعد التزاما اقرته الشرائع المختلفة الدينية والأخلاقية والوضعية، وهذا الالتزام بعدم البوح بسر المريض الملقى على عاتق الطبيب يعتبر من أقدم الالتزامات على طائفة الأطباء*.

¹ - Albert chevanne et J.H burs, op.cit

² - , op cit. , Albert chevanne et J.H burs

³ - جلال وفاء محمدين، المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، مجلة الحقوق للبحوث والدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، العدد الثالث، 1996، ص 51.

⁴ - Gilles Y – Bertin et Sally Wye ATT / Multinationales et propriété industrielle ; le contrôle de la technologie Mondiale 1 er édition avril 1986 p : 34

نقلا: سميرة عبد الدايم، السرية في نقل عقود التكنولوجيا، المجلة النقدية، ص 302.

* - كتب أبو بكر محمد بن زكرياء الرازي - وهو أحد مشاهير الطب في التاريخ الاسلامي - رسالة الى طلابه سماها أخلاق الطبيب قائلا: "واعلم يا بني أنه ينبغي للطبيب أن يكون رفيقا بالناس حافظا لغيبيهم كتوما لاسرارهم، فانه ربما يكون لبعض الناس من المرض ما يكتمه من أخص الناس به، مثل أبيه وأمه وولده وانما يكتمنونه خواصهم ويفشونه الى الطبيب ضرورة". أنظر: أسامة بن عمر محمد عسيلان، الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية وتطبيقاتها في بعض الدول العربية، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نائف للعلوم الأمنية، 2004، ص 58. نقلا عن: فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، السر الطبي بين المنع والاباحة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، 2016-2017، ص 12.

"قاعدة السرية الطبية والتي تفرضها أدبيات وأخلاقيات مهنة الطب والمشار إليها في المادة الحادي عشر من قانون أخلاقيات المهنة الطبية، تهدف أساسا الى حماية الحياة الخاصة والأسرار التي لا يكون من المرغوب فيه اذاعتها للغير، وبالتالي فهي موضوعة من أجل مصلحة المريض وهو ما يؤدي الى أن المريض له الحق في الاطلاع على حالته الصحية وله الحق في تقرير ما يفعله بالمعلومات الطبية التي تخضه"¹. وبالرجوع الى الاجتهاد القضائي الاداري الفرنسي، فان المبدأ الجسد في موضوع السر الطبي مفاده أنه يمنع على القاضي أن يأمر الادارة بأن تقدم له مباشرة المستندات المتضمنة معاينات طبية؛ غير أن له أن يأمرها بتقديمها للمعني، باعتبار أن هذه السرية مقررة لمصلحته، ولهذا الاخير وحده حق تقديمها الى القاضي تدعيما لادعائه².

ولقد كرس المشرع هذا الالتزام بموجب نصوص خاصة في القانون الطبي، وفي مدونة أخلاقيات الطب، وفي نصوص قانون العقوبات، وهي النصوص التي تمنع افشاء واذاعة السر الطبي الا في حالات معينة. حيث قد يصل افشاء السر الطبي الى طابع الجريمة في قانون العقوبات، وهو ما نصت عليه المادة 226-13 من قانون العقوبات الفرنسي.

ولكي يصدق وصف السر على الواقعة أو المعلومة التي عرفها المؤمن لا بد من توافر شرطين اثنين: الأول؛ أن يكون الطبيب المؤمن على السر وقف على المعلومة أو الواقعة بسبب مهنته. الثاني؛ أن يكون للمريض مصلحة في احفاء السرية. والطبيب ملزم بالحفاظ على السرية ولو لم يطلب منه المريض ذلك، دون اعتداد بارادته³.

الفرع الثالث: أمر الادارة بالإفصاح عن سبب القرار الاداري.

من المبادئ المقررة في القانون العام، ضرورة خضوع أعمال الادارة العمومية للمشروعية القانونية ومن بين ذلك ضرورة بناء القرارات الادارية الصادرة عنها على اركان خمسة وهي: (الاختصاص - الشكل والاجراءات - المحل - السبب - الغاية).

حيث يعد السبب من بين اركان القرار الاداري والذي يمكن أن تساءل الادارة العمومية بخصوصه أمام القضاء. وذلك في حال مخاصمة ذلك القرار والطعن فيه.

فالادارة العامة مطالبة بأن يكون قرارها بناء على سبب مشروع من جهة؛ والذي يمثل تلك الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ اصداره هذا القرار.

¹ - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الالغاء من سلطة الادارة في تسبب القرارات الادارية، دراسة مقارنة، 2005، ص 199. PDF.

² - CE, 24-10-1969, n 77089, www.legifrance.gouv.fr. consulté le 12-06-2018

³- 1 AndrienPeytel, Le secret médical, édition Masson, Paris, 1935, p13

فذكر سبب القرار الاداري في صلبه، يعد ضماناً أساسية بالنسبة للإدارة العمومية حتى لا تتهم بمخالفة المشروعية، وهو بالأساس ضماناً للمخاطب بالقرار الاداري، متى ألحق به ضرراً، يتيح له الالتجاء الى القاضي الاداري مطالباً بالغاؤه. حيث هذا الأخير يمكن أمر الإدارة عن الافصاح عن سبب قرارها، ليعمل رقابته عن فحوى قرارها. نبين ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي.

أولاً: تعريف تسبب القرار الاداري.

تسبب القرار الاداري يقصد به أن تذكر في صلبه دوافع وأسباب اصداره، بهدف احاطة المخاطبين به بالدوافع التي لأجلها قامت الإدارة بإصدار قرارها في شأنها¹.

أو الكشف عن الأسباب للقرار الاداري في صلب القرار ذاته وبشكل واضح، لا غموض فيه ولا يجوز في هذا الخصوص الاشارة الى وثيقة أو قرار آخر².

وعرفه: J.M.auby³

"La motivation des décisions administratives peut être envisagée sous deux aspects: en tant que composante dun processus intellectuelle , elle est constituée par l'ensemble des éléments de droit et de fait qui ont conduit l'administration à agir, de point de vue formelle, il s'agit de l'obligation ou se trouve celle-ci, au moins dans certains cas d'indiquer les motifs sur les quelle repose ses décisions "

وإذا كان التسبب في ما معناه الافصاح عن سبب القرار الاداري، فان هناك علاقة وطيدة بين كل من السبب والتسبب، حسي السبب ركن من اركان القرار الاداري مستقل بذاته، بينما التسبب اجراء شكلي يدخل ضمن ركن الشكليات والاجراءات لا ركن السبب.

وكقاعدة عامة، لا تتقيد القرارات الادارية بشكل معين تصدر فيه، فهي تعبير عن ارادة الإدارة في نطاق سلطتها بغية احداث مركز قانوني أو تعديله سواء بالسلب أو الايجاب⁴.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن لإلغاء القرار الاداري في الفقه ومجلس الدولة، مطابع دار الحسن، مصر، 2003، ص 120.

² - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص 120.

³ - Wiener Ciline, La motivation des décision administrative en droit comparé, revue international de droit comparé, n 4, L,G,D,J, Paris, 1969, p 779.

⁴ - محمد عبد الحمد أبو زيد، تخاصم أهل السلطة بشأن القرار الاداري، دراسة مقارنة، مصر، 2006، ص 63. نقلًا عن: صفيان بوفراش، " مبدأ التعليل والوجوبي للقرارات الادارية في الجزائر "، رسالة دكتوراة، 09-04-2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 18.

وبالتالي يمكن طرح التساؤل التالي؛ هل الادارة العامة ملزمة بتسييب قرارها الاداري؟ وهل للقاضي الاداري أمر

الادارة العامة بتسييب القرار الاداري؟

ثانيا: تسييب القرار الاداري في الاجتهاد القضائي الفرنسي.

لم ييسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على سبب القرار الاداري، الا في تاريخ حديث نسبيا، وذلك عندما بدأ النظر في رقابة صحة الوقائع التي تستند اليها الادارة العمومية في قراراتها. حيث كانت الحججة المبررة لعدم تولي رقابة السبب هو قياسا لمسلك محكمة النقض من خلال نظر الجانب القانوني للنزاع دون فحص الوقائع على تعبير بعض الفقه، غير ان آخرون ارجعوا مبرر ذلك المسلك الى الظروف التاريخية التي عاصرت نشأة مجلس الدولة الفرنسي حيث من الحكمة ان يمتنع عن مراقبة الادارة في هذا الخصوص، في الفترة الأولى من حياته، حتى لا يثير حفيظتها عليه¹. ومع تطور اجتهاد مجلس الدولة واقارره فحص الوقائع المؤسسة عليها القرارات المطعون فيها أمامه. حيث في النصف الثاني من القرن التاسع عشر تعرض لأحكام باعتبارها حالات فردية تبعد ان تمثل مذهبا قضائيا بداية. ثم استقر مذهب قضاء مجلس الدولة على رقابة سبب القرار الاداري من خلال عديد الاجتهادات القضائية، من بين تلك الأحكام والاجتهادات:

حكم Gomel في 1914-04-04²، وحكم Gérard في 1918-07-07³. وحكم Camino في 14-1916-01⁴.

ان الرقابة التي يمارسها مجلس الدولة على سبب القرار الاداري، تقتضي أن يكون ملما به حتى يستطيع رقابته عليه. والقاعدة العامة ان الادارة لا تلتزم بتسييب قرارها الا اذا أوجب عليها القانون ذلك. وفي هذا الإطار يثور التساؤل المهم؛ حالة عدم الزام المشرع الادارة العامة بتضمين قرارها الأسباب التي استندت اليها، ولم تفصح الادارة عن هذا السبب، فما مدى سلطة القاضي الاداري في الزام الادارة بالإفصاح عن سبب قرارها؟

1. حكم Barel مؤسس لسلطة القاضي الاداري امر الادارة بتسييب قرارها الإداري:

في هذا الصدد يعد حكم Barel في 1954-05-28 أساسا لسلطة القاضي الاداري في امكانية أمر الادارة العمومية على الافصاح عن سبب قرارها ولو لم يلزمها المشرع بذلك.

¹ -Voir: Auby et Drago, Traite de contentieux administratif, 1962, T 2 p 528 et s.

De Soto, Contribution à la nullité des actes administratifs, th. Paris. 1941. P 171.

² - CE, Gomel, 04-04-1914, Rec. P 488 Note Houriou s. 1917.3.25

³-CE, Gérard. 07-07-1918. Rec. P. 665.

⁴-CE, 14-01-1916. Rec p 15.

حيث تقدم مترشحون لمسابقة الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة، حيث رفضت طلب السيد Barel مع آخرون، فطعن السيد Barel في القرار، وذهب الى أن الإدارة عمدت الى ابعادهم من المسابقة لأسباب سياسية، وذلك بقيام صلات بينهم وبين الحزب الشيوعي الفرنسي. حيث طالب مجلس الدولة الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها باستبعاد السيد Barel وزملائه من مسابقة الالتحاق بمدرسة الإدارة، ولكن الإدارة امتنعت عن الإفصاح عن سبب قرارها.

لقد أوضح المفوض Letourneur في تقرير له أنه مع التسليم بما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية واسعة للحكم على صلاحية طالبي الالتحاق بمدرسة الإدارة، ومدى استيفائهم للضمانات المطلوبة لتولي الوظائف التي تخولهم هذه الدراسة حق شغلها بعد ذلك. الا أن هذه السلطة التقديرية تخضع لقدر أدنى من الرقابة يتمثل في استناد القرار، الى سبب موجود ماديا وقانونيا، وأنه غير مشوب بالانحراف بالسلطة¹. لذلك أضاف ان ممارسة الرقابة من قبل المجلس تقتضي ان يكون له - للمجلس - حق مطالبة الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها، و" الا فان الرقابة التي يمارسها ستكون رقابة نظرية، مجردة من كل قيمة عملية، ... ويجب أن تمارس بطريقة فعالة " ثم تابع في تفسيره لقاعدة عدم التزام الإدارة بتسبب قرارها عند عدم وجود نص ملزم بذلك قائلا بأنه لا يمكن للإدارة أن تلتزم الصمت وتتهرب بذلك من رقابة المجلس، " انما ما يترتب على هذه القاعدة هو سلامة القرار عن عيب الشكل الناتج عن عدم التسبب، ولكنها لا تعني مطلقا اعفاء الإدارة من الالتزام بالإفصاح عن سبب قرارها للقاضي، فهذا الالتزام الذي يتولد عن وجود الرقابة القضائية هو الشرط الذي غنى عنه لممارسة هذه الرقابة، وهو يبتعد في دلالاته عن تلك القاعدة الشكلية السابقة"².

ثم عرض السيد Letourneur على مجلس الدولة الحالات التي يمكن من خلالها مطالبة الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها على فرضين:

حين لا يكون للطاعن ضد الإدارة أدلة اثبات خطئها وسبب قرارها غامض بالنسبة اليه. وبالتالي يمكن للقاضي عدم مطالبة الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها، أمام عدم كفاية ادعاءات الطاعن.

- في حالة تقديم الطاعن قرائن جدية يمكن اعتبارها بداية اثبات، يمكن للقاضي الاداري أمر الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها، فاذا امتنعت الإدارة عن ذلك قضى القاضي بإلغاء القرار المطعون فيه على اعتبارين؛ الاعتبار الأول: هو مسلك الإدارة بعدم افصاحها عن سبب قرارها يعني عدم قدرة القاضي برقابة السبب ماديا، وشرعية القرار الاداري بالتالي مهزوزة.

¹- محمد حسين عبد العال، فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن، ص 95.

²- المرجع نفسه، ص 95-96.

والاعتبار الثاني: اعتبار مسلك الادارة بمثابة دليل على صحة ادعاءات الطاعن. حيث اقترح Letourneur

الحكم بإلغاء القرار على هذا الأساس الأخير.

حيث قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المطعون فيه استنادا للقرائن الجدية التي قدمها السيد Barel وزملائه، ولقد قام بتطبيق ذلك على مجموعة من الحالات ويطلب الادارة العامة بالافصاح عن سبب قرارها، حيث اذا امتنعت اعتبر ذلك المسلك من جانبها دليلا عن صحة ادعاء الطاعن ويحكم بإلغاء القرار¹.

2. تحول وتأكيده مبدأ الأمر القضائي تسبب القرار الاداري.

غير ان اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 21-12-1960 يبدو انه خفف وغير من الاسس التي يمكن ان يعتمد عليها في امكانية الغاء القرار الاداري، نوضح بداية مضامين هذا الاجتهاد باختصار.

حيث تقدم السيد Blanc للالتحاق بمدرسة الادارة الوطنية فرفضت الادارة الطلب، فطعن المعني في قرارها أماما مجلس الدولة، حيث الادارة في هذه المرة حرصت على الاستفادة من الدرس الذي تلقتة في حكم Barel، وامتنعت عن تقديم أي دلائل او ملابسات يمكن ان تدل على سبب قرارها والتزمت الصمت - حيث في حكم Barel كانت هناك أقوال مدير المدرسة، وتصريحات منسوبة الى بعض رجال الادارة والتي نشرتها بعض الجرائد - حيث "الطاعن لم يتقدم بأية كتابات أو أقوال أو تصرفات من جانب الادارة تدعم طعنه وتقدم قرينة على تجاوز السلطة"².

لكن رغم عدم تقديم أدلة جدية من قبل الطاعن ضد قرار الادارة العمومية، والتزام الصمت من قبل الادارة، فان اجتهاد مجلس الدولة غير قضاءه بمسلك يختلف عن مسلك قضاء Barel وذلك بأمر الادارة بالإفصاح عن سبب قرارها، والذي قوبل بعدم الرد من قبلها والتزام الصمت، وبناء عليه قضى المجلس بإلغاء القرار المطعون فيه رغم عدم توافر ادلة اثبات جدية من قبل الطاعن. وذلك تأسيسا على أن مسلك الادارة يعد دليلا على صحة ادعاء الطاعن³.

بالتالي أصبح مسلك اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي مؤكدا نزعة التحررية في مطالبة الادارة العمومية بالإفصاح عن سبب قرارها في الحالات التي قدر فيها لزوم ذلك الاجراء، دون أن يتشدد في مطالبة الطاعن بتقديم " وقائع وملابسات محددة " تدعيما لدعواه⁴.

ومن أحدث اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي بخصوص أمر القاضي الاداري الادارة العمومية بالإفصاح عن اسباب قرارها قرار بتاريخ: 29-10-2013 حيث قال: " يعود لقاضي تجاوز السلطة ... ان يلزم الادارة

¹-C E. 03-01-1959 Grange, Rec. P 85. CE.26-10-1960

² - انظر: محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 98-99.

³ - المرجع نفسه، ص 98-99.

⁴ - CE. 10-01-1968/ CE. 26-01-1968.

المختصة بأن تطلعه على الأسباب القانونية والواقعية التي دفعتها الى اصدار القرار المطعون فيه، حتى ولو كانت معفاة بموجب نص من الالتزام بالتسبيب¹.

ثالثا: الموقف التشريعي من أمر القاضي الادارة العامة تسبب قرارها.

الناظر لتحول الاجتهاد القضائي الاداري الفرنسي في تأكيد مبدأ الافصاح عن سبب القرار الاداري، يجد مواكبة له من قبل المشرع تجسيدا له وحماية لحقوق وحرية الأفراد الأساسية، ومن جهة أخرى من خلال قانون 11 جويلية 1979 المتعلق بتعليل القرارات الادارية وتحسين العلاقة بين الادارة والجمهور، حيث قبل صدوره كان القضاء الاداري مستقر على ان الادارة غير ملزمة بتعليل قراراتها، ما لم يوجد نص صريح يلزمها بذلك سواء أكان نصا تشريعا او لائحيا. وبعد صدور ذات القانون كرس المشرع مبدأ التعليل الوجوبي للقرارات الادارية، واضعا حدا لقاعدة لا تعليل الا بنص كما وضع حدا لتعسف الادارة في هذا المجال².

تعليل القرارات الادارية، على المستوى الأوروبي وعملا بالقانون الأوروبي المتعلق بالسلوك الحسن للإدارة "La bonne conduite" لسنة 1999، وبموجب المادة 41-03 من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالحقوق الأساسية نصت صراحة على وجوب تعليل الادارة لقراراتها³، حيث تبنت عديد الدول هذا المبدأ تشريعا واجتهادا ومن بينها بلجيكا وايطاليا وهولندا وألمانيا وفرنسا.

بمعنى أن قواعد الأحكام القانونية الدولية وأكبت الاهتمام بضرورة تحسين الخدمة العمومية ومن بين ذلك العلاقة بين المواطن والادارة العامة والسلوك الاداري.

حيث أكد التشريع الفرنسي بنصه على وجوب تسبب القرار الاداري بواسطة الكتابة، مستبعدا بذلك القرار الشفوي، اذا أن تسبب القرار والقرار الشفوي، فكرتان متناقضتان لا يمكن أن يجتمعا في آن واحد.

حيث نصت المادة الثالثة من القانون 587-79 المؤرخ في: 01 جويلية 1979، المتعلق بتعليل القرارات الادارية وتحسين علاقة الادارة بالجمهور على⁴:

"La motivation exigée par la présente loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision".

¹ -CE 29-10-2013, n 346569, AJDA, n 38, 11-11-2013, p 2183.. voir aussi: <http://www.legifrance.gov.fr> (consulté le 12-10-2017).

² -أنظر: صفيان بوفراش، مرجع سابق، ص 63.

³ - Autin Jean Louis, La motivation des actes administratifs unilatéraux , entre tradition nationale et évolution des droits européens, R.FDP, n 1, Paris, 2011, 85.

⁴Loi. 587- 79, 01/7/1979,

كما نص المنشور الوزاري الصادر عن رئيس الوزراء في: 31-08-1979 على استبعاد تسبب القرارات الادارية الشفوية.

وهو ذات الاتجاه التي ذهب اليه القانون الألماني المتعلق بالإجراءات الادارية في مادته 39 الفقرة الاولى التي نصت على ضرورة أن يتضمن القرار الاداري الاسباب الواقعية والقانونية المهمة التي دفعت الادارة الى اصداره. ولقد ذهب التشريع البلجيكي في ذات الاتجاه¹.

المطلب الثاني: أوامر التحقيق في الاجتهاد القضائي الجزائري.

بنفس المنهج المتبع في دراسة أوامر التحقيق في الاجتهاد القضائي الفرنسي، يمكن دراسة أوامر التحقيق في الاجتهاد القضائي الجزائري، في كل من تمكين المدعي في القرار المطعون فيه (الفرع الأول)، ثم في تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى (الفرع الثاني)، ثم في أمر الادارة الافصاح عن سبب قرارها الاداري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تمكين المدعي من القرار المطعون فيه.

عرف رشيد خلوفي القرار الاداري محل الدعوى الادارية بأنه كل: "عمل قانوني يصدر عن سلطة ادارية بإرادتها المنفردة، له طابع تنفيذي ويلحق أذى بذاته"².

حيث يمكن التساؤل عن مدى اشتراط القرار الاداري في الدعوى القضائية الادارية؟ وهل يخص فقط دعوى الطعن بالإلغاء للقرارات الادارية فقط؟ ثم موقف المشرع من تمكين المدعي من القرار الاداري أثناء التحقيق. ثم في تطبيق الاجتهاد القضائي لهذا الاجراء كأحد أوامر التحقيق.

أولاً: تمكين المدعي من القرار الاداري في غير دعوى الالغاء.

ان القرار الاداري كأساس وشرط لفحص مدى المشروعية القانونية بخصوصه أمام القضاء، لا تعنى به دعوى الطعن بالإلغاء فحسب، حيث اضافة اليه قد يكون له مكان عند دعوى التفسير ووقف تنفيذ القرار الاداري ودعوى التعويض أيضاً.

حيث عرف الفقه الجزائري دعوى الطعن بالإلغاء؛ ومنهم أحمد محيو بأنها: "الدعوى التي يطلب فيها من القاضي الغاء قرار غير مشروع"³. وذهب محمد الصغير بعلي الى القول بأنها: "الدعوى القضائية المرفوعة أمام احدى

¹ - أشار الى ذلك: صفيان بوفراش، مرجع سابق، ص 34.

² - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة، د م ج، 1998، ص 65.

³ - أحمد محيو، مرجع سابق، ص 77.

الهيئات القضائية الادارية (الغرفة الادارية - يقصد المحاكم الادارية اليوم - أو مجلس الدولة) التي تستهدف الغاء قرار اداري بسبب عدم مشروعيته لما يشوب أركانه من عيوب "1.

وعرفها **عمار بوضياف** بأنها: " دعوى قضائية ترفع أمام الجهة المختصة بغرض الغاء قرار اداري غير مشروع طبقا لإجراءات خاصة ومحددة قانونا "2.

وتبعاً لذلك من شروط رفع دعوى الطعن بالإلغاء، فحص القاضي مدى مشروعية قرار اداري والحكم بإلغائه أو الإبقاء عليه ان كان مشروعاً.

بمعنى أن تمكن المدعي خصم الادارة العامة منه - القرار الاداري - أمر لازم مبدئياً، اضافة الى تمكينه القاضي للفصل بمقتضاه.

أما **دعوى التفسير**، فهي تمثل دعوى قضائية ادارية يطلب صاحب الشأن بخصوصها من القاضي المختص اعطاء تفسير لقرار اداري معين، متى كان محتاجاً لذلك، خاصة عند غموض عباراته، دون الغاءه.

حيث في دعوى التفسير، يتعارض تفسير الادارة العامة لمضمون وفحوى القرار الاداري، مع تفسير المخاطب بالقرار الاداري وصاحب المصلحة، لذا يلجأ الى القاضي كجهة محايدة ليعطي التفسير الحقيقي الذي يراه مناسباً لعبارات القرار الاداري.

حيث يمكن أن ترفع دعوى التفسير بطريق مباشر وبطريق غير مباشر، حيث الطريق المباشر يكون من صاحب الشأن والذي يرفع دعواه مباشر الى الجهة القضائية المختصة، وهو الوضع الغالب في كثير الأحيان. أما الطريق غير المباشر؛ فيكون بطريق الاحالة القضائية وذلك بمناسبة الفصل في الدعوى المدنية، حيث عندما يثار الدفع على القرار، وتباين التفسيرات بخصوصه، وجب وقف النظر في الدعوى المدنية الى غاية الفصل في الفصل في الدعوى الادارية أي دعوى التفسير.

أما بخصوص **دعوى وقف تنفيذ القرار الاداري**، فإنها تمثل دعوى متفرعة من دعوى الالغاء، الهدف منها وقف تنفيذ القرار الاداري الى غاية الفصل في جوهر موضوع النزاع، وهي تقابل فكرة النفاذ المباشر لقرارات الادارة العامة.

حيث أن الأصل أن القرار الاداري هو قرار واجب التنفيذ متى استكمل شرائط نفاذه من الناحية القانونية، مادام لم يسحب من قبل الادارة أو يقضي بإلغائه بواسطة القضاء. تطبيقاً لنص المادة 833 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

1 - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 66.

2 - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 10.

وأنظر مؤلفه أيضاً: الوسيط في قضاء الالغاء، مرجع سابق، ص 62.

وأخيرا **دعوى التعويض** والتي تعد دعوى قضائية، يطلب صاحب الشأن من الجهة القضائية المختصة القضاء له، بمبلغ من المال تلزم ادارة ما أو هيئة بدفعه نتيجة ضرر أصابه¹.

حيث المسؤولية الادارية قد تتعلق بقرار اداري يلحق ضررا بالغير، كقرارات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، أو بعقد اداري، كعقود الامتياز والذي قد تلجأ الادارة العامة فيه الى استرداد النشاط موضوع عقد الامتياز قبل المدة وفسخها للعقد من جانب واحد. وقد تتعلق دعوى التعويض بالصفقات العمومية، أو بعمل مادي قامت به الادارة العامة وسبب ضررا للغير كهدم بنايات مثلا².

من خلال ما تقدم، يمكن القول أن شرط القرار الاداري وتمكين المدعي منه في الدعوى القضائية كأحد أوامر التحقيق، لا يخص فقط دعوى الطعن بالإلغاء بل قد يتعدد الى دعاوى مختلفة. لكنه قد يكون في دعوى الطعن بالإلغاء أوكد متى كان مضرا بالمركز القانوني لخصم الادارة العامة على الخصوص.

ثانيا: موقف المشرع من تمكين المدعي من القرار الاداري.

ان موقف المشرع الاجرائي على الخصوص، من تمكين المدعي من القرار الاداري له، نجد في مبدأ عاما يلزم بضرورة تمكينه منه، واستثناء في عدم اشتراطه.

1. المبدأ: ضرورة تمكين المدعي من القرار الاداري.

تنص المادة **819** من ق ا م ا ج على أنه: " يجب أن يرفق مع العريضة الرامية الى الغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار الاداري، تحت طائلة عدم القبول، القرار الاداري المطعون فيه، مالم يوجد مانع مبرر. واذ ثبت أن هذا المانع يعود الى امتناع الادارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع ".³

فالمشرع في هذا النص الاجرائي ألزم المدعي خصم الادارة العامة بإرفاق عريضته بالقرار الاداري الذي يريد منازعته في مواجهة الادارة العامة، وذلك في دعوى الطعن بالإلغاء أو تفسير القرار الاداري أو دعوى تقدير مدى مشروعية.

حيث النص الاجرائي لا يخص فقط دعوى الطعن بالإلغاء بخصوص القرار الاداري بل غيرها كذلك. لأن الدعوى موجهة ضد قرار اداري وهدفها اما النطق بإبطاله أو تفسيره أو فحص مشروعيته، لذلك المحكمة الادارية لا تستطيع الفصل في النزاع ما لم يكن القرار الاداري محل المخاصمة مرفقا بعريضة افتتاح الدعوى³.

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، مرجع سابق ص 107.

² - المرجع نفسه، ص 107.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الادارية، مرجع سابق، ص 115.

وبين النص الاجرائي في الفقرة الثانية امكانية امتناع الادارة العامة عن تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، مانحا للقاضي المقرر سلطة أمرها بتقديمه في أول جلسة، مع امكانية استخلاص النتائج القانونية المترتبة على حالة امتناعها عن ذلك.

حيث اذا لم يرفق المدعي بدعواه القرار الاداري محل المخاصمة، يكون جزاء ذلك عدم قبول الدعوى، ويعد هذا الاجراء من النظام العام، يثار من قبل القاضي من تلقاء نفسه بشرط أن تكون - المحكمة - دعت المدعي لتصحيح الاجراءات بتقديم القرار الاداري المطعون فيه. كما جاء في نص المادة 819 السالفة الذكر، ما لم يوجد مانع مبرر لعدم تقديمه¹.

حيث المبرر المانع لتقديم القرار الاداري محل المخاصمة، قد يكون راجعا الى امتناع الادارة عن تسليم نسخة من القرار المطعون فيه للمدعي من جهة، وقد يكون ناتجا عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كحال سرقة وثبات ذلك أمام الجهات المختصة².

حيث قد يطلب المدعي من الادارة العام بموجب طلب كتابي مبلغ اليها بواسطة رسالة مضمونة مع اشعار بالاستلام أو بواسطة المحضر القضائي يلتمس فيه منها أن تسلمه نسخة من القرار الاداري، لكن تحجم هذه الأخيرة عن ذلك.

وقد يطلب المدعي ذلك، بواسطة استصدار أمر على ذيل عريضة من رئيس المحكمة الادارية، والذي يبقى دون تنفيذ بعد تبليغه للإدارة بأية وسيلة كانت.

حيث اذا ثبت للقاضي المقرر أن المدعي طلب من الادارة العامة تسليمه نسخة من القرار الاداري الصادر عنها، بإحدى الوسائل أعلاه، لكنها لم تجبه الى طلبه، أن يأمر الادارة بتقديم ذلك القرار في أول جلسة. وفي حال امتناعها عن ذلك عد ذلك اقرار بعيب في قرارها واعتراف ضمني به.

بمعنى أن للقاضي سلطة واضحة في التحقيق عند نظر المنازعة الادارية وتمكين المدعي، من القرار الاداري المنازع فيه.

2. الاستثناء: عدم اشتراط تمكين المدعي من القرار الاداري:

¹ - المادة 819 من ق ا م ا ج.

لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الادارية، مرجع سابق، ص 115.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص 117، 119.

نص المشرع الجزائري على امكانية عدم اشتراط القرار الاداري للمدعي في الدعوى القضائية، وذلك قد يكون نتيجة المانع المبرر كما نصت المادة 819 من ق ا م ا ج ، أو بسبب حالتين أخريتين: حالة الاعتداء المادي وفي حالة الدعوى الاستعجالية.

1-2 وجود المانع المبرر: فموجب نص المادة 819 الزم المشرع المدعي ارفاق مع العريضة الرامية الى الغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار الاداري المطعون فيه، ما لم يوجد مبرر مانع.

أي أن وجود المانع المبرر والذي يكون من قبل من يمتلك القرار الاداري وهو جهة الادارة العامة، لا يستلزم الحال ذلك وجوب ارفاق العريضة بالقرار الاداري بمفهوم المخالفة.

وقد بينا أنفا بعض حالات الموانع المبررة التي تكون ومنها، القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو حادثة السرقة.

2-2- في حالة الاعتداء المادي: ان نظرية الاعتداء المادي هي من ابتداء القضاء الاداري الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر، والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات لم يعرفها تاركا الأمر للفقهاء والقضاء.

عرف André de Loubadère حالة الاعتداء المادي عندما ترتكب الادارة أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي مخالفة جسيمة تمس بحق الملكية أو حرية عمومية.

وعرفها CharleDebabash بأنه: " يكمن الاعتداء المادي في تصرف اداري مشوب بمخالفة جسيمة تمس بحق ملكية أو حرية أساسية " .

وعرفه مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ: 18-11-1949 في قضية Carlier بأنه: " تصرف متميز بالخطورة صادر عن الادارة، والذي بموجبه تمس هذه الأخيرة بحق أساسي أو بالملكية الخاصة " .

أما الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى للقضاء بالجزائر فترى بأنه ليس له علاقة اطلاقا مع السلطة التي تملكها الادارة العامة، وفي حالة أخرى اقرت أن الاعتداء المادي هو عملية مادية مشوبة بمخالفة جسيمة وتمس بحق أساسي للفرد.

حيث تقوم فكرة الاعتداء المادي على ثلاث عناصر أساسية¹:

1- عمل مادي ناتج عن تصرف تنفيذي تقوم به الادارة.

2- تصرف مشوب بمخالفة جسيمة.

3- الاعتداء على الملكية أو حرية أساسية.

¹ - أنظر: أحسن غربي، نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري، التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، جامعة عنابة، ع 39، سبتمبر 2014، ص 216-225.

حيث في حالة الاعتداء المادي لا يشترط للمدعي ضد الادارة العامة تقديم القرار الاداري المتعلق بتلك الحالة كاستثناء.

ومن قبيل الاجتهادات القضائية في ذلك، قررت الغرفة الادارية للمحكمة العليا في قضية " الحاج بن علي " ضد والي ولاية وولاية الجزائر، أنه في حالة الاعتداء المادي لا داعي لتطبيق ما تنص عليه المادة 275 من ق ام بحيث بتصرفها المادي فان الادارة قد حددت موقفها صراحة في المسألة المتنازع فيها أي بعبارة أخرى لا يشترط من المدعي في هذه الحالة أن يرفع تظلما اداريا مسبقا للحصول على قرار اداري سابق، وبالتالي يستطيع أن يذهب مباشرة الى القاضي المختص ..¹.

2-3- في الدعوى الاستعجالية:

نظم المشرع الاجرائي لقانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 الجزائري قضاء الاستعجال الاداري في المواد 917 الى 948 تحت عنوان " في الاستعجال " .

حيث يمكن تصنيف حالات الاستعجال الاداري الى تصنيفات مختلفة وفقا لمعايير مختلفة، منها المعيار المالي، المعيار الاجرائي، المعيار الذاتي، وتمثل في ما يلي²:

وهي حالات الدعوى الاستعجالية الادارية الخاضعة لشرط الاستعجال، وهي تتمثل في دعوى ايقاف، ودعوى حرية، ودعوى تحفظية.

ودعوى استعجالية غير خاضعة لشرط الاستعجال، وتمثل في دعوى اثبات حالة، ودعوى تحقيق، ودعوى تسبيق مالي. ودعوى دعاوى استعجالية ادارية خاصة، والمتعلقة بالعقود والصفقات العمومية، والدعوى الاستعجالية الادارية الجبائية. كما صنفت ريم سكفالي الدعوى الاستعجالية الادارية الى³:

دعوى استعجالية بحكم طبيعتها وتمثل في:

الدعوى الاستعجالية لوقف التنفيذ، والدعوى الاستعجالية لحماية الحريات الأساسية، ودعوى استعجال التدابير الضرورية.

ودعوى استعجالية بحكم القانون وتمثل في:

الدعوى الاستعجالية العادية وتمثل في دعوى الاستعجال اثبات وتدبير التحقيق، ودعوى استعجال التسبيق المالي.

¹ - أحسن غربي، نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري، مرجع سابق، ص 216-225.

² - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، ج3، مرجع سابق، ص 128، 129-130.

³ - ريم سكفالي، قضاء الاستعجال الاداري في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، سعيد حمدين، الجزائر، 1، 2015-2016، ص 223 وما بعدها.

والدعوى الاستعجالية في مادة ابرام العقود والصفقات.

والدعوى الاستعجالية الجبائية.

فقانون الاجراءات المدنية والادارية لم يحدد قائمة محددة ومجردة للوثائق المكونة لملف دعوى الاستعجال على العموم. لكن يبقى القرار الاداري كأهم وثيقة ادارية وأساسية يتطلب أمرها التوضيح، بحيث يمكن في حالات معينة لا يطالب بتقديمه، كما عبر عنها رشيد خلوفي أيضا في الدعوى الاستعجالية حرية والدعوى الاستعجالية التحفظية، تطبيقا لنص المادة 921 و926 من ق ا م ا ج.

حيث تنص المادة 921 من ق ا م ا ج على أنه: " في حالة الاستعجال القصوى يجوز لقاضي الاستعجال، بأن يأمر بكل التدابير الضرورية، دون عرقلة تنفيذ أي قرار، بموجب أمر على عريضة ولو في غياب القرار الاداري المسبق.

وفي حالة التعدي والاستلاء أو الغلق الاداري، يمكن أيضا لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الاداري المطعون فيه " .

حيث يقابل هذا النص التشريعي نص المادة L.521.3 من قانون العدالة الفرنسي رقم 597-2000¹، والذي يتعلق بدعوى الاستعجال التحفظي، والذي موضوعه الوقاية من استفحال وضعية ضارة أو تمديد وضعية غير مشروعة، أو ضمان حماية حقوق ومصالح طرف ما أو الحفاظ على المصلحة العامة، وبصفة عامة يتعلق الأمر بتدابير مخصصة للحفاظ على المستقبل².

أو بما يسميها البعض بدعوى استعجال التدابير الضرورية تماشيا مع النص التشريعي، على اعتبار أن مصطلح التحفظي تم تداوله باستمرار منذ زمن طويل، كما يقول René Chapus: " أن الاستعجال التحفظي عبر الزمن محتفظ باسمه الذي منحه اياه العرف"³.

وبموجب المادة 921 من ق ا م ج يتبين بأنه لا بد من توفر ثلاث شروط أساسية لدعوى استعجال التدابير الضرورية وهي؛ شرط الاستعجال، وشرط الضرورة، وشرط عدم عرقلة تنفيذ قرار الاداري.

¹ - Article L521/3 : « en cas d'urgence, et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune decision administrative ».

² - René Chapus, droit du contentieux administratif , 5ème edition , LGDJ, Delta , 1995 , p 1445, 1446.

³-René chapus ,op.cit, p 1445.

حيث في هذا السياق وبموجب النص أعلاه، وفي مواجهة القرار اداري والمتعلق بدعوى استعجال التدابير الضرورية، يمكن لصاحب الشأن رفع دعواه بموجب أمر على عريضة ولو في غياب القرار الاداري المسبق، وهو استثناء من أصل.

وفي الدعوى الاستعجالية تحقيق بموجب نص المادة 940 من ق ا م ا ج، والتي نصت على أنه: "يجوز لقاضي الاستعجال بناء على عريضة، ولو في غياب قرار اداري مسبق، أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق". وبالتالي يمكن أن يغيب القرار الاداري أمام قاضي الاستعجال في دعوى استعجال التحقيق كذلك.

ثالثا: تطبيق الاجتهاد القضائي الجزائري تمكين المدعي من القرار الاداري.

ان اجتهاد القضاء الاداري الجزائري، أكد من خلال أحكامه وقراراته سواء في قضاء الغرفة الادارية للمجلس الأعلى أو للمحكمة العليا أو قضاء مجلس الدولة، أن القاضي يمكنه أمر الادارة العامة من تمكين المدعي من القرار الاداري محل المنازعة الادارية، كأحد أوجه أوامر التحقيق، معبرا عن سلطاته التحقيقية المتميزة من جهة. كما أقر كذلك، امكانية عدم الالتزام بوجود القرار الاداري وتقديمه من قبل المدعي في كل الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الاداري.

فمجلس الدولة الجزائري قضى في اجتهاده بتاريخ 19 أبريل 1999 بوجوب التبليغ الشخصي للقرار الفردي وأن العلم بالقرار غير كاف¹.

حيث قاضي مجلس الدولة يشير بصراحة بضرورة أن يمكن المدعي بالقرار الاداري الفردي شخصا، لكي ينازع فيه السلطة الادارية، وعلى الادارة العامة واجب التبليغ الشخصي، ولا يكفي فقط مجرد العلم به. كما أقر اجتهاد الغرفة الادارية للمحكمة العليا سابقا، سلطة القاضي في أمر الادارة العامة مصدرة القرار على تقديم نسخة منه للقضاء.

وذلك في قرار لها بتاريخ: 24-07-1994 حيث صرحت: "أن عدم تقديم القرار مع العريضة لا يعد سببا كافيا للتصريح بعدم القبول. والقضاة مخولون بإجبار الادارة مصدرة القرار على تقديم نسخة منه وباستخلاص النتائج الواجب استخلاصها عند الاقتضاء"².

¹ - مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 103.

² - مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 73.

وفي الاتجاه المقابل؛ قضى اجتهاد مجلس الدولة بتاريخ: 28-06-2006 بأنه لا يستوجب في كل الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الاداري وجود قرار اداري وبالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الاداري متى امتنعت الادارة المدعى عليه من تمكينه به¹.

أي أن هناك حالات يعتبر تقديم القرار الاداري وتمكينه للمخاطب من قبل الادارة العامة ليس ضروريا وليس مهما. كما بينا سابقا.

حيث جاء في قرار الغرفة الادارية للمجلس الأعلى بتاريخ: 06-06-1986 ما يلي²:

" فمن المقرر قانونا أن الطاعن الذي يبرر استحالة حصوله على نسخة من القرار الاداري المطعون فيه يعفى من تقديمه، وكذا في حالة عدم تبليغه، ومن المقرر أيضا أن على القاضي المحقق وفي اطار السلطات المخولة له السعي لجعل الادارة تقدم الوثيقة محل النزاع، ومن ثم فان القضاء بخلاف هذين المبدأين يعيب القرار بعدم الصحة القانونية.

لما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن استحال عليه الحصول على نسخة من قرار التقدير التلقائي الصادر بعد التدقيق الضريبي، أن قاضي الموضوع لم يستعمل سلطته بالسعي لدى الادارة لتقديم الوثيقة محل النزاع طبقا للمادة 171 من ق ا م ا، فان قضاة المجلس الذين قرروا رفض عريضة الطاعن على الحالة المقدمة بها اعتمادا على عدم تقديم القرار المتنازع فيه، فان قرارهم هذا كان مشوبا بعيب عدم الصحة القانونية.

ومتى كان كذلك استوجب الغاء القرار المطعون فيه".

الفرع الثاني: تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.

ان من بين أوامر التحقيق كذلك تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى الادارية، نبين بداية موقف المشرع منها، ثم في تطبيق الاجتهاد القضائي لأمر القاضي الاداري الادارة العامة هذه الوثائق والمستندات ثانيا، ثم في الاستثناءات الواردة على عدم امكانية تقديم الوثائق والمستندات من قبل الادارة العامة وتدخل القاضي الاداري بخصوص ذلك ثالثا.

أولا: موقف المشرع من تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.

¹ - مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، ص 221.

² - المجلة القضائية، 1990، ع 03، ص 198.

سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ج1، مرجع سابق، ص 273.

ان لفظة الوثيقة بحدده ايضا تحت مسمى "المحرر" والذي يعني لغة: "تنقية الشيء من كل شائبة وجعله نقيا خالصا، واستعير للكتابة ليدل على اقامة حروفها واصلاح السقط فيها"¹.

أما اصطلاحا فقد عرف المحرر بأنه: "كل كتابة مقروءة تعبر عن معنى معين، سواء كانت مركبة من حروف أو أرقام أو علامات أو رموز" أو هو "كل مسطور مثبت على وسيلة معينة، يحوي علامات أو رموز تعبر عن ارادة أو أفكار أو معان صادرة عن شخص معين، بحيث يمكن ادراكها من الآخرين بمجرد الاطلاع عليها"².

أو هو كل مكتوب يفصح عن شخص من صدر عنه، ويتضمن ذكرا أو تعبيراً عن ارادة، من شأنه انشاء مركز قانوني معين أو تعديله أو انهائه أو اثباته سواء أعد المحرر أساسا لذلك أو ترتب هذا الأثر بقوة القانون"³.

فالوثيقة الادارية هي أوعية للمعلومات التي تنتجها الادارات العامة ذات التطبيق المتماثل في أهدافها ومهامها وأنظمتها، واجراءاتها، قد تتعلق بالموظف العمومي، أو غيره ممن تخاطبهم الادارة العامة.

نصت المادة 820 من ق ا م ا ج على أنه: "عندما يرفق الخصوم مستندات تدعيما لعرائضهم ومذكراتهم، يعدون في نفس الوقت جردا مفصلا عنها، ما لم يوجد مانع يحول دون ذلك، بسبب عددها وحجمها أو خصائصها.

وفي جميع الحالات يؤشر أمين الضبط على الجرد".

كما جاءت المادة 838 من ق ا م ا ج: "تودع المذكرات والوثائق المقدمة من الخصوم بأمانة ضبط المحكمة الإدارية.

يتم التبليغ الرسمي لعريضة افتتاح الدعوى عن طريق محضر قضائي، ويتم تبليغ المذكرات ومذكرات الرد مع الوثائق المرفقة بها إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرر".

ولقد بين المشرع الاجرائي الجزائري قانون 08-09، عندما كان يتكلم عن التحقيق في الخصومة الادارية ودور المقرر في ذلك، امكانية الأمر و الطلب الذي يجوز أن يتقدم به القاضي المقرر بخصوص كل مستند أو أي وثيقة تفيد فض النزاع حيث نصت المادة 844 على أنه:

1 - أنظر لسان العرب لابن منظور.

2 - عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1986، ص 144.

آمال عثمان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دن، ص 361.

نقلا عن: حنان براهيمى، جريمة تزوير الوثيقة الرسمية الادارية ذات الطبيعة المعلوماتية، شهادة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015، ص 87.

3 - عوض محمد، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص 174.

نقلا عن: حنان براهيمى، مرجع نفسه، هامش رقم 3، ص 87.

"يعين رئيس المحكمة الإدارية التشكيلة التي يؤول إليها الفصل في الدعوى بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط.

يعين رئيس تشكيلة الحكم، القاضي المقرر الذي يحدّد، بناء على ظروف القضية، الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم المذكرات الإضافية والملاحظات وأوجه الدفاع والردود، ويجوز له أن يطلب من الخصوم كل مستند أو أية وثيقة تفيد في فض النزاع...".

فالمشروع هنا منح للقاضي سلطة أمر الإدارة بتقديم كل مستند أو أي وثيقة تفيد في فض النزاع والخصومة. فتكليف القاضي ايداع المستندات يعبر عن الدور الايجابي له، وهي بحق الظاهرة المميزة لإجراءات التقاضي الادارية، تحقيقا لفعالية الرقابة القضائية الادارية.

فالمدعي وهو خصم الإدارة العامة عموما، يقف في العادة عاجزا عن تقديم ما يثبت ادعاءه في مواجهة الإدارة العامة، الأمر الذي يلقي على عاتقه مخاطر عدم كفاية الاثبات، حيث الهدف الأساسي من لجوء القاضي الاداري الى طلب المستندات من الإدارة هو التخفيف من الضغط الواقع على المدعي من حيث الاثبات والكشف عن الحقيقة، فيجوز له يطلب من الإدارة كل مستند أو أية وثيقة تفيد في الفصل في القضية، لذا يجوز للعضو المقرر أن يطلب من الإدارة كل مستند أو أي وثيقة تفيد في الفصل في القضية. وكذلك الكشوف والحسابات، ومحاضر الاجتماعات والملف الشخصي للموظف، وملف التحقيقات وغيرها من الأوراق والعناصر المنتجة من الدعوى الادارية¹.

فالإدارة العامة تستعمل عددا من الوثائق لأغراض شتى، اما لتبليغ معلومات أو معاينة أحداث أو اثبات وقائع...، وتمثل هذه الوثائق بالخصوص في التقرير والمحضر وعرض الحال والمذكرة، على سبيل المثال.

فللقاضي المقرر تبعا لنص قانون الاجراءات المدنية والادارية سلطة أمر الخصوم في تقديم كل وثيقة أو مستند يراها لازمة لحل النزاع المثار، ومنتجا في اصدار حكم أو قرار قضائي في ذلك. سواء أكان الإدارة العامة أو خصمها كذلك.

ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي في أمر الإدارة العامة تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.

لقد كرس اجتهاد القضاء الاداري امكانية أمر القاضي الإدارة العامة تقديم كل مستند يساعد في حل النزاع المطروح أمامه، في قرارات الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى ثم في أحكام مجلس الدولة كذلك. حيث يمكن للقاضي الاداري من تلقاء نفسه أمر الإدارة وتكليفها بتقديم المستندات والوثائق، أو بطلب من الخصم في الدعوى الادارية.

¹ - عبد القادر عدو، المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 188.

والادارة العامة، في هذا السياق، يمكن ان تسلك أحد المسلكين التاليين¹:

1. اما أن ترضخ لطلب القاضي وهنا يستطيع هذا الأخير أن يتأكد من عناصر الدليل من خلال الوثائق المقدمة من طرف الادارة ففي حالة صحة مزاعم المدعي فانه سيلغي عمل الادارة، أما في الحالة العكسية فانه لن يأخذ بعين الاعتبار مزاعم المدعي.

2. أو لا ترضخ لطلب القاضي وفي هذه الحالة فان القاضي سيلغي العمل الذي اتخذته الادارة دون تبريره. حيث أكدت الغرفة الادارية للمجلس الأعلى على أنه: "وحيث أن البلدية أخطرت بثلاث رسائل متتابعة مؤرخة على التوالي 26-01-1976، 19-03-1976، 15-06-1976 لتقديم بعض الوثائق للمجلس الأعلى - الغرفة الادارية، للكشف عن الحقيقة خدمة للوضوح في شأن وقائع القرار المطعون فيه والمشتكي منها، فلم ترد على الرسائل الثلاثة بشيء والتزمت الصمت، ومن ثم فالمجلس الأعلى ملزم بالأخذ في اعتباره بتحليل الوثائق المقدمة من المدعي عليه وحده"². كما جاء في قرار للغرفة الادارية للمحكمة العليا بتاريخ: 06-10-1991: "أن مجرد تسامح الادارة في شغل قطعة الأرض لا يعد سنداً قانونياً يسمح بملكيتها"³.

يرى الباحث بمفهوم المخالفة، أن ملكية القطعة الأرضية يستوجب أن يكون من خلال وجود سند قانوني مكتوب يعبر عنه في وثيقة ادارية، اي صادرة عن الجهة الادارية سلفاً، لا مجرد تسامح بين الادارة وشاغل القطعة الأرضية.

فالمدعي مطالب بوثيقة رسمية وهو:

".. لم يثبت بأنه يشغل القطعة الأرضية المتنازع عليها بموجب أي مقرر، وأن الشغل الذي يحتج به لا يشكل الا مجرد تسامح من طرف الادارة ولا يعد سنداً.."⁴.

وتبعاً لذلك اذا صرح المتقاضي خصم الادارة العامة أن ملكيته للقطعة الأرضية هو نتيجة تسامح من قبل الادارة تجاهه، فانه يقر بعدم وجود وثائق و مستندات تخص ملكيته، وبالتالي لا حاجة لتمكينه تلك الوثائق وأمر القاضي الاداري الادارة العامة بما يوافق ذلك، لاعتراف المدعي بعدم وجودها.

1- مراد بدران، " الطابع التحقيقي للثبات في المواد الادارية "، مجلة مجلس الدولة، ع 9، سنة 2009، ص 20

2- القرار رقم 95 رقم: 10453 الصادر بتاريخ 10-12-1977.

أشار اليه: حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الادارية، مرجع سابق، ص 243.

3 - نشرة القضاة، 1992، ع 46، ص 88.

سايس جمال، مرجع سابق، ج 1، مرجع سابق، ص 490.

4 - سايس جمال، ج 1، مرجع سابق، ص 491.

وفي مجال منازعات الوظيفة العامة، يعد الاطلاع على ملف الموظف المتهم بذنوب اداري معين، ضماناً تأديبية جوهرياً من خلال تبليغه بملفه قبل أي اجراء تأديبي بمناسبة اقترافه خطأ تأديبياً¹.

ويذهب بعض الفقه الى القول، أن حق الموظف في الاطلاع على أوراق ملفه مكفول بمقتضى المبادئ العامة للقانون، حتى ولو لم يشملها المشرع بالنص عليه في التشريع الخاص بالوظائف المدنية².

بالتالي كل اجراء تأديبي يسلب على الموظف العام دون أن يمكن من الوثائق والمستندات المتعلقة بملف تأديبه يعتبر اخلاقاً في حقه، يجوز للقاضي الاداري اثناء نظر منازعته الأمر بتمكينه تلك الوثائق والمستندات، على فرض أن مبدأ المواجهة في المرحلة الادارية لم يتوافر وبالتالي قد لا يحتاج القاضي اجرائياً الى ذلك.

ثالثاً: الاستثناء من القاعدة العامة؛ جواز عدم تقديم الادارة العامة للوثائق والمستندات.

على نفس منهجية موضوع الاجتهاد القضائي الفرنسي، يمكننا التطرق الى الوثائق والمستندات التي تتضمن أسرار دفاعية وصناعية وتجارية وطبية، وأثر مضامينها في العلاقة بين الادارة العامة والمواطن وحقه في معرفة مضمونها وامكانية الطعن فيها قضاءً.

1. الوثائق والمستندات المتضمنة سرا دفاعياً:

نص المشرع العقابي قانون العقوبات الجزائري في المادة 66 منه على أنه³:

"يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات الى عشرين سنة كل حارس وكل أمين بحكم وظيفته أو بحكم بصفته على معلومات أو أي أشياء أو مستندات أو تصميمات يجب أن تحفظ تحت ستار السرية لمصلحة الدفاع الوطني أو يمكن أن تؤدي معرفتها الى الكشف عن سر من أسرار الدفاع الوطني يكون قد قام بغير قصد الخيانة أو التجسس بما يأتي:.....".

حيث نجد في نص المادة 66 وما يليها من قانون العقوبات على تجريم فعل كشف السر العسكري ومن بينه كشف مستندات ووثائق عسكرية. سواء من قبل العسكريين أو غير العسكريين.

ولقد أشار الأمر **03-07 المتعلق ببراءات الاختراعات** الى سر الدفاع الوطني في المادة 19 منه في القسم

الخامس منه المعنون بالاختراعات السرية¹:

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات التأديب في التحقيق الاداري والمحاكمة التأديبية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2003، ص 50.

² محمد الأحسن، النظام القانوني للتأديب في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 176.

³ المادة 66 من الأمر: 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

"يمكن أن تعتبر سرية الاختراعات التي تهتم الأمن الوطني والاختراعات ذات الأثر الخاص على الصالح العام دون المساس بالحقوق المادية والمعنوية للمخترع.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

حيث نص المادة ينص على ضرورة سرية الاختراعات التي تهتم الأمن الوطني وذات الأثر الخاص على الصالح العام. ومن بين ذلك السر العسكري بالتأكيد.

ولقد صدر المرسوم التنفيذي رقم: 05-275 في 02 غشت 2005 يحدد كفاءات ايداع براءات الاختراع واصدارها

حيث عنون الباب الرابع منه ب: "الاختراعات السرية" وفي المادة 27 منه نصت على²:

"تطبيقا للمادة 19 من الأمر رقم 03-07.. تؤهل السلطة المعنية أو ممثلها المعتمد قانونا للاطلاع على طلبات البراءة التي تشمل اختراعا من شأنها أن تهتم الأمن الوطني أو التي لها أثر خاص على الصالح العام، خلال خمسة عشر يوما 15 يوما التي تلي ايداع طلب البراءة.

تعن السلطة المعنية عن الطابع السري للاختراع خلال شهرين من تاريخ علمها به.

خلال الشهرين المحددين في الفقرة السابقة، لا يسمح بإفشاء طلب البراءة ولا تمنح أي نسخة رسمية منها، وفي حالة عدم الرد وبعد انقضاء الأجل المذكور، يعتبر الطلب غير سري.

وإذا أعلن عن الطابع السري للطلب، تصدر البراءة حسب طريقة خاصة ولا ينشر بتاتا".

فالملاحظ من خلال النص التنظيمي أعلاه، أنه لم يعرف كذلك السر العسكري الأمني، إنما اكتفى فقط بتحديد المدد القانونية والمواعيد لطلب براءة الاختراع التي تخص الأمن الوطني أو التي لها أثر خاص على الصالح العام. حيث السلطة المعنية بإضفاء طابع السرية من عدمه لبراءة اختراع متعلقة بالأمن الوطني والصالح العام، لها مهلة الشهرين من تاريخ علمها بها، ولها اضعاف طابع السرية خلال ذلك وبالتالي يصبح أمام سر أممي - عسكري - ولا ينشر بتاتا كما نصت الفقرة الأخيرة.

وفي حال عدم الرد وانقضاء مهلة الشهرين يصبح الطلب غير سري.

مع الاشارة أن مهلة الشهرين لدراسة السلطة المعنية المشار اليها في النص التنظيمي تدخل في إطار اضعفاء السرية لبراءة الاختراع المطلوب اضعفاء السرية عليها، لا يجوز كشف السر بخصوصها أثناءها كذلك.

¹ - الأمر: 03-07 المؤرخ في: 19 يوليو 2003 يتعلق ببراءة الاختراع. الصادر في الجريدة الرسمية ع 44، المؤرخة في: 23 يوليو 2003.

² - المرسوم التنفيذي رقم: 05-274 المؤرخ في: 26 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 2 غشت 2005، الصادر في ج ر، ع 54، المؤرخة في: 07 غشت 2005، يحدد كفاءات ايداع براءة الاختراع واصدارها.

فسر الدفاع الوطني، كما هو مبين اعلاه، يخضع للحماية الجزائية من قبل قواعد قانون العقوبات، وذلك لاعتبارات متعددة، من بينها عد الكشف عن الأسرار الدفاعية أفعال توصف بالجرائم، وذلك بتضمينها في الكتاب الثالث المعنون بالجنايات والجنح وعقوباتها في الباب الأول المتعلق بالجنايات والجنح ضد الشيء العمومي، في فصل الجنايات والجنح ضد أمن الدولة، في القسم الأول المتعلق بجرائم الخيانة والتجسس.

2. الوثائق والمستندات المتضمنة سرا صناعيا وتجاريا:

بخصوص السر التجاري، الناظر لمختلف التشريعات والدول لا يجد له تعريفا موحدا وواحدا، لكنها تتشابه بالتأكيد في ذلك، ومنه يمكن تعريف السر التجاري بأنه¹:

" أي معلومة أو وصفة أو وسيلة مادية أو فكرة أو مجموعة من المعلومات تتسم بما يلي:

- أنها سرية، لكونها غير معروفة في صورتها النهائية أو في مكوناتها الدقيقة، أو أنه سهل أو أنه ليس من السهل الحصول عليها في وسط المتعاملين بها
- أنها ذات قيمة تجارية.
- أن صاحب الحق أخضعها لتدابير معقولة للمحافظة على سريتها "

حيث يمكن ان نجد ثلاثة شروط أساسية حتى نعتبر أن معلومة ما هي سرا تجاريا، سرية المعلومات - القيمة التجارية للمعلومات - التدابير المعقولة للمحافظة على سرية المعلومات.

في الحالة العادية نص المشرع التجاري الجزائري في المادة 15 منه على انه: " لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد الى القضاء الا في قضايا الارث وقسمة الشركة وفي حالة الافلاس"²، وذلك لاعتبار مبدأ السرية الذي يجب ان يعمل به في الأعمال التجارية والنشاط التجاري.

غير أنه في المادة 16 منه نص على أنه³: " يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع ".

حيث ان التاجر يلتزم بالاحتفاظ بوثائق أساسية في نشاطه التجاري تمثل الدفاتر التجارية أهمها. ولما يثور نزاع وخصومة بينه وبين الغير، يمكن للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم هذه الدفاتر التجارية لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع وحله.

¹ - قيس محافظة، الأسرار التجارية في مجال الملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الاردنية، كلية الحقوق عمان، 6 الى 8 أفريل 2004، ص 2-3.

² - المادة 15 من الأمر: 59-75 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

³ - المادة 16 من الأمر رقم: 59-75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم يتضمن القانون التجاري الجزائري.

بمعنى أنه في حال امتناع التاجر عن تقديم الوثائق التجارية المطالب بها لحل النزاع مع الغير، بداع السرية في هذه الوثائق، فإنه يجوز للقاضي تبعا لنص المادة 16 السالفة الذكر الأمر بتقديم تلك الوثائق والدفاتر التجارية ليستلخص القاضي منها ما يتعلق بالنزاع. وذلك دون عرض تلك الوثائق للطرف الثاني.

وذلك ما أكدته المشرع التجاري في نص المادة 17 منه لما ذكرت أنه يجوز للقضاة أن يوجهوا انابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعينون قاضيا للاطلاع عليها وتحرير محضر بمحتواها وارساله الى المحكمة المختصة بالدعوى وذلك في حالة العرض بتقديمها أو طلب تقديمها أو الأمر به، اذا كانت هذه الدفاتر موجودة في أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة¹.

حيث التشريعات التجارية المختلفة وضعت نصوصا خاصة لمنع سرقة أو كشف الأسرار التجارية، وبالتالي حمايته خاصة بدعوى مدنية أو جزائية.

3. الوثائق والمستندات المتضمنة سرا طبيا:

ان الالتزام بالسرا الطبي بدأ كواجب أخلاقي وفقا لقواعد الشرف وأخلاقيات المهنة وعادات وأعراف مهنة الطب وتمشيا مع المصلحة العامة، ومع مرور الزمن تلاش الالتزام بذلك مما حدا بالمشرع من التدخل لتأكيد هذا المبدأ. فالمشرع الجزائري أسس ضرورة الالتزام بالسرا الطبي في أحكام الدستور والقانون. وذلك من خلال اقرار مبدأ الخصوصية وضرورة حماية الحياة الخاصة للأفراد وعدم انتهاك حرمة الانسان وكل ما يمس بسلامة الانسان بدنيا ومعنويا وحرمة شرفه.

وبين القانون رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بموجب قانون رقم: 90-17 ثم بموجب القانون رقم: 08-13 صراحة أحكاما تتعلق بالسرا المهني وكتمان السرا الطبي وذلك في:

المادة 1/206 التي نصت على: " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السرا المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالة"².

¹ - المادة 17 من الأمر: 75-59 المعدل والمتمم المتضمن القانون التجاري الجزائري.

² - القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 16-02-1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 08 المؤرخة في: 17-02-1985، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 90-19 ثم بالقانون رقم: 08-13 المؤرخ في: 20 يوليو 2008، الصادر في الجريدة الرسمية ، ع 44، المؤرخة في 03 غشت 2008. جاءت المادة 206 في القانون رقم: 85-05 الأول بالصياغة التالية: يجب على الأطباء وجراحي الانسان والصيدالة الالتزام بالسرا المهني، الا اذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية.

وفي المادة 2/206 على: " ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته.

كما ينطبق السر المهني على حماية الملفات الطبية ما عدا في حالة اصدار أمر قضائي بالتفتيش".

ثم في المادة 3/206 نص على أنه: " يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم".

والمادة 4/206 نصت على: " لا يلزم الطبيب ولا جراح الأسنان أو الصيدلي سواءا أكان مطلوبا من القضاء أو خبيرا لديه، بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته.

ولا يمكنه الادلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة الا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل الى معرفته خلال مهمته، تحت طائلة ارتكاب مخالفة افشاء السر المهني".

ثم المادة 5/206 نصت على: " لا يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة ن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني، الا اذا أعفاه مريضه من ذلك".

وبين في المادة 235 من ذات القانون الى امكانية تطبيق عقوبات جزائية لكل من لم يراعي السر المهني.

فالملاحظ ان المشرع الجزائري بداية في قانون 85-05 الأول جاء بنص وحيد بخصوص السر المهني الطبي، ثم في تعديل 90-19 واحساسا منه بأهمية مبدأ حماية السر الطبي جاء بتفصيلات تخصه تبين عديد الأحكام والالتزامات التي تخص الطبيب أساسا والتي يجب عليه مراعاتها عند ممارسة نشاطه الطبي.

ولقد ألغي القانون السابق 85-05 المتعلق بالصحة بموجب القانون رقم: 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018

المتعلق بقانون الصحة، والذي تضمن أحكاما تتعلق بالسر الطبي ومن بين ذلك:

المادة 24 منه التي نصت: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به،

باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون .

ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة.

يمكن أن يرفع السر الطبي من طرف الجهة القضائية المختصة.

كما يمكن رفعه بالنسبة للقصر أو عديمي الأهلية بطلب من الزوج أو الأب أو الأم أو الممثل الشرعي ".

ونصت المادة 25 منه أيضا:

"في حالة تشخيص أو احتمال مرض خطير، يمكن أفراد أسرة المريض الحصول على المعلومات الضرورية التي تمكنهم من مساعدة هذا المريض، ما لم يعترض على ذلك.

لا يمنع السر الطبي من اعلام أسرة الشخص المتوفي طالما يسمح لها ذلك بمعرفة اسباب الوفاة من أجل الدفاع عن ذاكرة المتوفي أو المطالبة بحقوقه، مالم يعبر الشخص قبل وفاته على خلاف ذلك".

المادة 24 السالفة بينت مشتملات السر الطبي في " جميع المعلومات التي يعلم بها مهنيو الصحة".

بمعنى أن المادة 24 عرفت السر الطبي بمضمونه وأشخاصه، المتمثل بجميع المعلومات التي يعلمها مهنيو الصحة. والذي يهمننا في موضوع البحث، هو مسألة مدى امكانية تقديم الوثائق والمستندات المتضمنة سرا طبيا للجهات القضائية، خاصة القضاء الاداري، باعتبارها أحد الوسائل المهمة المنتجة في التحقيق القضائي. يمكن القول ان المسألة يضبطها مبدأ قانوني عام واستثناء:

فالمبدأ القانوني العام؛ هو ضرورة كتمان السر الطبي من قبل الطبيب أو الصيدلي، أو ما تضمنه المشرع في نص

المادة 24 من القانون: 11-18 المتعلق بقانون الصحة كل مهني الصحة اجمالا، وهو التزام عام ومطلق.

غير أنه يمكن الخروج من مبدأ السرية في حالات معينة، وهي استثناء من الأصل، والمتمثل في حالة الترخيص الشخصي من قبل المريض ذاته، أو وجود ترخيص قانوني، أو أمر قضائي بالتفتيش. كما نصت عليه المادة 02-206 السالفة الذكر.

وهو ما جاء في القانون الجديد 11-18 معتبرا أنه يمكن رفع السر الطبي من طرف:

- الجهة القضائية المختصة؛ ومن بينها القضاء الاداري.
- طلب الزوج أو الأب أو الأم أو الممثل الشرعي بالنسبة للقاصر أو عديمي الأهلية.
- اضافة الى ترخيص المعني بالأمر، ويفهم ذلك من سياق نص المادة 25 من قانون 11-18 المتعلقة بالصحة، لما تطرقت للسر الطبي المتعلق بالمتوفي، والذي يمكن رفعه واعلام أسرته بما يفيد، لكن بشرط كما جاء في سياق النص القانوني، ما لم يعبر المتوفي قبل وفاته على خلاف رفع السر الطبي.

الفرع الثالث: أمر الادارة بالإفصاح عن أسباب القرار الاداري.

يمكن في هذا السياق تبين موقف المشرع الجزائري من أمر الادارة الافصاح عن أسباب القرار الاداري، وفي تطبيقات الاجتهاد القضائي في ذلك، مع تبين أثر ضرورة ذلك قضائيا.

أولا: موقف المشرع من أمر الادارة الافصاح عن أسباب القرار الاداري.

ان موقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة تعليل القرارات الادارية، وأمر القاضي الاداري للإدارة العامة الافصاح عن سبب قرارها يمكن ان نتلمسه من خلال قاعدة عامة مفادها: " لا تعليل للقرار الاداري الا بنص خاص"، وذلك لعدم وجود نص قانوني عام يلزم الادارة بتعليل قرارها بصفة عامة، حيث اعترف القضاء الاداري بوجوبية

تسبب القرار الاداري الضارة بالمواطن، كان سابقا عن تدخل المشرع، وان كان ذلك تاريخيا جاء بعد اقراره في فرنسا بعد عقدين من الزمن¹.

حيث خرج المشرع في حالات خاصة الى تبني قاعدة ضرورة والزام التعليل من قبل الادارة عن قرارها الاداري، وذلك بموجب نصوص خاصة، كاستثناء، ومن ذلك في القرارات الصادرة برفض الاعتماد، والقرار المتعلق بالتأديب، ومجال التعمير.

حيث ألزم المشرع لرفض اعتماد بعض المهن أن يكون ذلك بموجب قرارا اداريا معللا، كمهنة خبير محاسب أو محافظ حسابات أو محاسب معتمد الى المجلس الوطني للمحاسبة.... وذلك بموجب القانون رقم: 10-01 المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، حيث لوزير المالية منح الاعتماد أو رفضه لكن بقرار معلل، حسب المادة 09 منه².

وذلك ما أكدته المرسوم التنفيذي رقم: 11-03 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد في المادة الخامسة 05 منه³.

ونفس الحكم اتخذ المشرع بخصوص منح الاعتماد للمرقي العقاري، وذلك بموجب المادة 5 و 8 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-84 المؤرخ في: 20-02-2012 يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، ج ر عدد 11 الصادرة بتاريخ: 26-02-2012. المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 13-98 مؤرخ في: 26-02-2013 الذي يحدد كيفية منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، ج ر عدد 13 الصادرة بتاريخ: 06-03-2013. أما بخصوص قرار التأديب؛ فالمشرع ضمن للطرف الضعيف في العلاقات التأديبية ضرورة أن يكون القرار التأديبي المتخذ من قبل الادارة ضده مبررا ومعللا.

¹ - وافية داهل، " تسبب القرارات الادارية دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية عدد 11 جوان 2017، ص 431.

² - المادة 09 من القانون رقم: 10-01 المؤرخ في: المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد: " ترسل عن طريق رسالة موصى عليها أو تودع مقابل وصل استلام طلبات الاعتماد بصفة خبير محاسب أو محافظ حسابات أو محافظ معتمد الى المجلس الوطني للمحاسبة... "

يبلغ المجلس الوطني للمحاسبة لطالب الاعتماد قرار الاعتماد أو رفض معلل للطلب في أجل أربعة 04 أشهر وفي حالة عدم التبليغ بعد انقضاء هذا الأجل أو رفض الطلب يمكن تقديم طعن قضائي طبقا للتشريع المعمول به....".

³ - أنظر: المادة 05 من م ت رقم: 11-03 مؤرخ في 27-01-2011 يحدد شروط وكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج ر عدد 07، الصادرة بتاريخ: 02-02-2011.

حيث نص قانون الوظيفة العمومية في الأمر رقم: 03-06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، في المادة 165 منه على أنه¹: " تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية بعد حصولها على توضيحات كتابية من المعني.

تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة بقرار مبرر بعد أخذ الرأي الملزم من اللجنة الادارية المتساوية الأعضاء المختصة "

وأزم اللجنة المساوية الأعضاء في المادة 170 منه المنعقد كمجلس تأديبي لتعليل قراراتها، حيث نصت²:

" .. يجب ان تكون قرارات المجلس التأديبي مبررة "

ونفس الحكم أثاره المشرع بخصوص تأديب الموثق والمحضر القضائي والمحامي حال الاخلال بالالتزامات المهنية³.

وفي مجال التعمير، كرس المشرع مبدأ التعليل لكل قرار اداري برفض منح رخص البناء والهدم والتجزئة من كل سلطة مختصة والتي قد تكون رئيس البلدية أو الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير وذلك بموجب قانون رقم: 90-29 مؤرخ في: 01-12-1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52 الصادرة بتاريخ: 02-12-1990 معدل ومتمم بموجب القانون رقم: 04-05 مؤرخ في: 14-07-2004، ج ر عدد 51 الصادرة بتاريخ: 15-08-2004.

ورغم ان المشرع الجزائري بادر الى وضع ضوابط للعلاقة بين الادارة والمواطن بموجب المرسوم رقم: 88-131 المؤرخ في: 04-07-1988 يتعلق بتحسين العلاقة بين الادارة والمواطن، الا انه لم يحدد فيه مسألة وجوبية الافصاح عن سبب القرارات الادارية وضرورة تسببها، وذلك الى غاية سنة 2006 وذلك بموجب المادة 11 من القانون رقم: 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ بتاريخ: 20-02-2006⁴ والتي نصت على أنه:

" لإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية، يتعين على المؤسسات والادارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساسا... بتسبب قراراتها عندما تصدر في غير صالح المواطن وتبیین طرق الطعن فيها "

¹ - المادة 165 من الأمر: 03-06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

² - المادة 170 من الأمر: 03-06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

³ - أنظر: القانون رقم: 06-02 المؤرخ في: 20-02-2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق. ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ: 08-03-2006.

والقانون رقم: 06-03 المؤرخ في: 20-02-2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ: 08-03-2006.

والقانون: 13-07 المؤرخ في: 29-10-2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج ر عدد 55، الصادرة بتاريخ: 30-10-2013.

⁴ - أنظر الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ: 08-03-2006.

حيث النص القانوني أعلاه، يلزم الادارة بضرورة الافصاح عن سبب قرارها الاداري متى كان مخالفا لصالح المواطن أساسا.

وفي سنة 2012 صادقت الجزائر على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، حيث نصت المادة 01-06 منه على أن: " .. تقوم الادارة العامة بتبليغ المستخدمين بكل القرارات المتخذة بخصوصهم وبيان أسبابها وكذلك آليات الطعن المتاحة لهم " .

حيث اهتمام التشريع الدولي، واكب مسألة تحسين الخدمة العمومية وشفافية العمل الاداري، ومن ذلك ما بينه الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، بضرورة تسبب القرارات المتخذة ضد المستخدمين. ان الموقف التشريعي الجزائري بخصوص تكريس مبدأ التعليل الوجوبي لسبب القرار الاداري يمكن ان نقارنه بموقف المشرع المصري والمشرع المغربي على سبيل المثال.

حيث الأول تبنى القاعدة العامة وهي عدم التعليل الوجوبي للقرارات الادارية الا بموجب نص قانوني خاص¹، غير ان القاضي الاداري المصري خرج عن هذه القاعدة العامة رغم عدم وجود نص قانوني يلزم الادارة العامة بتعليل قراراتها وذلك بالزام الادارة عن الافصاح عن سبب قرارها ومثال ذلك في مجال التأديب، حيث باكورة هذا الاتجاه قضاء المحكمة الادارية العليا في 31-03-1959 عندما قالت:

" .. ثمة قدرا من الضمانات الجوهرية يجب أن يتوافر كحد أدنى في كل محاكمة تأديبية وهذا القدر تمليه العدالة المجردة، وضمير الانصاف والأصول العامة في المحاكمات وان لم يرد عليه نص ... ومن هذه الضمانات تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، وتسبب القرار الصادر بالجزاء التأديبي .. وان كان الأصل في القرار الاداري هو عدم تسببه الا اذا نص القانون على وجوب التسبب، فان القرار التأديبي على النقيض من ذلك قرار ذو صفة قضائية، اذا يفصل في موضوع مما يختص به القضاء أصلا يجب أن يكون مسببا"².

أما بخصوص موقف المشرع المغربي فهو موقف تقدمي كما وصفه صفيان بوفراش حيث الى غاية سنة 2003 كان متبنيا الموقف التقليدي ألا وهو عدم الزام الادارة العامة بتسبب وتعليل قراراتها الا بموجب نص قانوني خاص، ثم عرج بعد سنة 2003 وبصدور قانون رقم: 01-03 المتعلق بالزام الادارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات

¹ - أنظر: محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 148-149.

محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الاداري تنظيم رقابة القضاء الاداري الدعاوى الادارية، دار الفكر العربي القاهرة 1990، ص 248.

² - حكم المحكمة الادارية العليا، في تاريخ: 31-03-1959، في الدعوى رقم 207، للسنة القضائية الرابعة، انظر ماهر ابو العينين، موسوعة القضاء الاداري

العمومية بتعليل قراراتها الادارية، حيث ألزم ذات القانون الادارة العمومية بتعليل قراراتها الادارية مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات التي يقتضيها الأمن الداخلي والخارجي للدولة وحالة الضرورة والظروف الاستثنائية¹.
حيث يعد هذا القانون المغربي خطوة هامة نحو اصلاح اداري فعال ونحو فعالية حماية الحقوق والحريات وتعزيز لدولة القانون².

ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي في أمر الادارة العامة تسبب القرار الاداري.

على مستوى الاجتهاد القضائي الاداري، قضت الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى سابقا على أنه:

" متى كان من المقرر قانونا انه لا يجوز للإدارة رفض تسليم جواز سفر أو رفض تمديد أجله للمواطنين الجزائريين، اذا ما رأت ان تنقلهم الى الخارج من شأنه ان يمس بالنظام العام وهذا دون ان تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها، ودون ان يكون تقديرها هذا قابلا للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة، غير أنه اذا سببت الادارة رفضها بتطبيق أحكام المادة 11 من الأمر رقم 77-11 الصادر في 23-01-1977، فان عليه ان يلتزم بالتطبيق القانوني الصحيح لنص هذه المادة والا تعرض قرارها للإبطال"³.

حيث نلمس من اجتهاد قاضي الغرفة الادارية، بداية أنه يؤكد على مسألة عدم التزام الادارة العامة بتوضيح أسباب قرارها الاداري القاضي برفض تسليم جواز السفر، مع عدم مناقشة سلطة تقديرها أمامه. لكن ان قامت الادارة العامة بمحض ارادتها بالتسبب لقرارها، بتطبيق أحكام نص قانوني ألا وهو المادة 11 من الأمر 77-11 أعلاه، فان عليها الالتزام بفحوى ومضمون النص القانوني، والا كان قرارها قابلا للإبطال.

بمعنى أن قاضي الغرفة الادارية يؤكد على النص الخاص المقيد لضرورة تسبب القرار الاداري، خروجاً عن القاعدة العامة بعدم الالتزام بتسبب القرار الاداري، مع عدم إلزام القاضي أمر الادارة بالتسبب تبعا لذلك.

وفي اجتهاد مجلس الدولة الجزائري بتاريخ: 01-02-1999، أبطل قرارا ولائيا غير معللا، والقاضي باقصاء عضو من مستثمرة فلاحية بحجة أن المعني سلك سلوك معاد للثورة التحريرية دون أن يدعم القرار بأدلة كافية على ما نسبه للمعني بالأمر⁴.

¹ - قانون رقم: 03-01 قانون رقم: 03-01 المتعلق بالزام الادارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية.

أنظر: صفيان بوفراش، مرجع سابق، ص 68 وما بعدها.

² - صفين بوفراش، مرجع سابق، ص 73-74.

³ - قرار الغرفة الادارية للمجلس الأعلى ملف رقم: 38541 بتاريخ: 29-12-1984 بين ح س ق ضد والي ولاية البليدة م ق ع 1993، ص 227-229.

⁴ - أنظر: مجلة مجلس الدولة، ع 1، 2002، ص 95.

وفي قرار له أيضا بتاريخ 31-01-2000 في قضية م ضد رئيس بلدية الكاليتوس قضى بإلغاء قرار مجلس قضاء الجزائر المؤرخ في 19-11-1995 وتصديا من جديد بإلغاء وابطال عقد البيع الاداري المؤرخ في 19-11-1989 تحت رقم 89/225 الصادر لصالح عثمان عيسى، وهذا ليعيب الشكل المتمثل في عدم التعليل لعدم اشارته في دياحة المداولة ان عقد البيع الاداري اتخذ بعد المداولة القانونية للمجلس الشعبي البلدي والمصادق عليها من طرف السلطة الوصية¹.

كما أقر مجلس الدولة الجزائري سلطة أمر الادارة العمومية بالإفصاح عن سبب قرارها حين قرر: " ..حيث لا يمكن لوالي ولاية معسكر التأكيد على أنه غير ملزم بتقديم شرح لتبرير قراره، ذلك لأنه وان كانت الادارة غير ملزمة بتسبب كل قرار من قراراتها، فان عليها تقديم كافة الشروحات التي تسمح للعدالة بممارسة سلطتها للرقابة في أحسن الظروف .."².

حيث يرى الباحث، وتفسيرا لمضمون القرار القضائي لمجلس الدولة الأخير، يؤكد القاضي من جهة عدم الزام الادارة بتسبب قرارها كقاعدة عامة، الا أن ذلك لا يمنعها من ضرورة أن تقدم كافة الشروحات لممارسة رقابية قضائية فعالة وفي أحسن الظروف، ومن قبيل ذلك ذكر الأسباب للجهة القضائية متى ارادت ذلك. أي امكانية أمر القاضي الاداري للجهة الادارية تسبب قرارها الاداري حتى ولو لم يكن هناك نص تشريعي يلزمها بذلك. تطبيقا لحسن سير العدالة، والتزاما بضمان حقوق المتنازعين في النزاع الاداري، خاصة الطرف الضعيف خصم الادارة العامة.

ثالثا: أثر الاجتهاد القضائي في أمر تسبب القرار الاداري.

يطرح الباحث في هذا السياق، مدى ضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهادا في أمر الادارة العامة الافصاح عن سبب قرارها الاداري، وما أهمية ذلك؟

فتدخل القاضي الاداري اجتهادا لأمر الادارة العامة الافصاح عن سبب قرارها الاداري، والذي هو خروجا على قاعدة عدم الزامها بذلك تشريعا، يمكن رده لعديد الأسباب ومن بين ذلك:

1. الحد من غلو السلطة التقديرية للإدارة العامة:

¹ - قرار غير منشور، أشار اليه: لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 172-173.

² - مجلس الدولة الغرفة الأولى، 16-12-2003 رقم: 010953 ب ن ضد والي ولاية معسكر، غير منشور.

فالسطة التقديرية للإدارة العامة، هي خاصية أساسية تميز العمل الاداري عن غيره، تعني تمتعها بقسط من حرية التصرف، حين ممارستها مختلف اختصاصاتها القانونية، أو حريتها في الخيار بين قرارين أو تصرفين يكونان موافقان للقانون.

فالسطة التقديرية تعني حرية التقدير الذي يتركه القانون للإدارة العامة لتحديد ما يصح عمله أو تركه. تحت سياق ومضمون المصلحة العامة.

حيث يعتبر فقه القانون الاداري على أن أمر وجود السلطة التقديرية لا بد منه، وذلك لقصور المشرع عن مجارة النشاط الاداري ومقتضياته، المستمر والمتطور والمتحول.

لأجل ذلك، يعتبر القاضي الاداري ضامن أساسي ووحيد للحد من غلو السلطة التقديرية للإدارة العامة، وامكانية الخروج عن المشروعية القانونية والمصلحة العامة المفترضة في جميع أعمالها. لذلك يمكنه - القاضي الاداري - أمرها بالإفصاح عن سبب قراراتها الادارية التقديرية للحد من غلو في ذلك.

2. الحد من تسرع الادارة العامة في اصدار قراراتها:

ان أمر القاضي الاداري افصاح الادارة العامة عن سبب قرارها المتخذ تجاه مخاطب معين به، والمنازع فيه أمامه، يجبر الادارة العامة على ضمان معقولة وحسن وصحة القرار الذي تريد اصداره سلفا، وعدم التسرع فيه. لتوقي مواجهة سلطة القضاء رقابيا.

فالزام الادارة العامة لتعليل قراراتها الادارية اذ يجعل الادارة تفكر وتروى قبل اصدار قراراتها، اذ أنه بمجرد شعور الموظف بأنه ملزم بأن يعلل قراره وأنه بهذا سيخضع لرقابة فعالة سواء كانت ادريّة أو قضائية، يدفعه ذلك بأن يجنح للروية وعدم التسرع في اصدار القرار¹.

ويقول حسن عبد الفتاح في ذلك: "ان التعليل بالنسبة للجهة الادارية مصدرة القرار الاداري، يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها تعليل الحكم بالنسبة للقاضي، فهو مدعاة الى التأني والروية، وضمان السلامة في لحظات الغضب، ورجل الادارة في ذلك شأنه شأن الفرد على وجه العموم، كلما استأنس في تصرفه واستعرض مبرراته فيما بينه وبين نفسه قبل الاقدام عليه، كلما كان ذلك مدعاة للتأني وصحة هذا التصرف والى مطابقته لمقتضى الحال"².

وبذلك يصح القول، أن أمر القاضي الاداري الادارة العامة الافصاح عن سبب قرارها الاداري، كأحد أوامر التحقيق ضمانا أساسية لجودة وصحة العمل الاداري.

¹ - أنظر: صفيان بوفراش، مرجع سابق، ص 150.

² - محمد الأعرج، تعليل القرارات الادارية على ضوء قانون 03-01 بشأن الزام الادارات العمومية والجماعات المحلية، منشورات المجلة المغربية المحلية، ع 43، ص 121.

3. عقلنة العمل الاداري.

ان في تسبب القرارات الادارية أثر بين في تحسين العلاقة بين الادارة والمواطن، من خلال زرع الثقة وثقافة الشفافية والتشاور بين الطرفين من جهة، ومن جهة ثانية عقلنة العمل الاداري وضمانة لكفاءة النشاط الاداري ونجاح الادارة العامة في آداء مهامها ووظائفها المكلفة بها¹.

فالعامل على الكشف عن سبب القرار الاداري في صلب القرار المكتوب، مدعاة الى الاقتراب أكثر من مشروعية القرار قانونيا وعقلنته أساسا.

ان الافصاح عن سبب القرارات الادارية كأحد أوامر التحقيق التي يأتيها القاضي الاداري يعتبر من بين الآليات التي تضمن الحماية الفعالة لحقوق الأشخاص وحررياتهم من تجاوزات الادارة، وذلك من خلال تعزيز مبدأ المشروعية، وهذا بالمساهمة في تفعيل وفعالية الرقابة الذاتية للإدارة العامة من جهة، وبالتالي نجاعة وجودة القرار الاداري ان صح الوصف. والرقابة القضائية من جهة ثانية.

حيث انه في غياب الافصاح عن سبب القرار الاداري، يجد القاضي نفسه عاجزا عن اثبات انحراف الادارة العامة بسلطتها، وعدم معرفة نوايا ومقاصد الجهة الادارية مصدرة القرار الاداري.

حيث المشرع الجزائري عمد الى تغييب مبدأ الافصاح عن سبب القرار الاداري كمبدأ عام في جميع القرارات الادارية، باستثناء بعض المجالات كالقرارات الصادرة عن السلطات الادارية المستقلة وبعض القرارات التي تمارسها الهيئات المكلفة بممارسة الوصاية الادارية على الهيئات المحلية، لذلك عد موقفه محتشما ومحدودا².

لذلك يعد تدخل القاضي الاداري اجتهادا في أوامر التحقيق، أمرا للجهة الادارية مصدرة القرار الاداري، الافصاح عن سبب قرارها الاداري المتخذ أمرا في غاية الأهمية، ومعبرا عن ايجابية لسلطة القاضي الاداري الذي يجب يتمتع بها.

1 - انظر، صفيان بوفراش، مرجع سابق، ص 153.

2 - صفيان بوفراش، مرجع سابق، ص 319.

الباب الثاني

أثر الاجتهاد القضائي الجزائري في القاعدة القانونية الموضوعية
الادارية.

الباب الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الجزائري في القاعدة القانونية الموضوعية الادارية.

يرى محمد الصغير بعلي أن القانون الاداري يهتم أساسا بالإدارة العامة، ويدرسها من عدة جوانب تتمثل في أربعة مجالات أساسية وهي: المجال التنظيمي، والمجال الوظيفي، ومجال الوسائل، والمجال القضائي¹. حيث يمثل المجال التنظيمي؛ تنظيم الإدارة العامة، أي بيان القواعد والأحكام المتعلقة بتركيب وتنظيم الجهاز الاداري بالدولة وتبيان العلاقات القائمة بين مختلف التنظيمات الادارية. ويمثل الجانب الوظيفي؛ دراسة نشاط الجهاز الاداري سواء في تقديم الخدمة العامة من جهة، أو تنظيم الضبط الاداري.

أما مجال الوسائل؛ فهي متعلقة بالنشاط الاداري، والتي قد تكون وسائل بشرية تمثل الموظفون العموميون، أو وسائل مادية من أموال، أو وسائل قانونية من قرارات ادارية أو عقود ادارية. أما المجال القضائي؛ فهو يهتم بالدراسة الهيئات القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الادارية، والاجراءات المتبعة بهذا الصدد.

هذه المجالات تمثل أساسا مجموع القواعد القانونية الموضوعية التي يمكن أن تبني نظرية القانون الاداري في الشق الموضوعي، والتي قد يكون للقاضي الاداري أثر بين بناء تلك القواعد بجوار المشرع، أو متى صمت وسكت المشرع. وتبعاً لذلك سنتطرق في هذا الباب الى الاجابة عن التساؤل المتعلق بأثر الاجتهاد القضائي الاداري في بناء القواعد القانونية الموضوعية في القانون الاداري؟

وما دور القاضي الاداري اجتهادا حال صمت المشرع أو سكوته وغموض نصه في القاعدة الموضوعية الادارية؟ وذلك في كل من جانب التنظيم الاداري (الفصل الأول)، ثم النشاط الاداري (الفصل الثاني)، ثم في الوسائل القانونية (الفصل الثالث).

لذلك سوف نتطرق في هذا الباب الى الفصول الثلاثة التالية:

الفصل الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في التنظيم الاداري.

الفصل الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في النشاط الاداري.

الفصل الثالث: أثر الاجتهاد القضائي في أعمال الإدارة القانونية.

¹ - أنظر: محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، ص 4.

الفصل الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في التنظيم الاداري.

التنظيم الاداري يتأثر في كل مجتمع بالظروف السياسية والاجتماعية المحيطة به¹. بين نظامين أساسيين مركزي وآخر لامركزي. وقد يتسم بالطابع الكلاسيكي، أو الطابع المتحول والمتطور.

والناظر للتنظيم الاداري الكلاسيكي للدولة، والذي يتمثل في الادارة التقليدية، يجده لم يعد يتلاءم مع الوظائف الحديثة للدولة، لاسيما تلك المتعلقة بالميدان الاجتماعي أو الاقتصادي أو المصرفي، ويرجع من بين أسباب ذلك كون الادارة العامة التقليدية غير محايدة عند معالجتها للنزاعات المطروحة في المجالين الاجتماعي والاقتصادي، كونها طرفا في النزاع المطروح².

ذلك استدعى ضرورة تحديث التنظيمات الادارية بشكل دائم ومستمر لمواكبة التغيرات والتحويلات الادارية والاقتصادية أساسا فضلا عن التحويلات السياسية.

ذلك ما ادى الى تطور في تحديد الشخص الاداري عمود المنظمة الادارية في الدولة، ان على مستوى تحديده في ذاته في التشريع والقضاء، وعلى مستوى تحوله وتطوره.

حيث تحديد الشخص الاداري يكلف به أساسا المشرع بالمفهوم الواسع، وهنا يمكن طرح تساءل في دور وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في ذلك، وما اذا كان للقاضي الاداري دور في تحديد الأشخاص الادارية اجتهادا؟ في (المبحث الأول).

ثم اذا كان الشخص الاداري يتحول ويتطور تبعا لعوامل متعددة أهمها التحول في وظائف الدولة المستمر، فالباحث يطرح أثر الاجتهاد القضائي في تحول التنظيم الاداري في (المبحث الثاني).

¹ - عمار بوضياف، التنظيم الاداري في الجزائر بين النظرية والتطبيق، جسر، ط 4، 2020، ص 11.

² - سهيلة بوخميس، "دور سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه في تحقيق الأمن المائي"، ملتقى دولي حول الأمن المائي: تشريعات الحماية وسياسة الادارة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 14/15/2014، ديسمبر 2014، ص 1.

المبحث الأول: تحديد الشخص الاداري بين التشريع والاجتهاد القضائي.

الشخص الاداري هو الشخص المعنوي العام، يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، وينسب اليه جميع التصرفات والأعمال التي يباشرها الموظفون العموميون، متى كانت هذه الأعمال قد صدرت عنهم بصفتهم ممثلين للشخص الاداري أو بمناسبة قيامهم بوظائفهم¹.

أو هو ذلك الشخص الذي يمارس السلطة الادارية بواسطة الأشخاص الطبيعيين، لا بصفتهم الخاصة انما نيابة عن الشخص الاداري.

فالشخص الاداري هو وحدة ادارية عامة، اقليمية أو مصلحة تتمتع بالشخصية المعنوية الادارية، مختصة اختصاصا أصيلا بممارسة صلاحيات السلطة العامة، وتخضع بالأساس للقانون والقضاء الاداري².

والسؤال الذي يمكن أن نطرحه في هذا السياق:

من الذي يحدد الشخص الاداري من غيره، وبالتالي امكانية تطبيق القاعدة القانونية الادارية من خلاله،

ويختص القاضي الاداري بحل منازعاته؟

فنظرية التنظيم الاداري في القانون الاداري تقوم على أساس الشخصية المعنوية، وتنظيم اداري مركزي وتنظيم اداري لامركزي.

وحيث الشخصية المعنوية ما هي الى صفة يضيفها المشرع على وحدات ادارية حتى تكتسب صفة الشخص

المعنوي العام وبالتالي أحقية اكتساب حقوق والالتزام بالواجبات، فان المشرع بداية له اختصاص أصيل في تحديد الأشخاص الادارية واضفاء صفة الشخصية المعنوية العمومية عليها.

ومن خلال ذلك يتساءل الباحث؛ هل للاجتهاد القضائي الاداري دور وأثر في تحديد الشخص المعنوي العام

وبالتحديد الشخص الاداري بجوار المشرع؟

نبين بداية التحديد القانوني للشخص الاداري (المطلب الاول)، ثم التحديد القضائي الاداري له (المطلب الثاني).

¹- سامي جمال الدين، أصول القانون الاداري، منشأة المعارف الاسكندرية، 2004، ص 133.

²- محمد الصالح خراز، مرجع سابق، ص 131.

المطلب الأول: التحديد القانوني للشخص الاداري.

يتساءل البعض؛ كيف يمكن جدلا تصور أن قرار المشرع يمكن أن يؤدي الى انشاء شخص قانوني ومنحه الحياة؟¹

وهل اختصاص المشرع بالمفهوم الواسع حصري في تحديد الشخص الاداري؟

إنشاء الشخص القانوني العام لا يكون الا من خلال صدور عمل ثابت ومحدد من جهة مختصة تضيي عليها صفة فاعل قانوني. فالدولة هي التي بمقدورها منح صفة الشخصية المعنوية للشخص الاداري باعتبارها صاحبة السيادة من جهة وصاحبة السلطة العامة من جهة ثانية².

وتجسد الدولة ذلك من خلال النص القانوني بمفهومه الواسع؛ الدستوري والتشريعي.

بالتالي سوف نبين الأساس الدستوري للشخص الاداري (الفرع الأول)، ثم في الأساس التشريعي له (الفرع الثاني)،

ثم الاجابة عن التساؤل المرتبط بمدى اعتبار التحديد القانوني للشخص الاداري اختصاص حصري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأساس الدستوري للشخص الاداري.

إذا كان الدستور يعد مصدرا للقانون الاداري كمسلمة³، تطبيقا لمبدأ تدرج القوانين، فانه بالتبعية يكون مصدرا لأشخاص القانون الاداري.

حيث سنحاول تتبع ذلك من خلال التطورات الدستورية في الجزائر. من خلال دسترة الشخص الاداري، وأثر ذلك في استقلاليته.

أولا: دسترة الشخص الاداري.

ان الدساتير الجزائرية المتعاقبة أولت اهتماما بأشخاص القانون العام الاقليمية خاصة. فالدستور الأول الجزائري لسنة 1963 استخدم مصطلح المجموعات الادارية وذلك في المادة 9 منه؛ منوها على أن سلطة القانون هي التي تتولى تحديد مداها واختصاصها وتعتبر البلدية المجموعة الاقليمية الادارية الاقتصادية والاجتماعية القاعدية⁴.

¹ - محمد أحمد اسماعيل، مساهمة في النظرية القانونية للجماعات المحلية الادارية، دراسة مقارنة للقوانين الوضعية المكتب الجامعي الحديث، 2012، ص 484.

² - محمد أحمد اسماعيل، المرجع نفسه، ص 512-513.

³ - Bernard Stirn, les sources constitutionnelles du droit administratif, L,G,D,J, 2012.

⁴ - المادة 9 من دستور 1963 الجزائري: "الجمهورية تتكون من مجموعات ادارية يتولى القانون تحديد مداها واختصاصاتها".
أنظر: قانون البلدية رقم: 67-24 المؤرخ في: 18-01-1967، ج ر ع 06، وقانون الولاية 69-38 المؤرخ في: 32-05-1969 المتضمن قانون الولاية.

فموجب المادة السالفة الذكر فان المؤسس الدستوري أكد على سلطة المشرع في توليه تحديد مدى واختصاص المجموعات الادارية المختلفة. لكن ما يعاب على هذا النص الدستوري أنه لم يحدد بدقة المقصود بالمجموعات الادارية، ليرز المكانة الهامة للبلدية كمجموعة اقليمية ادارية اقتصادية اجتماعية قاعدية.

وفي دستور 1976، كرس مبدأ اللامركزية الاقليمية في ظل وحدة الدولة في الفصل الثالث المعنون بالدولة، وذلك في نصوص المواد 34، 35، 36.

فجاء في المادة 36 منه قائلًا أن المجموعات الاقليمية هي الولاية والبلدية، وهنا خالف دستور 1963 السابق لفظاً¹.

ثم في نص المادة 151 منه حدد اختصاص المجلس الشعبي الوطني في أن يشرع في مجال القانون، ومن ذلك في التنظيم الاقليمي والتقسيم الاداري للبلاد².

وفي دستور 1989، جاء مؤكداً لمبدأ اللامركزية الاقليمية من خلال نصوص المواد 14، 15، 16 ضمن الفصل الثاني المعنون بالدولة، في اطار الباب الأول المعنون بالأحكام العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، حيث نصت المادة 15 على ان: "الجماعات الاقليمية للدولة هي البلدية والولاية البلدية هي الجماعة القاعدية"³.

وبخصوص دستور 1996 المعدل، نص في المادة 16 منه نصت على أن: "الجماعات الاقليمية للدولة هي البلدية والولاية البلدية هي الجماعة القاعدية".

فنص المادة جاء في فقرتين، تعتبران كلاهما ذو طابع أمر، من خلال مضمونهما وألفاظهما، بالتالي هي من النظام العام والتي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها.

وفي المادة 140-10 منه، نص على ان يشرع البرلمان في التقسيم الاقليمي للبلاد، والذي يتعلق عملياً بالولايات والبلديات. وفي الفقرة 28 من نفس المادة تتطرق لصلاحيه التشريع في انشاء فئات المؤسسات.

وفي المادة 141-1 منه، نص على سلطة البرلمان في تشريع بموجب قانون عضوي بخصوص تنظيم السلطات العمومية وعملها.

¹ - المادة 34-35-36 من دستور 1976.

² - المادة 151 من دستور 1976.

³ - أنظر المواد: 14-15-16 من دستور 1989 الجزائري.

يرى يلس شاوش: "بالنسبة للإدارة فان الدستور يجهلها فلا يمنحها أية سلطة في الجزائر، وبالخصوص، فانه لم يذكرها في الدستور". مؤكداً على عدم تعريف الدستور للإدارة بتاتا¹.

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على اطلاقه، لمخالفته لنصوص الدساتير المتعاقبة، على اعتبار أثر النصوص الدستورية المتعاقبة الجزائري في تحديد الأشخاص الادارية بين وواضح.
كما لا يمكن تصور أن الدستور لا يتضمن تحديد أهم أساس لبناء الدولة وهو التنظيمات الادارية، وأشخاص القانون العام.

غير أن السؤال يبقى مطروحا هل تضمنت النصوص الدستورية المتعاقبة كل الأشخاص العامة الادارية؟
من خلال المسح الشامل للنصوص الدستورية المتعاقبة، لا يمكن التسليم بأنها تضمنت أشخاص القانون العام بالكلية. على الرغم ما للدسترة من فائدة في اقرار استقلالية وحماية له.

ثانيا: دسترة الشخص الاداري؛ تكريس حماية واستقلالية غير مكتملة.

الناظر للدساتير الجزائرية المتعاقبة في معالجتها للأشخاص الادارية العمومية عموما، والجماعات الاقليمية المحلية خصوصا، يجدها غير مكتملة، أو على الأقل تحتاج الى فتح لنطاق المعالجة أكثر، في ظل التحولات المتعلقة بتفعيل ديمقراطية التنظيمات والجماعات المحلية التي تبناها الاصلاحات الدستورية المتعاقبة. وذلك مقارنة بدسترة الأشخاص الادارية في النظم المقارنة كتونس والمغرب على سبيل المثال.

1. دسترة الشخص الاداري في الدساتير المقارنة:

لعل الدساتير المقارنة القريبة التي يمكن الاستئناس بها في هذا المقام، الدستور المغربي والدستور التونسي.
حيث أولى الدستور المغربي لسنة 2011 الساري المفعول حاليا عناية مهمة للأشخاص الادارية الاقليمية على الخصوص، من خلال تخصيص باب كامل بها وهو الباب التاسع المعنون ب " الجهات والجماعات الترابية الأخرى"، مكون من 12 فصلا (مادة)، وذلك من الفصل 135 الى الفصل 146 منه².
حيث نص الفصل 135 منه على أن: "الجماعات الترابية للمملكة هي الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات. الجماعة الترابية أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام تسيير شؤونها بكيفية ديمقراطية".

¹ - Yelleschaouche Bachir, La relation gouvernement –administration en droit constitutionnel, Revue IDARA, N 1, 2000. P 82.

² - الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر في: ج ر عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ: 28 شعبان 1432 هـ، في 30 يوليو 2011، ص 3600.

فالملاحظ أن المشرع الدستوري المغربي حدد بداية صور وأنواع الجماعات الترابية - الاقليمية - ثم فصل في اكتساب الشخصية الاعتبارية لها التسيير الديمقراطي، مؤكدا على تمتعها باختصاصات ذاتية وأخرى مشتركة مع السلطة المركزية حسب الفصل 140 منه. ثم أكد الدستور على الموارد المالية المتعلقة بها والتي قد تكون ذاتية وقد تكون مرصودة من قبل الدولة بموجب الفصل 141. وفي نص الفصل 139 من الدستور المغربي، يكرس فعليا الديمقراطية التشاركية المحلية، باشتراك المواطن في اعداد برامج التنمية المحلية¹.

أما بخصوص الدستور التونسي لسنة 2014 فإن اهتمامه بالجماعات المحلية كان أكثر، وذلك من خلال اطلاق مفهوم " السلطة المحلية " في الباب السابع منه، والذي ضم 12 فصلا (مادة)؛ من الفصل 131 الى الفصل 142. فالفصل 131 منه نص على أنه: " تقوم السلطة المحلية على أساس اللامركزية، تتجسد اللامركزية في جماعات محلية، تتكون بلديات وجهات وأقاليم، يغطي كل صنف منها كامل تراب الجمهورية وفق تقسيم يضبطه القانون "². وفي الفصل 132 منه نص الدستور التونسي على تمتع هذه الجماعات المحلية بالشخصية القانونية والاستقلالية الادارية والمالية، وتدير المصالح المحلية وفقا لمبدأ التدبير الحر³.

ان المقارنة بين المعالجة الدستورية للجماعات الاقليمية كأحد أشخاص القانون الاداري في الدستور الجزائري مع الدستور التونسي والمغربي، توضح اختلاف المركز الدستوري في الأنظمة الثلاثة، وعدم وضوح العلاقة بين الدولة وهذه الجماعات وغموضها في النظام الدستوري الجزائري، ولعل ما يبرر ذلك احتفاظ المشرع الجزائري بنظام عدم التركيز الاداري⁴.

مع أنه يمكن القول، ان تلك العلاقة بين الدولة والجماعات المحلية يمكن ان نجد لها مجسدة في قانوني البلدية والولاية واللذان سنتحدث عنهما لاحقا.

2. عدم اكتمال الحماية والاستقلالية للشخص الاداري الجزائري دستوريا:

لمبدأ الفصل بين السلطات ارتباط وثيق بنظرية القانون الاداري بلا شك، وهو مطبق فيه في مستويات متعددة منها، ومن بين أهدافه حماية السلطة التنفيذية من جهة وتكريس مبدأ استقلاليتها من جهة ثانية⁵.

¹ - انظر الدستور المغربي لسنة 2011.

² - انظر دستور 26 جانفي 2014 التونسي.

³ - المادة 132 من دستور 2014 التونسي.

⁴ - فائزة يوسف، عن تفعيل أداء المنتخب المحلي على ضوء الاصلاحات السياسية الجزائرية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، ع 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 222.

⁵ - André Démichel, Droit administratif, Essai de réflexion théorique, L.G.D.J, Paris, 1978, p 50-53.

حيث اذا كان الشخص الاداري مدستر، فان ذلك يضيف عليه معيارا أساسيا دستوريا، يتمثل في ضرورة الحفاظ على استمرارية الدولة والذي من مضامينه استمرارية الادارة العامة.

والجلس الدستوري الجزائري في جانفي 1992 كرس ذلك، من خلال دعوة المؤسسات الدستورية الى: "أن تسهر على استمرارية الدولة وتوفير الشروط الضرورية للسير العادي للمؤسسات والنظام الدستوري"¹.

ولقد أكدت المادة 90 من دستور 1996 المعدل والمتمم في قسم رئيس الجمهورية على: "السهر على استمرارية الدولة.. والعمل على توفير الشروط اللازم للسير العادي للمؤسسات والنظام الدستوري..".

ويعتبر المجلس الدستوري ضمانا قضائية أساسية لحماية واستقلالية أشخاص القانون الاداري، فعلى سبيل المثال؛ جاء في قرار له بخصوص محافظة الجزائر الكبرى والدائرة الحضرية: "واعتبارا بالنتيجة أن المشرع حين أنشأ جماعتين اقليميتين تدعيان، " محافظة الجزائر الكبرى " و " الدائرة الحضرية " وحدد قواعد خاصة لتنظيمهما وسييرهما وعملهما يكون قد خالف أحكام الدستور لاسيما المواد 15 (الفقرة الأولى)، 18 (الفقرة الثانية)، 78 (البند التاسع)، 79 (الفقرة الأولى)، 101 (الفقرة الثانية) منه".

فالمجلس الدستوري يقرر من خلال هذا الرأي حماية الشخص الاداري بداية، بإخراج محافظة الجزائر الكبرى والدائرة الحضرية من أصناف الاشخاص الادارية. حيث تلك النصوص الدستورية تتكلم أساسا الى الجماعات الاقليمية. بالتالي دسترة أشخاص القانون الاداري يسهم بشكل أساسي ورئيسي توحيد المدلولات القانونية أفقيا وعموديا واضفاء المشروعية الدستورية بخصوصها، وحمايتها واستقلاليتها ثانيا.

فمن خلال الموازنة والمقارنة بمسلك المشرع الدستوري الجزائري ومسلكي الدستورين المغربي والتونسي، نرى أن هناك اختلاف بين في معالجة دسترة أشخاص القانون الاداري، خاصة وأن النظرية الدستورية الادارية اليوم تولي عناية خاصة بدسترة السلطات غير التقليدية فما بالك بالسلطات التقليدية.

الفرع الثاني: الأساس التشريعي للشخص الاداري.

ان تحديد الشخص الاداري في القانون الاداري تشريعيا يمكن رده الى قوانين متعددة من بينها؛ القانون العضوي لمجلس الدولة والمحاكم الادارية، و قانون الاجراءات المدنية والادارية، اضافة الى قانون الجماعات المحلية والقانون المدني.

أولا: قانون مجلس الدولة والمحاكم الادارية محدد للشخص الاداري.

القانون العضوي: 98-01 المؤرخ في: 30-05-1998 المتعلق بمجلس الدولة؛ حدد اختصاصه كدرجة

أولى وأخيرة في المادة 09 منه والتي نصت:

¹ - بيان 11 جانفي 1992، المجلس الدستوري الجزائري، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، موقع مجلس الدولة الجزائري.

" يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الالغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الادارية الصادرة عن السلطات الادارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة " .

يبين هذا النص القانوني أشخاص يمكن مخصصتهم أمام أعلى هيئة قضائية ادارية وهم على التوالي:

السلطات الادارية المركزية، الهيئات العمومية الوطنية، المنظمات المهنية الوطنية. اضافة الى أشخاص محددين بموجب نصوص خاصة.

أما القانون العضوي رقم: 98-02 المؤرخ في: 30-05-1998 المتعلق بالمحاكم الادارية فقد نص في المادة الأولى منه على ان المحاكم الادارية جهات قضائية للقانون العام في المادة الادارية دون الكلام عن الأشخاص الادارية.

فالمشرع أطلق الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية بالنظر في كل منازعة ادارية فيما عدا ما استثناه المشرع لمجلس الدولة، أي أن اختصاص مجلس الدولة مقيد واختصاص المحاكم الادارية مطلق اليد¹.

وبالتالي حسب قانون مجلس الدولة العضوي، الأشخاص الادارية التي يمكن النظر بخصوص منازعاتها أمامهم هم على التوالي:

- السلطات الادارية المركزية، تتمثل أساسا الهيئات والسلطات التالية؛ رئاسة الجمهورية، رئاسة الحكومة، والوزارات².
- الهيئات العمومية الوطنية، ويقصد بها الأجهزة والتنظيمات المكلفة بممارسة نشاط معين تلبية لاحتياجات المجموعة الوطنية في مختلف مجالات الحياة العامة للدولة، الى جانب السلطات الادارية المركزية، مثل المجالس العليا القائمة في مختلف القطاعات، والسلطات غير التنفيذية كالبرلمان والأجهزة القضائية العليا والمجلس الدستوري حينما تباشر تلك الهيئات أعمال وأنشطة ذات صبغة ادارية تتعلق بسيرها وادارتها، ومثل المجلس الأعلى للتوظيف العامة، المجلس الاسلامي الأعلى، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، المجلس الأعلى للأمن³.
- المنظمات المهنية الوطنية، فتمثل تنظيمات المهن الحرة، مثل المتعلق بمهنة المحاماة والطب والصيدلة والتوثيق على سبيل المثال.

ثانيا: قانون الاجراءات المدنية والادارية محدد للشخص الاداري.

¹- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 172.

عمار بوضياف، النظام القانوني للمحاكم الادارية في القانون الجزائري، مجلة مجلس الدولة، ع 5، 2004، ص 66.

²- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، دار العلوم عنابة الجزائر، ص 94 وما بعدها

³- المرجع نفسه، ص 99 وما بعدها

يمكن النظر للشخص الاداري في قانون الاجراءات، في كل من الأمر رقم: 66-156 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ثم في قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

1. تحديد الشخص الاداري في الأمر 66-156:

ان تحديد الشخص الاداري في الأمر رقم: 66-156 مرتبط بشكل مباشر بالمادة المشهورة، المادة السابعة منه، حيث وصف أحمد محيو المادة السابعة من قانون الاجراءات المدنية الأول والتي خضعت لعدد التعديلات بتقلبات المادة السابعة وتحولاتها وحتى مغامراتها¹، وهي تمثل القاعدة المبدئية والعامية في تحديد معيار اختصاص القاضي الاداري أو توزيع الاختصاص بين القضاء الاداري والقضاء العادي²، من جهة. ومن جهة ثانية فهي محددة للأشخاص الادارية والتي يمكن أن تكون طرفا في المنازعة الادارية. حيث يكون أحد الأشخاص الذين ذكرتهم المادة طرفا في نزاع اختص القاضي الاداري بحل النزاع.

حيث نصت المادة السابعة من القانون الأول للإجراءات المدنية الأمر: 66-154 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 على ما يلي: " كما تختص - المجالس القضائية - بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا التي تكون الدولة أو احدى العمالات أو احدى البلديات أو احدى المؤسسات ذات الصبغة الادارية طرفا فيها، ويكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى.

ويستثنى من ذلك:

- مخالفات الطرق الخاضعة للقانون العام والمرفوعة أمام المحكمة.
- وطلبات البطلان وترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى".

ثم جاء تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية، بموجب الأمر 71-80 المؤرخ في: 29-12-1971 والذي لم يحدث أي تغيير في المادة السابعة. أما في تعديل القانون 86-01 المؤرخ في: 28 يناير 1986 فقد جاء خصيصا لتعديل المادة السابعة و فقط، وذلك في الاستثناءات الواردة فيها حيث تم توسيع الاستثناءات الى حالات أخرى مع الحالتين السابقتين، مع الابقاء على الفقرة الأولى كما هي³.

¹- أحمد محيو، المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 94.

²- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، تنظيم واختصاص القضاء الاداري، مرجع سابق، ص 330.

³- المادة السابعة من قانون رقم: 86-01 المؤرخ في: 28 يناير 1986 يعدل ويتم الأمر رقم: 66-154 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية.

أما الاصلاح الجوهري لقانون الاجراءات المدنية الاول، فقد جاء بموجب القانون رقم: **90-23 المؤرخ في: 18 أوت 1990** والذي جاء كذلك بإصلاح أساسي للمادة السابعة منه، خاصة في اختصاص مجالس قضاء جهوية لبعض المنازعات¹.

المادة السابعة من قانون الاجراءات المدنية حددت النزاع الاداري، وبينت الجهات العمومية من خلال وجود الهيكل أي وجود الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية.

ونحن في هذا السياق لن نتكلم عن اشكاليات المعيار العضوي والمادي للمادة السالفة الذكر والتي تكلم فيها الفقه الجزائري بالشرح والنقد والتحليل²، انما نحدد أساس الشخص الاداري من خلال قانون الاجراءات المدنية الأول.

حيث قانون الاجراءات المدنية ومن خلال المادة السابعة حدد الاشخاص الادارية تحديدا تشريعيا، في كل من:

- **الدولة**؛ وهي من أهم الأشخاص المعنوية العامة. ويقول عمار بوضياف³، المقصود بها السلطات الادارية المركزية أي الوزارات.

أي تمثل المفهوم الضيق للدولة لا المفهوم الواسع المعتمد في القانون الدستوري القائم على تفاعل المفاهيم الثلاث المتمثلة في السلطة والشعب والاقليم⁴.

- **الولاية**؛ كتنظيم اداري اقليمي يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

- **البلدية**؛ وهي كذلك تنظيم اداري اقليمي لكن أقل حجما من الولاية.

- **المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية**؛ ويحدد طبيعتها النص القانوني المحدث لها.

2. الشخص الاداري في قانون 08-09 للإجراءات المدنية والادارية:

تنص المادة 800 من القانون رقم: 08-09 للإجراءات المدنية والادارية على أن: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

¹ انظر: المادة 7 و7 مكرر من القانون رقم: 90-23 المؤرخ في: 18 أوت 1990 يعدل ويتم الأمر: 66-154 والمنضمين قانون الاجراءات المدنية.

² أنظر على سبيل المثال: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، تنظيم واختصاص، مرجع سابق، ص 330 وما بعدها.

عمار بوضياف، المرجع في لمنازعات الادارية، القسم الاول مرجع سابق، ص 228 وما بعدها.

³ عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص 230.

⁴ عادل بوعمران، دروس في المنازعات الادارية دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار الهدى، ص 72.

وتنص المادة 801 منه على : تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،

- دعاوى القضاء الكامل،

القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

ونصت المادة 901 منه على : " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير

المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة "

وبالتالي بالجمع بين جميع النصوص القانونية السابقة نجد ان الشخص الاداري بحسب قانون الاجراءات المدنية

والادارية 08-09 هو كل من: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية، الولاية

والمصالح الغير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح الادارية الأخرى للبلدية.

بالإضافة الى أشخاص آخريين بموجب قوانين خاصة، كما ذكرت المواد السابقة.

ثالثا: قانون الجماعات المحلية محدد للشخص الاداري.

منحا كل من قانون البلدية رقم: 11-10 وقانون الولاية رقم: 12-07 الشخصية المعنوية القانونية لكل من

البلدية والولاية على التوالي في نصي المادتين الأولتين منهما.

فقانون الجماعات المحلية أساسا يتناولان الشخصان الاداريان الاقليميان وهما البلدية والولاية. وهما الشخصان

الاداريان الأساسيين على المستوى المحلي الاقليمي.

رابعا: القانون المدني محدد للشخص الاداري.

نصت المادة 49 من القانون المدني الجزائري على أن¹:

"الأشخاص الاعتبارية هي:

الدولة، الولاية، البلدية،

المؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري،

الشركات المدنية والتجارية،

¹- المادة 49 من الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الجمعيات والمؤسسات،

الوقف،

كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

المادة 49 من القانون المدني جاءت بذكر الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء، وعلى سبيل المثال، وأكدت على ان المشرع - القاعدة القانونية - هو الذي يمنح الشخصية القانونية للأشخاص الاعتبارية. حيث تضم المادة الأشخاص الاعتبارية العامة في كل من: الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري.

مع فتح المجال للمشرع دائما في امكانية اضعاف الشخصية القانونية لكل تجمع لأشخاص وأموال.

الفرع الثالث: هل التحديد القانوني للشخص الاداري اختصاص حصري؟

ان البحث فيما اذا كان اختصاص تحديد الشخص الاداري يعود فقط للاختصاص التشريعي دون غيره، يعود الى علاقة الاجتهاد القضائي في انشاء الأشخاص الادارية والذي سنتكلم عنه في الفقرة الموالية. كما أن الاجابة عن التساؤل المطروح تطرح فرضيتان اثنتان؛ الأولى تعد التحديد القانوني للشخص الاداري اختصاص حصري. والثانية تعد الاختصاص القانوني لتحديد الشخص الاداري اختصاصا ليس على سبيل الحصر.

أولا: الفرض الأول؛ الاختصاص الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري.

نعني بالاختصاص الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري هو اختصاص المشرع دون غيره في تحديد قائمة الأشخاص الادارية. وبقصد اثبات ذلك يجب التبرير بمبررات معينة.

حيث يمكننا تبرير الاختصاص الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري في:

1. سيادة الدولة، مبرر للاختصاص الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري:

ان مفهوم السيادة في أصوله وجذوره ينتمي الى النظرية الدستورية، والذي يعني أساسا امتلاك الدولة السلطة العليا والهيمنة المطلقة والتحكم الكامل - في و - على أرضها ورعاياها ومؤسساتها وخياراتها ومواقفها، وأن تكون مستقلة عن أي سلطان آخر سواء أكان داخليا أو خارجيا، وأن تكون لها الكلمة العليا والوحيدة في جميع ما تقوم به من أعمال، وأن لا تعلق عليها أية سلطة أو أي هيكل أو كيان آخر¹.

¹ - أنظر: محمد طي، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط 6، 2009. سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة. الأمين بوشريط، الوجيز في القانون الدستوري.

ومن معاني السيادة كذلك، أن تكون سلطة الدولة منبع كل السلطات في الدولة، ومن بينها السلطة التشريعية المختصة في ممارسة الوظيفة التشريعية وسن القوانين والتشريعات، والسلطة التنفيذية المختصة بتنفيذ السياسة العامة والقوانين والتشريعات، والسلطة القضائية المختصة بحل النزاع والخلافات.

فالسطة التنفيذية واحدة من بين السلط الثلاث التي تخضع لسيادة الدولة وظيفيا وتنظيميا. وهنا قد تتداخل فكرة تحديد الشخص الاداري قانونا و فكرة سيادة الدولة.

حيث أن من معاني سيادة الدولة هو بسط سلطان الدولة على الجميع من في الدولة، ومن أساليب بسط سلطان الدولة بسط سلطان القانون على الجميع في الدولة بدء بالسلطات الثلاث. والسلطة التنفيذية واحدة من ذلك.

فالسطة التنفيذية تنظيميا يمكن النظر اليها على اعتبارها مؤسسات دستورية وتنظيمات ادارية. هذه الأخيرة تتمثل في الأشخاص الادارية، حيث يجب ان تحتكم الى قانون الدولة من الزاوية السلبية، ومن الزاوية الايجابية المقابلة تقوم السلطة التنفيذية بفرض القانون على الجميع.

حيث أعضاء السلطة التنفيذية بدء برئيس الدولة الى المسؤول المحلي التنفيذي مسؤولون على تنفيذ قانون الدولة على الجميع تكريسا لسيادة الدولة وسلطانها على الجميع.

من خلال ما سبق، يمكن للباحث أن يؤكد أن تكريس سيادة الدولة وحماية سلطانها قد يتأسس في الاختصاص الحصري للمشرع في تنظيم وتحديد الأشخاص الادارية. أي أن هناك تلازما بين سيادة الدولة واحتكار سيادة القانون، وبالتبعية الاختصاص الحصري للتحديد القانوني للأشخاص الادارية.

2. سيادة القانون، مبرر للاختصاص الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري:

يقصد بسيادة القانون خضوع جميع الأشخاص، بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول بالدولة¹، أو هو الخضوع التام للقانون سواء من جانب الأفراد أو من جانب الدولة. وهو ما يعبر عنه بخضوع الحاكمين والمحكومين للقانون وسيادة هذا الأخير وعلو أحكامه وقواعده فوق كل ارادة سواء ارادة الحاكم أو المحكوم².

¹ - محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 6.

² - محمود محمد حافظ، القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 22.

حيث يفرق محمد الصغير بعلي بين مبدأ المشروعية بالمعنى الواسع، وهو المفهوم أعلاه، والمشروعية الادارية، والتي يرى فيها بأنها خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية - الادارة العامة - للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف قواعده¹.

حيث يمثل مبدأ المشروعية سواء أكان بالمعنى الواسع له أو الضيق، أحد المبادئ العامة للقانون التي تضمن الدولة القانونية.

وصمام أمان للحقوق والحريات من جهة، وللتنظيمات السياسية والادارية من جهة ثانية. فبخصوص التنظيمات الادارية باعتبارها أشخاص ادارية تمثل السلطة التنفيذية في شق منها، لا بد وأن تكون في تشكيلها وانشاءها خاضعة لسلطة القانون في الدولة، اي لسيادة القانون، حتى تكون مجسدة لفكرة المشروعية القانونية. فمن بين مظاهر سيادة القانون هو اختصاصه الأصيل في انشاء التنظيمات الادارية، أي تحديد الأشخاص الادارية. ذلك أنه حتى تكون الأعمال الصادرة عنها مشروعة، وتكون في ذاتها مشروعة يجب أن تكون محتكمة الى نص قانوني سابق مشرع لها قبل كل ذلك.

فعمل الأشخاص الادارية في جوهره هو بحث في المشروعية القانونية، بمختلف مدلولاتها ومضامينها.

ثانيا: الفرض الثاني؛ الاختصاص غير الحصري لتحديد القانوني للشخص الاداري.

ان الفرض الثاني للإجابة عن التساؤل المطروح، هو اعتبار التحديد القانوني للشخص الاداري ليس اختصاصا حصريا. بمعنى أن يكون تحديد بعض الأشخاص الادارية خارج دائرة القانون وسلطة المشرع. يمكن بداية التأكيد على قاعدة أساسية في قصور المشرع عن الاحاطة بكل الوقائع وبكل تدبير للضبط السلوكي بوجه عام. فلا يمكن للمتناهي أن يحصر اللامتناهي.

ويعتقد الباحث في هذا السياق، أن الأشخاص الادارية وان كانت ترتبط بصلة وثيقة بواحدة من السلطات الثلاث في الدولة وهي السلطة التنفيذية، بما يستلزم ذلك من اهتمام تشريعي بتحديد من هم الأشخاص الاداريين. انه لا مانع من تدخل سلطات غير سلطة التشريع في تبني " صفة الشخص الاداري "، خارج دائرة المشرع.

1. سلطة القضاء محدد لصفة الشخص الاداري:

ان سلطة القضاء في امكان تحديد صفة الشخص الاداري، يمكن النظر اليها من خلال المقاربة بين المعيارين التقليديين في المنازعات الادارية، المعيار العضوي والمعيار الموضوعي.

¹ - محمود محمد حافظ، مرجع سابق، ص 06-07.

حيث ان كان المعيار العضوي يبنى أساسا الى النظر في الجهة المحددة سلفا من قبل المشرع والاعتداد بصفة صاحب النشاط، وغني عن البيان قصور هذا المعيار فقها وقضاء وتبني المعيار الموضوعي الوظيفي للمنازعة الادارية أثر ذلك.

حيث ينظر القاضي الاداري في الطابع الوظيفي للجهة ان كانت تضطلع بامتيازات الشخص الاداري كعنصر السلطة العامة وسلطة الأمر والنهي.

تبعاً لذلك؛ يمكن التأكيد على سلطة القضاء في تحديد صفة الشخص الاداري، ولو كان بعيدا عن سلطة المشرع في ذلك.

2. تحولات صناعة القانون خارج السلطة الأصلية:

ان النظر في فكرة صناعة القانون يجد أنها اليوم تشهد تحولات جوهرية، من خلال انسحاب سلطة سن القانون الى غير السلطة الأصلية له ألا وهي السلطة التشريعية.

حيث تشهد النظرية القانونية في ظل بعث مبدأ التشاركية وتطبيق القاعدة القانونية العامودية انشاء، تدخل عديد الأشخاص من غير السلطة التشريعية في انشاء القانون.

بدءا بالسلطة التنفيذية أولا، حيث تتدخل في كثير الحالات خاصة في تطبيقات دستورية تنص عليها الدساتير المختلفة، في غيبة البرلمانات، أو حتى بوجودها تحت غطاء سلطة التفويض التي تمنح لها من قبل السلطة التشريعية.

بالإضافة الى تدخل السلطات المستقلة ومنها الادارية والاقتصادية، والتي قد تمارس وظائف متعددة من قبيلها، المشاركة في صناعة القانون بجوار المشرع الاصيل تحت اطار التشاركية القانونية.

فاذا كان القانون اليوم، لم يصبح اختصاصا حصريا للمشرع والسلطات البرلمانية، فانه يصح أن يخرج التحديد الغير القانوني التشريعي للأشخاص الادارية.

يرى الباحث من خلال ما تقدم؛ أنه لا يمكن التسليم بفرض الاختصاص الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري.

المطلب الثاني: الأساس القضائي للشخص الاداري.

قد يظهر المشرع ارادته في تحديد الشخص المعنوي، باعتباره من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، ومن جهة أخرى قد يغفل عن ذلك. عندئذ نجد القضاء قد يتدخل للتصدي للقيام بهذه المهمة.

ومن خلال تطور نظرية المرافق العامة، من مرافق تقليدية الى مرافق اقتصادية، وبرز ما يسمى المؤسسات العامة والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام، تعددت المحاولات الفقهية الباحثة عن معيار التمييز بين كل ذلك. ولعل للاجتهاد القضائي الاداري الفرنسي أثر بارز في ذلك.

حيث لا صعوبة في تمييز الاشخاص المعنوية العامة - الاقليمية - عن الأشخاص المعنوية الخاصة، على اعتبار الأولى لا تعدو الا أن تكون أقساما ادارية من أقسام الدولة تحوز جزءا من سيادتها وسلطتها العامة، وتمتع بالشخصية القانونية في اطار ما هو مقرر لها. فهي تتولى تسيير جزءا من مهام الدولة في تسيير المرافق العامة بقصد تحقيق المنافع والخدمات العامة للجمهور، بخلاف الشخص المعنوي الخاص الذي يعد من الجماعات الخاصة، أسسها الخواص في اطار القانون الخاص وفي حدود ما هو مسموح به من نشاطات¹.

حيث القضاء الاداري قد يعتمد معيارا محددًا لتحديد الشخص الاداري، مرتبطا بوظيفة هذا الأخير الأساسية ألا وهي تحقيق المصالح العامة، لذلك تكون " المصلحة الضرورية " أساسا ومعيارا ذو أولوية في ذلك (الفرع الأول). ثم ان عدم ثبات أشخاص القانون الاداري وتحوّلهم بين الثابت والمتحول، أي التحول في مفهوم الشخص الاداري مدعاة الى تدخل اجتهاد القاضي الاداري لتحديده (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معيار المصلحة الضرورية في تحديد الشخص الاداري.

ان الاجتهاد القضائي بعد تراكمات فقهية وقضائية، استطاع أن يؤسس لنظرية متكاملة للشخصية المعنوية، استنادا لفكرة الحماية الضرورية للمصلحة الاجتماعية المستقلة عن مصلحة كل فرد من أفراد المجموعة. أولا: أساس وجود الشخص الاداري " المصلحة الضرورية ".

ان فكرة الشخصية المعنوية تعد من ضرورات الحياة القانونية، والتي ترجع جذورها الى القانون الروماني والذي عرف تطبيقات لمفهوم الشخص المعنوي منذ سنة 1140 ميلادية، وذلك في الإطار العلاقات الخاصة بداية، ثم في إطار العلاقات العامة.

من خلال الاعتراف بالذمة المالية الجماعية، ومثلها الأموال الموجودة خلف أسوار الأديرة تبقى ملكا للكنيسة، ثم تم الاعتراف بالشخصية القانونية للجماعات السياسية كالدولة والمدن والبلديات، غير ان تطور النظرية فعليا كان لاحقا من قبل شراح قانونه في العصور الوسطى. كما نجد الفقه الاسلامي عرف فكرة الشخصية المعنوية من خلال عديد التطبيقات، ومن قبيل ذلك قاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون².

¹ - زريق برهان، القرار الاداري وتمييزه عن قرار الادارة، مرجع سابق، ص 257 - 258.

² - أنظر: نبيل ابراهيم سعد، المدخل الى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 198 وما بعدها.

حيث مفهوم الشخص المعنوي اليوم أصبح راسخا في الفقه والقانون والقضاء، ولا جدال في ذلك. و للاجتهاد القضائي الفرنسي اثر في كشف الأساس الذي يقوم عليه وجود الشخص المعنوي، وذلك بعد تراكمات لاجتهادات فقهية وقضائية متعددة.

حيث صدر قرار محكمة النقض الفرنسية بغرفها المجتمعة بتاريخ: 28 يناير 1954 معلنا عهد جديد في الحياة القانونية للشخصية المعنوية، مؤكدا على أن: "الشخصية المعنوية ليست من صنع المشرع، وإنما هي محققة مبدئيا لكل مجموعة تتمتع بتنظيم يعبر عن ارادتها الجماعية ويدافع عن مصالح المشروعة، التي تستحق تبعا لذلك أن تكون مقررة ومحمية قانونا"¹.

وهو الاتجاه ذاته أكدته المحكمة في لجنة مجموعة الشركات ولجنة الصحة والسلامة، بالاعتراف لها بالشخصية المعنوية وبحق التقاضي².

غير أن المهم في هذا المقام، هو البحث في سبب التدخل القضائي بجوار استبعاد التدخل التشريعي في إيجاد الشخص المعنوي؟ حيث ذلك يعزوه لأسباب عديدة ومنها، العامل الكمي؛ وذلك من خلال تنامي عدد الأشخاص المعنوية التي تظهر باستمرار تبعا لتطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وعامل كيفي؛ يتمثل في اختلاف الأشخاص المعنوية وتفرّد كل نوع بخصائص هيكلية وتنظيمية ووظيفية، على نحو يصبح معه من الصعب حصر لائحة الأشخاص المعنوية وتنظيمها بنصوص شاملة ودائمة³.

فالدور الاجتهادي القضائي المتميز في ما يتعلق بمفهوم الشخص المعنوي، لا يتعلق بخلق هذا المفهوم الذي كان نتاجا للعمل التشريعي والفقهية والقضائي معا، ولكن تميزه يتجسد في تطوير نظرية المصلحة كأساس للوجود القانوني للشخص المعنوي، من خلال المصلحة الجماعية بداية، ثم تبني التفرقة بين المصلحة الحقيقية والمصلحة الصورية أو الاحتمالية، لتبقى فكرة المصلحة ابداعا قضائيا خالصا، من شأنه أن يسعف في تجاوز جميع المشاكل التي قد تنجم عن قصور التشريع في مادة الشخصية المعنوية⁴.

¹ - H. Capitant; Les grands arrêts de la jurisprudence civiles, LGDJ, Paris, 2000, p 81

وانظر: عبد الرحمن اللمتوني، مرجع سابق، هامش رقم 4، ص 388.

² - عبد الرحمن اللمتوني، هامش رقم 5، ص 388-389..

³ - المرجع نفسه، ص 392.

⁴ - عبد الرحمن اللمتوني، مرجع سابق، ص 395-396.

فالشخص الاداري لا يتمتع بالشخصية القانونية بمجرد وجوده أو قيامه كحالة واقعية، وانما لابد أن يمثل قيمة اجتماعية معينة تتجسد من خلال مصالح تبرر تفردة ب حياة قانونية مستقلة يقرها التشريع أو اجتهاد القضاء، مع شرط توافق المصالح والمشروعية وعدم مخالفة النظام العام والقانون¹.

الا أن محكمة النقض ذاتها فسرت الحكم ذاته في حال غياب النص القانوني، فحيث يوجد النص التشريعي فله أن يحدث ما يشاء من أشخاص ادارية ومعنوية وله أن يضيف ما يشاء من شروط الانشاء، على اعتبار القضاء لا يعدل التشريع ولكنه يكمله ويخصه بما يتوافق والمصلحة المحمية².

فاذا كان الشخص الاداري يمثل الادارة العامة، والادارة العامة يمثل المجموع لا الأفراد، أي يمثل جمهور أفراد الدولة من خلال ما يمكن أن يقدم إليهم من خدمات عامة ومصالح عامة.

فان المصلحة التي تتبع الشخص الاداري هي مصلحة عامة لا مصلحة خاصة. تمثل مصلحة محمية تأتيها سلطة عامة لا سلطة خاصة. وبالتالي فهي أقرب للعمومية من المصالح الخاصة.

فالمصالح التي تشكل أساس تشكيل الشخص المعنوي ومن ثم الشخص الاداري، تمثل " الأساس الاجتماعي " والمعتاد للشخصية المعنوية لجماعة معينة³.

وعلى ذلك فان وجود الشخص الاداري في واقعه كمجموع يضم تشارك مصالح عامة وضرورية، هو وجود اجتماعي يسبق التصريح القانوني التشريعي، على اعتبار أن النص القانوني يأتي لإضفاء الصفة والرسمية في وصف هذا الشخص أو ذاك بأنه يتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي الاستقلالية.

والباحث يرى؛ أنه يمكن التمييز بين المصالح العامة التي تميز الأشخاص الادارية عامة، والمصالح الخاصة التي تميز الأفراد من خلال معيار الضرورة. فهل كل مصلحة عامة هي ضرورية وليس كل مصلحة خاصة ضرورية؟

فالمصلحة الضرورية هي تلك " المصلحة التي يجب أن يكون لها جنس أقرب الى قاعدة كلية أو أصل عام "، والتي لا يمكن الاستغناء عليها أو التخلي عليها ويجب اتيانها. ويمكن الاستئناس على ذلك في فهم الفقه الاسلامي، الذي يقسم المصلحة وفقا لمدى الحاجة اليها الى ثلاث أقسام رئيسية؛ مصالح ضرورية ومصالح حاجية، ومصالح تحسينية⁴.

¹ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 436.

² - المرجع نفسه، ص 390.

³ - محمد أحمد اسماعيل، مرجع سابق، ص 535-536.

⁴ - فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور اسلامي، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، دار ابن حزم، ط 1، 2006، ص 98-

فالمصالح الضرورية هي تلك المتعلقة بحفظ ركائز خمسة وهي: الدين والعقل والنفس والنسل والمال. حيث تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة الى حفظها ولا يستقيم النظام باختلالها ويحتل نظام الأمة ككل¹. ففي حفظ هذه المصالح الخمسة حفظ لكيان الأمة². وتبعاً لذلك فهذه المصالح الضرورية تخص المجموع ككل ولا يمكن الاستغناء عليها. أما المصالح الخاصة فهي تلك التي تخص فرداً بعينه ومجموعة أشخاص بذواتهم فقط، لا المجموع ككل. وإذا كان ذلك كذلك فإنه غني عن البيان أنه يمكن للفرد ان يستغني عن مصلحته الخاصة، ولا يطالب بها. فهو المستفيد الأول والأخير من تلك المصلحة الخاصة وتخصه بذاته فهي تخرج عن المصلحة الضرورية. وذلك أن المصلحة الخاصة هي مصلحة تخص ارادة خاصة، وعلى ذلك فان التعبير عن تلك المصلحة الخاصة والمطالبة بها يخضع للإرادة الخاصة لا الإرادة العامة التي تخص المصلحة العامة. وبالتالي؛ تعد المصلحة الضرورية ضابطاً أساسياً لتشكيل الشخص الاداري. غير أنه تعرض لنقد يمكن شرحه في الفقرة الموالية.

ثانياً: نقد معيار المصلحة الضرورية لتحديد الشخص الاداري.

التمعن في الموقف السابق، المعتبر المصلحة كأساس للقضاء في تحديد الشخص المعنوي العام، يصطدم مع الاشكالية التي تطرح دائماً في تحديد مضمون معنى المصلحة في ذاته، باعتبارها فكرة مرنة فضفاضة يصعب التحكم فيها. كما أن المشرع أحياناً قد يخلق أشخاصاً معنوية نموذجية، دون وجود مصالح ضرورية قائمة بشكل مسبق، مع عدم كفاية الشروط التي قدمها الفقيهان "Walline" و "Michoud" لتحقيق الشخص المعنوي³. فالسؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا السياق؛ هل يمكن تحديد المصلحة الضرورية؟ وهل المصلحة الضرورية ترتبط فقط بالمصلحة العامة؟ وهل كل شخص اداري يستهدف في حركته ونشاطه المصالح الضرورية؟ فمعيار تحديد المصلحة لا يمكن تحديده تحديداً إيجابياً، ولا وضع معيار له، على اعتبار المصلحة من المسائل الموضوعية التي تتباين وضعاً من حال لحال ومن ظرف الى ظرف، لذلك تعريفها يقترب من الفقه أساساً لا التشريع، ولعل التحديد القضائي أوجب لاقتراب الوقائع من سلطة القاضي الاجتهادية.

¹ - فوزي خليل، مرجع سابق، ص 99.

² - المرجع نفسه، ص 99.

³ - عبد الرحمن اللمتوني، مرجع سابق، هامش 2، ص 390.

فمفهوم المصلحة العامة في التصورات الانسانية الفكرية المختلفة تتناقض وتتضارب، في ما يعد مصلحة وما يعد مفسدة في ذاته، وبين الاختلاف في مضمون المصلحة بين زمان وزمان وبين مكان ومكان ارتباطا بصراع سياسي معين. وحتى الاختلاف بين أصحاب مذهب أو عقيدة واحدة.

كما أن القول أن الادارة العامة أو الشخص الاداري عموما يستهدف في نشاطه دائما تحقيق كل ما هو مصلحة ضرورية محل نظر. فقد تكون المصلحة المتوخاة منه مصلحة الشخص الاداري أساسا متى فرقنا بين الملكية العامة والملكية الخاصة لأموال الشخص الاداري.

لذلك تدخل القاضي اجتهادا في تبيان ما يعد مصلحة وما لا يعد كذلك ضروري وأكد.

الفرع الثاني: تحول الشخص الاداري كأساس لتدخل الاجتهاد القضائي.

تحول الشخص الاداري وعدم ثباته في نظرية الادارة العامة اليوم يدعو الى ضرورة تدخل الاجتهاد القضائي في تحديده.

حيث يمكن تبيين مسألة تحول الشخص الاداري بداية من خلال تعريف الادارة العامة.

ففي الفقه العربي؛ يعرفها عبد الوهاب علي محمد بأنها: "عملية اجتماعية مستمرة تعمل على استغلال الموارد المتاحة استغلالا أمثل عن طريق التخطيط والتنظيم والقيادة والرقابة للوصول الى هدف محدد"¹.
وعرفها درويش وتكلا بأنها: "تنفيذ الأعمال بواسطة الآخرين عن طريق تخطيط وتنظيم وتوجيه ورقابة مجهوداتهم"².

وعرفها أحمد عبد القادر بأنها: "ذلك الضرب من النشاط الذي يهتم ببحث مجموع العمليات التي تهدف الى تحقيق وتنفيذ السياسة العامة التي تؤمن بها الحكومة أو تأتي الحكم مقتنعة الرغبة في تنفيذها"³.

أما فؤاد العطار فيقول بأن الادارة العامة هي تنظيم وتوجيه وتنسيق ورقابة مجموعة الأفراد داخل المنظمة لإتمام عمل معين بقصد تحقيق هدف معين"⁴.

وفي الفقه الغربي؛ يمكن أن نبين تعريف الادارة من خلال ثلاث نماذج وهي التالية ذكرها⁵:

¹ - عبد الوهاب، علي محمد، مقدمة في الادارة، معهد الادارة العامة، الرياض، 1402 هـ. 1982 م، ص 13. نقلا عن: أحمد بن داود المزجاني الأشعري، مقدمة في الادارة الاسلامية، ط 1، د د ن، 2000، ص 37.

² - درويش وتكلا، الادارة العامة، ص 49. نقلا عن: أحمد بن داود المزجاني، المرجع نفسه، ص 38.

³ - أحمد عبد القادر الجمال، دراسة في الادارة العامة، نيويورك، ط 01، 1955، ص 35. نقلا عن: أماني عبد العزيز، الادارة في الاسلام في عهد الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز، رسالة دكتوراه، كلية الآداب جامعة الخرطوم، السودان، 2008، ص 09.

⁴ - فؤاد العطار، مبادئ الادارة العامة، دار النهضة العربية القاهرة، 1974، ص 07.

⁵ - أشار الى ذلك: أماني عبد العزيز، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها.

يعرفها هايدي Heady بقوله:

"Administration is concerned with means for achievements of prescribed ends"

بمعنى ان الادارة هي وسيلة لتحقيق غايات محددة.

ويقول Pfiffner:

Public Administration may be defined as the coordination of individual and group efforts to carry out public policy.

بمعنى أن الادارة هي تنسيق جهود الفرد والجماعة لتمثيل السياسة العامة.

ويقول روات Rowat:

Administration has to do with getting things done; with accomplishment of defined objective".

أي أن الادارة تعمل على تنفيذ الأشياء لتنفيذ أهداف محددة.

على المستوى التشريعي نجد في المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم

ومبادئ الخدمة العامة والادارة في نص المادة الأولى منه نص على تعرف للإدارة العامة¹:

"..تعني عبارة "ادارة عامة" أي مؤسسة أو منظمة على مستوى قاري، اقليمي، وطني ومحلي تطبق سياسات

عامة أو تقوم بمهام خدمة عامة،

تعني عبارة "الخدمة العامة" أي خدمة أو نشاط متعلق بالمصلحة العامة يتم القيام بها تحت سلطة الادارة، ..".

فمن خلال النص أعلاه نجد أن مفهوم الادارة العامة يتعلق بتنظيم يطبق نشاطين أساسيين؛ سياسة عامة وخدمة عامة.

حيث السياسة العامة تقترب من العمل الدستوري، والخدمة العامة مقتربة من العمل الاداري، هذه الأخيرة التي

عرفها النص من خلال معيار المصلحة العامة.

في هذا السياق يطرح الباحث السؤال التالي: هل الشخص الاداري ثابت في تنظيمه؟ وفي نشاطه؟

يرى الباحث أن الاجابة على هذا التساؤل تحتمل اجابة واحدة، وهي النفي. أي عدم ثبات الشخص الاداري

تنظيميا ونشاطا، وذلك يرجع الى خصائص نظرية القانون الاداري المتعددة، والتي من أهمها مرونة وتطور قواعده.

وذلك يؤثر على التنظيمات الادارية، من خلال التغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات عموما.

فالإدارة العامة من أهمها خصائصها التحسس لتطلعات المجتمع وتحولاته وتغيراته، ذلك يستدعي تطورها تبعا

لذلك ولتحولات وظائف الدولة كذلك.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، الصادر في

الجريدة الرسمية المؤرخة في: 16 ديسمبر 2012، ع 68.

حيث أصبح اليوم يتداول مفهومًا جديدًا يتعلق بالإدارة الجيدة كأحد الحقوق الادارية وتحوّلًا مهمًا قد يستدعي اجتهاد قضائياً أصيلاً أولاً، مع بروز شخص جديد بعض الفقه يصنّفه كأحد أشخاص القانون العام والمتعلق بـ "تجمعات المنفعة العامة" ثانياً.

أولاً: الادارة الجيدة كتحوّل للشخص الإداري.

يعد المجال الاداري أحد المجالات التي تعززت فيها الحقوق الأساسية، حيث بدأ الحديث اليوم عن الحقوق "الادارية" و " الادارة الجيدة"، التي تشكل كل من مبادئ الشفافية والمساءلة ومشاركة الجمهور في اتخاذ القرار كلها مؤشرات على مدى تكريسها، وذلك بهدف رفع جودة الخدمة العامة من جهة، واحترام الحقوق والحريات الفردية في مواجهة امتيازات السلطة العامة المتزايدة من جهة ثانية¹.

حيث نظام أو مفهوم " الادارة الجيدة " كتحوّل للإدارة التقليدية ظهر مواكبة لمنظومة قانون الاتحاد الأوروبي، وذلك في تطبيقات المحاكم الأوروبية معتبرا اياه مبدأ من المبادئ الأساسية التي تحكم عمل ونشاط مؤسسات الاتحاد في علاقتها مع الأفراد. ليعلن فيما بعد الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية الصادر في ديسمبر 2000 وأصبح نافذا بموجب معاهدة لشبونة الموقعة في ديسمبر عام 2007 ودخلت حيز النفاذ في الأول من ديسمبر عام 2009.

فالإدارة الجيدة كتحوّل تمثل لو أردنا مفهومين " الادارة " و " الجيدة "، وليس هناك من شك أن هناك مقارنة قانونية لمفهوم الادارة لكن أن تكون هناك مقارنة قانونية لمفهوم "الجيدة" فذلك ليس معروفا تقليدياً.

لذلك في هذا السياق، يمكن البحث في تحديد ما المقصود بالإدارة الجيدة وأثرها في تحول الشخص الاداري؟

فهل هناك تعريف قانوني للإدارة الجيدة؟ ثم ما إذا كان للاجتهاد القضائي دور وأثر في تحديد الادارة الجيدة؟

1. غياب التعريف القانوني للإدارة الجيدة:

ليس هناك تعريف قانوني للإدارة الجيدة. وبالتالي يرى الباحث في هذا الإطار أنه يمكن للاجتهاد القضائي

الاداري أن يكون له دور وأثر في ابراز مفهوم هذا الحق وعناصره وطبيعته، وبالتالي يصبح حقا قانونيا له ضماناته

التي تجعله صالحا أن يكون أساسا للمطالبة القانونية القضائية.

بعض الاتجاهات الفقهية، تطرقت الى مفهوم الادارة الجيدة باعتباره يحمل دلالات غير محددة وعناصر مركبة وقيمة

قانونية غير أكيدة².

¹ - كمال جعلاب، " الحق في الادارة الجيدة في الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية "، مجلة الحقيقة، 17، ع 03، سبتمبر 2018، ص 165-186.

² - Denys Simon, Le principe de " bonne administration " ou la " bonne gouvernance " concrète, in Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 155-176, p156.

وذلك لأن مضمون المفهوم يضم عناصر قانونية وأخرى غير قانونية، لتنتج وصف " الإدارة الجيدة "، فهو مضمون ومفهوم متعلق بمجموعة من المعايير، كالعادلة والشفافية والحيادية، وعدم التمييز. لذلك يصعب إيجاد صياغة قانونية ومحددة وواضحة.

لذلك ان البحث يبدو مبررا حول ما إذا كان يمكن تحديد " مفهوم قانوني للإدارة الجيدة " يجسد دخوله للكتلة القانونية باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون.

فالإدارة الجيدة تعد مبدأ عاما أساسيا يضم مجموعة من الحقوق والالتزامات الفرعية المتقابلة، ويرتبط بمجموعة من المبادئ والحقوق الاجرائية الادارية للأفراد في مواجهة الادارة. فيحقق ضمناها وصف الادارة ب: " الجيدة ".
لذلك يمكن تعريف الحق في الادارة الجيدة بأنه: " مجموعة من الحقوق الفرعية التي يتمتع بها الشخص تجاه الادارة والتي تضمن له الحصول على خدمة جيدة في إطار مبادئ الشفافية والانصاف، وضمن آجال معقولة " ¹.

2. الادارة الجيدة من الاجتهاد القضائي الأوربي الى التنصيص القانوني:

يرى بعض الفقه أن الادارة الجيدة غائبة كقاعدة مستقلة في القضاء، وغالبا ما يتم ربطها كمبدأ مرتبط بمبادئ أخرى أو حقوق وواجبات لتوضيحه.

حيث تبلور مفهوم الادارة الجيدة كمبدأ في مؤسسات الاتحاد الأوربي وذلك في الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة، فنصت المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية، على حق كل فرد في أن يتم الاستماع اليه بشكل عادل وعلني وفي وقت معقول من قبل محكمة مستقلة ونزيهة مؤسسة بموجب القانون ².
وكما كرست اللائحة لرقم 31-77-77 في 28-09-1977 المتعلقة بحماية الفرد في ما يتعلق بأعمال الهيئات الادارية الصادرة عن المجلس الأوربي، حقوقا تتعلق بالإدارة الجيدة ومن أهمها ³:

الحق في الاستماع، الوصول الى المعلومة، المساعدة والتمثيل، بيان الأسباب، بيان طرق الشكوى.
وبذلك بدأت ملامح الادارة الجيدة تدخل في المؤسسات الادارية للاتحاد الأوربي، حيث تعد هذه اللائحة الأخيرة أولى الخطوات التي ساهمت في تشكل مفهوم قانوني للحق في الادارة الجيدة من خلال صياغة عدد المبادئ الجوهرية التي تشكل اليوم العناصر الأساسية للإدارة الجيدة ¹.

¹- كمال جعلاب، مرجع سابق، ص 165-186.

²- تم التوقيع على الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية في 04 نوفمبر 1950، ودخلت حيز النفاذ في 1953.

³- اللائحة لرقم 31-77-77 في 28-09-1977 المتعلقة بحماية الفرد في ما يتعلق بأعمال الهيئات الادارية الصادرة عن المجلس الأوربي.

ثم توالى الاجتهادات القانونية في ذلك من خلال الاشارة الى العناصر والمقومات الأساسية التي تحكم الادارة الجيدة دون الخوض بصفة مباشرة في حق الادارة الجيدة.

أما على المستوى القضائي فقد ساهمت أحكام المحكمة الأوروبية للعدل في تجسيد مبادئ الحق في الادارة الجيدة، والعديد من المبادئ التي أصبحت فيما بعد عناصر أساسية في الحق في الادارة الجيدة مثل مبادئ الشفافية والنزاهة في معالجة الملفات الادارية².

ولعل انشاء منصب " الوسيط الأوربي " يعد من مقومات تعزيز هذا المبدأ، والذي أنشأ هذا المنصب بموجب معاهدة ماستريخت التي وقعت في: 07-02-1992، ودخلت حيز النفاذ في الأول من نوفمبر 1993.

حيث يمكن القول أن هذه المؤسسة " الوسيط الأوربي "، تساهم في اتجاهين؛ تعزيز المراقبة الديمقراطية في اجراء واتخاذ القرار داخل مؤسسات الاتحاد، وفي ضمان وحماية حقوق الافراد والمواطنين من سوء الادارة والتسيير مع هيئات ومؤسسات الاتحاد الأوربي³.

ففي التقرير السنوي لسنة 1997 ميز الوسيط الأوربي جاكوب سوندرمان "JacopSanderman"، بين الادارة السيئة والادارة الجيدة معرفاً الأولى بأنها: تعني فشل الجهاز العام في التصرف وفقاً للقاعدة أو المبدأ الملزم له⁴. ليقتراح وضع مدونة للسلوك الاداري الجيد تطبق على مؤسسات وهيئات ووكالات الاتحاد الأوربي، ليقرها البرلمان الأوربي في 06 سبتمبر 2001 كمدونة أوروبية للسلوك الاداري الجيد.

ثم ارتقى مبدأ الادارة الجيدة الى حق مضمون وملزم بموجب الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية المصادق عليه في 07 ديسمبر 2000، من خلال التنصيص عليه في المادة 41 منه بعنوان " الحق في الادارة الجيدة " ⁵.

حيث عد البعض أن نص المادة 41 من الميثاق والذي نص على الادارة الجيدة كحق ضمن الحقوق الأساسية، يعتبر متميزاً وثورياً في مجال القانون الاداري للاتحاد وتطوراً ملحوظاً في نظرية الحقوق الأساسية⁶.

ثانياً: تجمعات المنفعة العامة بين القانون الخاص والقانون العام.

¹ - كمال جعلاب، مرجع سابق، ص 165-186.

² - Jean Paul Jacqué, Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Revue Française d'Administration Publique, 2011/1 (n° 137-138), p. 79-83.p82.

³ - كمال جعلاب، مرجع سابق، ص 165-186.

⁴ - European Ombudsmen, annual report for 1997, Strasbourg, 1997, p23.

⁵ - أنظر الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية.

⁶ - Jill Wakefield, the right to good administration, Kluwer Law International, 2007, p5.

التجمعات ذات المنفعة العامة تهدف الى تجميع شخص أو أكثر من الأشخاص المعنويين التابعون للقانون العام أو القانون الخاص للعمل معا بموجب اتفاقية تخضع لموافقة السلطة الادارية، لمدة محددة في أنشطة لا تدر ربحا ولا تتقاسمه¹.

يرمز الى تجمعات المنفعة العامة غاليل برمز GIP والتي دخلت المنظومة التشريعية الفرنسية تدريجيا، حيث تعود الى المادة 21 من قانون 15 يوليو 1982 المتوجه والساعي الى برمجة البحث التكنولوجي وتطويره، وفيما بعد استعادتها المادة 1-1L34 من قانون البحث، والتي بموجبها يمكن انشاء هذه التجمعات المزودة بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي". حيث اقتصرتم امكانية انشاء هذه التجمعات بادئ الأمر، على مجال البحث والتطوير ثم وسعت فيما بعد لتشمل عديد القطاعات، ومن بين ذلك: قطاع التعليم العالي، والعمل الصحي والاجتماعي، والوكالات الاقليمية للاستشفاء².

ولما كان المشرع لم ينص على نظام يشمل مجمل تجمعات GIP، فان لتدخل القاضي في هذا السياق ضرورة وأثر بين في تحديد الطبيعة القانونية لها.

حيث القاضي قد يبحث في نية المشرع عندما ينشأ جهازا معينا، سواء أكانت هذه النية صريحة أم ليست صريحة استخلاصا من مؤشرات معينة، والتي من بينها³:

- مبادرة الانشاء هل هي عمومية، أم خاصة.
- منح الجهاز امتيازات السلطة العامة، وعدم منحه.
- طبيعة المهمة الموكولة اليه.
- قواعد التنظيم والتسيير في الجهاز، ودرجة الرقابة عليه، وموارده المالية.

حيث بتطبيق هذه القواعد اعترفت محكمة التنازع الفرنسية، لتجمعات المنفعة العامة عموما، بصفة الأشخاص العموميين استنادا لنص المشرع وأحكام المادة 21 من قانون 15 يوليو 1982⁴.

حيث قرر قرار 14 فبراير 2000 الأحكام الموجودة في قانون 15 يوليو 1982 التي تبرر الحل المعتمد، باعتبار تجمعات المنفعة العامة تهدف الى تجميع شخص أو عدة أشخاص معنويين تابعين للقانون العام أو للقانون الخاص من أجل القيام معا، لمدة محددة، بنشاطات لا تعطي أرباحا ولا تقاسمها. ومنه تتميز هذه التجمعات عن الشركات.

¹- مارسو لونغ، وآخرون، مرجع سابق، ص 858.

²- المرجع نفسه، ص 859.

³- المرجع نفسه، ص 861.

⁴- المرجع نفسه، ص 862.

ومن جهة أخرى هذا التجمع يخضع لاتفاقية يوافق عليه من قبل السلطات الادارية، وحق الاشراف من قبل السلطة العامة كذلك مبرر لاعتبارها أشخاصا عامة.

من خلال ما تقدم، يمكن اعتبار تجمع ال GIP على أنه: " شخص جديد في القانون العام " كما عبر عنه وزير البحث والتكنولوجيا الفرنسي¹.

تبعاً لذلك يستلزم تدخل الاجتهاد القضائي الاداري على الخصوص لتأطير هذا الشخص العام الجديد وتبيين أسس تنظيمه ونشاطه ومنازعاته بجوار المشرع. وذلك يساهم بكل تأكيد ويشري نظرية التنظيمات الادارية في القانون الاداري.

¹ - مارسو لونغ، وآخرون، مرجع سابق، 864.

المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في تحول التنظيم الاداري.

ان التنظيم الاداري والمتشكل من الادارة العامة المركزية والادارة العامة اللامركزية تمثل وبلا شك العمود الأساسي للمنظمة الادارية التقليدية والتي لا يجب بالتأكيد اغفاله.

غير أنه التنظيم الاداري مسايرة لمبادئ تحسين الخدمة العمومية يتحول ويتطور من خلال عديد التنظيمات، من بين ذلك تنظيم المؤسسة العامة والتي تعد كشخص اداري شريك للتنظيمات الادارية التقليدية والذي شهد تحولات مختلفة مسايرة لاندماج الخدمة العامة مع الخدمة الخاصة، والذي يمكن أن نلمس من خلاله آثار الاجتهاد القضائي الاداري على الخصوص في تبني حلولاً تخصه.

ومن جهة ثانية؛ تعتبر السلطات الادارية المستقلة تحولا أساسيا في التنظيمات الادارية المستحدثة شهد اشكالات في تكييفه القانوني وطبيعته القانونية ومنازعاته القضائية، حول للاجتهاد القضائي الاداري دورا أساسيا في تبني حلول تخصه.

نبين ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: المؤسسة العامة كشخص اداري في الاجتهاد القضائي.

المطلب الثاني: السلطات الادارية المستقلة في الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: المؤسسة العامة كشخص اداري في الاجتهاد القضائي.

ان المؤسسة العامة تعد أسلوب من أساليب تسيير المرفق العمومي لتلبية المصالح العمومية، ظهر نتيجة عدم القدرة على الاستغلال المباشر للخدمات العمومية، وبالتالي يعد طريق وسط بين الاستغلال المباشر للمرفق العمومي والتسيير الخاص أو المفوض للخدمات العمومية.

حيث يشهد أسلوب المؤسسة العامة نشاطا متزايدا تنظيما ونشاطا استدعى أحيانا عدم مسايرة التشريعات لذلك، فعرف ذلك قصورا الفرع الأول، استدعى ضرورة تدخل الاجتهاد القضائي الاداري لسده وتنظيمه وتأطيره الفرع الثاني.

الفرع الأول: قصور المشرع في تأطير المؤسسة العامة كشخص اداري.

يقول أحمد محيو؛ أن المشرع هو سيد السلطة المخولة في توصيف الطبيعة القانونية للهيئة المحدثه أو المسيرة، فالقانون نفسه هو الذي يعلمنا عما إذا كنا أمام مؤسسة عامة أو مؤسسة ذات نفع عام، تطبيقا لمعيار نية أو ارادة المشرع¹.

لكن أحيانا قد يسكت المشرع أو يسهو أو يغفل تنظيما معينا، مما يستوجب تدخل القاضي اجتهادا تبينا للغامض من المسألة في ذلك.

فالمؤسسة العامة تعد منظمة تدير المرفق العام بالنيابة عن الحكومة وبإذن منها أو من السلطة التشريعية²، كما عرفها عمار عوابدي بأنها: " منظمة ادارية عامة تتمتع بالشخصية القانونية وبالاستقلال المالي والاداري وترتبط بالسلطات الادارية المركزية المختصة بعلاقة التبعية والخضوع للرقابة الادارية الوصائية، وهي تدار وتسير بالأسلوب الاداري اللامركزي لتحقيق أهداف محددة في نظامها القانوني"³. وأوجز محمد الصغير بعلي في تعريفها قائلا: " بأنها مرفق عام مشخص قانونا"⁴.

وعرفها رياض بن عيسى بأنها: " تنظيم اداري يقوم بإدارة أموال الدولة بصورة غير مباشرة وفقا للأهداف التي يحددها التنظيم القانوني وذلك تحت رقابة الدولة"⁵.

¹ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، مرجع سابق، ص 444.

² - حامد مصطفى، النظام القانوني للمؤسسات العامة والتأميم في القانون العراقي، دار الجمهورية للنشر والطبع بغداد، 1965، ص 07.

³ - عمار عوابدي، القانون الاداري، ط 3، الجزء 1، الجزائر، د م ج، 2005، ص 307.

⁴ - محمد الصغير بعلي، القانون الاداري، عناية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 241.

⁵ - رياض عيسى، النظام القانوني للمؤسسة العامة الاشتراكية في الجزائر، ط 1، د م ج 1987، ص 05.

وفقا للتعريفات السابقة للمؤسسة العامة، نجد أنها تعد تنظيم من التنظيمات الادارية ينشأها المشرع أصالة، مثلها مثل التنظيمات الادارية المحلية كالبليات والولايات، مع اختلاف في النظام القانوني بينهما على تفصيل ليس مجال بحثه هنا.

كما أنها أحد أساليب ادارة وتسيير المرافق العمومية لتلبية مصالح وحاجات عمومية.

نبين بداية أثر الدستور في انشاء المؤسسات العامة ثم التشريع.

أولاً: دسترة صريحة متأخرة للمؤسسة العامة.

البحث في التأسيس التشريعي للمؤسسة العامة يقودنا بداية الى القاعدة الدستورية، وذلك بمتابعة التطورات الدستورية المتعاقبة.

فالدستور الأول لسنة **1963** المعطل لم يتضمن أي اشارة لمفهوم المؤسسة العامة.

أما دستور **1976** الجزائري الثاني، فقد تضمن مفهوما للمؤسسة العمومية، وذلك في نص المادة **15** منه في الفصل الثاني المتعلق بالاشتراكية، لما تطرق لتكفل الدولة بالمؤسسات الاشتراكية¹.

وفي المادة **23** منه؛ تنطرق الدستور لطرق تسيير المؤسسات من خلال الأساليب الاشتراكية².

وفي المادة **32** منه، نص الدستور على أنه بقصد تسيير ممتلكات المجموعة الوطنية، تنشئ الدولة مؤسسات يتلاءم تطور نشاطها مع مصالح الشعب وأهداف المخطط الوطني. وفي الفقرة الثانية من ذات النص الدستوري عرض مصطلح مؤسسات دون اضافة لنوع أو صنف³.

وفي المادة **189** نص الدستور على انه: " يمكن للمجلس الشعبي الوطني ان يراقب المؤسسات الاشتراكية بجميع انواعها .."⁴.

وفي المادة **190** تنطرق الى دور مجلس المحاسبة بالرقابة اللاحقة للمؤسسات الاشتراكية بجميع انواعها⁵.

بمعنى أن دستور **1976** تنطرق الى المؤسسة الاشتراكية باعتبارها عنوان للمؤسسة العامة.

¹ - المادة 15 من دستور 1976 تنص: " على المؤسسات الاشتراكية التي تكلفها الدولة باستثمار أو استغلال أو تنمية جزء من ممتلكاتها أن تذكر في موازنتها وفقا لأحكام القانون، قيمة الأصول المعادلة لقيمة الممتلكات الموضوعة تحت تصرفها ".

² - المادة 23 من دستور 1976

³ - المادة 32 من دستور 1976.

⁴ - المادة 189 من دستور 1976.

⁵ - المادة 190 من دستور 1976.

أما دستور 1989، فإننا نجد أنه أشار لمفهوم المرافق العمومية لا المؤسسات العامة، في المادة 160 منه وذلك بخصوص مجلس المحاسبة كجهة رقابة بعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، والتي نصت على¹:

" يؤسس مجلس المحاسبة، يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة، والجماعات الإقليمية، والمرافق العمومية... ".

وأخيرا في دستور 1996 المعدل والمتمم نصت المادة 139 منه على أنه: " يشرع البرلمان في الميادين الآتية التي يخصصها الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: 29-انشاء فئات المؤسسات..."².

فالمؤسس الدستوري يعترف للسلطة التشريعية بسلطة انشاء المؤسسات العامة كما يقول ناصر لباد³، غير أن التدقيق في النص الدستوري نجد أنه يؤسس لسلطة السلطة التشريعية في انشاء فئات المؤسسات العمومية لا المؤسسات العامة بعينها، حيث المهمة الأخيرة هي موكلة أساسا للتنظيم وللسلطة التنفيذية تبعا لسلطتها التقديرية على ضوء الفئات المؤسسة برلمانيا⁴.

وبالتالي تبعا لما تقدم نرى دسترة متأخرة لمسألة انشاء أصناف وأنواع المؤسسات العامة، وان كانت واقعا المؤسسات العمومية تمارس دورها كأحد التنظيمات الادارية في الجزائر منذ الاستقلال، حيث تم التأكيد على هذه المسألة في الدستور الأخير لسنة 1996 المعدل والمتمم، ولم يشر دستور 1963 لها بتاتا، ثم الدستور الثاني لسنة 1976 تكلم على المؤسسات الاشتراكية على اعتبار أنها أصناف عديدة تبعا لطبيعة المرحلة، أما دستور 1989 فقد تطرق لمفهوم المرفق العمومي لا المؤسسة العامة. ونفس الحكم في دستور 1996 المعدل والمتمم.

أي دسترة المفهوم جاء متأخرا، بينما المضمون كان منذ الاستقلال. على اعتبار الباحث يمكن ان يفرق المفهوم والمضمون اصطلاحا، باعتبار الأول مخطوط والثاني تطبيق واقعي.

ثانيا: تذبذب المشرع البرلماني في تنظيم المؤسسة العامة.

بالرجوع الى التشريع البرلماني؛ نجد أنه تطرق الى تنظيم المؤسسة العامة بصور متذبذبة.

ففي ظل الدستور الأول لسنة 1963 المعطل؛ يعتبر الأمر رقم: 65-320 المتضمن قانون المالية لسنة 1966 مؤسس لمسألة انشاء المؤسسات العمومية، معتبرا في المادة الخامسة 05 منه أن ذلك من صلاحيات النصوص التشريعية.

¹ - المادة 160 من دستور 1989.

² - المادة 139 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

نفس النص القانوني السابق في المادة 122-29 من دستور 1996.

³ - ناصر لباد، الأساس في القانون الاداري، مرجع سابق، ص 155.

⁴ - انظر: محمد الصالح خراز، مرجع سابق.

ونص قانون البلدية رقم: **67-24** في الباب الثالث منه والمتعلق بمصالح ومقاولات البلدية، في القسم الأول منه على المصالح العمومية البلدية، حيث المشرع صنفها الى مصالح عمومية ذات الصبغة الادارية، وأخرى ذات صبغة اقتصادية (صناعية، تجارية، ثقافية، صحية، اجتماعية)¹.

ونص قانون الولاية رقم: **69-38**، والذي يعد المصدر التاريخي للتنظيم الولائي في الجزائر ما بعد الاستقلال، في المادة **130** منه على أنه: "يجوز للمجلس الشعبي للولاية، أن يحدث المصالح أو المؤسسات العمومية المكلفة بهذه النشاطات".

ثم نص في المادة **132** منه على المصالح والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري للولاية².

وفي ظل الدستور الثاني لسنة **1976**، وفي ظل عدم النص على انشاء المؤسسات العمومية لصالح السلطة التشريعية، فان الاختصاص يؤول الى السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية بموجب مراسيم رئاسية، حيث صدر قانون رقم: **88-01** المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مؤطرا للمؤسسة العمومية الثانية من حيث الأهمية بعد المؤسسة العمومية الادارية، ألا وهي المؤسسة العمومية الاقتصادية، اضافة الى الهيئات العمومية ذات التسيير الخاص³.

ففي المادة **14** منه - القانون: **88-01** جاء: "تنشأ المؤسسة العمومية الاقتصادية بموجب:

- قرار من الحكومة عندما يتعلق الأمر على الخصوص بتطوير أنشطة أولوية أو فروع جديدة ذات أهمية استراتيجية مرتبطة بالأهداف الداخلية للتنمية المنصوص عليها في المخطط الوطني.
- قرار كل جهاز، لاسيما الأجهزة التابعة لصناديق المساهمة، مؤهل قانونا لتأسيس مؤسسة عمومية اقتصادية، أو للمشاركة في اكتتاب جزء من رأس ماله عن طريق اكتساب أسهم وسندات مساهمة.
- قرارات مشتركة صادرة عن مؤسسات عمومية اقتصادية أخرى تتخذها الأجهزة المؤهلة لهذا الغرض، طبقا لقوانينها الأساسية الخاصة بها وضمن الأشكال المشترطة قانونا".

¹ - المادة 200، 202 من الأمر رقم: 67-24 المؤرخ في: 18-01-1967 يتضمن القانون البلدي، الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في: 18-01-1967، ع 6، السنة الرابعة، ص 106.

² - الأمر: 69-38 المؤرخ في: 23 ماي 1969 يتضمن قانون الولاية، الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في: 23 ماي 1969، ع 44، السنة السادسة، ص 529.

³ - انظر: المادة 43-44-49 من القانون رقم: 88-01 المؤرخ في: 12 جانفي 1988، الصادر في ج ر ع 2، المؤرخة في: 13 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

أما بخصوص المؤسسة العمومية فالمادة 43-03 من القانون: 88-01 المتعلقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري تنص على أنه: "تحدد قواعد تنظيمها وسيورها المكيفة مع طبيعتها وغرضها التخصصي، ونوعها عن طريق قوانينها الأساسية المحددة عن طريق التنظيم".

أما المادة 46 من نفس القانون المتعلقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فانها تنص على ما يلي: "يحدد الطابع الصناعي والتجاري للهيئة العمومية وكذا قواعد تنظيمها وسيورها بموجب عقد الانشاء والقوانين الأساسية المتخذة وفق الشكل التنظيمي.

فإنشاء المؤسسة العمومية وفقا لقانون 88-01 من اختصاص السلطة التنفيذية¹.

وفي ظل دستور 1989، تبعا للمادة 115 منه التي تتضمن المجال التشريعي لا تتضمن موضوع انشاء المؤسسات العمومية، بالتالي ينعقد الاختصاص للسلطة التنظيمية.

وفي ظل دستور 1996 المعدل والمتمم، فان الاختصاص في انشاء المؤسسات العمومية معقود للسلطة التشريعية بموجب المادة 122-28 منه، حيث صدرت عديد التشريعات بخصوص ذلك، ومن بينها:

الأمر رقم: 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية في المادة الثانية منه، صنف المؤسسات العامة الى؛ مؤسسات عمومية ذات طابع اداري، ومؤسسات عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني، ومؤسسات عمومية ذات طابع علمي وتكنولوجي. فاتحا المجال لوجود مؤسسات أخرى يمكن أن تخضع لهذا القانون الأساسي².

أما المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جاء في المادة السادسة منه مصنفا المؤسسات العامة الى، مؤسسات عمومية ذات طابع اداري ومؤسسات عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري. ثم ذكر في المادة التاسعة منه؛ المؤسسات العمومية الاقتصادية³.

وبخصوص المؤسسة العمومية الاقتصادية، نجد الأمر رقم: 01-04 المؤرخ في: 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، في المادة الثانية منه، نص على أنها: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام".

حيث نظم الأمر المؤسسة العمومية الاقتصادية مبينا نظامها القانوني وتنظيمها ونشاطها ومنازعاتها.

¹- ناصر لباد، القانون الاداري، مرجع سابق، ص 145.

²- المادة 2 من الأمر رقم: 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

³- المرسوم الرئاسي: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المادة 6، والمادة 9.

ولعل الرجوع الى القانون الاجرائي مهم جدا في معرفة المؤسسات العمومية وأصنافها، فضلا عن نظامها القانوني والتنازعي.

فقانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 الحالي، تطرق لصنف وحيد للمؤسسات العمومية في نص المادة 800 والمادة 801 منه متكلما عن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية¹ فقط دون سواها. وبذلك هذا النص الاجرائي ضيق من مجال المنازعات الادارية من الناحية العضوية، وأغفل التصنيفات الأخرى للمؤسسات العمومية التي جاءت بها التشريعات الأخرى².

من خلال ما تقدم يرى الباحث، أن هناك تذبذبا في تحديد إطار قانوني موحد للمؤسسة العامة ولا أدل عن ذلك اختلاف في التشريعات بخصوصها وعدم وجود قانون إطار لها.

الفرع الثاني: أثر اجتهاد القاضي الاداري في المؤسسة العامة.

حيث لا يصرح المشرع أو يكون هناك غموض في تحديد الوصف الدقيق للمؤسسة العامة ونظامها القانوني ونشاطها ومنازعاتها، يأتي دور القاضي اجتهادا مبينا ذلك على ضوء معايير مختلفة.

نبين ذلك في الاجتهاد القضائي المقارن في كل من فرنسا أولا ومصر ثانيا، ثم في الاجتهاد القضائي الجزائري ثالثا.

أولا: مقارنة اجتهاد القضاء الفرنسي في المؤسسة العمومية.

يقول دي لو بادير؛ ان القضاء الاداري الفرنسي قد تطور في شأن المؤسسة العامة مارا بمراحل ثلاثة متتابعة³.

ففي المرحلة الأولى كان اجتهاد مجلس الدولة يأخذ بفكرة منح امتيازات السلطة العامة للمؤسسة.

ولا يخفى اليوم عدم صوابية هذا الاتجاه اليوم.

وفي المرحلة الثانية، اعتمد اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من القرائن والتي تفيده تحديد طبيعة المؤسسة، وذلك في ضوء القواعد القانونية المقررة في قانون انشاءها، ومن أبرز هذه القرائن العلاقة القائمة بين المؤسسة والدولة.

وفي المرحلة الثالثة، وبسبب قصور المعايير السابقة، اتجه الاجتهاد القضائي الاداري الى رفض البحث عن معيار موحد واكتفى بإعمال سلطاته التقديرية في كل حالة على حدى ترجيحاً للاعتبارات العملية في ضوء النصوص التشريعية التي تحكم المؤسسة، أي البحث في ارادة المشرع الصريحة أو الضمنية.

¹ - أنظر: المادة 800 و 801 من القانون 08-09 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية.

² - أنظر: عمار بوضياف، "المعيار العضوي واشكالاته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية"، دفاتر السياسة والقانون، ع 5 جوان 2011، ص 23.

³ - زريق برهان، القرار الاداري وتمييزه عن قرار الادارة، مرجع سابق، ص 260-261.

وبالتالي لا مندوحة من أن يوكل أمر التكييف القانوني للمؤسسات هل هي عامة ام لا الى تقدير القضاء في كل حالة على حدا¹.

حيث الاجتهاد القضائي بداءة يرجع الى النصوص التشريعية ان وجدت للتعرف على طبيعة الشخص القانوني ما إذا كان اداريا ام لا، كما يستأنس بأصل نشأة المؤسسة هل هي من خلق الادارة أم من خلق الأفراد، ومدى اختصاصاتها العامة المتمتعة بها، ومستنيرا أيضا بمدى رقابة الادارة العامة على هذه المؤسسة اداريا وماليا، ثم يقضي الاجتهاد من خلال ذلك بتحديد طبيعة الشخص القانوني المعني².

كما أنها أحد أساليب ادارة وتسيير المرافق العمومية لتلبية مصالح وحاجات عمومية.

غير أنه:

- إذا سكت النص القانوني عن وصف المؤسسة العمومية وتصنيفها.
- أو إذا قدم النص القانوني وصفا مخالفا لحقيقة نشاط المؤسسة العمومية.
- أو اذا كانت هناك ممارسة لعدد من المؤسسات العمومية لنشاط مزدوج اداري في جانب منه وصناعي أو تجاري في جانب آخر.

يكون للاجتهاد القضائي دور أساسي في تحديد تأطير المؤسسة العمومية، والتمييز خاصة ما بين المؤسسة العمومية الادارية والمؤسسة العمومية الاقتصادية، والمؤسسة الخاصة ذات النفع العام، في الحالات الثلاثة أعلاه³.
ان تمييز المؤسسة العمومية عن غيرها، الأصل فيه والمناسب من حيث المبدأ الاستناد الى نصوص القانون أو نية المشرع، لكنه حيث يغفل أو يسهو المشرع عن ذلك فلا غضاضة في تدخل القاضي اجتهادا في ذلك معتمدا معايير شتى.

فمحكمة التنازع الفرنسية كانت قد تطرقت الى فكرة المؤسسة العمومية في قرار: 09-12-1899 للجمعية

الاتحادية لقناة جينياك؛ معتمدة على معيار امتيازات السلطة العمومية كعنصر مميز وأساسي في تعريف المؤسسة العامة⁴.
حيث أقرت محكمة التنازع صفة المؤسسة العمومية للجمعية الاتحادية لقناة جينياك لاتصافها ب: "الصفات الجوهرية للمؤسسات العمومية"، من قبيل اجبار الملاك المتراخين على الانضمام، وبفرض ضرائب ونزع ملكية، حيث أكد المجلس

¹ - حكم للمحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ: 1962/12/80، انظر: حسين عثمان، أصول القانون الاداري، مرجع سابق، ص 98-99.

² - حسين عثمان، المرجع نفسه، ص 99.

³ - مصطفى بن لطيف، المؤسسات الادارية والقانون الاداري، مطبوعة منشورة، ص 99.

⁴ - مارسو لون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي، مرجع سابق، ص 72-73.

الدستوري بعد قرن من تاريخ هذا القرار ان هذه الجمعية ليست من جمعيات القانون الخاص، ولكنها مؤسسة عامة ذات طابع اداري¹.

غير أن مجلس الدولة في قرار 14-04-1962 نَحج منها مخالفا لما قضى بأنه: " من مجموع النصوص التي تحدد تنظيم وعمل اتحادات الصيادين، أن المشرع وان منح هذه المنظمات بعض امتيازات السلطة وأخضعها لرقابة ادارية قوية، أراد منحها صفة المؤسسات الخاصة"².

وان كان معيار امتيازات السلطة العامة لم يعد حاسما في تحديد ذاتية المؤسسات العمومية، فانه لم يفقد دوره في نظرية القانون الاداري وهذا لا يحتاج الى برهان.

فالتفرقة بين المؤسسة العمومية والهيئة الخاصة وان لم يحسم معيار امتيازات السلطة العامة التمييز بينهما، فان الفقه القانوني واستنادا للاجتهاد القضائي جاء بمعايير أخرى تساند ذلك وهي التالية:

- معيار مهمة الصالح العام المعهود بها الى الهيئة؛

- معيار الرقابة التي تمارس من قبل الادارة العمومية على الهيئة،

وتبعا لذلك الاجتهاد القضائي الفرنسي أرسى ثلاثة معايير أساسية للتمييز منذ القرار الصادر في: 16-11-1956 والمتعلق ب: Union syndicale des industries aéronautiques، وهذه المعايير هي؛ معيار طبيعة النشاط، ومعيار طريقة التسيير والتصرف، ومعيار طريقة التمويل.

التمييز بين المؤسسة العامة والمؤسسة ذات النفع العام:

كما تكفل الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية التمييز بين المؤسسة العامة والمؤسسة ذات النفع العام، في حكمها بتاريخ: 05 مارس 1855، المتعلق بصندوق ادخار كاين Caisse d'épargne de CAEN من خلال التفريق بينهما، باعتبار الأولى جزء لا يتجزأ من الادارة، وهي تبعا لذلك من الأشخاص العامة أما الثانية فهي فقط مجرد تجمعات خاصة تتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة³. وتبعا لذلك تبني المشرع في القانون الصادر في 21 فبراير 1862، المتعلق بقروض الأشخاص المعنوية العامة دون أن يعطي معيارا لذلك⁴.

¹ - أنظر في ذلك: مارسو لون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي، مرجع سابق، ص 73

² - مارسو لونغ وآخرون، مرجع سابق، ص 76

³ - المرجع نفسه، ص 15.

⁴ - Georges VEDEL: Droit administratif, Presses Universitaires de France, 6ème édition, 3é trimestre, 1976, p:730.

ومن خلال ذلك يبرز في هذا السياق دور الاجتهاد القضائي في البحث عن معيار مفرق بين المؤسسة العامة والمؤسسة ذات النفع العام، خاصة لما لا تكون نية واردة المشرع ظاهرة، حيث بالإضافة الى نية وقصد المشرع قد يلجأ القاضي الى أصل نشأة المشروع والى امتيازات المؤسسة العامة.

حيث من خلال معيار أصل نشأة المشروع، ان كان المشروع من استحداث السلطات فهي مؤسسة عامة، واذ كانت المبادرة الخاصة هي التي أنشأت المؤسسة فهي مؤسسة ذات نفع عام. غير أن معيار امتيازات السلطات العامة هو المعيار الغالب التطبيق من قبل القاضي اجتهاداً¹.

ثانياً: مقارنة اجتهاد القضاء المصري في المؤسسة العمومية.

ان اجتهاد القضاء الاداري المصري، تطرق الى مقارنة المؤسسة العمومية في اجتهادات المحاكم الادارية المتنوعة، لعله من سبيل المثال لا الحصر، نذكر التحديد الايجابي والتحديد السلبي للأشخاص الادارية والذي هو في زاوية منه يشير الى التكييف القانوني للمؤسسة العامة.

فالتحديد الايجابي للأشخاص الادارية، من خلال اعتراف محكمة القضاء الاداري المصرية "لنقابات المهن" بصفة الشخص العام في حكم 1957/01/29²، حيث اعتبر هذا الاجتهاد انه من المستقر عليه قضاء اعتبار نقابات المهن من أشخاص القانون العام، وذلك للأسباب التالية:

- انشاؤها يتم بموجب قانون.

- هدفها تحقيق المصلحة والنفع العام.

- لها سلطة التأديب على أعضائها.

- اشتراك الأعضاء أمر حتمي.

- لها حق تحصيل رسوم الاشتراك في مواعيد دورية منتظمة...

والتحديد السلبي للأشخاص الادارية من خلال نفي صفة الشخص الاداري على بعض الأشخاص من قبل محكمة القضاء الاداري المصرية في قضية مستشفى المواساة في قرار صادر بتاريخ: 1957/12/03، حيث عدته شخص خاص لا عام رغم تميزه ببعض صفات الأشخاص العامة، مثل تمثيل الحكومة في تمثيل مجلس ادارة المستشفى، وتدخل الحكومة بإصدار قرارات ومراسيم بشأن النظام الأساسي للمستشفى، مع وجود رقابة ادارية عليه³.

¹ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات العامة، مرجع سابق، ص 445.

² - مجموعة الاحكام في 15 سنة، ج 1، ص 250، 251. نقلا عن: حسين عثمان، مرجع سابق، ص 101.

³ - حسين عثمان، مرجع سابق، ص 101.

حيث محكمة القضاء الاداري رفضت منح الشخصية العامة لمستشفى المواساة لسببين رئيسيين¹:

الأول؛ انشاء المستشفى كان بمبادرة فردية، حيث تدخل الدولة في ادارته مشابه لتدخلها في ادارة المؤسسات الخاصة. الثاني؛ عدم تمتع المستشفى بامتيازات السلطة العامة.

وبالتالي يمكن القول، بأنه يمكن تحديد طبيعة الشخص الاداري من خلال منح التحديد الايجابي والتحديد السلبي من قبل القاضي الاداري.

وهو منح مقبول وسهل التطبيق من خلال المعايير التي يمكن أن يعتمدها القاضي الاداري.

ثالثا: مقارنة الاجتهاد القضائي الجزائري في المؤسسة العامة.

أقر المشرع الجزائري العمل بأسلوب المؤسسات العامة مانحا اياها الشخصية الاعتبارية وذلك بموجب المادة 49 من القانون المدني الجزائري والذي جاء فيها: " ان الأشخاص الاعتبارية هي الدولة، البلدية، المؤسسات العامة ضمن الشروط التي يقرها القانون.. ".

وبالرجوع الى أحكام قانون الجماعات المحلية للبلدية والولاية، يمكن للبلدية انشاء مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة²، كما يمكن للمجلس الشعبي الولايتي انشاء مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية³.

وفكرة المؤسسة العامة تجد أصلها في الحاجة الى تشجيع قيام ادارة فعالة عبر مبدأ الاستقلالية الادارية والمالية وعبر امكانية اشراك المعنيين بهذه الادارة⁴.

وبالتالي تأمين التسيير المستقل لمرفق للدولة أو للولاية أو للبلدية أو لشخص عام آخر من النموذج التجمعي⁵. ان تدخل القاضي الاداري الجزائري في تأطير المؤسسة العمومية يكون متى انسحب المشرع في ذلك، خاصة عند سكوته، أو تقديم النص القانوني لوصف مخالف لطبيعة المؤسسة العامة، أو حالة ممارسة المؤسسة العامة لنشاط مزدوج اداري وصناعي في آن واحد، فيدق التمييز في ذلك.

لذلك يرى الباحث، أن للاجتهاد القضائي الاداري على الخصوص أثر بين ودور أساسي في كشف كل ما قد يعتري من المؤسسة العامة من غموض.

¹ - حسين عثمان، مرجع سابق، ص 101.

² - المادة 153 من القانون رقم: 10-11 المتعلق بقانون البلدية.

³ - المادة 146 من القانون رقم: 12-07 المتعلق بقانون الولاية.

⁴ - جورج سعد، القانون الاداري العام والمنازعات الادارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 227.

⁵ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، مرجع سابق، ص 443.

1. أزمة مفهوم المؤسسة العامة ضرورة لتدخل الاجتهاد القضائي:

في النظام الجزائري تشكل مفهوم المؤسسة العمومية مواكبا تطور النظام السياسي الاقتصادي بعيد الاستقلال، حيث في ظل النظام الاشتراكي المتوافق مع دستوري 1963 و 1976 ظهرت تجربة التسيير الذاتي بداية، ثم تبني أسلوب المؤسسة الاشتراكية كأسلوب لإدارة جميع المرافق العمومية، الى جانب ذلك لم تكن هناك قطيعة مع الأساليب الليبرالية في ادارة النشاط الاقتصادي، من خلال الابقاء على أسلوب الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري¹.

ثم في ظل الاصلاحات الاقتصادية والتي بدأت منذ الثمانينات من القرن الماضي مرورا بدستوري 1989 و 1996 المعدل والمتمم الحالي، تشكل مفهوم المؤسسة العمومية وفقا للتقسيم التقليدي الى مؤسسة ادارية ومؤسسة صناعية وتجارية، اضافة الى تقسيمات اخرى.

بمعنى أن المؤسسة العمومية عرفت مفهوما تقليديا كان سائدا الى زمن غير قصير، لكن تزايد تدخل الدولة في مجالات النشاط الاقتصادي، وظهور مبادئ الاقتصاد الموجه واتساع رقعة القطاع العام نتيجة ظهور المشروعات العامة وليدة التأميم أو الانشاء المبتدأ من قبل الدولة، أدى الى أزمة في مفهوم المفهوم المؤسسة العامة

فالسؤال في هذا السياق الذي يمكن طرحه: ما مفهوم المؤسسة العامة؟

حيث يمكن التفرقة بين المفهوم التقليدي والمفهوم المستحدث للمؤسسة العامة، حيث يعبر الأول عن المؤسسة العامة الادارية.

حيث يتميز النظام القانوني للمؤسسة التقليدية - الادارية - بتجانس وتماسك شديدين، باعتبار أموالها أموال عامة، وقراراتها ادارية، وموظفوها عموميين، وعقودها ادارية، وأشغالها أشغال عامة.

ونتيجة لتطور وظائف الدولة، ونشاطاتها، أصبح المفهوم التقليدي للمؤسسة العامة في موضع الاتهام، والتقهقر، نتج عنه مفهوما مستحدثا جديدا لها². تمثل في المؤسسة العامة الاقتصادية لتظهر بعده أصناف أخرى.

ولما كان هناك تطور وتحول دائم لأصناف المؤسسة العامة في مفهومها ومضمونها، يستدعي ذلك بقاء حركية الاجتهاد القضائي خاصة الاداري في تبني الحلول لكل مفهوم مستحدث.

¹ - أنظر في ذلك على سبيل المثال: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية،

محمد الصغير بعلي، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية، رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، جامعة الجزائر، 1991، محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، د م ج، الجزائر، 2005.

محمد السويدي، التسيير الذاتي في التجربة الجزائرية وفي التجارب العالمية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.

² - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، مرجع سابق، ص 447.

2. نشاط المؤسسة العامة ضرورة لتدخل الاجتهاد القضائي:

ان تدخل القضاء الاداري كضرورة في تحديد المؤسسة العامة قد يكون نتيجة تبين النظام القضائي الواجب التطبيق عليها، والذي يدور بينه وبين جهات القضاء العدلي المدني أو التجاري من خلال تحديد معيار طبيعة النشاط. حيث المتعارف عليه في النظرية القضائية، أن النظام القضائي المطبق على المؤسسة العامة يختلف تبعا لمعيار أساسي يفرق بين المؤسسة العامة الادارية والمؤسسة العامة الاقتصادية، وهو معيار طبيعة النشاط. لأنه من حيث المبدأ تطبق على المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي أحكام القانون الخاص، المدني والتجاري، واستثناء تخضع لقواعد القانون العام ولقواعد المسؤولية المرفقية أمام القاضي الاداري. بينما المؤسسة العامة الادارية تخضع لقواعد القانون العام واختصاص القاضي الاداري على العموم. وذلك تطبيقا لنص المواد 07، 55، 56 من القانون رقم: 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية¹.

وهو ذات الحكم في الأمر: 01-04 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، في المواد 2، 5 منه².

فاذا لم يحدد المشرع الطبيعة القانونية للمؤسسة العامة، كان للاجتهاد القضائي دور أساسي في ذلك من خلال معايير متعددة أهمها طبيعة النشاط.

فالحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن المرافق العامة الاقتصادية إن خضعت لآليات القانون العام جملة، فإنها ستلقى منافسة شديدة من جانب المؤسسات الخاصة. ولربما يؤدي إلى زوالها مع مرور الوقت. لذلك اتجه الرأي الحديث في القانون الإداري وقضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى تحرير المرافق الصناعية من قيود القانون العام. وتطبيقا لقواعد وقانون المنافسة.

حيث يصح القول إن نشاط المؤسسة العامة الادارية هو بطيء مقارنة بالمؤسسة الاقتصادية، لارتباط الأولى بوسائل القانون العام، خلاف الثانية المرتبط بوسائل القانون الخاص.

¹ - القانون: 88-01 المؤرخ في: 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الصادر في الجريدة الرسمية ع 2، المؤرخة في: 13 يناير 1988.

² - الأمر: 01-04 المؤرخ في: 20 غشت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها. الصادر في الجريدة الرسمية، ع 47، المؤرخة في 22 غشت 2001.

وتبعاً لذلك الاجتهاد القضائي يحدد معايير أساسية متدخلاً في تحديد المؤسسة العامة وطبيعتها، من بينها معيار القانون الواجب التطبيق والنظام القانوني المطبق، ومعيار الغاية والأهداف، وشكل المشروع أو مظهره الخارجي، وأخيراً معيار طبيعة النشاط، هذا الأخير هو المعيار الراجح فقها وقضاء.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في السلطات الادارية المستقلة.

تمثل السلطات الادارية المستقلة اليوم تحولا جديدا في مهام ووظائف الدولة، وتحولا في التنظيمات الادارية بشكل أساسي، واعادة النظر في أساس قيام الادارة ومبادئ التنظيم الاداري للدولة، منذ أواخر القرن الماضي، بالموازاة مع أزمة الثقة تجاه الدولة، خاصة تجاه الأساليب التقليدية للتدخل في المجال الاقتصادي والاجتماعي. وذلك بمبرر عدم قدرة الدولة للاستجابة لخصوصية بعض القطاعات من جانب، والنزعة السلطوية التي هددت بعض الحقوق والحريات الأساسية من جانب آخر.

حيث يرجع البعض ظهور هذه التنظيمات المستحدثة، الى الدول الانجلوسكسونية بداية بالجلترا تحت تسمية Quangos في القرن الثامن عشر والتاسع عشر، ثم في والوم أ تحت اسم الوكالات المستقلة في نهاية القرن التاسع عشر لضمان ضبط بعض القطاعات الحساسة المتسمة بالتركيب والتقنية مثل قطاع النقل والسكك الحديدية، ثم جاءت في الدول اللاتينية كفرنسا بصورة متأخرة حيث يرجعها البعض الى سنة 1978 وذلك بإنشاء اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، لتدخل في نظم أخرى ومن بينها الجزائر فيما بعد¹.

ففي الجزائر أول سلطة ادارية مستقلة أنشأت تتمثل في المجلس الأعلى للإعلام بموجب القانون 90-07 الصادر بتاريخ: 03-04-1990، ثم تلاها انشاء سلطات ادارية مستقلة أخرى، لعل آخرها السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي والتي انشئت بموجب القانون رقم: 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي².

حيث تطرح هذه التنظيمات الجديدة عدة أسئلة، سواء على المستوى التنظيمي وما اذا كانت تنظيمات ادارية جديدة بجوار التنظيمات التقليدية، وبالتالي هي جزء من السلطة التنفيذية، أم أنها سلطة جديدة تقف بجوار السلطات

¹ - أنظر: الهام خرشي، "السلطات الادارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة"، اطروحة دكتوراة علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014-2015.

² - أنظر: المادة 59 من قانون: 90-07 المؤرخ في: 03-04-1990 الصادر في الجريدة الرسمية والمادة 22 من قانون 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018 تعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في: 10 يونيو 2018، ع 34. ص 11 وما بعدها.

الثلاث التقليدية، التنفيذية والتشريعية والقضائية. ثم مسألة النظام القضائي الفاصل بخصوص منازعاتها ودور القاضي الاداري في ذلك.

وتبعاً لذلك نبين بداية مكانة السلطات الادارية المستقلة في التنظيم الاداري (الفرع الأول)، ثم مدى ضرورة تدخل القاضي الاداري في منازعات السلطات الادارية المستقلة (الفرع الثاني)، ثم نشير الى بعض التطبيقات القضائية بخصوصها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مكانة السلطات الادارية المستقلة في التنظيم الاداري.

يدرج بعض الفقه الهيئات الادارية المستقلة ضمن حركة تحول عامة وعميقة وجذرية تشهدها الإدارة العامة، فهي تركز تحول مزدوج واكب ظهور شكل جديد لتدخل الدولة بواسطة الضبط، ومن جهة أخرى مواكبة تحول في المبادئ التي تحكم التنظيم الإداري¹.

حيث يضع بعض الفقه السلطات الادارية المستقلة ضمن دائرة السلطة الادارية وان لم تكن كلاسيكية فهي ذات خصوصية وأصالة متميزة، ويمثل ذلك جانب من الفقه الفرنسي. وفي اتجاه مقابل خاصة في الفقه الأنجلوسكسوني يضع هذه السلطات كسلطة رابعة بجوار السلطات الثلاث. وقد يكون بين الاتجاهين اتجاه يكيف السلطات الادارية المستقلة ضمن دائرة خاصة ومتميزة.

والمشروع الجزائري أثر عدم الوضوح والتردد في تكييف هذه السلطات الادارية المستحدثة، وذلك من خلال عديد النصوص القانونية المختلفة، ولا أدل على ذلك هو استعماله عديد المصطلحات المتعلقة بتلك السلطات؛ ومن بينها: المؤسسة، السلطة الادارية، الجهاز المستقل، سلطة ضبط مستقلة، سلطة ادارية تتمتع بالاستقلال المالي والاداري².

نبين ذلك على المستوى الفقهي والتشريعي في الآتي:

أولاً: السلطات الادارية المستقلة ادارة عمومية.

المشروع الجزائري أقر الطابع الاداري صراحة، لهيئات معينة، باعتبارها هيئات إدارية غير قضائية، غير خاضعة لسلطة الحكومة أو أي تأثير، حول لها القانون مهمة ضبط بعض القطاعات الحساسة اقتصادياً ومالياً، وكذا ضمان احترام بعض حقوق مستعملي الإدارة³.

¹ - J. CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », Revue Administrative, 1998, n°301, p.43.

² - Voir: Rachid Zouaïma, Les autorités administratives indépendantes et la régulation, p 18-19.

³ - بن زيطة عبد الهادي، نطاق اختصاص السلطات الإدارية المستقلة دراسة حالة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وسلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، مداخلة في الملتقى بجاية السلطات الادارية المستقلة.

حيث القاعدة العامة ان سلطة انشاء السلطات الادارية المستقلة للقانون الصادر عن البرلمان أساسا لا الى التنظيم والذي قد يتدخل في ذلك في حالات استثنائية¹، وذلك بناء على طبيعة المهام وصلاحياتها الموكولة لها وضمانة لاستقلاليتها².

من بينها المجلس الأعلى للإعلام بموجب المادة 59 الفقرة الأولى من القانون رقم: 90-07 المتضمن قانون الاعلام الملغى بموجب قانون 12-05³، وكذا مجلس المنافسة⁴، وسلطة ضبط المياه⁵، وسلطتنا ضبط قطاع الاعلام. وفي حالات أخرى تغاضى عن ذلك كما هو الحال بشأن اللجنة الوطنية للتأمينات، أو اللجنة الوطنية لمكافحة الفساد،

فاذا لم ينص المشرع على تحديد الطبيعة القانونية لهذه السلطات، فانه يلجأ الى الفقه والقضاء لتكملة النقص التشريعي في ذلك، والناظر الى آراء واجتهاد الفقه والقضاء في تكييف السلطات الادارية المستقلة باعتبارها سلطات ادارية يجده اعتمد معيارين اثنين لتبرير ذلك؛ اصدار القرارات الادارية من جانب والخضوع للرقابة القضائية الادارية من جانب ثان بالتبعية⁶.

ومن جهة ثانية الطابع الإداري لهذه الهيئات، يمكن رده لأسباب أخرى، ومن بينها:

أ. السلطات الإدارية المستقلة وسيلة تمّ اللجوء إليها لتلبية حاجيات جديدة لا تصلح لتبليتها المرافق الإدارية التقليدية، لما للمجالات التي تتدخل فيها هذه الهيئات من تعقيد وخصوصية. فهي تقوم بوظيفة التنظيم الملقاة أصلاً على عاتق الدولة، وذلك عن طريق إصدار قرارات نعتبرها إدارية كون هذه السلطات تندرج ضمن من يجوزون السلطة اللائحية⁷.

¹ - عبد الله حنفي، السلطات الادارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 43-44.

² - الهام خرشي، مرجع سابق، ص 124 وما بعدها.

³ - القانون رقم: 90-07 المؤرخ في: 03-04-1990 الصادر في الجريدة الرسمية، ع 14، لسنة 1990. والمتعلق بالإعلام.

⁴ - تنص المادة 23 من الأمر 03-03 المؤرخ في: 19 يوليو 2003 يتعلق بمجلس المنافسة على: "تتشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص مجلس المنافسة، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي...". الصادر في ج ر ع 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003،

⁵ - تنص المادة 65 من قانون 05-12 المؤرخ في: 04 اوت 2005 يتعلق بالمياه الصادر في ج ر، ع 60، المؤرخة في: 04-11، 2005 على: "يمكن أن تمارس مهام ضبط الخدمات العمومية للمياه سلطة ادارية مستقلة...".

⁶ - قويدر منقور، "السلطات الادارية المستقلة المعنية بضبط التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين وحقوق المستهلكين دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2014-2015، ص 47.

⁷ - أيت وزو زينة، "دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة: في شرعية سلطات الضبط المستقلة"، مداخلة في الملتقى بجاية السلطات الادارية المستقلة.

ب. إن القرارات التي تصدرها هذه الهيئات قابلة للطعن أمام القضاء الإداري¹ وحتى القضاء العادي، كما أن الموظفين العاملين بها يخضعون للقواعد العامة المطبقة في مجال الوظيفة العامة مع إمكانية تطبيق قواعد ومعايير خاصة عليهم.

ج. تأثر الدولة الجزائرية بالمؤسسات المصرفية الدولية بما يلزمها من اصلاحات اقتصادية تنحو نحو اقتصاد حر ومعدل مياشم بنزع الحواجز الاقتصادية وتحرير عوامل الانتاج من سلطة المؤسسات العمومية، فما كان من حل الالفويض السلطات العمومية الجزائرية تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية الى هيئات ادارية مستقلة لا تخضع للوصاية الادارية وتتصرف طبقا لقواعد القانون الخاص، سميت بالسلطات الادارية المستقلة تتكفل أساسا بوظيفة الضبط الاقتصادي كمرحلة انتقالية².

والملاحظ في هذا السياق أن رمضان غناي يعتبر السلطات الادارية المستقلة جميعها تأخذ الطابع الاداري - وهذا لا يمكن التسليم به بصفة مطلقة - معتمدا على المشرع الذي كرس في أغلب نصوصه ذلك، فهو يتكلم على صنف معين ن السلطات الادارية المستقلة وهي السلطات الاقتصادية أساسا، وهناك أصناف أخرى.

أما على مستوى الاجتهاد القضائي فقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي الطابع الإداري للهيئات الإدارية المستقلة، بالنظر إلى طرق الطعن في قرارات هذه الهيئات، وكذا بالنظر إلى طبيعة السلطات المخولة لها والمعترف بها للسلطات الإدارية التقليدية.

وفي الجزائر، أقرّ مجلس الدولة بالطابع الإداري لبعض السلطات الادارية المستقلة ومن ذلك اللجنة المصرفية، وذلك في قرار صادر عنه بتاريخ: 8-05-2000 في قضية يونين بنك ضدّ محافظ بنك الجزائر³.

وحتى بخصوص القضاء الدستوري، فقد أقرّ المجلس الدستوري في فرنسا بالطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة، وذلك في حكم صادر متعلق بمجلس المنافسة الفرنسي، صادر في 23/01/1987 جاء فيه: «مجلس المنافسة هو هيئة إدارية، وهو مدعو للقيام بدور هام في تطبيق القواعد المتعلقة بقانون المنافسة...»⁴.

¹ - إن القرارات الفردية المتخذة من طرف مجلس النقد والقرض مثلاً، واللجنة المصرفية ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وسلطة ضبط البريد والمواصلات، ولجنة ضبط الكهرباء والغاز، والوكالتين المنجميتين خاضعة لرقابة مجلس الدولة.

² - رمضان غناي، "سلطات ادارية من نوع جديد: سلطات الضبط الاقتصادي"، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2007، ص 106-107.

³ - DIB Said, La nature du contrôle juridictionnel des actes de la commission bancaire en Algérie, Revue Banque et Droit, n° 80, Nov-Dec 2001.

⁴ - عبد الله حنفي، مرجع سابق، ص 66 - 67.

كما أن السلطات الإدارية المستقلة لا تملك سلطة تنظيمية بمعنى الكلمة، فهي تتخذ قرارات وتصدرها دون إصدار أحكام في حال مخالفتها، إنها لا تشكل هيئات قضائية، فقراراتها ليست مصبوغة بحجية الشيء المقضي فيه¹. وفي هذا السياق، يرى الأستاذين فيدال وديفولفي أنه عندما يكون الحكم غير قابل للطعن أو النقض فإنه يصبغ بحجية الشيء المقضي فيه، وبذلك يندرج في الإطار القانوني فلا يمكن مخالفته أو نقده²، لكن لا نجد هذا الأمر بالنسبة للقرارات التي تتخذها السلطات الإدارية المستقلة والتي لا تعتبر نهائية بل تخضع لقضاء الإلغاء أمام القضاء الإداري كما يمكن أن تكون موضوع طعن أمام القضاء العادي³.

ان إدخال الهيئات الإدارية المستقلة في النظام الإداري لا يمكن التسليم به بصورة مطلقة، كما لا يقبل بسهولة الحلول المكرسة في النظام الفرنسي رغم نقل النصوص المنظمة لهذه الهيئات من القانون الفرنسي، إذ هناك اختلاف كبير بين النظامين الإداريين الفرنسي والجزائري، فالسمة الأساسية للنظام الإداري الجزائري هي تمركز السلطة بين أيدي الهيئة التنفيذية، التي لا تقبل التنازل عن الاختصاصات إلا برقابة شديدة على الهيئات المتنازل لها⁴.

التحليل يبين أن السلطة التنفيذية تستورد فئات قانونية من الدول الليبرالية وتفرغها من جوهرها، فإذا كان القانون يكرس استقلالية هذه الهيئات إلا أن السياسة تعمل لتدمير معناها، فتصبح عدم جدوى القواعد القانونية ممارسة شائعة⁵.

ثانيا: السلطات الادارية المستقلة سلطة رابعة.

يرى اتجاه من الفقه ان السلطات الادارية المستقلة هي سلطة رابعة، وذلك لأنه لا يمكن إلحاقها بالسلطات الثلاث من جانب السلطة التنفيذية والسلطة القضائية والسلطة التشريعية، وفي المقابل المبدأ المشهور دستوريا ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات لم يتكلم في فكرة ثلاثية السلطات، إنما في فصل السلط، وعلى ذلك لا يوجد مانع من وجود سلطة رابعة بجوار السلطات الثلاثة.

وبالتالي القول بان السلطات الادارية المستقلة سلطة رابعة، يرجعه البعض الى التفسير المرن لمبدأ الفصل بين السلطات، وتوزيع السلطات في الفقه الأمريكي، مما سمح بوجود سلطة رابعة خارج الثلاثية الكلاسيكية⁶.

¹ - آيت وزو زينة، "دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة: في شرعية سلطات الضبط المستقلة"، مداخلة في ملتقى جامعة بجاية السلطات الادارية المستقلة.

² - Georges VEDEL, Pierre DEVOLVE, Droit administratif, presses universitaires de France, Paris, 1990, p312-326.

³ - كما هو الشأن بالنسبة لقرارات مجلس المنافسة. أنظر: آيت وزو زينة، المرجع نفسه.

⁴ - R. ZOUAIMIA, «L'introuvable pouvoir local », Insaniat (Revue Algérienne d'Anthropologie et des Sciences Sociales), n°16, 2002, p. 31.

⁵ - R. ZOUAIMIA, « Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien », Revue Idara, n°, 2001, p. 125.

⁶ - أنظر: الهام خرشي، مرجع سابق، ص 106-107.

حيث مبرر التفسير المرن لمبدأ الفصل بين السلطات يتركز أساسا على نقد نظرية مونتسكيو بداية على اعتبار أنه لم يكن يتوقع الضرورات المؤسساتية والوظيفية المستقبلية، حتى يحجر عدد السلطات بثلاث فقط. كما أن التفسير المرن الوظيفي هو المعول عليه في الفقه الدستوري أساسا، ذلك الذي دعا الى وجود سلطات رابعة من قبيل الوكالات المستقلة في النموذج الأمريكي¹.

كما أن الفقه يرى أنه لا يوجد أي مبدأ دستوري يقف أمام الاعتراف بدستورية "السلطة الرابعة"، كما أشار الى ذلك الفقيه J.Loutin: "انه من المشروع المرافعة لمساندة نموذج مؤسساتي هجين واستثنائي وكما يسميه J.Chevallier حركة تعدد مراكز القرار والمسؤولية من خلال نقل مركز ممارسة السلطة التنظيمية وتوزيع وتكسير السلطة"².

وحل النصوص التشريعية في الجزائر، كما يقول زوايمية رشيد متفقة على منح الطابع السلطوي للسلطات الادارية المستقلة، ويتجلى ذلك في سلطة الأمر والنهي من جانب وسلطة اصدار قرارات بالإرادة المنفردة³.

وبالتالي اعتبار السلطات الادارية المستقلة هي سلطة " رابعة "، يجد مبرره من المنظومة التشريعية المؤسسة والمنظمة لهذه الهيئات والسلطات حيث منحت بموجبها سلطات تنظيمية وسلطات قمعية وزجرية في توقيع الجزاءات.

وقبل ذلك هو إطلاق المشرع في كثير من الأحيان تسمية لها مصطلح " السلطة " عليها. ومن قبيل ذلك نص قانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في المادة 22 منه على:

" تنشأ لدى رئيس الجمهورية، سلطة ادارية مستقلة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، يشار اليها أدناه " السلطة الوطنية " يحدد مقرها الجزائر العاصمة...".

ومن بين السلطات القمعية، للسلطات الادارية المستقلة لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ما جاء في نص المادة 25 - 11 من القانون المتعلقة بمهامها ومن بينها: " - اصدار عقوبات ادارية وفقا لأحكام المادة 46 من هذا القانون.".

1 - أنظر: الهام خرشي، مرجع سابق، ص 107.

2- Chevallier,J: Les enjeux de la déréglementation, RDP, n 01, janvier- fevrier, 1987, p319
نقلا عن قوراري مجدوب، المجدوب، " مكانة الهيئات الادارية المستقلة في النظام الاداري الجزائري "، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، المغرب، ع 5، ديسمبر 2013، شبكة الانترنت. 03-06-2018. الساعة 22.51 ليلا.

3- ZOUAIMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Edition Belkeise, Alger,2012, p 23.

والملاحظ في مدى شرعية الجزاء الاداري، يرى ان الواقع الجزائري منذ غداة الاستقلال وتبني الخيار الاشتراكي كان هناك تطبيق فعلي لهكذا جزاءات، خاصة في المجال الاقتصادي، في مجال الضرائب والجمارك كمثال عن ذلك، ثم تبني المشرع منح سلطة الجزاءات الادارية للسلطات الادارية المستقلة بعد تبني خيار اقتصاد السوق، ولعل برهان ذلك انتعاش نظرية العقوبات الادارية فقهيًا وتشريعيا في النظم المقارنة والنظام القانوني الجزائري.

أما السلطات التنظيمية الممنوحة للسلطات الادارية المستقلة فهي بداية مزاحمة لسلطة رئيس الجمهورية والوزير الأول في ممارسة هذه السلطة على اعتبار ان اعضاء السلطة التنفيذية يمثلون أصحاب الاختصاص الأصيل لممارسة هذه الصلاحية، بالتالي السلطات المستقلة تمارسها باعتبارها جزءا من الادارة العامة والسلطة التنفيذية لكن بصورة ضيقة تنحصر في مجالات تقنية وفنية محددة قانونا¹.

ثالثا: السلطات الادارية المستقلة ذات طبيعة خاصة.

لما كان هناك خلاف فقهي في تحديد الطبيعة القانونية للسلطات الادارية المستقلة، بين من يراها ادارية ومن يراها

سلطة رابعة، يتجه رأي ثالث معتبرا اياه ذات طبيعة خاصة - لا ادارية ولا سلطة مستقلة.

إن كان من المستقر وجود ثلاث سلطات تقليدية (تنفيذية، تشريعية وقضائية)، فإن هذه السلطات الإدارية المستقلة لا يمكن اعتبارها سلطة رابعة وهذا ما ذهب اليه بعض الفقه الفرنسي، بل هي هيئات استحدثت بغية الحفاظ على تطبيق القانون في مجال الاختصاص المخصص لها. وعلى سبيل المثال القانون المتعلق بالنقد والقرض الجزائري الذي أقر في نص المادة 105 منه على أن اللجنة المصرفية مكلفة بـ: "مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها"²

فالسطات الادارية المستقلة ليست جهة ادارية وليست سلطة رابعة، بل تنظيم ذو طابع متميز وخاص.

الفرع الثاني: ضرورة تدخل القاضي الاداري في منازعات السلطات الادارية المستقلة.

هل هناك حاجة وضرورة لتدخل القاضي الاداري لحل نزاعات السلطات الادارية المستقلة؟

أولا: هل هناك منازعة للسلطات الادارية المستقلة؟

قصد تحديد امكانية التدخل للقاضي الاداري في منازعة السلطات الادارية المستقلة، نبحت بداية في وجود منازعات السلطات الادارية المستقلة وموضوعها. فلما نحدد موضوع منازعات السلطات الادارية المستقلة يمكننا أن نحدد مدى ضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهادا بخصوصها.

¹ - أنظر: قويدر منقور، مرجع سابق، ص 41-42.

² - حدري سمير، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية والمالية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بوقرة - بومرداس 2006، ص 30.

1. تشعب مجالات وموضوعات السلطات الادارية المستقلة:

أكد مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لسنة 2001 أن كل سلطة من السلطات الادارية المستقلة هي استجابة لحاجة معينة وحلا لمشكل معين¹.

وتبعاً لذلك مبررات وجود هذه السلطات متعددة ومتنوعة، تدور في أغلبها لمبررين أساسيين؛ وهما الضبط باعتباره الوظيفة الحيوية والمبرر الجوهرى لها، وتمكين الحقوق من جهة ثانية².

1-1- "ضبط" السلطات الادارية المستقلة مبرر لتدخل الاجتهاد القضائي الاداري:

الوظيفة الملازمة للدولة في النظرية القانونية الادارية والدستورية تتمثل في الضبط أساساً، حيث لا يمكن للدولة ان تتخلى عن هذه الوظيفة التقليدية مادامت هناك حاجة للإبقاء عن فكرة الدولة. والفقهاء عموماً يرى في الضبط المبرر الأول الجوهرى الذي أنشئت من أجله السلطات الادارية المستقلة.

وفي تحديد المقصود بالضبط، يمكن القول إن النظر في ذلك يمكن أن يستند لعلوم شتى، غير أننا يمكن أن نوجز ذلك في إطار القانون أساساً، أي المقاربة القانونية للمصطلح، حتى نبين مدى ضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهاداً عند نظر منازعة لسلطة ادارية مستقلة؟

يرى بعض الفقهاء الفرنسي ان الضبط في نظرية القانون يعبر عن تحول النظام القانوني في الدولة، وانتقال من القانون المجرد الى القانون الواقعي، ومقاربة جديدة لإنتاج قواعد القانون، كما يمثل نموذج حديث للتدخل الاداري من خلال تنظيمات جديدة ومن بينها السلطات الادارية المستقلة³.

ولعله من المفيد تبين مجالات الضبط حتى يتبين المفهوم بأكثر دقة؛ فبعضه يتطرق لمجال ضيق له يخص المجال الاقتصادي في إطار فتح السوق على المنافسة، وهذا الفهم للضبط يعبر عن المنظور الاقتصادي وهو مفهوم قاصر بالتأكيد للتعبير عن كنه المفهوم بشمولية أكبر⁴.

¹ - Conseil d'Etat, réflexions sur les autorités administratives indépendantes, rapport public, E.D.C.E, n°52, 2001, <http://www.Ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics064000245/index.shtml>, p.261..

- الهام خرشي، مرجع سابق، ص 47.

² - الهام خرشي، مرجع نفسه، ص 49 وما بعدها.

³ - أنظر: نور الدين بري، "محاضرات في قانون الضبط الاداري"، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ماستر قانون اعمال، قسم قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015-2016، ص 7.

⁴ - أنظر: الهام خرشي، مرجع سابق، ص 56.

غناي رمضان، سلطات ادارية من نوع جديد، سلطات الضبط الاقتصادي، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

فمجلس الدولة الفرنسي في تقرير له سنة 1983 صنف السلطات الادارية من حيث تدخلها الى ثلاثة أصناف: سلطات نشاطها يخص مجال حماية المواطنين، وسلطات نشاطها مجال اقتصاد السوق، وثالثة مجالها الاتصال والاعلام¹. وبالتالي يمكن القول وفقا لذلك، أن الضبط يتعلق بالمجالات الثلاثة ولا يتعلق فقط بمجال اقتصاد السوق. لذلك يعبر الضبط في مجالاته عن عناصر متعددة، أهمها المجال الاقتصادي والمجال الاجتماعي وحماية حقوق وحريات المواطنين، اضافة الى مجال الاعلام.

أما على المستوى التشريعي، فإن المشرع الجزائري عرف الضبط في المادة 03 من الأمر: 03-03 المتضمن قانون المنافسة على النحو الآتي²:

" الضبط: كل اجراء أيا كانت طبيعته صادر عن أي هيئة عمومية يهدف بالخصوص الى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها الدخول اليها وسيورها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف اعوانها وذلك طبقا لأحكام هذا الأمر".

والباحث يرى؛ أنه إذا كان الضبط من معانيه وضع قواعد قانونية من هيئات السلطات الادارية المستقلة في إطار تنوع مصادر القاعدة القانونية، فإنه من باب الأولى التأكيد على هذه السلطة للقاضي الاداري بوصفه السلطة الفاصلة في بعض منازعات السلطات الادارية المستقلة كما سنبين بعد قليل.

1-2- تمكين الحقوق من السلطات الادارية المستقلة مبرر لتدخل الاجتهاد القضائي الاداري:

- 1 - منقور قويدر، مرجع سابق، ص 29.
- ومن نماذج هذه السلطات الادارية المستقلة في النظام الجزائري على سبيل المثال:
- لجنة ضبط الكهرباء والغاز سنة 2002.
- لجنة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية سنة 2000.
- سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه سنة 2005، والتي تم حلها.
- مجلس المنافسة 2003.
- سلطة ضبط المحروقات والوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات سنة 2005.
- سلطة ضبط النقل سنة 2002.
- لجنة رقابة التأمينات سنة 2006.
- مجلس النقد والقرض قانون: 90-10
- لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المرسوم التشريعي: 93-10.
- سلطة ضبط الصحافة المكتوبة قانون عضوي: 12-05.
- سلطة الضبط السمعي البصري قانون 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري.
- 2 - الأمر: 03-03 المؤرخ في: 19 جويلية 2003 الصادر في ج ر ع 43، الصادرة في: المتضمن قانون المنافسة، المعدل والمتمم بقانون: 10-05 المؤرخ في: 15 أوت 2010، ج ر ع 46، صادرة في: 17-08-2010.

ان التنظيم الاجتماعي هو دائم الحركية والتطور، سواء في مجال الوسائل المادية والتي من بينها الوسائل التكنولوجية، ومثلها الاعلام الآلي وتكنولوجيات الاتصال الحديثة من جانب، وفي مجال التمتع بالحقوق والحفاظ عليها، حيث تطورت منظومة الحقوق وبرزت فئات متعددة بخصوصها. وبالتبعية صاحبها تهديدات عديدة وقوية لها نتيجة التطورات السالفة الذكر.

حيث وقفت التنظيمات الادارية الكلاسيكية عاجزة عن حماية الحقوق القديمة والحديثة، وذلك أدى الى تبني تنظيم السلطات الادارية المستقلة كأجهزة مستحدثة قصد تمكين الحقوق من جهة لمستحقيها وحمايتها من جانب ثان. فالسلطات التقليدية الثلاثة، وقفت عاجزة في تمكين الحقوق وحمايتها، على اعتبار أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القانون والذي من المؤكد يعتبر محدد لكثير الحقوق المتعلقة بالأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية المنشئة من قبلها، باعتبارها عامة ومجردة، تحول الأمر الى ضرورة وضع قواعد قانونية تفاوضية، مرنة ومتأقلمة ومتكيفة مع الواقع والاحتياجات المتجددة. وذلك لا يتحقق الا بسلطات ادارية مستقلة، كتنظيم جديد. أما بخصوص السلطة القضائية، والتي تعد بلا منازع ضامن حقيقي للحقوق والحريات، فان تدخلها يكون بالأساس عند حالة التعدي على الحق، ك معالجة ردعية. وهنا نجد السلطات الادارية الضابطة كحامي وقائي للحقوق حيث تتدخل بالأساس قبلًا قبل التعدي على الحق، منظمة وضابطة ومقيدة، وبالتالي فعاليتها في هذا الإطار لا يمكن انكارها.

فحق الفرد في حماية حياته الخاصة ضد أخطار الاعلام الآلي وفي حرية وتعددية وموضوعية وسائل الاعلام السمعية والبصرية بعيدا عن احتكار مؤسسات الدولة، وحقه في الاطلاع على الوثائق الادارية التي تهمه وعدم الاحتجاج في مواجهته بمبدأ السرية، وحقه في حماية سلامته من المنتجات المعيبة والخطرة والتعاقدات المجحفة. كل ذلك أدى الى ضرورة تدعيم السلطات الادارية التقليدية بسلطات مستحدثة تتمتع بجانب من الاستقلالية والحيادية حتى تساهم في تمكينه من هذه الحقوق وحمايتها وجبر الأضرار التي قد تلحقه، وفتح الفرصة والمجال للمشاركة لعدد أوسع من ذوي الخبرة والاختصاص، وضمان الفعالية والسرعة والمرونة والتكيف مع قطاعات مركبة ومتطورة.

2. القاعدة المرنة للسلطات الادارية المستقلة.

ان السلطات الادارية المستقلة في ظل الحركة العامة لشفافية العمل الاداري والتي انشأت من أجله، بقي محتاج الى تدخل طرف ثالث - القاضي - لحل أي خلاف ونزاع بينها وبين المخاطبين بأعمالها، وذلك في ظل السرية التي قد تمارسها بعض أعمالها وعدم اشراك جميع أصحاب المصلحة في سن قراراتها¹.

¹- Voir; .Thomas Perroud, La fonction contentieuse des autorités du régulation en France et ou royome- uni. Doctora paris 1, sorbone, 2011, p 658.

فاليئات الادارية المستقلة تساهم بشكل كبير في تطوير قواعد القانون بصفة عامة والقانون الاداري بصفة خاصة. من خلال انتاج قواعد وأدوات قانونية جديدة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية المجالات التي تنشط فيها، وبالحصوص في المجال الاقتصادي.

حيث شهدت السنوات الأخيرة تطورا مطردا لهذا الصنف من القواعد بما يعرف بالقانون المرن في مقابل القانون التقليدي الأول ان صح التعبير، حيث طرح على بساط البحث مدى امكانية الطعن على هذا الصنف الجديد من القانون المرن أمام القاضي الاداري؟ وهل يجسد تطبيقه منازعة ادارية أم لا تبعا لذلك؟
فالقاضي الفرنسي الى وقت غير بعيد كان يرفض قبول الطعن ضد القانون المرن والذي يمثل عملا صادر عن السلطات الادارية المستقلة، استنادا الى عدم استيفاءها للشروط المتعلقة بالقرارات القابلة للطعن بالإلغاء، ولافتقارها للصبغة التنفيذية والطابع الأمر، والتي من شأنها أن تحدث تغييرا في الوضعية القانونية للطاعن.
غير أن العمل الاجتهادي لمجلس الدولة الفرنسي المتواصل، وحرصا على ضمان الحقوق والحريات وتطبيقا لمبادئ المشروعية القانونية، تبنى سلطة رقابة القانون المرن بما يتضمنه من قواعد .

وعموما تبقى فكرة " القانون المرن " مستحدثة، وتستوجب اجتهادا أصيلا فقهيها وقضايا متواصلا.

ثانيا: التكريس القانوني لسلطة القاضي الاداري في منازعة السلطات الادارية المستقلة.

ان رقابة القاضي الاداري الجزائري لأعمال السلطات الادارية المستقلة من خلال الموقف التشريعي تفتقر الى رؤيا متناسقة، وذلك من خلال التمييز في جواز الطعن القضائي في قرارات بعض السلطات الادارية المستقلة بين التضييق والاتساع أحيانا في نفس قرارات السلطة المعنية، ومنع الرقابة كليا على بعضها وتحصنها مثل لجنة ضبط الكهرباء والغاز، واعمال الرقابة القضائية على السلطات الأخرى مثل قرارات سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية دون أي مبرر لذلك¹.

غير أن غياب الرؤية التشريعية الواضحة بخصوص النظام القانوني للرقابة القضائية على الهيئات الادارية المستقلة لم تحل دون اقرار سلطة رقابة القاضي الاداري الجزائري لقراراتها، على غرار نظيره القاضي الاداري الفرنسي والتونسي أيضا، تجسيدا لدولة القانون².

فالأصل في عمل السلطات الادارية المستقلة هو ضبط وتمكين للحقوق كما أشرنا سابقا، ضبط يخص المجال الاقتصادي بدرجة أولى، وضبط يخص المجال الاعلامي.

¹ - أنظر: الهام خرشي، مرجع سابق، ص 293-294-295.

² - أنظر: مراد بن مولي، "الرقابة القضائية على قرارات الهيئات الدستورية المستقلة، أعمال الملتقى العلمي للهيئات الدستورية المستقلة: أي تكريس؟"، 1-2 مارس 2018، منشور، ص 90 وما بعدها.

وإذا كان البعض يشير الى سلطة القاضي في رقابة القرارات العقابية لهذه السلطات كضمانة للأشخاص لاحترام السلطات الادارية المستقلة للضمانات الموضوعية والاجرائية السابقة عند توقيع العقوبات¹. فان سلطة القاضي قد تقترب كذلك لدراسة مدى مشروعية الاعمال السابقة عن الجزاءات الادارية التي تأتيها السلطات الادارية المستقلة، من قبيل السلطات التنظيمية والتراخيص الادارية. حيث وزع المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي الاختصاص في نظر الطعون ضد أعمال السلطات الادارية المستقلة بين القاضي الاداري والقاضي العادي.

حيث مبدأ الخضوع للرقابة القضائية من قبل هذه السلطات مكرس دستوريا وتشريعيا.

1. في الدستور:

فالمادة 164 من الدستور الجزائري تنص على: "يحمي القضاء المجتمع وحرية وحقوق المواطنين طبقا للدستور"².

والمادة 168 منه تنص على: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الادارية"³، وهو ما ينطبق بالضرورة على السلطات الادارية المستقلة⁴.

أي أن المشرع الجزائري أعتمد مبدأ ازدواجية الرقابة القضائية على أعمال السلطات الادارية المستقلة، وذلك من خلال اختصاص كل من القاضي الاداري والقاضي العادي في نزاعاتها. على اعتبار أن مجلس الدولة هو القاضي الطبيعي الأعلى للإدارة العمومية كأصل عام في كل ما يمكن ان تتخذه السلطات الادارية المستقلة في المجال الضبطي. وكاستثناء أخضع القرارات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن مجلس المنافسة الى رقابة القاضي العادي⁵.

ويرجع الأساس القانوني لرقابة القاضي الاداري لأعمال السلطات الادارية المستقلة الى عدة نصوص قانونية، ومنها القانون العضوي رقم: 98-01 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم، اضافة الى نصوص تأسيسية متعلقة بها.

¹ - الهام خرشي، مرجع سابق، ص 336.

² - دستور 1996 المعدل والمتمم الجزائري، المادة 164.

³ - دستور 1996 المعدل والمتمم الجزائري، المادة 168.

⁴ - أنظر: سماح فارة، الرقابة القضائية على أعمال السلطات الادارية المستقلة في الجزائر، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، ع 20 جوان 2017، ص 275.

⁵ - أنظر: المادة 63 من الأمر: 03-03 المتضمن قانون المنافسة.

2. في القانون العضوي: 01-98:

القانون العضوي رقم: 01-98 المتعلق بمجلس الدولة في نص المادة 9-01 منه يؤسس لإمكانية الطعن في قرارات السلطات الادارية المستقلة، وذلك بتكليفها ضمن الهيئات العمومية الوطنية، لأنها لا يمكن ان تدرج ضمن السلطات الادارية المركزية والمنظمات المهنية الوطنية¹.

حيث لا يمكن اعتبار السلطات الادارية المستقلة من السلطات الادارية المركزية، على اعتبار أن هناك استقلال بين السلطات الأولى مع السلطة التنفيذية، كما لا يمكن اعتبارها - السلطات الادارية المستقلة - منظمات مهنية وطنية، لكونها لا تتعلق بتنظيمات مهنية. لذلك عدها أغلب الفقه الجزائري من قبيل الهيئات العمومية الوطنية. وهنا يقول رشيد خلوفي ان الهيئات العمومية الوطنية يتميز مفهومها بنوع من العمومية والتجريد وعدم التحديد، وذلك ما يسمح بإدراج بعض الهيئات ومن بينها السلطات الادارية المستقلة ضمن مضمونها².

3. في النصوص التأسيسية للسلطات الادارية المستقلة:

أما على مستوى النصوص التأسيسية للسلطات الادارية المستقلة والتي أقرت اختصاص القاضي الاداري الرقابي عليها، نجد:

قانون: 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، في المادة 17 منه أقرت جواز الطعن في قرارات مجلس سلطة الضبط أمام مجلس الدولة³.

وفي قانون رقم: 01-02 المتعلق بالكهرباء والغاز وتوزيع الغاز بالقنوت، أخضعت المادة 139 منه القرارات الصادرة عن لجنة ضبط الكهرباء والغاز الى الطعن أمام مجلس الدولة⁴.

الأمر رقم: 03-03 المتضمن قانون المنافسة في المادة 19 منه أخضع قرارات رفع التجميع الصادرة عن مجلس المنافسة لرقابة مجلس الدولة⁵.

¹- Voir: Zouaima Rachid, Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien, Idera n 1, alger, 2005, p.p 16-18.

Op cit, .p.p 16-18.

2 - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، تنظيم واختصاص القضاء الاداري، د م ج، الجزائر، 2007، ص 413.

³ - تنص المادة 17 من قانون: 03-2000 المؤرخ في: 05 غشت 2000، الصادر في ج ر المؤرخة في: 06 غشت 2000، ع 48، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية: "يجوز الطعن في قرارات مجلس سلطة الضبط أمام مجلس الدولة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغها، وليس لهذا الطعن أثر موقف".

⁴ - تنص المادة 139 من القانون: 01-02 يتعلق بالكهرباء والغاز بواسطة القنوت: "يجب أن تكون قرارات لجنة الضبط مبررة. ويمكن أن تكون موضوع طعن قضائي لدى مجلس الدولة".

⁵ - تنص المادة 19 من الامر 03-03 يتعلق بالمنافسة: "... يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

وذات الحكم كرس في المرسوم التشريعي: 93-10 الذي اخضع القرارات التأديبية الصادرة عن الغرفة التأديبية والتحكيمية الموجودة على مستوى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها لرقابة مجلس الدولة¹ والقانون رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض في المادة 87 منه أجاز امكانية الطعن أمام مجلس الدولة في كل من قرار الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية يحكمها القانون الجزائري، وفي قرار الترخيص بفتح مكاتب تمثيل للبنوك الأجنبية، وقرار الترخيص بفتح فروع في الجزائر للبنوك والمؤسسات الأجنبية. وفي المادة 107 منه أجازت الطعن أمام مجلس الدولة في قرار اللجنة المصرفية المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتا، أو المصفي، والعقوبات التأديبية¹.

والقانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمي البصري في المادة 105 منه امكانية الطعن في قرارات سلطة الضبط السمي البصري المتعلقة بالعقوبات الادارية أمام الجهات القضائية الادارية².

والقانون العضوي رقم: 12-05 المتعلق بالإعلام، أقر في المادة 14 منه امكانية الطعن في قرار رفض منح الاعتماد من سلطة ضبط الصحافة المكتوبة أمام الجهة القضائية المختصة. والذي يشير رشيد زوايمة بانها محولة لمجلس الدولة نظرا لطبيعة عملها³.

غير أن بعض من أراء الفقه الجزائري، انتقد تدخل القوانين العادية المتعلقة بالسلطات الادارية والمحددة لاختصاص مجلس الدولة لرقابة قرارات تخصصها، لمخالفة الدستور في ذلك⁴.

ومن التطبيقات القضائية للرقابة على أعمال السلطات الادارية المستقلة، نجد مجلس الدولة الجزائري وقف على عيب عدم الاختصاص الشخصي في بعض قراراتها، ومن ذلك في قراره المتعلق بقضية يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر والذي جاء فيه: "...حيث أن المدعية تتمسك بأن المقرر المطعون فيه يشكل عقوبة تأديبية لا يمكن اصدارها الا

¹ - أنظر المادتين: 87 و 107 من الأمر: 03-11 المؤرخ في: 26 غشت 2003، الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في: 27 غشت 2003، ع 52. المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

² - انظر المادة 105-02 من القانون: 14-04 المؤرخ في: 24-2-2014 الصادر في ج ر المؤرخة في: 23-03-2014، ع 16 النشاط السمي البصري.

³ - أنظر: المادة 14 من قانون: 12 05 المؤرخ في: 12 يناير 2012، الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في: 15 يناير 2012، ع 2، يتعلق بالاعلام.

⁴ - Voir: Zouaima Rachid, le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit Algérien, ibid, p 11.

أنظر: نصر الدين بن طيفور، "ملاحظات حول قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية ومجلس الدولة"، المجلة النقدية للعلوم السياسية والقانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع 02، 2011، ص 111.

وعمار بوضياف، المعيار العضوي واشكالاته، دفاتر السياسية والقانون، مرجع سابق، ص 13.

من طرف اللجنة المصرفية وذلك تطبيقا للمادة 156 من القانون 90-10 المؤرخ في: 14-04-1990 المتعلق بالنقد والقرض وبالتالي مشوب بعيب تجاوز السلطة.

حيث أن مجلس النقد والقرض يتمتع بصلاحيات من بينها اعداد الأنظمة في مسائل الصرف واتخاذ قرارات بتفويض السلطة في مسائل تطبيق تنظيم الصرف التي يصدرها وينفذها المحافظ.

حيث يستخلص من ذلك أنه لا يمكن للمحافظ اتخاذ قرارات في مسائل تنظيم الصرف لكنه ملزم بتنفيذ المقررات المتخذة من مجلس النقد والقرض.

حيث أن المحافظ وباتخاذ مقرر السحب المؤقت لصفة الوسيط الممنوحة للمدعية فإنه تجاوز سلطته وبالتالي فان مقرره مشوب بعيب البطلان¹.

كما صدر عن مجلس الدولة قرار متعلق بعيب عدم الاختصاص الزماني، متعلق بقرار صادر عن اللجنة المصرفية بتعيين متصرف اداري مؤقت لدى البنك الجزائري الدولي جاء فيه:

" حيث أنه وخلافا لادعاءات المعارض والمتدخلين فان عهدة اعضاء اللجنة المصرفية لم تنقض مدتها بعد بما أنه تم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي مؤرخ في 03-05-1997 لمدة خمس سنوات.

وان القرار المطعون فيه صدر قبل انقضاء عهدة اعضاء اللجنة بثلاثة أشهر..

حيث وبالنتيجة فان المعارضين غير محقين في طلب ابطال قرار اللجنة المصرفية"².

وفي قرار مجلس الدولة الجزائري المتعلق باللجنة المصرفية السابق ذكره، تطرق لمشروعية التسبيب حيث جاء فيه:

" حيث وبشأن التسبيب فان القرار المطعون فيه تأسس على معلومات بلغت الى علم بنك الجزائر من شأنها الاخلال بالشروط العادية للتسيير.

حيث أن هذا التسبيب كافي بناء على أحكام المادة 155 من القانون 90-10 المؤرخ في: 14-04-1990 التي تحدد الظروف المستوجبة لتعيين متصرف اداري مؤقت

حيث أن القرار المطعون فيه تم اتخاذه من طرف اللجنة في إطار المادة 155 فقرة 2 وعلى ضوء وثائق وجهت له من طرف محافظي حسابات وبعض المساهمين تبرز صعوبات التسيير وكذا خلافات بين المساهمين من شأنها الاضرار بمصالح الغير"³.

¹ - قرار مجلس الدولة، ملف رقم 002138، جلسة 08 ماي 2000 قضية يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر، قرار منشور مجلة مجلس الدولة، ع 6، 2005، ص 76.

² - قرار مجلس الدولة، ملف رقم 101210، جلسة 01-04-2003، قضية البنك الجزائري الدولي ضد محافظ البنك المركزي زمن معه، قرار منشور مجلة مجلس الدولة، ع 3، 2003، ص 136 وما بعدها.

³ - قرار مجلس الدولة، ملف رقم 101210، جلسة 01-04-2003، قضية البنك الجزائري الدولي ضد محافظ البنك المركزي زمن معه، قرار منشور مجلة مجلس الدولة، ع 3، 2003، ص 136 وما بعدها.

وفي نفس القرار تطرق الى رقابة الاجراءات المتخذة من قبل اللجنة المصرفية، من حيث تكييفها كونها اجراءات ادارية وليست تأديبية:

" .. حيث وعلاوة على ذلك وبموجب مداولة مؤرخة في 03-01-2002 قررت اللجنة المصرفية القيام في عين المكان وتم ايداع تقرير إثر هذه المراقبة الذي أكد على الصعوبات المالية وصعوبات تسيير بنك الجزائر الدولي AIB. حيث من جهة أن هذا الاجراء التحقيقي ليس حضوريا وانما يرمي الى التوصل الى مجرد تدبير تحفظي. حيث ومن جهة أخرى فان هذا القرار المتخذ بمبادرة من اللجنة المصرفية عملا بالمادة 155 فقرة 2 من القانون لا يشكل تدبيرا ذا طابع تأديبي وانما تدبيرا لا يخضع للإجراءات المنصوص عليها في المادة 156 وما يليها من القانون"¹. ان رقابة مجلس الدولة لركني الاختصاص والشكل والاجراءات في قرارات السلطات الادارية المستقلة، يمكن ادراجها في إطار الرقابة العميقة لهاذين الركنين لأنها تخضع في ممارستها لتطبيق النصوص القانونية ولا مجال للتقدير فيها"². وبالتالي يرى الباحث أن مسألة تحرر القاضي الاداري اجتهادا في رقابة المشروعية الخارجية للركنين السابقين، قد يكون أقل مقارنة برقابة المشروعية الداخلية لقرارات السلطات الادارية المستقلة. حيث يكون اعمال النص القانوني أولى من التأويل القضائي.

¹- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 101210، جلسة 01-04-2003، قضية البنك الجزائري الدولي ضد محافظ البنك المركزي زمن معه، قرار منشور مجلة مجلس الدولة، ع 3، 2003، ص 136 وما بعدها.

²- فارة سماح، " الرقابة القضائية على أعمال السلطات الادارية المستقلة في الجزائر"، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، ع 20، جوان 2017، ص 287.

الفصل الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في النشاط الاداري.

يمثل النشاط الاداري في نظرية القانون الاداري محورين أساسيين، نظرية المرفق العام ونظرية الضبط الاداري. حيث الادارة العامة لما تتحرك تمارس نشاطا اداريا ايجابيا يمثل تقديم الخدمة العامة من خلال المرافق العامة، ونشاطا سلبيا يمثل تقييد وتنظيم الحقوق والحريات للمواطن حفاظا على النظام لعام.

نبين في هذا الفصل دور وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في نشاط الادارة العامة في كل من نظرية المرفق العام (المبحث الأول)، ثم في نظرية الضبط الاداري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في نظرية المرفق العام.

المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في نظرية الضبط الاداري.

المبحث الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في نظرية المرفق العام.

يقول محمد أمين بوسماح أن المرفق العمومي يحتل مكانة مرموقة في الفقه الفرنسي، على عكس مكانته في الفقه الجزائري حيث أقل مفاهيم القانون الاداري الجزائري عناية، ويكاد لم يذكر منذ سنوات ما بعد الاستقلال، وقد يكون مرد ذلك تعقده وتغيراته المستمرة، وحتى الدراسات التي تناولته كانت مقتضبة وليست وافية بما فيه الكفاية، بالنظر لمكانة المرفق العام في نظرية القانون الاداري¹.

لكن وفي السنوات الأخيرة خاصة ما بعد دستور 1989 الجزائري، والتحول في طرق ادارة وتسيير المرافق العامة زاد الاهتمام بفكرة المرفق العام في الدراسات الفقهية تحليلا وتطويرا.

فالمرفق العام يدخل في ضمن المفاهيم المؤسسة للقانون الاداري في فرنسا وفي الجزائر، وكان لاجتهادات مجلس الدولة الفرنسي الفضل في تكوين نظرية عامة بخصوصه كمحور للنشاط الاداري. فللقضاء الاداري دور كبير في اقرار وتطوير فكرة المرفق العام، من خلاله مع محكمة التنازع كذلك.

حيث ربط جيز بين المرفق العام والقانون الاداري حين اعتبره حجر الزاوية في القانون الاداري، لذلك يمكن أن نطرح تساؤلا بداية؛ متى نكون أمام مرفق عمومي؟ (المطلب الأول).

ثم يطرح على بساط البحث في نظرية المرفق العام القانون المنظم له، حيث تبنت النظرية القانونية مبادئ رولان الثلاثة الشهيرة باعتبارها مبادئ أساسية تنظم سير المرفق العام، والمتمثلة في مبدأ الاستمرارية والمساواة والتكيف الدائم. غير أنه نتيجة تحولات المرفق العام الحديثة ظهرت مبادئ جديدة لها علاقة مباشرة اهتمت بحوكمة وعصرنة المرفق العام، كمبدأ الشفافية والمساءلة والجودة على سبيل المثال، مما يطرح تساؤلا في هذا السياق عن دور وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في مواجهة هذه المبادئ المستحدثة خاصة وفي اتجاهها. (المطلب الثاني). نبين ذلك في الآتي:

المطلب الأول: متى نكون أمام مرفق عام؟

ان المرفق العام بالمعنى المادي أو الوظيفي هو كل نشاط يهدف الى تحقيق المصلحة العامة من قبل أجهزة الدولة، أي أن المرفق العام يتحدد في كل مصلحة عامة يأتيها كل جهاز أو مشروع تابع للدولة.

ذلك ما يدعو الباحث الى طرح التساؤل التالي: متى نكون أمام مرفق عام؟ خاصة وأن المصلحة العامة قد يأتيها أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص من جانب.

¹ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، د م ج، 1995، ص 26-27-28.

يبرز دور المشرع في تبني صفة المرفق العام عن غيره، ومدى ضرورة تدخل القاضي الاداري اجتهادا في ذلك؟ حيث للمشرع دور أساسي في تحديد المرفق العام (الفرع الأول)، والمصلحة العمومية قد تكون محدد للمرفق العام كمعيار غائي (الفرع الثاني). وفي حالة سكوت أو غموض المشرع، يتدخل القاضي الاداري اجتهادا في تحديد ما يدخل في المرفق العام وما يخرج عنه طبقا لمعايير قضائية يحددها (الفرع الثالث). نبين ذلك كالآتي:

الفرع الأول: المشرع محدد للمرفق العام. المعيار الانتقائي.

يمكن للمشرع أن يتدخل في تحديد المرفق العام، وحال المشرع لا يخرج عن واحد من ثلاثة أصناف تشريعية أساسية، الدستور أو التشريع البرلماني أو التنظيم، ومنه يمكن أن نحدد المرفق العام في كل ذلك في الآتي:

أولا: عدم دسترة المرفق العام.

الناظر للدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم وما قبله، لا يجد لمصطلح المرفق العام وجودا بصفة التعريف والتحديد له.

غير أنه تطرق اشارة الى المرفق العام في نص المادة 27 منه حيث نصت: "تضمن المرافق العمومية لكل مرتفق التساوي في الحصول على الخدمات، وبدون تمييز.

تقوم المرافق العمومية على مبادئ الاستمرارية، والتكيف المستمر، والتغطية المنصفة للتراب الوطني، وعند الاقتضاء ضمان حد أدنى من الخدمة". والذي تطرق فيه الى مبادئ المرفق العام المتمثلة في استمرارية تقديم الخدمة العامة والتكيف المستمر، مع عدالة توزيعها على التراب الوطني، بالإضافة الى مبدأ المساواة وعدم التمييز. كما بين سلطة مجلس المحاسبة في الرقابة البعدية للأموال، في الباب الثالث المتعلق بالرقابة ومراقبة الانتخابات والمؤسسات الاستشارية. في الفصل الأول منه المتعلق بالرقابة بخصوص مجلس المحاسبة، حيث نصت المادة 192 على أنه: "يتمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية ويكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الاقليمية والمرافق العمومية..".

حيث أشار النص الدستوري الى مصطلح الجمع للمرفق العام، مسلما بوجود أنواع وتصنيفات متعددة للمرفق العمومي مبدئيا. دون تحديد لتعريف أو مفهوم لها.

بمعنى أنه ليس هناك دسترة صريحة للمرفق العام وبصورة جلية.

غير أنه يمكن القول، أنه يمكن قراءة ضمنية للتحديد الدستوري للمرافق العامة، وذلك لما ينص على المرافق السيادية والمرافق غير السيادية، من خلال التصنيف الذي يعتد بالمرافق العامة الدستورية السيادية، والمرافق العامة الدستورية المتعلقة بضمان الحقوق الاجتماعية¹.

فدسترة المرافق العمومية السيادية تخص أساسا في مرفق الدفاع الوطني والأمن، وذلك بموجب المادة 70 من الدستور الحالي لسنة 1996 المعدل والمتمم، حين تكلمت عن الاعتراف بحق الاضراب وأنه يمارس في إطار القانون، ثم بينت انه يمكن للقانون منع ممارسة هذا الحق وذلك في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع².

حيث التنصيص الدستوري في هذا المقام لمرفق الدفاع والأمن بالمفهوم السلبي لا الايجابي. ثم تحدث عن تصنيف هرمي للمرافق العمومية باعتبار أحدها تقع في الرأس متى كانت ذات منفعة حيوية للمجتمع، وما دونها ليست ذات منفعة حيوية.

إضافة الى مرفق الدفاع والأمن الوطني، نجد مرفق السياسة الخارجية؛ وهو مرفق عمومي سيادي يرتبط بالمهام الموكلة لرئيس الجمهورية في تقرير السياسة الخارجية وعقد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، حيث ذلك نجد له أساسا دستوريا من خلال عديد نصوص الدستور، والتي تتعلق بصلاحيات رئيس الجمهورية للسياسة الخارجية.

كما تطرق الدستور لمرفق القضاء باعتباره مرفقا عموميا متعلقا بخدمة العدالة، وحماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية، وذلك بموجب نصوص الدستور متكلما عنها باعتبارها سلطة عمومية أساسا.

حيث أحال المؤسس الدستوري الى القانون العضوي والعادي في تشكيل مختلف التنظيمات القضائية سواء العادية أو الادارية وغيرهما.

ان الدستور تطرق وأشار للمرافق العمومية بصورة سلبية، لما تطرق الى الوظائف المختلفة التي تمارس من قبل الهيئات والمؤسسات والمرافق المتعددة والمتعلقة سواء بالجانب السياسي كالمرافق المتعلقة بالإدارة المركزية والادارة اللامركزية والجماعات المحلية على سبيل المثال. والجانب الاقتصادي والاجتماعي لما تتطرق الى الوظائف الاقتصادية والاجتماعية والتي تضمنها مؤسسات ومرافق ذات الصلة.

لكن تبقى النتيجة الأساسية وهي عدم دسترة المرافق العامة، ولعل ذلك مرده هو جعل ذلك من اختصاص المشرع البرلماني.

¹ - أحمد دخينيسة، مرجع سابق، ص 264 وما بعدها.

² - أنظر: المادة 70 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم.

ثانيا: اختصاص القانون البرلماني في تحديد المرافق العامة.

يقصد بالقانون البرلماني النصوص التشريعية التي تصدرها السلطة التشريعية والتي قد تتمثل في كل من القانون العضوي والقانون العادي.

والسؤال الذي يطرحه الباحث في هذا السياق؛ هل حدد القانون البرلماني مفهوما للمرفق العام؟

يعد قانون الجماعات المحلية نصا تشريعيا صادرا من السلطة البرلمانية، مؤسسا للجماعات الاقليمية للدولة في كل من البلدية والولاية، في قانون: 10-11 المتعلق بالبلدية وقانون: 07-12 المتعلق بالولاية.

فهل حدد قانون الجماعات الاقليمية الجزائري مفهوما للمرفق العام؟

بخصوص قانون: 10-11 المتعلق بالبلدية، استخدم المشرع اصطلاحات متعددة للتعبير عن المرفق العام، وهي:

المرفق العام والمصالح العمومية اضافة الى استخدامه لاصطلاح المؤسسات البلدية.

حيث عبر قانون البلدية باصطلاح **المرفق العام والمرافق العمومية** في الفصل الثاني المتعلق بالمندوبيات والملحقات البلدية من القسم الثالث المتعلق بالإدارة البلدية والمصالح العمومية وأملاك الدولة.

حيث نصت المادة 134 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية على أن¹:

" تتولى المندوبية البلدية ضمان مهام المرفق العام وتوفير الوسائل الضرورية للتكفل بها...".

ونصت المادة 136 منه على أنه²: " يحدد بموجب مرسوم عدد المندوبيات البلدية المنصوص عليها في المادة

134 أعلاه وحدودها بالنسبة لكل بلدية كبرى اعتمادا، بصفة خاصة، على الطابع الجغرافي والحضري لإقليمها

ومقتضيات المرفق العام...".

وجاء في المادة 137 منه كذلك على أنه³:

"يحدد المجلس الشعبي البلدي بموجب مداولة، المرافق العمومية التي يعهد بها الى المندوبية البلدية ويوفر

الوسائل المادية والبشرية الضرورية لسيرها".

أما اصطلاح **المصالح العمومية البلدية** فقد عبر ذلك في نص المواد: 149، 150، 151، 152، 153، 154،

155، 156.

ففي المادة 149 أشار المشرع الى المصالح العمومية البلدية باعتبار غايتها في تلبية حاجات مواطني البلدية وادارة أملاكها.

1 - قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، المادة 134.

2 - قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، المادة 136.

3 - قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، المادة 137.

وفي المادة 150 يشير المشرع الى امكان انشاء المصالح العمومية المشار اليها في المادة 149 تبعا لمعيار امكانيات ووسائل واحتياجات كل بلدية، بمعنى أن للبلدية سلطة التقدير في عدد وحجم هذه المصالح العمومية. ثم بينت المادة نفسها في الفقرة الثانية طرق ادارة وتسيير المصالح العمومية البلدية في شكل الاستغلال المباشر والمؤسسة العمومية البلدية والامتياز والتفويض.

وبين في المواد 151 الى المادة 156 طرق ادارة وتسيير المصالح العمومية بالأساليب الأربعة. يرى الباحث أن قانون البلدية بداية لم يعرف مفهوم المرفق العام وذلك للاعتبارات القضائية والفقهية التي تميزه والتي أهمها تحوله وتغييره مسايرة للمصالح العامة والخدمات العامة.

لكنه - المشرع - ميز ضمنا في إطلاق اصطلاح المرفق العام والمصالح العمومية، حيث كان المرفق العام يقابل المرافق التابعة للبلدية مباشرة، أو ما قد يعتبر تابعا للتنظيم الاداري البلدي، لما ألحق المرفق العام بصيغة المفرد، والمرافق العمومية بصيغة الجمع، الى المنهيات والملحقات البلدية.

ولما تطرق قانون البلدية الى المصالح والخدمات في اتجاه المواطن استخدم اصطلاح المصالح العمومية البلدية، وأكد ذلك لما تطرق الى طرق ادارة وتسيير هذه المصالح بالطرق الأربعة فيما بعد. حيث في هذا السياق قد نخرج عن هياكل المرفق العام التقليدي للبلدية في ادارة المصالح العمومية الى المرافق العامة الاقتصادية التي تسير على سبيل المثال بالامتياز والتفويض.

كأن قانون البلدية ميز في الاطلاق الاصطلاحي للمرفق العام بين المرفق العام والمصالح العمومية، بتبني المفهوم التقليدي للتنظيمات الادارية الكلاسيكية والمفهوم المستحدث اعتمادا على المعيار الغائي الوظيفي للمرفق العام لما استعمل اصطلاح المصالح العمومية.

ويعتقد الباحث ذلك ايجابيا، وحسنا ما فعل المشرع.

أما قانون 07-12 المتعلق بالولاية، فانه تطرق الى المرفق العام مستخدما اصطلاحا أساسيا وهو المصالح العمومية الولاية.

ففي نص المادة السابعة منه، من الباب الأول المتعلق بتنظيم الولاية في الفصل الأول المتعلق بالأحكام العامة

نصت:

"يمكن الولاية انشاء مصالح عمومية للتكفل باحتياجات المواطن وتضمن له الاستمرارية والتساوي في

الانتفاع".

وأكدته في الفصل الرابع من الباب الرابع المتضمن تنظيم الولاية، لما سماه المصالح العمومية الولاية من المادة 141

الى المادة 150 منه.

حيث تطرق قانون الولاية الى المصالح العمومية الولائية مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري أو ذات الطابع الصناعي التجاري في المواد 135 والمادة 137 منه. لما تطرق للمزايدات والمنقصات والصفقات. وفي المادة 147 لما تكلم على أسلوب تسيير المؤسسة العمومية الولائية.

بالتالي قانون الولاية استخدم الاصطلاح الوظيفي مبدئيا. دون التطرق الى اصطلاح المرفق العام فيه كقانون البلدية.

كما عبر المشرع البرلماني عن المرفق العام بمصطلح الخدمة العمومية في ما يلي على سبيل المثال:

جاء في المادة الثالثة من القانون: 05-12 المتعلق بالمياه¹: " تتمثل المبادئ التي يركز عليها استعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة فيما يأتي:

- الحق في الحصول على الماء والتطهير لتلبية الحاجيات الأساسية للسكان في ظل احترام التوازن الاجتماعي والقواعد التي يحددها القانون في مجال الخدمات العمومية للماء والتطهير،
- الحق في استعمال الموارد المائية لكل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو القانون الخاص في حدود المنفعة العامة وباحترام الواجبات التي يحدد هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيق...".

وأكد عن ذلك أيضا في القانون رقم: 05-12 في المادة 100 منه على ذلك عندما قالت: " يشكل التزويد بالماء الشروب والصناعي والتطهير خدمات عمومية ".

وفي قانون: 03-2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية²، وفي قانون رقم: 02-01 المتعلق بالكهرباء ونقل الغاز عبر القنوات³.

من خلال ما تقدم، نجد التشريعات البرلمانية تطرقت الى مفهوم المرفق العام في مضامين ثلاثة أساسية، المفهوم العضوي المعبر عنه بـ " المرفق العام "، والمفهوم الوظيفي المعبر عنه بـ " المصلحة العامة "، و " الخدمة العامة ".

ثالثا: المرفق العام في المرسوم الرئاسي: 03-16.

اضافة الى القواعد الدستورية والقواعد البرلمانية الصادرة عن السلطة التشريعية، يطرح تساؤل في تقدير المرفق العام ضمن القواعد التشريعية التي تصدرها السلطة التنفيذية من خلال النصوص التنظيمية.

¹- قانون: 05-12 المؤرخ في: 04 غشت 2012 يتعلق بالمياه، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 60، المؤرخ في: 04 سبتمبر 2005.

²- ج ر، ع 48، الصادرة بتاريخ: 06 غشت 2000.

³- ج ر، ع 08، بتاريخ: 06-02-2002.

حيث عبر التنظيم عن المرفق العمومي بالمصطلح ذاته دون تحديد لمفهومه، وذلك في المرسوم الرئاسي: **16-03** المتضمن انشاء المرصد الوطني للمرفق العمومي¹، حين ذكر في نص المادة الأولى منه على: "ينشأ لدى الوزير المكلف بالداخلية المرصد الوطني للمرفق العمومي، يدعى في صلب النص " المرصد ". و هو " هيئة استشارية "، بموجب نص المادة الثانية من ذات المرسوم².

حيث من مهامه على سبيل المثال: " .. تقييم أعمال تنفيذ السياسة الوطنية والاشراف عليها في ميدان ترقية المرفق العام والادارة وتطويرها."³.

حيث بينت المادة 3 الى المادة السابعة من المرسوم الرئاسي 16-03 كذلك مختلف المبادئ التي يمكن أن تساعد في حوكمة المرفق العام وعصرنته.

حيث نصت المادة 3 في مضمونها على⁴: " .. اقتراح القواعد والتدابير الرامية الى تحسين تنظيم المرفق العام وسييره، قصد تكييفها مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية وكذا مع حاجات مستعملي المرفق العام. اقتراح أعمال تنسيق وربط عبر الشبكات بين الدوائر الوزارية والادارية والهيئات العمومية .. ".

كما نص في المادة الرابعة منه على: " يكلف المرصد في، .. المساهمة على تبسيط الاجراءات الادارية "⁵.

يرى الباحث؛ من خلال النص التنظيمي أعلاه، أنه يؤسس لصناعة القانون خارج السلطة الأصلية له وهي السلطة التشريعية، من خلال امكانية مشاركة " المرصد الوطني للمرفق العمومي " في اقتراح القواعد والتدابير لتحسين تنظيم المرفق العام وسييره. حيث تفسير القواعد يمكن ان تكون قواعد تشريعية تنظيمية يبعث بها المرصد كجهة استشارية الى السلطة المختصة، وذلك استنادا الى نص المادة 15 من ذات المرسوم الرئاسي 16-03 التي نصت على⁶:

" يرفع تقرير سنوي حول المرفق العام الى رئيس الجمهورية ".

¹ - المرسوم الرئاسي: 16-03 المؤرخ في: 07 جانفي 2016، الصادر في الجريدة الرسمية ع 02، المؤرخة في: 13 يناير 2016، يتضمن انشاء المرصد الوطني للمرفق العمومي.

² - المرسوم الرئاسي: 16-03 المتضمن انشاء المرصد الوطني للمرفق العمومي، المادة الثانية: " المرصد هيئة استشارية، ويحدد مقره بمدينة الجزائر ".

³ - المرسوم الرئاسي: 16-03 المتضمن انشاء المرصد الوطني للمرفق العمومي، المادة الثالثة.

⁴ - المرسوم الرئاسي: 16-03 المتضمن انشاء المرصد الوطني للمرفق العمومي، المادة الثالثة.

⁵ - المرسوم الرئاسي: 16-03 المتضمن انشاء المرصد الوطني للمرفق العمومي، المادة الرابعة.

⁶ - المرسوم الرئاسي: 16-03 المتضمن انشاء المرصد الوطني للمرفق العمومي، المادة 15.

وبالتالي يمكن ان تكون هذه الهيئة الاستشارية كما وصفها المرسوم الرئاسي أحد التشريعات الهامة في تفعيل مردودية المرافق العامة بصورة عامة تنظيميا ونشاطا من خلال القواعد والتدابير التي يمكن أن تقترح من خلاله، وبالتالي يساهم بصورة ما في صناعة قواعد المرفق العام، انطلاقا من النص التنظيمي.

الفرع الثاني: المصلحة العمومية محدد للمرفق العمومي: المعيار الغائي.

ان أصل وجود المرفق العام هو ضمان المصلحة العمومية بداية، ووجدت هذه الأخيرة من أجل اشباع الحاجات العامة التي عجز الأفراد عن تلبيتها، هذا كأصل مبتدأ، ونظرا لتطور النظرية والفكرة في الواقع فان ضمان المردودية كمطلب جديد للمرافق العامة انتهى، جعل المرفق العمومي كأساس ومعيار للقانون الاداري دائر بين المصلحة العامة من جانب والمردودية الخاصة من جانب ثان¹.

فعلة وجود المرفق العام وسبب انشائه المصلحة العمومية. فالهدف والغرض الأساسي لوجوده، والذي من أجله وجد وأنشأ المصلحة العامة، فحيث كانت مصلحة عامة كان للمرفق العمومي مبرر لوجوده².

وفي ظل غياب تعريف تشريعي وتعريف قضائي للمصلحة العامة، يبقى المرفق العام غير محدد المعالم وذلك أمر طبيعي نظرا لتحولاته المستمرة والمتعاقبة. فهو يعكس التصورات الفلسفية السائدة في فترة ما وفي بلد ما، فهو يتغير بتغير الزمان والمكان، وهذا ينطبق على وضعه في فرنسا والجزائر على حد سواء³.

لذلك جوهر تعريف المرفق العام يتطابق وغاية المصلحة العامة؛ في اتجاه عديد الفقهاء.

حيث عرفه جورج فيدال بأنه نشاط يهدف الى تلبية حاجة من المصلحة العامة⁴.

هذا التعريف هو تعريف عام يربط مباشرة بين فكرة المرفق العمومي بهدفه وغايته وهو المصلحة العامة دون الاشارة الى صاحبه ان كان شخصا عاما أو خاصا.

لذلك اتجه اتجاه فقهي الى تحديد المرفق العمومي باعتباره كل مصلحة عمومية يحققها شخصا عاما. ومن بينها التعاريف الأتية:

تعريف Chapus حيث قال: المرفق العام هو نشاط يقوم به أو يؤمنه شخص عام لتحقيق المصلحة العامة⁵.

ومفوض الحكومة long في قضية Grimouard عرف: "المرفق العمومي نشاط ذو مصلحة عامة تؤمنه جماعة عامة"¹.

¹ - نادية ظريفي، " المرفق العام بين المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز "، رسالة دكتوراة علوم، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، 2011-2012، ص 06.

² - عبد الله حداد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، المغرب، سنة 2001، ص 33.

³ - محمد الأمين بوسماح، مرجع سابق، ص 3.

⁴ - جورج فيدال، بيار دولفلييه، القانون الادري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، 2001، ص 538.

⁵ - RenéChapus, les service public et la puissance publique, RDP, 1968, p 237.

كما عرف الفقيه **ديجي** المرفق العام: " هو كل نشاط يعود مهمة تحقيقه وتنظيمه والاشراف عليه للحكام، لأن تأمينه هو لازم لتحقيق وتطوير التعاقد الاجتماعي، وهو بفضل هذه الطبيعة لا يمكن تأمينه بالكامل الا بتدخل من السلطة الحاكمة"².

واتجه رأي ثان الى تحديد تعريف المرفق العمومي بارتباطه بمصلحة عمومية ولكن قد تكون من صنع **شخص عام أو شخص خاص** حتى، حيث هذا التوجه يمثل التطور المستمر للفكرة نظريا وميدانيا.

حيث قال Braibant نكون أمام مرفق عمومي عند وجود مهمة لمهمة ذات مصلحة عامة من قبل شخص عام واما عند وجود لمهمة ذات مصلحة عامة عهد تحقيقها لشخص خاص مع منحه لهذه الغاية لامتيازات وخضوعه أيضا لامتيازات³.

وهناك اتجاه ربط المرفق العمومي بالمصلحة العمومية من خلال مؤشرات، بسبب عدم وجود تعريف تشريعي ولا قضائي من جهة، وانتماء المرفق العمومي لبنية هي عرضة للتطور والتحول المستمر زمانيا ومكانيا من جهة ثانية، حيث قال Truchet أن المرفق العمومي هو نشاط يستهدف تحقيق مصلحة عامة يستدل عليه من خلال بعض المؤشرات⁴.

فالمصلحة العمومية تمثل المعيار المادي أو العنصر المادي لتعريف المرفق العمومي، حيث كل نشاط يتعلق بالمرفق العمومي هو نشاط يخص مصلحة عامة، وليس كل نشاط يحقق المصلحة العمومية هو نشاط مرفق عمومي⁵.

أولا: عدم امكان ضبط مفهوم المصلحة العمومية.

ان مفهوم المصلحة العمومية مرن يصعب تحديده وذلك لارتباطه بالتنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للإطار الذي يعرف فيه، ولأنه متطور مع تطور حاجات أفراد المجتمع. ولا أدل على ذلك أن التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع الجزائري يغفل عن تحديده وتعريف المصلحة العمومية، لأن مدلوله لا يمكن حصره وتحديد مكانه وزمانه ومضامينه.

فالمصلحة العمومية لا تعرف ولكن تلاحظ فقط⁶.

¹ -C.E, 20-04-1956, consorts Grimouard et autres , RecLeb, p 1072

² -L Duguit, Droit Constitutionnel 3ème, édition, 1928, Tome, 2 p55.

عن نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 20.

³ - أنظر في ذلك: نادية ظريفي، المرجع نفسه، الهامش رقم 1ن، ص 21.

⁴ -Didier trichet, label de service public et statut de service public, AJDA, 1982, p : 426.

عن: نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 21.

⁵ - نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 33.

⁶ - رشيد بنعياش، مفهوم المصلحة العامة، دورية الحوار المتمدن، ع 2954، 24-03-2010، دورية الكترونية، ص 01، اطلع

عليه بتاريخ: 25-04-2018 على الساعة 10.20 صباحا.

غير أن بعض الفقه حاول تعريف المصلحة العمومية ومن بين ذلك على سبيل المثال:

ثروت بدوي قائلا بأنها: " حاجات أساسية تلزم الجماعة جميعا، أو تمه غالبيتهم لكن يعجز عن القيام بها النشاط الفردي مثل الحاجة للأمن والحماية، وهي لا تحقق ربحا وبذلك لا تستهوي الأفراد فهي بذلك المجال الطبيعي لنشاط الدولة والجماعات المحلية، فهي حاجات يعتبر تحقيقها اشباعا للمصلحة العامة ". كما عرفها كيفا بأنها مصلحة تكون قيمتها المعنوية أعلى مرتبة وأولى بالرعاية من المصلحة الخاصة، ومن حيث الكم أو العدد بأنها المصلحة التي تحقق نفعا لأكبر عدد من الأفراد¹.

بالإضافة الى عدم امكان ضبط مفهوم محدد للمصلحة العامة، فإنها قد تتعدد الى أصناف وأنواع.

ثانيا: تنوع تصنيف المصلحة العمومية.

ان مفهوم المصلحة متأثر بدرجة كبيرة بتطور دور الدولة ووظيفتها، من الدولة الحارسة الى دولة الرعاية، ففي ظل النمط الأول كان مفهوم المصلحة العمومية ضيقا ومتطابقا مع النظام العام، ليتسع المفهوم في النمط الثاني من نشاط الدولة.

حيث يمكن توصيف المصلحة العمومية في ظل الدولة الحارسة بالمصلحة العمومية الضيقة، أما في ظل الدولة المتدخلة فنجد المصلحة العمومية المتسعة.

كما يمكن تصنيفها تبعا لذات المعيار - تطور نشاط الدولة - الى مصلحة عمومية قومية، ومصلحة عمومية ادارية، ومصلحة عمومية مستحدثة².

فالمصلحة العمومية القومية؛ هي تلك المتعلقة بالوظائف الأساسية للدولة كالنشاط الدبلوماسي والأمن الداخلي والأمن الخارجي، وبعض الأنشطة والتي قد لا تكون أساسية بالنسبة للدولة كخدمات البريد والكهرباء.

والمصلحة العمومية الادارية؛ هي تلك المصالح التي تتطابق مع المصالح القومية، الا أن السلطة العمومية تعتبرها كذلك بإرادتها الصريحة، ومثالها مصالح مكافحة البطالة والاندماج المدني.

أما المصلحة العمومية المستحدثة؛ فهي تلك المرتبطة بالميدان الاقتصادي والاجتماعي والتي هي بالأساس مرتبطة بأشخاص القانون الخاص.

¹ - حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول، نظرية المرافق العامة، د م ج، الجزائر، 1984، ص 139-140.

² - أنظر: مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة BOT، تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، 2015، ص 28.

هذه المصاح العمومية المستحدثة، قد يكون لاجتهاد القاضي الاداري دور في استنباطها وتكريسها واقرارها؛ وهي قد تتجمع في محاور ثلاثة اساسية: المصلحة العمومية الاجتماعية، والمصلحة العمومية الاقتصادية، والمصلحة العمومية البيئية¹.

ويمكن تصنيف المصلحة العمومية بحسب المعيار الجغرافي؛ الى مصلحة عمومية محلية ومصصلحة عمومية جهوية ومصصلحة عمومية وطنية².

ومن منظور الشريعة الاسلامية في تحديد مدلول المصلحة العامة يمكن ردها الى ثلاث مقومات أساسية محددة لها، مقومات معنوية والتي يمكن من أن نجد فيها مصلحة حفظ الدين والعقل. ومقومات اجتماعية والتي يمكن أن نجد فيها مصلحة متعلقة بحفظ النفس والنسل والعرض والنسب. ومقومات اقتصادية متعلقة بالمصلحة العامة لحفظ المال. اضافة الى مقومات نظامية متعلقة بحفظ الامامة³.

حيث هذه الرؤية الاسلامية تنطلق في تحديد مفهوم ومضمون المصلحة العامة انطلاقا من نظرية مقاصد الشريعة الاسلامية والمعروفة بالمقاصد الخمسة، حيث هذه المقاصد قد تستغرق وقد تتسع وقد تضيق بما تتضمنه الرؤية الوضعية. من خلال ما سبق، يمكن ملاحظة أنه لا يمكن تحديد مفهوم دقيق وثابت للمصلحة العمومية وبالتالي لا يمكن أن تكون أساسا دقيقا لتحديد المرفق العمومي.

ثالثا: المردودية بمعية المصلحة العمومية كمحدد للمرفق العمومي المستحدث.

بقصد تفعيل المرفق العمومي بصفة عامة والمؤسسة العمومية بصفة خاصة واستحداث طرق جديدة لفعالية المرافق العمومية ظهر مفهوم المردودية للمرفق العمومي بجوار تلبية المصلحة العمومية كمحدد جديد له ولتأطيره وتفعيله. خاصة مع ظهور طرق التسيير المستحدثة للمرافق العمومية ومن بينها طرق التفويض والتي قد تكون في صور متعددة ومن بينها طريق الامتياز.

وحيث إذا أصبح الكلام عن مدى مردودية المرفق العمومي بمعية تلبية المصلحة العمومية، فان ذلك مدعاة الى عدم اعتبار الأخيرة محدد وحيد للمرفق العمومي، أو على الأقل تم تجاوز المصلحة العمومية المجردة الى ضرورة المردود المالي للمرافق العمومية.

¹ - رشيد بنعياش، مرجع سابق، ص 1.

² - أنظر: المرسوم التنفيذي 417-04 المؤرخ في: 20-12-2004 يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق وأو تسييرها، حيث ميز بين المنفعة العمومية المحلة والجهوية والوطنية.

³ - أنظر: فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور اسلامي، دار ابن حزم، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، فرجينيا الو م أ، ط 1، 2006.

والمردودية مصطلح اقتصادي بحت أساسا، ويعني الفرق بين الوسائل المستعملة والنتائج المحققة، وإذا كانت في العلوم الاقتصادية والمالية تحسب عدديا ففي العلوم الاجتماعية والخدمات المرفقية تعني مدى الوصول الى نتائج مالية واجتماعية مقارنة بالوسائل المرصودة لذلك¹.

ولما كانت المردودية فكرة اقتصادية بالأساس فهي ارتبطت بالمرافق العمومية الاقتصادية دوناً عن المرافق العمومية الادارية، أو على الأقل صعوبة تطبيقها في الصنف الثاني.

حيث يرى الباحث، أن فكرة المردودية هي أساسا تخص النشاط الاقتصادي الخاص، وهي تمثل اليوم حجر الأساس في بناء العمل الاقتصادي بمختلف أنواعه وأصنافه وتشكلاته، بما فيه ما يتضمن في قانون الاستهلاك والمستهلك وتشريعات المنافسة، وما يعرف كذلك بالسلطات التجارية المستقلة بجوار السلطات الادارية المستقلة.

حيث أصبح من مستلزمات تقديم الخدمة أن تكون ذات مردودية، بحيث انسحب هذا المفهوم من نطاق القانون الخاص الى نطاق القانون العام ومن ذلك في مجال المرفق العام وما يقدمه من مصالح عامة.

وبالتالي المردودية هي صفة تخص المصالح العامة التي تأتيها المرافق العامة.

الفرع الثالث: مدى ضرورة تحديد المرفق العام من قبل القاضي الاداري؟ المعيار القضائي.

لما كان المشرع قاصرا عن تحديد مضمون ومفهوم المرفق العام، وكانت المصلحة العامة فكرة مرنة فضفاضة لا يمكن كذلك التأسيس عليها بمفردها لتحديد متى نكون أمام مرفق عام ومتى لا نكون أمامه.

يمكن للاجتهاد القضائي أن يكون له دور وأثر في نظرية المرفق العام عموما، وفي تحديده على وجه الخصوص، نبين ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي الكلاسيكي التقليدي (أولا)، ثم في الاجتهاد القضائي الجزائري (ثالثا).

ولما كان المرفق العام يتحول ويتطور كان للاجتهاد القضائي متابعة ومسايرة تلك التحولات والتطورات نبينها في الفقرة الثانية (ثانيا).

اولا: المرفق العام أساس للقانون الاداري في: الاجتهاد القضائي الفرنسي الكلاسيكي.

تعد فكرة المرفق العام حجر زاوية في نظرية القانون الاداري الفرنسي منذ منتصف القرن العشرين، مع فكرة السلطة العامة، حيث كان لدوجي ومفوض الدولة Tissier أثر بارز في اكتشاف هذا الأساس والمعيار الجديد للقانون الاداري، من خلال اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع كذلك.

وهذا التوجه الجديد لأساس ومعيار القانون الاداري، صاحب تطور في وظيفة الدولة المستمر والمتواصل دائما، حيث كانت في البداية دولة حارسة، وتبعاً لذلك كان معيار السلطة العامة هو أساس القانون الاداري بما يمتلئ من قواعد

¹ -نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 79.

الأمر والنهي التي تتلاءم مع طبيعة هذه الوظيفة، وحيث تدخلت الدولة في اشباع الحاجات العامة والمصالح العمومية كان ولا بد ان يتأسس معيار المرفق العمومي بما يمثله من أداء الخدمات العمومية كمعيار للقانون الاداري بمعية المعيار الأول¹. وكان ظهور هذا المعيار كأساس للقاعدة القانونية الادارية، ولاختصاص القاضي الاداري في حكم بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في: 08-02-1873، فالاجتهاد القضائي من خلال هذا القرار وما تبعه من أحكام وقرارات، أدى الى التحول في مسألة وظيفة الدولة من دولة السلطة العمومية الى دولة المرافق العمومية، أو على الاقل ضرورة الانسجام بين الدولة السلطة والدولة المرفق العام.

حيث قرار بلانكو طرح سؤالاً مهماً: ففي ظل غياب النص التشريعي، من هي المحكمة المختصة للبت في التعويض عن الضرر الحاصل للمواطنين بمناسبة تسيير المرفق العام؟

حيث تجاذب رأيان لحل هذا السؤال، الأول يخص مجلس الدولة الفرنسي والذي كان يأخذ بفكرة ونظرية الدولة السلطة كمعيار اختصاص المحاكم الادارية، والرأي الثاني خص محكمة النقض الفرنسية القائم على تطبيق وتفسير قواعد القانون المدني، والذي ينص في فحواه أن المستخدمين وأرباب الحرف مسؤولون عن الأضرار التي يرتكبها خدامهم ومتعلميهم، أي اختصاص المحكمة المدنية كما ادعت محكمة بوردو في نازلة بلانكو.

ثم جاء اجتهاد مفوضو مجلس الدولة وقالو بضرورة الأخذ بمعيار ثالث أو فكرة ثالثة من خلال نقد الرأيين السابقين.

حيث انتقد الرأي الأول باعتباره لا يستند الى أساس صحيح فهو لا يهتم الا الدعاوى المرفوعة ضد الدولة السلطة العمومية، الشيء الذي لا يعبر عنه في حيثيات ونازلة بلانكو.

والرأي الثاني يعمل على المساواة بين الدولة والأفراد في الاحتكام الى القانون والقضاء العادي، وهو مالا يقبل كما قال مفوضو الحكومة في فرنسا باعتبار معمل التبغ ليسا مرفقا خاصا.

تبعاً لذلك اختارت محكمة التنازع فكرة المرفق العام ولو لم يصرح بذلك صراحة.

ولقد تدعم معيار المرفق العام كأساس لاستقلال القانون الاداري، بحكم تربيته عن مجلس الدولة الفرنسي في 06-06-

1903-06، اثر صدور هذا الحكم توسعت فكرة المرفق العام لتشمل المرافق العامة المحلية كذلك².

حيث تتلخص وقائع هذا الحكم في أنه المجلس العام لإقليم الصاون واللووار، قد خصص جوائز لكل من يقتل الأفاعي، تسدد من ميزانية العمالة رصدت لهذا الغرض وبالنظر الى حماس الصيادين في قتل الافاعي فقد نفذ الرصيد،

¹ - أنظر: طعيمة الجرف، القانون الاداري، مرجع سابق، ص 48-49.

² - طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 49-50.

مما جعل العمالة عاجزة عن دفع الجوائز مكنتية بالاعتذار، فكان السيد تيريه من بين الذين لم يحصلوا على الجائزة المالية، مما دفع به الى رفع القضية الى مجلس الدولة مدعيا ان العمالة قد أحلت بالتزاماتها التعاقدية، وذلك بخرق بنود العقد المبرم بين المجلس البلدي وصيادي الأفاعي، وبذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بوجود نزاع ما بين الأطراف (السيد تيري والمجلس البلدي لعمالة الصاون واللوار) وأنه كان من الضروري لهذا الأخير ان ييث فيه بالرغم من كون فكرة المرفق العام لم تستعمل مباشرة فإنها تستخلص من الموضوع والمصطلحات، التي اتخذ بها مقرر المجلس العام بتخصيص جوائز من أجل القضاء على هذه الحيوانات الضارة والتصويت على الاعتماد المسجل لهذه الغاية بميزانية العمالة برسم السنة المالية 1900.

لكل هذه الأسباب وجه مجلس الدولة الفرنسي السيد تيري الى عامل اقليم الصاون واللوار من اجل اتخاذ التدابير اللازمة لتصفية الدين المستحق للمعني بالأمر.

ومن خلال حكم تيري واستنتاجات مفوض الحكومة آنذاك السيد روميو نستنتج مبادئ هامة وأهمها:
عدم تمييز قضاء الجماعات المحلية عن القضاء الاداري، حيث قبل هذا الحكم كان اختصاص الجماعات المحلية للقضاء العادي والقانون العادي، ومنه انتقل الحال الى اختصاص القضاء والقانون الاداري.

كل الاعمال التي تنشأ من الهيئات العامة مع بعضها البعض او مع الهيئات الخاصة والمتعلقة بتدبير المرفق العام تدخل في اختصاص القضاء الاداري، حيث يمتد هذا الاختصاص الى الجماعات المحلية.

أي أن في مفهوم حكم تيري الجماعات المحلية هي مرافق عامة تخضع للقاضي الاداري وقانونه.
ثم جاء حكم فوتري الصادر عن محكمة التنازع في 1908/02/29، مؤكدا على تكريس فكرة المرفق العمومي كأساس للقاعدة القانونية الادارية، ومؤسسا كذلك لمدرسة المرفق العمومي في نظرية القانون الاداري بزعامه الفقيه ديجي¹.

حيث تتلخص وقائع الحكم في ان مريضا عقليا هرب من ملجأ خاص بهم، وأضرب النار في اصطبل يملكه السيد فوتري، مما ألحق به ضررا كبيرا نتيجة احتراق ما بداخله.

حيث أقام السيد فوتري دعواه على اساس مسؤولية مرفق المستشفى، الذي لم يراقب نزلاته كما يجب، وهو ما قضت به محكمة التنازع باختصاص القضاء الاداري تأسيسا على فكرة المرفق العام للمستشفيات.

الأحكام السابقة تمثل تاريخ الاجتهاد القضائي الاداري الفرنسي، فما هو الحال اليوم؟

ثانيا: تحول مفهوم المرفق العام: ضرورة لتدخل القاضي الاداري.

¹- أنظر الأحكام والقرارات الكبرى للقضاء الاداري الفرنسي.

ان الفقه الكلاسيكي شكل مفهوم المرفق العام انطلاقا من ثلاثة عناصر: التدخل المباشر لشخص عمومي لتنظيم وسير مرفق عمومي، العمل على تحقيق الصالح العام، مع الخضوع لنظام قانوني متميز الا وهو القانون الاداري واختصاص القاضي الاداري في حال ما اذا اثير نزاع.

غير ان اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، من خلال تواتر أحكامه القضائية وقراراته كرس مفهوما جديدا ومستحدثا للمرفق العام، مخالف للمفهوم الكلاسيكي المذكور.

فالقرار المتعلق بالصندوق التعاضدي للمساعدة والحماية الصادر عن مجلس الدولة في 13 ماي 1938، كرس مفهوما جديدا للمرفق العمومي من خلال امكانية اصدار بعض أشخاص القانون الخاص قرارات ادارية.

فمؤسسات الضمان الاجتماعي، بين فترة الحربين العالميتين كانت سببا في اثاره العديد من الاشكاليات القانونية والادارية، لعدم الحسم في مسألة طريقة تسييرها، هل تعهد الى تنظيمات عامة ام هيئات خاصة، وهل يطبق عليها القانون العام ام القانون الخاص، حيث كان قطاع التأمين يطبق على المأجورين والمقاولات فهو من اختصاص القانون الخاص، لكن من جهة اخرى فهو يتميز بمجموعة من القواعد والالتزامات التي يفرضها على المستخدمين والمشاركين وهو حق قانوني وذلك من اجل ضمان حقوق المواطنين، وحمائتهم ضد الأخطار الاجتماعية المحتملة وهي قواعد تعود بالأساس الى القانون العام¹.

وبالتالي طرح التساؤل عن الطبيعة القانونية لأعمال الصندوق التعاضدي للمساعدة والحماية.

حيث اعترف هذا الحكم بإمكانية تكليف تنظيم خاص بتنفيذ مهام المرفق العام خارج النظام التعاقدية، لكن مع الوضع في عين الاعتبار لثلاثة عناصر²:

1- تحقيق المصلحة العامة المعهود بها الى هذا التنظيم.

2- استخدام امتيازات السلطة العامة لأجل تحقيق المنفعة العامة.

3- الرقابة التي تمارسها الادارة عليها.

حيث إذا كانت المؤسسة الخاصة تمارس نشاطا يحقق المصلحة العامة دون أن تكون مكلفة به من طرف السلطة الادارية، أو يتم تكليفها بتنفيذ مهام المرفق العام لا يهدف الى تحقيق المصلحة العامة، فإنها بالتالي لا تعد مرفقا عموميا ولا تعد أعمالها قرارات ادارية. كما أن امتلاك امتيازات السلطة العامة هو معيار محدد لوصف الهيئة مرفقا عموميا.

¹ - M.Long , Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11 édition, dalloz, 1996, p 135.

² - op.cit, p 318.

كما جاء اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي بحكم كرس فيه مفهوما مستحدثا للمرفق العام سماه البعض "المرفق العمومي الفرضي **Service public vertuel**"، حيث السلطة العامة تفوض الخواص للقيام بمهام المرفق العام¹. وذلك في حكم Monpeurt.

حيص تتلخص حيثيات حكم Monpeurt انه في تاريخ: 16 اوت 1940 أنشأ في فرنسا لجان منظمة لمراقبة الانتاج الصناعي وضمان الاستغلال الأمثل للموارد وتحسين مردودية اليد العاملة، حيث صدر قرار بتوقيف برامج التصنيع لاحد المعامل للسيد "مونبيرت"، المالك للمصنع المعني، حيث رفع دعوى للطعن بإلغاء القرار والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه.

القضاء الاداري في هذا النزاع طرح اشكالية التكييف القانوني لأعمال هذه اللجنة - وتكييفها القانوني هل هي مرفق عمومي أم لا؟ وهل تتمتع هذه اللجنة بامتيازات السلطة العامة؟ رغم أنها ليست مؤسسة عمومية.

قانون 16 اوت 1940 السالف الذكر لم يضمني على هذه اللجنة الصبغة العمومية بالتالي هي ليست مرفقا عموميا، لكن اعمالها بصدد ادارة المرفق قرارات ادارية تقبل الطعن القضائي امام القاضي الاداري، بالتالي اعتبر اجتهاد المجلس ان هذه الهيئة هي من القانون الخاص لتمييزها عن المؤسسة العامة مكلفة بتسيير مرفق عمومي².

حيث هذا الاجتهاد اقر امكانية صدور قرار اداري من شخص قانوني خاص ويقبل الطعن أمام جهات القضاء الاداري.

حيث تم تطبيق هذا الاجتهاد في العديد من الأحكام بعد ذلك، مثال قرار Magnnier في 13 جانفي 1964، وحكم الجامعة الفرنسية لصناعة الملابس الرياضية لسنة 1974/11/22، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي باعتبار قرارات الجامعة الفرنسية لصناعة الملابس الرياضية ادارية متى كانت تخص القواعد الأساسية للمنافسة الرياضية³.

ثالثا: المرفق العمومي كأساس للقانون الاداري في الاجتهاد القضائي الجزائري.

يقول محمد الأمين بوسماح أن معيار المرفق العمومي هو المعيار الذي سار عليه القاضي الجزائري في الفترة ما بين 1962 و1966، وذلك اما بسبب التكوين الفرنسي في كليات الحقوق الفرنسية وكذا السوابق القضائية الفرنسية التي كان يرجع اليها القاضي في تلك المرحلة، وأراء الفقه الاداري الفرنسي كذلك.

حيث جاء في قرار للغرفة الادارية للمجلس الأعلى بتاريخ: 16-12-1966 تأكيد على أساس فكرة المرفق العمومي في اختصاص القاضي الاداري الجزائري حين قالت الغرفة: "حيث أن المسؤولية التي يمكن أن تقع على

¹ - رشيد أجلاب، مرجع سابق، ص 82.

² - محمد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، منشورات م م ا م ت، عدد 53-2004، ص 128.

³ - المرجع نفسه، ص 129.

عائق الادارة من جراء الأضرار اللاحقة بالأفراد لا يمكن أن يحكمها القانون المدني وأن هذه المسؤولية ليست بالعامّة ولا بالمطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتنوع وفقا لحاجيات المرفق العام"¹.

فالقاضي الاداري الجزائري منذ بواكير الاستقلال أخذ بالمعيار العضوي في تحديد المنازعة الادارية، وتبعاً له اعتبار المرفق العام أساس القانون الاداري الجزائري واختصاص القاضي الفاصل في المادة الادارية.

حيث رغم الاشكالات القانونية المتعددة التي تكلم فيها الفقه الاداري على المعيار العضوي للقانون الاداري، فانه لا يمكن الاستغناء على ضرورة وفاعلية فكرة المرفق العام كأساس للقانون الاداري في الاجتهاد القضائي الجزائري.

يرى الباحث؛ الاجتهاد القضائي السابق للغرفة الادارية للمجلس الأعلى، يبنى على مضمونه، تطوير قواعد ونظرية القانون الاداري، من خلال اعتماد " فكرة المسؤولية الادارية على قواعد خاصة تتنوع بتنوع حاجات المرفق العام".

فالقاضي الاداري الجزائري منذ بواكير الاستقلال، كان في اتجاه تطوير فكرة المرفق العام من خلال معيار الحاجات المتنوعة، والتي يمكن أن نجدها في الحاجات الادارية والصناعية والتجارية والمهنية وغير ذلك.

حيث يعد المعيار العضوي، أساسي في تحديد النزاع الاداري، وذلك استنادا الى قانون الاجراءات المدنية والادارية سواء القدم منه، أو الجديد الساري التنفيذ. باعتبار أن كل مرفق عام الأصل العام ان نزاعه يؤول الى الجهات القضائية الادارية، مع الاستثناءات التي قد تعتريه هو بالذات أي المرفق العام الذي قد يكون خاضعا لجهة غير الجهات القضائية الادارية في حالات يحدده المشرع والاجتهاد القضائي. تطرقنا الى حالات منها في ثنايا البحث.

المطلب الثاني: القانون الأساسي للمرفق العام: أثر واضح للاجتهاد القضائي.

على اعتبار ان المرفق العام في تحديد ماهيته العامة هو عبارة عن جهاز أو هيئة أو مشروع يستهدف مصلحة عمومية، فهو محتاج بلا شك الى قانون ضابط وناظم له، وفكرة وضع النظام القانوني للمرفق العام، يرجعها فقه القانون الاداري الى الفقيه الفرنسي رولان Rolland، حيث صاغ مبادئ أساسية ثلاثة تعرف بقوانين رولان تخص المرفق العام؛ وهي المبادئ التالية: مبدأ المساواة واستمراريته ومبدأ التكيف الدائم له.

وهي تعبر عن مبادئ كلاسيكية في عرف فقه القانون الاداري، وتمثل كذلك التزامات له².

¹ - Cs, Chadm, 16-12-1966, Consorts de bardies-montfa c/letat, Revue algerienne, 1967, p 563-564.

² - أنظر: محمد أمين بوسماح، مرجع سابق، ص 111.

غير أن الفقه الاداري الحديث صاغ مبادئ أخرى مستحدثة تحكم وتضبط المرفق العام، بجوار المبادئ الثلاثة التقليدية، وتمثل في كل من الفعالية والشفافية والجودة والسرعة، وهي على سبيل المثال. نين بداية أثر الاجتهاد القضائي الاداري في هذه القواعد التقليدية الثلاثة (الفرع الأول)، ثم أثر ودور الاجتهاد القضائي الاداري في المبادئ المستحدثة للمرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في المبادئ التقليدية للمرفق العام.

ان التشريعات ومن بينها القانون الجزائري يشير الى مبادئ المرفق العام في بعض نصوصه وان كان ذلك ليس مطلوباً باعتبارها مبادئ عامة أساسية.

لكن نظراً لأهمية المرفق العمومي وتقديم الخدمة العمومية للمرتفقين نص عليها - مبادئ المرفق العام - على سبيل المثال في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي الجزائري رقم: 15-247، كما نص على المبادئ الحديثة كمبدأي الشفافية وحرية الوصول للطلبات في نص المادة الخامسة منه، قبل أن يتطرق الى المبادئ التقليدية الثلاثة، والذي نص عليها في المادة 209 من ذات المرسوم. وذلك يؤكد ويدعم فكرة التطور الدائم والتحول المستمر للمرفق العمومي ومكانته المتميزة في نظرية القانون الاداري الجزائري.

فالمرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي نص في المادة 209-2 منه على أنه: " .. يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، الى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف".

نين بداية مبدأ المساواة أمام المرفق العام (أولاً)، ثم مبدأ استمرارية المرفق العام (ثانياً)، ثم مبدأ التكيف الدائم للمرفق العام (ثالثاً)، وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في كل ذلك.

أولاً: مبدأ المساواة في المرفق العام.

السؤال الذي يمكن طرحه في هذا السياق، هل تطبيق مبدأ المساواة أمام المرافق العامة يحتاج الى نص قانوني دستوري أو تشريعي وقانوني؟ أم يكفي فقط باجتهاد قضائي يخصه ويحميه ويكرسه؟

ان هذا المبدأ هو في الأصل مبدأ واقعي، حيث قضت محكمة القضاء الاداري المصرية بتاريخ أول يوليو 1949 أنه من الواجب على السلطة الادارية بأن تسوي في المعاملة بين الناس اذا اتحدت ظروفهم فيما أعطاه المشرع من سلطات في تصريف الشؤون، فلا تعطي حقاً لأحد من الناس ثم تحرم غيره منه متى كانت ظروفهما متماثلة¹.

¹ - أشار اليه: أنور أحمد رسلان، مرجع سابق، ص 237.

لكن ذلك لم يمنع من تأصيله قانونيا وتشريعيا، نبين بداية تعريف المبدأ وأساسه القانوني، ثم دور وأثر الاجتهاد القضائي بخصوصه.

1. في تعريف مبدأ المساواة وأساسه القانوني:

لفظ المساواة يحتوي عدة صياغات لغوية أهمها فكرة الاستقامة والتساوي والعدل، وفي علم الرياضيات المساواة تعني المعادلة، وفي العلوم الاجتماعية، تعرف المساواة بالمعالجة على قدم المساواة أو الفصل بين الأمور دون تمييز عنصري أو تمييز والابتعاد عن الاعتبارات الشخصية¹.

ويمكن تعريف المساواة في تطبيقها على المرفق العمومي بأنها:

عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانوني، أمام المرفق العام، والتزام المرفق العام بتقديم الخدمات للمتفعين دون تمييز لا مبرر له، وعدم التمييز بين الأفراد بسبب الأصل أو اللغة أو الجنس أو الثروة أو العقيدة. والمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق العام نسبية لا مطلقة.

أما الأساس القانوني لمبدأ المساواة في المرفق العام، يمكن النظر اليه من خلال قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي كذلك:

ففي قواعد القانون الدولي؛ يعتبر مبدأ المساواة على المستوى الدولي سياسي بامتياز، جاء عقب الحركات الثورية في أوروبا، ومن أهمها الثورة الفرنسية، التي فرضت في المادة الأولى من وثيقة اعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة 1789 ضرورة المساواة بين الناس دون أي عنصرية: "يولد الناس ويعيشون أحرارا متساوين في الحقوق". ثم جاء الاعلان العالمي لحقوق الانسان سنة 1948 مقرا هذا المبدأ في المادة الأولى منه: " يولد جميع الناس أحرار متساوين في الكرامة والحقوق". ونفس الحكم جاء في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.

وقد تواترت قواعد القانون الدولي مبينة هذا المبدأ ومكرسة له في عديد التشريعات الدولية.

أما في قواعد القانون الداخلي الجزائري؛ يمكن النظر في ذلك من خلال الدستور وفي باقي التشريعات الداخلية.

حيث نص الدستور الجزائري الأول لسنة 1963 ضمينا على مبدأ المساواة في نص المادة 12 منه قائلا:

" لكل المواطنين من الجنسين نفس الحقوق ونفس الواجبات "

أما دستور 1976 فقد نص صراحة على المبدأ في نص المادة 39 منه قائلا: " .. كل المواطنين متساوون في

الحقوق والواجبات.

يلغى كل تمييز قائم على أحكام مسبقة تتعلق بالجنس أو العرق أو الحرفة".

¹ - أنظر في ذلك معاجم اللغة العربية.

وفي نفس الإطار كرس دستور 1989 الذي جاء مكرسا ومركزا على الحريات الفردية والحقوق السياسية، ومنتبها الخيار الرأسمالي، تكلم عن مبدأ المساواة في نص المادة 28 منه، ودستور 1996 لم يجد عن مبادئ دستور 1989 حيث كرس هو الآخر المساواة بنص صريح في المادة 35 منه.

وعليه يمكن القول إن مبدأ المساواة في تقديم خدمات المرفق العام أصبح اليوم مبدأ دستوريا مكرس في جميع النظم القانونية المقارنة، لذا يحتل مكانة هامة سياسية وقانونية.

أضافة الى النص الدستوري، كرس القوانين الداخلية مبدأ المساواة ومن ذلك في قانون الوظيفة العمومية لسنة 2006، في الأمر 03-06 في المواد 27، 28، 74، عي سبيل المثال.

حيث تنص المادة 74 الأخيرة على: " يخضع التوظيف الى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية "1.

كما يمكن التأسيس القانوني لمبدأ المساواة من التنظيم، وذلك على سبيل المثال، في المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المؤرخ في: 11 ديسمبر 2012 يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، والمعتمد بأديس بابا بتاريخ: 31 يناير 2011².

والذي جاء في المادة الثالثة منه على: " تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية:

- المساواة بين مستخدمي الخدمة العامة والادارة العامة...".

وفي المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي كذلك، كما ذكرت قبل قليل، نص في المادة 209-2 منه على أنه: " .. يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، الى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف".

1. دور وأثر الاجتهاد القضائي في مبدأ المساواة أمام المرفق العام:

يرى الباحث أن للاجتهاد القضائي دورا أساسيا في تطبيق مبدأ المساواة بصورة عامة، وأمام المرفق العام بصفة خاصة. كما يقول الفقه القانوني اجمالا ودون أي ناف لذلك. وذلك للاعتبارات التي ذكرنا بعضها في ما سبق من البحث وبين ثناياه.

¹- الأمر: 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المادة 74.

²- ج ر، ع 68، المؤرخة في: 2 صفر 1434هـ، 16 ديسمبر 2012م.

فمبدأ المساواة أمام المرافق العامة، أصبح اليوم مبدأ عاما للقانون على خلاف مبدأ المساواة أمام القانون الذي أصبح لدى رأي فقهي من المبادئ الدستورية، وتنبثق عنه عدة مبادئ فرعية، كالمساواة أمام القانون والمساواة في تحمل الأعباء العامة¹.

غير أنه يمكن أن يكون مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ذو طبيعة مزدوجة، مبدأ قانونيا عاما إذا ما تم تطبيقه من قبل القاضي الاداري متى عرض عليه نزاع. ومبدأ ذو قيمة دستورية إذا ما طبق من قبل المجلس الدستوري².

ويرى الباحث؛ أن الرأيين السابقين يستغرقان بعضهما البعض، حيث يمكن اعتبار مبدأ المساواة أمام المرفق العام مبدأ عاما فوق دستوري، على اعتبار أنه يمكن اعتبار المبادئ العامة للقانون قواعد فوق دستورية.

وتطبيقات ذلك في اجتهاد المحاكم والجهات القضائية الادارية كثيرة من جهة، تخص المساواة في تقلد الوظائف العامة، وفي تحمل أعباء المرفق العام، والاستفادة من خدماته.

كالمساواة بين المنتفعين في الحقوق، وفي تقلد الوظائف العامة مثلا، والمساواة بين المنتفعين في ممارسة الحقوق السياسية.

والمساواة بين المنتفعين في الواجبات العامة، خاصة أمام الضرائب العامة، والمساواة في أداء الخدمة العسكرية. ورفض التمييز بين المنتفعين لاعتبارات عامة، سواء أكانت اعتبارات سياسية، أو اعتبار يخص حرية الرأي والتعبير. ورفض التمييز بين المنتفعين لاعتبارات خاصة، سواء أكانت اعتبارات دينية، أو اعتبار جنس المنتفع. ومن جهة ثانية يرى للباحث استعراض الاستثناءات التي قد ترد على مبدأ المساواة في خدمات المرفق العام، حيث ان الاستثناء في الغالب مضمونه قد يكون التمييز بين المنتفعين بسبب القانون، أو التمييز بين المنتفعين بسبب المزاي، سواء بسبب المكان، أو بسبب نوع الخدمة، أو بسبب الغرض والهدف. وكلها مجالات يمكن للقاضي الاداري اعمال سلطته الاجتهادية في تكريس وتعزيز مبدأ المساواة في المرفق العام خاصة.

ثانيا: مبدأ الاستمرارية للمرفق العام.

تنشأ المرافق العامة وتنظم لكي تشبع حاجات الجمهور العامة التي لا غنى له عنها، لذلك، كان لزاما باسم المصلحة العامة، أن تؤدي هذه المرافق خدماتها العامة على نحو يمكن الجمهور من الاستفادة منها. ولا يمكن تحقيق هذا

¹ - محمد نشطاوي، المرافق العامة الكبرى، ط 1، أكتوبر 2002، ص 181.

² - المرجع نفسه، ص 181.

الهدف الذي قصد إليه من وراء إنشاء هذه المرافق -إلا بضمان سيرها بانتظام واطراد¹، لأن الحاجات الجماعية التي تنشأ المرافق العامة لإشباعها بشكل كاف، لا تعتبر أنها قد أشبعت، وأن المرفق العام حقق رسالته التي أنشئ من أجلها، إذا تم هذا الإشباع بشكل وقي، أو على فترات متقطعة، بل يجب أن تكون هذا الإشباع بصفة دائمة ومنتظمة².

ومبدأ استمرارية المرافق العامة يعتبر من المبادئ الأساسية، على الرغم من أنه لم يرد بشأنه نص صريح في النظر القانوني عموماً، سواء في فرنسا أو في الجزائر. لأن هذه النصوص سواء كانت واردة في الدستور، أو منخرطة في سلك التشريع العادي أو فيما دونهما في أدوات التشريع اللائحي، إنما تعتبر مقررّة بمبدأ أساسي من مبادئ القانون الإداري، وليست منشئة له³.

حيث نجد المشرع الجزائري كرس مبدأ الاستمرارية للمرفق العمومي في تقديم الخدمة العمومية، وذلك في المرافق العمومية الاقتصادية بمناسبة قرار 03 مارس 1965 الذي منح مؤسسة الكهرباء والغاز امتيازاً على شبكات تموين وتوزيع الطاقة الكهربائية⁴، والذي حتم في المادة 12 منه ضرورة استمرارية تقديم الخدمة العمومية من قبل هذه المؤسسة العمومية الوطنية.

أما بخصوص المرافق العمومية الادارية فان الاعتراف القانوني له بهذا المبدأ جاء متأخراً حيث صدر الأمر بشأنها بموجب المادة 11 من قانون رقم: 85-07 المؤرخ في: 06 غشت 1985 المتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وبالتوزيع العمومي للغاز، والتي نصت⁵:

" يتعين على المؤسسة صاحبة الاحتكار أن تزود غيرها دائماً بالكهرباء والغاز.

غير أنه يمكنها أن توقف تقديم الخدمة من أجل تقديم الصيانة وأشغال الايصال وكل الأشغال القريبة من المنشآت التي يجب توقيفها على سبيل الأمن "

¹ - Buttgenbach: (A), Manuel de droit administratif, paris 1959 P. 79

محكمة القضاء الإداري 18 يناير سنة 1954: مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة 6، رقم 236، ص 469.
محكمة القضاء الإداري 2 يونيو سنة 1957: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة 11، رقم 216 ص 493. سليمان محمد الطماوي، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق هامش 73، ص 528.

² - GASTON Jéze: Revue du droit public et de la science politique (en France et a l'étranger en France 1938 tome 55 PP 121 et s.

³- Jéze: Les Principes Généraux Du droit Administratif Tome I, 1930 PP. 246 et s

⁴- محمد امين بوسماح، مرجع سابق، ص 114.

⁵ - القانون رقم: 85-07 المؤرخ في: 06 غشت 1985 يتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وبالتوزيع العمومي للغاز، الصادر في الجريدة الرسمية، المؤرخة في: 07 غشت 1985، ع 33. المادة 11.

ثم يمكن التأسيس القانوني لمبدأ استمرارية المرفق العمومي في المرسوم رقم: 88-131 الذي ينظم العلاقات بين الادارة والمواطن¹، وكذلك في النص الدستوري 1996 المعدل والمتمم حين قال: "يسهر - الوزير الأول - على حسن سير الادارة العمومية والمرافق العمومية"².

ونص المادة 3 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة: "تتمثل الأهداف في مجال الصحة في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي"³.

وفي المادة 06 منه أيضا⁴: "تهدف المنظومة الوطنية للصحة الى التكفل باحتياجات المواطنين في مجال الصحة بصفة شاملة ومنسجمة ومستمرة.

ويرتكز تنظيمها وسيرها على مبادئ الشمولية والمساواة في الحصول على العلاج والتضامن والعدل واستمرارية الخدمة العمومية والخدمات الصحية".

أما على المستوى الدولي في الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة في المادة الثالثة الفقرة الرابعة منه، حين قالت: "تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية:..

1. استمرارية الخدمات العامة في كل الظروف.."⁵.

ان مبدأ الاستمرارية كما يصفه بوسماح محمد أمين له صبغة سياسية أكبر مقارنة بالمبادئ الأخرى، وذلك ما نجده عند اللجوء الى الاضراب من قبل أعوان المرافق العمومية، حيث يظهر الجدل بخصوصه، لتأثره بالمناخ السياسي والاجتماعي للدولة⁶.

ولما كان الطابع السياسي قد يميز هذا المبدأ، فالباحث يرى ان تدخل القاضي الاداري بخصوصه أمر ضروري ومهم وجدي، سواء أكان منظما تشريعا أو لا، ومن ذلك عند ممارسة حق الاضراب وحق الاستقالة لعون الادارة العمومية، كما يمكن ان يكون له دور في نظرية المال العام والعقد الاداري أيضا.

¹ - أنظر: المرسوم رقم: 88-131 المؤرخ في: 04-07-1988، الصادر في ج ر عدد 27، 1988،

² - المادة: 112-7 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

³ - القانون: 11-18 المؤرخ في: 02 يوليو 2018، الصادر في ج ر، ع 46، المؤرخة في: 29 يوليو 2018، المتعلق بالصحة.

⁴ - القانون: 11-18 المتعلق بالصحة.

⁵ - أنظر: المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المؤرخ في: 11-12-2012، يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، والمعتمد باديس ابابا بتاريخ: 31 يناير لسنة 2011.

⁶ - محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 114.

ولقد طبق القاضي الاداري مبدأ الاستمرارية في تقديم الخدمة العمومية في اجتهاده، ومن ذلك اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي عندما أيد قرار للإدارة العامة مخالفا للقانون في التعاقد مع أشخاص من أجل الحيلولة دون توقف مرفق عام قام العاملون فيه بالإضراب، تطبيقاً لنظرية الضرورة ومبدأ استمرارية المرفق العام¹.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى الجزائري بتاريخ: 14 جانفي 1989، والذي أقر أن التقسيم الاداري الجديد ينقل التزامات البلدية القديمة الى البلدية الجديدة تطبيقاً لمبدأ استمرارية المرفق العام، حيث لا يمكن ان تتجاهل البلدية المستحدثة ما التزمت به البلدية القديمة حماية لحقوق الغير وضمان لسير المرفق العام بانتظام واطراد².

حيث جاء في فحوى القرار القضائي³: "حيث أن هذا التقسيم الاداري لم يؤد الى انقطاع في نشاط المرفق العام، مادام نشاط البلدية السابقة المتعلق بتراب البلدية الجديدة تتكفل به البلدية الجديدة تطبيقاً لمبدأ استمرارية المرفق العام..".

ثالثاً: مبدأ تكيف المرافق العمومية.

نظراً للإصلاحات الادارية المتواصلة التي تنتهجها النظم الادارية المختلفة، وبقصد تحسين الخدمة العمومية للمرتفقين، أصبح لمبدأ التكيف الدائم للمرفق العمومي مكانة متميزة من بين المبادئ الأساسية النازمة للمرفق العمومي حديثاً.

حيث يعبر التكيف الدائم للمرافق العمومية عن الاصلاح المتواصل للمنظومة المرفقية مساهمة للتحويلات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية. بما يتيح انسجاماً ما بين المرافق العمومية والمرتفقين.

فمبدأ التكيف الدائم للمرافق العمومية هو تلبية للواقع واستجابة لقانون موضوعي للنظام الاجتماعي ولبديهية طبيعية، باعتبار المرفق العمومي نشاط ملموس يقصد تلبية الخدمة العمومية بصفة دائمة، حيث لا شك أن تحقيقها تتغير بتغير التقنيات والتقدم العلمي والاقتصادي وتطور الطلبات الاجتماعية، أي أن تسيير المرفق العمومي يجب أن يتكيف باستمرار ومتطلبات الصالح العام المتغيرة⁴.

ولهذا المبدأ أثر واضح في الاجتهاد القضائي الاداري، فهو يمثل مصدراً تقليدياً لقواعد وضعها مجلس الدولة الفرنسي في البدايات، كحق وامتياز الادارة في أن تغير من جانب واحد البنود التنظيمية لعقود الامتياز التي تمنحها، وحق

¹ - أنظر: نواف كنعان، القانون الاداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006، ص 338.

² - سايس جمال، ج 1، مرجع سابق، ص 313.

³ - المرجع نفسه، ص 313.

⁴ - محمد أمين بوسماح، مرجع سابق، ص 120.

المرتفق في أن يطلب من القاضي ادخال تغيير بالخدمة أو أن يعارض أي تعديل، وحق فسخ العقد الاداري من جانب واحد¹.

الفرع الثاني: المبادئ الحديثة الناطمة للقانون الأساسي للمرفق العمومي. أثر بارز للاجتهاد القضائي.

مع التحولات الحديثة الضابطة للمرفق العمومي سواء في الجزائر أو في النظم الادارية المقارنة، ظهرت بجوار المبادئ الأساسية التقليدية السالفة الذكر، مبادئ حديثة وليدة اشراك القطاع الخاص في تسيير المرفق العام، حيث لا يوجد اجماع حولها وهي غير محددة على سبيل الحصر، انما تخضع دائما لرؤية اجتهادية في تنظيم وتسيير المرفق العام، تبعا لنصوص قانونية داخلية وحتى اتفاقات دولية².

والمشروع الجزائري أولى عناية بهذه المبادئ المستحدثة، وذلك بالنص على بعضها على سبيل المثال، في المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، والمتمثلة في مبدأي حرية الوصول للطلبات العمومية، والشفافية، اضافة الى المبدأ التقليدي وهو المساواة³.

كما أن المادة 209 من المرسوم الرئاسي: 15-247 ذاته، أكد على بعض هذه المبادئ الواردة في نص المادة 5 منه، بالإضافة الى تأكيد المبادئ الثلاثة التقليدية وهي: مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف على الخصوص⁴. أما المرسوم التنفيذي رقم: 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، بين في المادة الثالثة منه المبادئ التي يجب أن يتم تفويض المرفق العمومي في اطارها، وهي مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، وكل ذلك دون الاخلال بما ورد في نص المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي⁵.

ويعني ذلك أن المرسوم التنفيذي الجديد المتعلق بتفويض المرفق العمومي جاء مؤكدا على المبادئ الأساسية التقليدية الثلاثة، مع اضافة معايير الجودة والنجاعة في تقديم الخدمة العمومية.

¹- أنظر الاحكام القضائية التي أشار إليها محمد أمين بوسماح في المرجع نفسه، ص 120-121.

²- أنظر: نادية ظريفي المرفق العام، مرجع سابق، ص 229

³- المرسوم الرئاسي: 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، المادة 05

⁴- المرسوم الرئاسي: 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، المادة 209

⁵- المرسوم التنفيذي رقم: 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، المادة 03.

كما أن المرسوم الرئاسي 12-415 المتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة بين في المادة الثالثة منه أنه¹: " تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية:

- 1- المساواة بين كل مستخدمي الخدمة العامة والادارة العامة.
- 2- منع جميع أشكال التمييز مهما كانت أسسه، بما في ذلك على أساس الانتماء الجغرافي، والعرفي، والجنسي، والديني، والاثني، والاعاقفة، والآراء السياسية، والانتماء النقابي أو الانتماء الى منظمة قانونية.
- 3- الحياد والانصاف، واحترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة.
- 4- استمرارية الخدمات العامة في كل الظروف.
- 5- تكييف الخدمات العامة مع احتياجات المستخدمين.
- 6- المهنية والأخلاقيات في الخدمة العامة والادارة العامة.
- 7- تعزيز حقوق مستخدمي واعوان الخدمة العامة وحمايتهم.
- 8- التأسيس لثقافة المساءلة، والنزاهة، والشفافية في الخدمة العامة والادارة العامة.
- 9- الاستخدام الفعلي، والفعال، والمسؤول للموارد."

بينت المادة السابقة المبادئ التقليدية لسير وادارة المرافق العامة الثلاثة في كل من مبدأ المساواة والاستمرارية والتكيف، بالإضافة الى مبادئ أخرى والتي تدخل عمليا في المبادئ غير التقليدية بالأساس. حيث من خلال قراءة نص المادة يمكننا تبيين هذه المبادئ غير التقليدية، والمستحدثة أو الجديدة، على سبيل المثال، وهي التالية:

ففي الفقرة الثالثة؛ جاء النص على الحياد والانصاف واحترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة. حيث يعتبر بعض الفقه، مبدأ الحياد والانصاف مبادئ مستحدثة، والبعض الآخر يصنفها ضمن مضمون مبدأ المساواة.

أما احترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة، فان ذلك لا يمكن اعتباره مبدأ مستحدثا أو تقليديا حتى، لأن مسألة احترام الشرعية في من يقدم الخدمات العامة مسألة مبدئية وأولية لا تحتاج الى تأسيس مستحدث. وفي الفقرة السادسة؛ جاء النص على المهنية والأخلاقيات في الخدمة العامة والادارة العامة. حيث تشير الفقرة الى مبدأ المهنة ومبدأ أخلاقيات الخدمة العامة والادارة العامة. ويمكن اعتبارها من المبادئ المستحدثة

¹ - المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المؤرخ في: 11-12-2012، يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، والمعتمد باديس ابابا بتاريخ: 31 يناير لسنة 2011.

وفي الفقرة الثامنة؛ جاء النص على التأسيس لثقافة المساءلة، والنزاهة، والشفافية في الخدمة العامة والادارة العامة.

ومنه يمكن أن نجد المبادئ التالية: المساءلة، والنزاهة، والشفافية.

وفي الفقرة التاسعة؛ جاء النص على الاستخدام الفعلي، والفعال، والمسؤول للموارد.

ومنه يمكن استنتاج المبادئ التالية: الفعلية والفعالية للخدمة العامة.

ومن خلال ما تقدم، يمكن ان نحدد المبادئ الحديثة النازمة للقانون الأساسي للمرفق العمومي في عديد المبادئ

وهي ليست حصرية: كمبدأ الشفافية، وحرية الوصول للطلبات، والجودة، والنجاعة، والمساءلة، والنزاهة، والفعلية والفعالية، والمهنية، والأخلاقية.

يمكن للباحث تبين هذه المبادئ النازمة للمرفق العامة ودور الاجتهاد القضائي الاداري تجاهها ومبرره:

أولاً: مبدأ الشفافية في المرفق العام.

الشفافية مصطلح يستخدم في عديد المجالات، ومنها السياسية والتي قد تعني أخلاقيات الحياة السياسية، ويعد

مبدأ ناظماً للمرفق العمومي، باعتباره وسيلة لرقابة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام بغية التأكد من أن المصالح

الاقتصادية للمنتفعين قد احترمت من قبل الشخص المكلف بتحقيق المرفق العمومي، وعلى الخصوص المرافق المحلية¹.

حيث يشكل مبدأ الشفافية نقطة صراع بين المرتفقين والشخص المكلف بتسيير المرفق العام، حيث المرتفق من

حقه ومصالحته اعلامه بكيفية تأدية المرفق العام لنشاطه ونوعية الخدمة وتسعيرتها وشروط الاستفادة منها والامتيازات

الاضافية وعملية الرقابة كيفية الاعتراض، بينما من مصلحة مسير المرفق العام هو عدم الافصاح عن ما سبق².

وتكريس الشفافية في تقديم الخدمة العمومية من قبل المرفق العام تكون من خلال آليات و ضمانات عديدة، من

بينها؛ تلك التي تكلم عنها على سبيل المثال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري، ومن بينها³:

الاعلام الاداري، وتبسيط الاجراءات الادارية، وحق الحصول على الوثائق الادارية، وتسبيب القرارات الادارية

وتبيين طرق الطعن فيه للموطن. وللقاضي الاداري أثر بارز و ضروري و متميز في كل هذه الاجراءات والتدابير، للحفاظ

على مبدأ الشفافية في تسيير المرافق العامة⁴.

¹ - Michel Bazex, obligation communautaire de transparence et prestation de service public, édition jurisclasseure, octobre 1993, p 15.

نقلا عن: نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 230.

² - نادية ظريفي، مرجع نفسه، ص 231.

³ - أنظر: القانون رقم: 01-06 المؤرخ في: 20 فبراير 2006 متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الصادر في ج ر، ع 14،

صادر في: 08-03-2006، المعدل والمتمم، المادة 11.

⁴ - Michel Gribal, Transparence et délégation de service public, les petites affishes, septembre, 1995, p 16.

فقد يواجه تفعيل مبدأ شفافية المرفق العام تصرف من قبل المرفق العمومي يعرقله أو يحد منه، وذلك بالخصوص لما يمنع حق الغير من الاعلام وحق الحصول على الوثائق الادارية، وعدم تسبب القرارات الادارية. فالعمل الاداري على الخصوص يفرض على نشاطها طابع السرية والتكتم، من خلال احاطة العون والموظف الاداري بجو يسمح على اتخاذ قرار بعيد عن المؤثرات الخارجية، فتعمد الادارة العمومية والمرفقية للسرية بقصد ذلك. وإذا كان المشرع قد يقيد حق الاعلام الاداري في بعض الأحيان، ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء في المادتين 26-30 من قانون البلدية والتان تستثنيان من علانية الجلسات النشر واعلام الجمهور المداولات التي تتعلق بالنظام العام والحالات التأديبية. وقانون الولاية الذي أجاز التداول سرا في الحالات المتعلقة بالكوارث الطبيعية والتكنولوجية، ودراسة الحالات التأديبية للمنتخبين.

الا أن القاعدة العامة وتطبيقا لمبدأ شفافية الخدمة العمومية، ضرورة اعلام الادارة العامة والمرافق العامة بصوره المختلفة عن مختلف ما يفيد ويطلبه المرتفق.

ثانيا: مبدأ المساءلة في المرفق العام.

يمكن تحديد المقصود بالمساءلة في المرفق العام، الحق والقدرة والتمكين على مساءلة ومراجعة وتقييم أداء المرفق العام للخدمة العامة، تطبيقا لمعايير محددة مسبقا، بناء على معطيات وبيانات صحيحة، بهدف تقديم خدمة عامة مرفقية ايجابية¹.

كما يمكن تحديد المقصود بالمساءلة أيضا؛ التزام مستغل المرفق العام والمشرع عليه الخضوع للمساءلة، وتحمل المسؤولية عن الأداء، من خلال تفسير وتبرير كل نشاط يستهدف تحقيق المصلحة العامة من هذا المرفق العام². حيث يرى الباحث، في هذا السياق أن دور القاضي الاداري قد يبرز بصورة حلية، من خلال امكانية رقابته و" مساءلته " لمسير المرفق العام فيما يجب أن يقدمه للمرتفقين من خدمات، وفي مدى تحقيق الشروط الواجبة الاتباع بخصوصه. وذلك بمعية السلطات والأجهزة الأخرى، سواء الادارية وحتى الشعبية.

ثالثا: مبدأ الجودة والفعالية في المرفق العام.

عن نادية ظريفي، مرجع نفسه، ص 232.

¹ - أنظر: بن علي خليل، سبل تمكين المجتمع المدني في تعزيز المساءلة والشفافية في الادارة المحلية، مجلة أبحاث، ع 5ع أبريل 2018، ص 91.

² - أنظر: بومدين حسين، أوجامع ابراهيم، " تعزيز قيم الشفافية والنزاهة والمساءلة ومشاركة المواطنين من أجل تحسين الخدمات العامة المحلية "، المجلة الجزائرية للمالية العامة، ع3، ديسمبر 2013، ص 193.

مفهوم الجودة يعد أحد المبادئ المستحدثة لسير المرافق العمومية، ويعود الى سنوات الثمانيات من القرن الماضي، ويعبر عن التحلي عن النمط الكمي الى نمط جودة الخدمات المقدمة من المرافق العمومية، حيث المواطن اليوم بات يطالب بالخدمة مع جودتها أيضا، باعتبارها حق ينتزعاها بشروط خاصة ومن بينها جودتها، وبالتالي نفي اعتبارها هبة أو مزية أو منحة من قبل مرافق الدولة¹.

والمشروع الجزائري جاء مؤكدا لمبدأ الجودة في تسيير المرفق العام بالإضافة الى ما ذكرنا سابقا، في المادة 06 من المرسوم 88-131 المنظم للعلاقات بين الادارة والمواطن، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 03-232 المحدد لمضمون الخدمة العامة للبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية والتعريفات المطبقة عليها وكيفية تمويلها المعدل والمتمم. رابعا: مبدأ أخلاق المرفق العام ونزاهته.

ان المبادئ الناظمة للمرفق العام، لا تقتصر فقط في تلك المرتبطة بالطابع المادي، بل قد تتعداه الى مبادئ ذات طابع معنوي، وموجهة للسلوك اللامادي للمرفق العام وأعوانه. حيث يتعدى مفهوم المرفق العام الى روح الدولة، هذه الأخيرة روح الدولة رفعا الى مستوى الأخلاق كما قال Bordeaux².

لذلك يصح أن يتأسس مبدأ ناظما للمرفق العام يمثل " أخلاق المرفق العام ونزاهته ". حيث يرى محمد أمين بوسماح، أن ما سماه روح الدولة وروح المسؤولية، الذي يعبر في مفهوم " تبني الأخلاقية في ادارة وتسيير الشأن العام والمرافق العامة كذلك، كان عاليا غداة الاستقلال الوطني، ثم تراجع في العشرية السبعينية، من خلال الانحراف الذي سلكه بعض أعوان الادارة والمرافق العامة. لذلك - يقول - تبني الخطاب الرسمي في الميثاق الوطني لسنة 1976 ولسنة 1986 ضرورة التحلي بالروح الأخلاقية والمدنية³.

ان مبدأ أخلاق المرفق العام ونزاهته يطرح تساؤلا في المواجهة التشريعية القضائية، خاصة لما يقدر من جانب مبدأ حسن نية النشاط الاداري من جهة، ومن جهة ثانية حفظ وحماية حقوق وحريات المواطن والمصالح العامة للمرتفقين بوجه عام؟

تنص المادة 10 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم على أنه: " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي: .. السلوك المخالف للخلق الاسلامي وقيم ثورة نوفمبر ".

¹ - نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 234.

² - محمد أمين بوسماح، مرجع سابق، ص 96، 97.

³ - المرجع نفسه، ص 97.

حيث النص الدستوري عام، ينص على كافة مؤسسات الدولة، والتي قد يدخل في مضمونها مؤسسات المرفق العام، والتي يجب عليها التزام اتباع السلوك المتطابق مع الخلق الاسلامي وقيم ثورة نوفمبر.

بمعنى أنه يمكن، تبني دسترة أخلاقية ونزاهة السلوك المتبع من قبل المرافق العامة وأعوانه، من خلال النص أعلاه.

ونص المادة 23 منه - الدستور - نصت على أنه: " لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات في مؤسسات الدولة مصدرا للشراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة ".

حيث يتبنى النص الدستوري حسن سلوك المسؤول عامة، ومنهم أعوان المرافق العامة - من خلال التفسير الواسع للنص الدستوري -، وبراءة ذمتهم المالية، والتي هي بالتأكيد مرتبطة بأخلاقية ونزاهة المرافق العامة في الجوانب المالية.

ونص المادة 25 منه كذلك والذي تطرق الى: " عدم تحيز الادارة يضمنه القانون ". يمثل في جانب منه الى ضمان حيادية الادارة العامة وعدم تحيزها لطرف ما على حساب آخر، وهو في تفسير منه مرتبط بأخلاقية ونزاهة الادارة العامة كذلك.

وبالتالي يمكن اعتبار النصوص الدستورية السابقة دسترة لمبدأ أخلاقية المرفق العام ونزاهته ولو بصفة غير مباشرة. وبالنظر الى قانون الوظيفة العمومية، الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، نجد نص في حيثيات مواده على مبدأ أخلاقية المرفق العام، من خلال النص على مجموعة من الواجبات والأخلاقيات التي يجب على الموظف العام احترامها من جهة مقابل المرافق العامة، كما يجب على المرفق العام بما يمثله من موارد بشرية احترام هذه المبادئ تجاه المرتفقين في المقابل.

ومن قبيل ذلك على سبيل المثال؛ التزام الطاعة كما جاء في نص المادة 04 منه، والالتزام بالتحفظ كما جاء في نص المادة 26 منه، والالتزام بالسرية المهنية بموجب المادة 48 منه، الالتزام بتقديم الخدمة كما نص عليه المادة 128 منه، والالتزام بالنزاهة والاستقامة كما نص عليه في المادة 41 منه.

يرى الباحث، وان كان المشرع دور أساسي في تبني مبدأ الأخلاقية للمرافق العامة والنزاهة في سلوكه، فان للقاضي الاداري على الخصوص دور وأثر محوري في تبني المعايير الايجابية والسلبية والتي قد تؤسس لنقطة التوازن في احترام هذا المبدأ من قبل المرافق العامة.

خاصة وأن هذا المبدأ يعبر عن قيم معنوية بالأساس، واحترام اللياقة والأدب في السلوك المتبع من قبل أعوان المرافق العامة تجاه المرتفقين.

المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في الضبط الاداري.

يعتبر الضبط الاداري الوجه الثاني لنشاط الادارة العمومية، بمعية النشاط المرفقي العمومي. له علاقة باختصاصات وصلاحيات السلطات الادارية في الحفاظ على النظام العام في الدولة ككل من خلال تدابير واجراءات سلبية وإيجابية، تحت رقابة السلطة القضائية المختصة.

حيث يمكن تعريفه باعتباره: " مجموعة من التدابير والاجراءات الوقائية تختص بها السلطات الادارية المختصة تنظم من خلالها حقوق وحرريات الأفراد بقصد الحفاظ على النظام العام في الوقت السائد عند ممارسة هذا النشاط".

فجوهر الضبط الاداري هو تقييد وتنظيم لحرريات الأفراد بالأساس بغرض الحفاظ على النظام العام، وبالتالي حدوث نوع من التصادم بين سلطة الادارة العامة من جهة وحرية الأفراد من جهة ثانية، لذلك يكون للقاضي الاداري دور أساسي وأكد في الحفاظ على نقطة التوازن بين تلك المصالح المتقابلة.

حيث أن الباحث في هذا المقام يمكنه طرح التساؤل التالي:

سلطة وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في ممارسة نشاط الضبط الاداري من قبل الادارة العمومية؟

أي تحديد الأثر الاجتهادي القضائي في نظرية الضبط الاداري في مقابل الأثر التشريعي.

ولما كانت الحرية هي محور تدخل السلطات الادارية في نظرية الضبط الاداري، بهدف وغرض الحفاظ على النظام العام، فإن الباحث سوف يتطرق اليهما بالأساس، حيث نبين سلطة كل من المشرع والقاضي الاداري تجاه الحرية باعتبارها هي محور تدخل السلطات الادارية في ممارسة وظيفة الضبط الاداري، ثم النظام العام كهدف وغرض أساسي للضبط الاداري بين المشرع والقاضي الاداري.

المطلب الأول: سلطة المشرع والاجتهاد القضائي في إطلاق الحرية.

المطلب الثاني: النظام العام بين المشرع والاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: سلطة المشرع والاجتهاد القضائي في إطلاق الحرية.

ان الضبط الاداري كأحد أوجه النشاط الاداري الأساسية، يمثل تدخلا من قبل الادارة العمومية تجاه حقوق وحرريات الأفراد أساسا تقييدا وتنظيما، بهدف الحفاظ على النظام العام، تحت نظر القاضي الاداري ورقابته. فممارسة الحرية تقابل بسلطة ضبط ادارية تحت رقابة قضائية.

وغني عن البيان في هذا المقام، ان عديد الدراسات والبحوث تطرقت لعلاقة القاضي الاداري بحقوق وحرريات الأفراد والجماعات، ودور القضاء الاداري في حماية الحقوق والحرريات الفردية والجماعية والأساسية.

لذلك الباحث، يحاول النظر في العلاقة بين القاضي الاداري والحقوق والحرريات، وذلك من خلال تحديد مدلول الحرية المعتدى عليها كمفهوم ومضمون بداية والسلطة المؤهلة في ذلك، والتي تتنازعها سلطة المشرع كسلطة مؤسسة للحقوق والحرريات أصالة، وسلطة القاضي الاداري في خلق القواعد القانونية متى سكت المشرع عن ذلك استثناء، وهنا يمكن طرح سؤال مبدئي:

هل حدد المشرع مدلول ومضمون الحريات والحقوق، أم هو عاجز عن ذلك؟ (الفرع الأول). ثم إذا كان للاجتهاد القضائي دور في بناء نظرية القانون الاداري حسب القول المشهور والمتداول، فإننا نتساءل هنا عن أولوية سلطة القاضي الاداري في تنظيم وتقييد وتحديد مدلول الحقوق والحرريات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عجز المشرع عن تحديد مدلول الحرية

الدولة قد تعترف بالحرريات والحقوق وتدرجها في تشريعاتها المتدرجة وتسبغ عليها الحماية القانونية، كما قد تهملها عن عمد أو غير عمد وهو ما يتوقف الى حد كبير على المذهب الذي تعتنقه الدولة¹.

فالأصل ان تقرير الحقوق والحرريات من صميم عمل المشرع، على اعتبار أنه يمثل ارادة الشعب والحارس الأمين على حقوقه وحرياته، حيث أغلب الدول تقرر الحريات العامة بموجب نصوص مكتوبة سواء اكانت دستورية أو قانونية. ولئن أقر القانون الحريات لضرورتها في حياة الأفراد والجماعة، الا أن مضمونها يبقى غير ثابت وغير محدد، فهو يختلف من دولة لدولة وفق نظام الحكم فيها والنظام الاقتصادي والاجتماعي. كما قد يختلف مضمون الحرية في ذات الدولة من حين لآخر وفقا للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

نحاول تبين موقف المشرع من تحديد مدلول الحرية (أولا)، ثم الاجابة على الافتراض الذي وضعه الباحث ب" عجز المشرع عن تحديد مدلول الحرية"، ومبرر ذلك (ثانيا) في ما يلي:

¹ - سلمى بدوي محمد، مرجع سابق، ص 11-12.

أولاً: موقف المشرع من تحديد مدلول الحرية.

يمكن النظر في موقف المشرع في تحديد مدلول الحرية من خلال قواعد التشريع الدولي، ثم في قواعد الدستور، ثم في قواعد التشريع البرلماني.

1. الحرية في التشريع الدولي:

الأصل العام أن حماية حقوق الانسان وحرياته يتكفل بها القانون الداخلي للدولة، ولكن هذه الحماية قد يشوبها بعض القصور، ويحدث سوء استعمال للسلطات واهدار للحقوق والحریات، لذلك يمكن للقانون الدولي أن يتدخل كوسيلة أخيرة يمكن للأفراد اللجوء اليه، خاصة عندما تحول الأنظمة الداخلية في حماية حقوقهم. والناظر اليوم لمنظومة قواعد القانون الدولي، يلاحظ اهتماما متواصلا بحقوق الانسان وحرياته خاصة عقب الحرب العالمية الثانية.

وقبل ذلك، جاء في اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789 الحرية بأنها: " حق الفرد في أن يفعل ما لا يضر بالآخرين، والقيود التي تفرض على هذه الحرية لا تجوز الا بقانون ". فقد كان لهذا الاعلان عظيم الأثر في أوروبا والعالم، حتى قيل عنه بأنه: " كان أقوى من جيوش نابليون "، وذلك لقوة المبادئ الحقوقية التي طرحها وقيم الحريات والدفاع عنها ومحاربة الاستبداد.

وقد جاء الاعلان العالمي لحقوق الانسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة في: 10 ديسمبر 1948، مكرسة لحریات وحقوق للأفراد، دون أن يعرف مفهوم الحرية¹: ففي نص المادة الأولى منه جاءت بأن: " يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق.."، وفي المادة الثالثة منه: " لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه "، كما تكفلت باقي النصوص القانوني له تعداد عديد الحقوق والحریات دون تعريف لها².

وجاءت المادة 29 منه محددة ضوابط ممارسة الحريات المتعلقة بالتقييد بالقانون وحماية حقوق وحریات الغير، مع مراعاة متطلبات النظام العام، حيث قالت: " يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقرها القانون فقط، لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي ".

¹ - أنظر: نص وثيقة الاعلان العالمي لحقوق الانسان 10 ديسمبر 1948.

² - أنظر على سبيل المثال: حق اللجوء للعدالة الوطنية لإتصافه من في المادة 8 منه. حرية التنقل في نص المادة 13 منه. حرية التفكير والضمير والدين في المادة 18 منه...

وفي ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945؛ جاء في ديباجته أن شعوب الأمم المتحدة تؤكد إيمانها بالحقوق الأساسية للفرد وبكرامة الفرد وقدره، وتمتع الرجال والنساء بحقوق متساوية. وجاء في المادة الأولى منه مقاصد الأمم المتحدة ومن بينها تعزيز احترام حقوق الانسان وحرياته الأساسية للناس جميعا. وفي المادة 13 منه أشارت الى انه من مهام الجمعية العامة للأمم المتحدة القيام بدراسات تشير الى توصيات لمقاصد عديدة منها، مسألة حقوق وحرريات الانسان¹.

اضافة الى ما ذكر سابقا، يمكن الاشارة الى العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية، واللذان صدرا في 16 ديسمبر 1966، عنيا كثيرا بمسألة الالتزام في احترام الحقوق والحريات، دون تحديد لمفهوم ومصطلح الحرية كالعادة².

أما على الصعيد الاقليمي، فإننا يمكن ان نستأنس بعدد الاتفاقيات بخصوص هذا الشأن ومن بينها: الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان الصادرة في: 04-11-1950، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان الصادر في 22-11-1969، والميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب والذي تم اقراره عام 1981، والميثاق العربي لحقوق الانسان والذي اعتمد من قبل قمة الدول العربية في تونس في ماي 2004، واعلان منظمة المؤتمر الاسلامي والذي أجزى في 05-08-1990.

وهي جميعها لم تحتم بتحديد مصطلح الحرية بصفة مباشرة، انما كان الاهتمام أساسا بتعداد أصناف معينة منها. كما انما نصوص قانونية تبقى محدودة الفعالية ان لم تتوج بحماية تحول دون خرقها لعل أهمها الحماية القضائية.

2. دسترة الحرية:

النظرية الدستورية الحديثة لا تعتبر القاعدة القانونية الدستورية محددة لقانون المؤسسات السياسية فقط، انما أصبحت كذلك مؤطرة لنظام الحريات والحقوق كذلك. والذي عبر عنه ب"دسترة الحريات والحقوق"، من خلال تكريسها والنص عليها ضمن الدساتير، وذلك يعد بجد ذاته ضمانا مهمة لها.

فسيادة القاعدة القانونية الدستورية موضوعيا متعلقة بضمان احترام الحريات والحقوق للأفراد في مواجهة الغير، فالدستور أداة فعالة لحماية الحريات والحقوق في مواجهة الجميع بما في ذلك السلطة التشريعية³.

¹ - أنظر: ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945.

² - أنظر: سلوى محمد بدوي، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه، عين شمس القاهرة، ص 52 وما بعدها.

³ - أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط 2، دار الشروق، مصر، 2000، ص 22.

ويمكننا أن نتناول ذلك في ظل الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، حيث المؤسس الدستوري بداية لم يتفق على مصطلح وحيد للحرية، حيث أطلق أحيانا مصطلح الحرية بصيغة المفرد مع ضمها لنوع معين من الحريات كحرية المعتقد، وحرية الرأي، وحرية ممارسة العبادة. كما أطلق لفظ الحريات بصيغة الجمع وهو في عنوان الفصل الرابع منه فصل: الحقوق والحريات، حيث أضاف لها أحد الحريات حينما مثل: حريات التعبير وانشاء الجمعيات والاجتماع؛ وأضاف لها صنف من الحريات لما قال حريات أساسية وحريات فردية، وحريات جماعية وحريات عمومية.

بالتالي المؤسس الدستوري أطلق عدة تسميات عن الحرية دون أن يعرف مدلولها ومضمونها، وذلك قد يكون طبيعيا حيث يصعب تحديد مقصود المصطلح كما ذكرنا أنفا لنسبيتها ولتنوعها وتطورها، تاركا ذلك للفقهاء والاجتهاد القضائي أساسا.

والدستور الجزائري عد نفسه ضامنا للحقوق والحريات، سواء أكانت فردية أو جماعية، وذلك في ديباجته والتي تعد جزءا أصيلا من الدستور لا يتجزأ عنه¹.

كما نص في المادة 164 منه على أنه: "يحمي القضاء المجتمع وحريات وحقوق المواطنين طبقا للدستور"، فهنا يؤكد المؤسس الدستوري على أحد الضمانات الأساسية لحماية حريات المجتمع وهو السلطة القضائية سواء القضاء العادي أو القضاء الاداري على السواء². ولعل التعديل الأخير له بخصوص الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي ينتهك حقا أو حرية يضمنها الدستور ضمانا أخرى في ذلك.

كما خول الدستور للشعب اختيار مؤسسات، من غايتها حماية الحريات الأساسية للمواطن، أي بناء مؤسسات منتخبة من قبل الشعب من غاياتها حماية الحريات الأساسية³.

كما عنون المشرع الدستوري الباب الثاني الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات، عنون الفصل الأول منه بعنوان: الحقوق الأساسية والحريات العامة. والذي ضم المادة 34 منه الى المادة 77.

حيث صنف الحريات أحيانا بأنها: حريات فردية وحريات جماعية، وحريات أساسية وحريات عمومية. فالمؤسس الدستوري غاير بين الحقوق الأساسية والحريات، والحريات العامة، والحريات الفردية والحريات العمومية؛ حيث منح الحريات الأساسية حماية دستورية، في نص المادة 35 منه على أنه: "تضمن الدولة الحقوق الأساسية

1- جاء في الديباجة ما يلي: " ان الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ..".

2- المادة 164 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

3- في المادة 9 منه: "يختار الشعب لنفسه مؤسسات غايتها ما يأتي:- حماية الحريات الأساسية للمواطن..".

والحريات". كما استثناهما من أي تعديل بموجب المادة 223 منه، حيث نصت على أنه: "لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس: 7.- الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن".

يمكن التفرقة بين الحريات الأساسية والحريات العامة من خلال ما يلي¹:

الحريات الأساسية قد تعبر عن الحريات الدستورية أو الحريات مكفولة بالدستور، بينما الحريات العامة فقد تكون مكفولة بالدستور والقانون معا، بينما ان انتفت الكفالة الدستورية لها فهي حرية عامة لا دستورية، بمعنى آخر أن الحريات الأساسية هي المرتبطة بالقاعدة الدستورية، بينما الحريات العامة فهي أساسا مرتبطة بقواعد تحت دستورية.

كما أن الحريات الأساسية تتمتع بحماية في مواجهة السلطات العامة الثلاث التنفيذية، التشريعية والقضائية، وأن الحريات العامة انما يتفق مع نظام المشروعية الادارية، بينما الأساسية تتفق والمشروعية الدستورية، وبالتالي مصدر حماية الحريات العامة أساسه القانون والمبادئ العامة للقانون، بينما الحريات الأساسية فمصدر حمايتها الدستور والقواعد الدولية.

ويتكفل القضاء الاداري والعادي حماية الحريات العامة المخصصة للأفراد فقد أساسا، بينما تقع حماية الحريات الأساسية على عاتق القضاء الدستوري والدول في ذلك على اختلاف، بينه الفقه.

ان نظام الحريات العمومية والحريات الفردية أولى المؤسس الدستوري سلطة تشريعها للقانون العادي حسب المادة 139 من الدستور².

بالتالي يمكن القول، أن دسترة الحرية يمثل وبلا شك أهم ضمانات قانونية للمواطن بالدرجة الأولى من امكانية تعدي الادارة العمومية على أحد منها، وبالمقابل يجد القاضي الاداري أهم ضابط -ولو لم يعرف المشرع الدستوري مدلول الحرية بالأساس - يمكن أن يستند عليه عند مراقبة العمل الاداري الماس بحرية معينة.

3. تنظيم الحرية في القانون البرلماني:

يتشكل الإطار التشريعي الجزائري الذي ينظم الحريات والحقوق برلمانيا، في كل من القانون العضوي والقانون العادي، فبعض الحريات تخضع للقانون العضوي لاقتربها من البعد الدستوري كمجموع الحريات الواردة في قانون الانتخابات وقانون الأحزاب السياسية وقانون الاعلام، وذلك وفق المادة 140 من دستور 1996 المعدل والمتمم³،

¹ - محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الانسان، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 68-69.

² - المادة 139 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم: يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات التالية:

1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الاساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين،".

³ - أنظر: المادة 140 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

وذلك بالتأكيد يعزز الضمانات القانونية لهذه الحريات أو الحقوق باعتبار مكانة القانون العضوي ضمن الأطر القانونية خاصة في مجال الرقابة القبلية الوجوبية على مدى دستورتها.

وبينت المادة **139** الفقرة الأولى من دستور **1996** المعدل والمتمم، صلاحيات البرلمان في التشريع بموجب القانون العادي في ما يخص الحريات والحقوق، لاسيما الحريات العمومية، والحريات الفردية. حيث نصت على:

" يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين.¹

والمرشع عندما يتدخل لتنظيم الحريات والحقوق وتحديدها، فانه بالدرجة الأولى يجب عليه احترام القاعدة الدستورية المؤسسة لها ان وجدت، وبالمقابل يضع على عاتق الادارة العمومية الالتزامات الايجابية وذلك من خلال امكانية التدخل لحمايتها عن طريق سلطات الضبط الاداري، لكن في حدود المشروعية القانونية، فلا يجوز للإدارة التعدي عليها بقرارات ضببية.

والباحث لو يقوم بدراسة مسح لعديد التشريعات البرلمانية والمتعلقة بتنظيم الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية، فانه لن يجد أي تعريف أو تحديد للمقصود بمصطلح الحرية، وذلك يعبر عن موقف سليم وطبيعي باعتبار هكذا مفهوم هو من صميم عمل الفقه والتحديد القضائي اساسا لما يعرض عليه نزاع بخصوص التعدي على حرية من الحريات العمومية أو الفردية.

وفي هذا السياق، يرى مراد بدران، أنه في دولة القانون على الادارة العامة الالتزام بحدود القانون، والعمل في اطار المشروعية. وفي حال اعتداء السلطة التنفيذية على حقوق الأفراد وحررياتهم، فان النصوص القانونية في الجزائر وفرت لهؤلاء وسائل قضائية لحماية الحقوق والحريات، من خلال التأكيد النصوص الدستورية والقانونية على مبدأ استقلالية القضاء. غير أنه من الناحية العملية، السلطة القضائية تتأرجح بين مدلول السلطة ومدلول الوظيفة، لذلك قد تتجاوز المدلولات السياسية على المدلولات القانونية في معالجة بعض القضايا المتعلقة بتجاوز ضد حرية من الحريات².

ويرى الباحث من خلال ما تقدم، أن ذلك قد يعكس سلبا على " عدم فعالية النص البرلماني في حماية الحرية"، لغل يد القضاء في الرقابة الفاعلة لانتهاك كل حرية أو حق من الحقوق المكرس للأفراد والجماعات.

ثانيا: مبرر عدم التحديد التشريعي لمدلول الحرية.

¹ - المادة 139-01 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

² - مراد بدران، حماية الحريات العامة ضد السلطة التنفيذية، مجلة الحقيقة، ع 36، جامعة أدرار، ص 218.

يمكن للباحث أن يتساءل عن مبرر عدم امكان تحديد المشرع بمفهومه الواسع مدلول الحرية، وعدم تحديده في تعريف يرجع اليه متى كانت الحاجة الى ذلك؟

ان مصطلح الحرية بداية يتقاطع مفاهيميا بين الأخلاق والسياسة والقانون، وعليه نجد اطلاقات عديدة تقارب مفهوم مصطلح الحرية في كل علم من العلوم، وعلى ذلك قد تتشابك بعضها أو كلها في إطار اجتهاد محدد لمدلول هذا المصطلح¹.

يمكن ان نجد عدة مبررات لعدم تدخل المشرع في تحديد مدلول ثابت أو مدلول مقارب للحرية وهي التالية:

1. عدم الاتفاق الفقهي لتحديد مدلول للحرية:

ان اتجاهها من الفقه يرى تباينا في تحديد مدلول الحرية وتعريفها، نظرا لنسبيتها ولاختلافها من زمان لزمان ومن مكان لمكان، ولاختلافها تبعا للنظام السياسي القائم والنظام الاقتصادي حتى بين النظام الليبرالي والنظام الاشتراكي سابقا، لذلك قال البعض عنها بأنها احدى الكلمات الرديئة التي تملك قيمة أكثر من معناها²، وقال عنها مونتسكيو بأنه لا توجد كلمة لقيت أكثر من معنى مختلف، مما لقيته كلمة الحرية³. فتوصل البعض بأن هناك أزمة في تحديد مفهوم الحرية⁴.

غير أنه يمكن الاستئناس ببعض المحاولات في تحديد مفهوم للحرية ومن بين ذلك:

عرفها Revero قائلا⁵:

"La Liberté est le pouvoiredoutodéterination , cést-à dire un pouvoire que lomme exerce sur lui-méme".

فالحرية هي مجموعة من الحقوق والمعترف بها والتي اعتبرت اساسية في مستوى حضاري معين ووجب بالتالي أن تتمتع بوصفها هذا بحماية قانونية خاصة تكفلها الدولة لها وتضمنها بعدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها⁶.

¹ - لقد ورد لفظ الحرية في لسان العرب لابن منظور باعتبار: " الحر بالضم: نقيض العبد.. والحررة نقيض الأمة.. وحرره أعتقه..1". ومن المتعارف عليه أن طبيعة هذه التعاريف للمصطلح هي تعاريف بالسلب وهو غير مؤهل لتحديد المقصود بدقة. وفيه أيضا جاء كلمة الحر بمعاني ايجابية: الحر من الناس؛ أختيارهم وأفاضلهم. وحرية العرب؛ أشرفهم.. وفسر حر؛ أي عتيق. والحر؛ كل شيء فاخر من شعر وغيره.

² - Michel Verpeaux, La liberté, l'actualité juridique, juillet- aout 1998, p 144.

³ - أنظر: مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة زعير، القاهرة، 1953.

⁴ - أنظر: عبد الحميد متولي، الحريات العامة نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975، ص 109.

⁵ - Jean Rivero, Les Libertés publiques, PUF, Paris, 1973, p 15.

⁶ - Horiou H, Droit constitutionnel et les institutins politiques éd, 1972, p 170

أنظر: محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الانسان، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 58.

في تعريف آخر للحرية تعتبر تأكيد كيان الفرد تجاه سلطة الجماعة بما يعني الاعتراف للفرد بالإرادة الذاتية والاتجاه في نفس الوقت الى تدعيم هذه الارادة وتقويتها بما يحقق للإنسان سيطرة على مصيره¹.

وعرفت الحرية أيضا؛ "انطلاق ارادة الفرد نحو تحقيق غاياته في إطار النظام العام"².

ولعل في تعدد تصنيف وتعداد الحريات لدليل على عدم الاتفاق في تحديد مدلول الحرية.

حيث صنف بعض الفقه الحريات الى تقسيمات متعددة وفق معايير ومن أهمها³:

الحريات من حيث مدى التصاقها بالإنسان؛ مثل حرية الحياة الخاصة، وأمن الفرد، وحرية الفكر، حريات من حيث طبيعة المصلحة التي تحققها؛ مثل حريات الشخص الطبيعي في كل من التنقل والأمن والمسكن، وحرية الانضمام الى جماعات كحق الاجتماع والانضمام للجمعيات والأحزاب السياسية، وحريات اقتصادية واجتماعية متعلقة بحق الملكية وحرية التجارة والصناعة. حريات من حيث أثرها على نشاط الحكم؛ ومثالها الحريات الأساسية والاقتصادية الفكرية والمعارضة. حريات تقليدية وحريات مستحدثة.

2. مصدر الحرية خارج عن ارادة الدولة:

ان النظر في مدلول ومضمون الحرية في محايثتها لفلسفة تشكل الدولة عامة والقانون خاصة، يجد الأولى سابقة عن الثانية. أي ممارسة الفرد لحرية سابقة عن نشأة الدولة والقانون. على فرض أن الدولة والقانون ما هما الا وعاءان جاءا بالأساس لحاجة الفرد الى تحقيق نوع من الأمان الجماعي في إطار قواعد للضبط الاجتماعي، والتي من بينها قواعد القانون.

فالحرية تجد مصدرها خارج الدولة، بحيث لا يكون للمشرع دور في تعريف الحريات، وانما هو مقيد بإقرارها وتأكيدهما، وإذا أجزت تنظيمها فان ذلك يجب أن لا يصل الى درجة تقييدها أو تعطيل ممارستها⁴.

3. طبيعة النظام الدستوري:

¹ - أنظر: طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة 1964، ص 470. أشار اليه:

سلمى بدوي محمد، مرجع سابق، ص 8.

² - ايهاب طارق عبد العظيم، علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، 2003، ص 14. أشار اليه: حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 19.

³ - أنظر: محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الانسان، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 63 وما بعدها.

⁴ - أنظر: عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع، ص 36. نقلا عن: محمد رحموني، "تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري. الجمعيات والأحزاب السياسية نموذجين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بقايد تلمسان، 2014-2015، ص 34.

ان لطبيعة النظام الدستوري للدولة أثر واضح في تبني مدلول معين للحرية، سواء من حيث الطبيعة أو الكم. حيث من المتعارف عليه في ظل النظم الدستورية الديمقراطية تنتعش الحريات وتزدهر، على نقيض النظم الدستورية الدكتاتورية، حيث نجد تضيقا عليها ومنعها بدرجات متفاوتة. وفي انتعاش الحريات والتضييق عليها قد تختلف المدلولات لما قد يعد حرية وما يخرج عنها.

4. أثر القضاء الدستوري في الحريات:

ان للقضاء الدستوري أثر بارز في تبرير عدم التحديد التشريعي للحرية، حيث أدى دورا حاسما في تطوير معنى ونطاق الحريات والحقوق التي يجب أن تكفلها الدولة.

حيث اتجه القضاء الدستوري ابتداء في تحديد مدلول الحريات الى منهج التفسير الضيق لنصوص الدستور، ومن قبيل ذلك رفض المجلس الدستوري الفرنسي التسليم بحقوق الانسان والحريات التي لم ترد صراحة في نص الدستور¹. ثم تبني القضاء الدستوري اتجاه التفسير الواسع في تحديد الحريات والحقوق، بعدم الاعتماد على النص الدستوري فقط في اقرارها، انما يجب كذلك الاستناد الى اعلانات حقوق الانسان والاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، اضافة الى المبادئ العامة للدساتير، فضلا عن المبادئ العامة للقانون والقانون الطبيعي كذلك².

ومن خلال ما سبق، ونظرا لعدم امكان تحديد مدلول ومضمون الحرية تشريعا، مع عدم انكار ضرورة التنظيم والتقييد كذلك لأنواعها المختلفة في الإطار الزماني الممارسة فيه من قبل المشرع. كانت الحاجة ماسة وضرورية لتدخل القاضي - خاصة القاضي الاداري - اجتهادا في ضمان حماية فعالة للحرية الفردية والحريات العامة على السواء وتحديد مضمونها ومدلولها، مما قد يشكل أولوية في ذلك على سلطة المشرع.

الفرع الثاني: أولوية سلطة القاضي الاداري في تحديد الحرية وحمايتها.

اذا كانت سلطة القاضي في تحديد الغرض الذي تستهدفه سلطة الضبط الاداري مسلما بها بالنسبة الى الحريات المعترف بها تشريعا، فان ذلك يؤكد بالنسبة للحريات غير المسماة وغير المحددة ألزم وأؤكد وأوجب³. حيث في هذا السياق، يمكن طرح ما إذا كانت الحريات ككل لا تخرج عن دائرة المشرع؟ أي أنها تدور في فلك قواعد المشرع ولا يمكن اعتبار ما غيرها حرية يلزم الحفاظ عليه أو حمايتها.

تتسم رقابة القاضي الاداري بطبيعة متميزة في مجال حماية الحريات والحقوق، عن رقابة القاضي العدلي (العادي). ذلك أنه يختص بالرقابة على مدى مشروعية الأعمال القانونية والتصرفات التي تأتيتها السلطات العمومية،

¹ - أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها.

² - أنظر: المرجع نفسه، ص 58 وما بعدها.

³ - صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الاداري على النشاط الاداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008، ص 314.

خاصة أعمال السلطة التنفيذية لما لها من دور في ضمان وحفظ النظام العام، واتخاذ تدابير للضبط الاداري تقيد من خلالها حقوق وحرريات الأفراد والجماعات، حيث إذا خرجت الادارة العمومية عن المشروعية القانونية كان للقاضي الاداري دور في ابطال تصرفها والزامها باحترام القانون.

والادارة العمومية تمتلك سلطات واسعة وامتيازات كبيرة في مواجهة الأفراد، وقد تعمل على انتهاك حقوقه وحرياته، بهدف الحفاظ على النظام العام افتراضا، وسواء أكان باتباع الضوابط التشريعية لذلك أو لا. وفي الحالة الثانية خاصة في ظل عدم وجود القيود والضوابط التشريعية التي يتحتم على الادارة العامة مراعاتها، فان طبيعة الرقابة التي يفرضها القضاء الاداري تستدعي أن يتدخل اجتهادا وانشاء وخلقاً لسد هذه الثغرة والفجوة التشريعية.

وحتى نبين أولوية وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في تنظيم الحرية وحمايتها، يمكننا القول بداية، أن مبررات عدم التحديد التشريعي لمدلول ومضامين الحرية التي ذكرناه في الفقرة السابقة يصلح مبررا أساسيا لأوليته - القاضي الاداري - بهذا الخصوص.

بالإضافة الى ذلك، يمكننا تبيين ضابط حماية القاضي الاداري للحرية(أولا)، ثم في فعالية سلطة القاضي الاداري في حماية الحرية (ثانيا).

أولا: ضابط حماية القاضي الاداري للحرية.

ان الضابط الأساسي لحماية الحقوق والحرريات عموما والذي يجب على القاضي الاداري الاستناد اليه، هو ضابط الالتزام بالمشروعية القانونية والذي نعني به ضرورة أن يستند القاضي في حكمه وقراره في نزاع يخص حماية لحق أو حرية، مدى خضوع العمل الضبطي للإدارة العمومية المقيد أو المنظم لحرية ما للقانون بمفهومه الواسع، سواء أكان الدستور أو القانون أو التنظيم، اضافة الى معيار قواعد القانون الدولي كالاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان. ثم ضابط الالتزام بالمبادئ العامة للقانون.

1. الالتزام بالمشروعية القانونية:

يستند القاضي الاداري لحماية الحرريات المختلفة من امكانية تعسف سلطات الضبط الاداري الى مبدأ مدى الالتزام بالمشروعية القانونية أساسا، والذي قد يكون في صورة الالتزام بقاعدة دستورية أو بقاعدة قانونية دولية أو بقانون برلماني أو بتنظيم.

1-1- تطبيق القاعدة الدستورية كضابط لحماية الحرريات من قبل القاضي الاداري:

غني عن البيان أن القاضي لما يريد اصدار حكمه وقراره بشأن نزاع معين مطروح أمامه يستند الى تحكيم القواعد القانونية وموقف المشرع عموما في ذلك، فالقاضي لا يخضع الا للقانون. وبالتالي يمكن أن نؤكد بداية على أولوية سلطة القاضي الاداري في حماية حقوق وحرية الأفراد، جاء من خلال دسترة هذه الحماية في المادة 164 من الدستور الجزائري بقولها¹: "يحمي القضاء المجتمع وحرية وحقوق المواطنين طبقا للدستور".

فليس هناك أي نص قانوني يجرم على القاضي الاداري الجزائري النظر في أي تصرف اداري صادر عن الادارة بسبب ارتباطه بالحقوق والحرية².

وضابط خضوع القاضي الاداري للقاعدة الدستورية عند مواجهة التعدي على حرية من الحرية، هو بالأساس ضابط مرتبط بالحماية الدستورية للحرية بشكل عام، ويمكن أن نستدل به بقواعد عديدة من الدستور. وهو ما أشرنا اليه قبل قليل في موضوع " دسترة الحرية ".

كما أن نص المادة 195 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم والتي تطرقت للدفع بعدم الدستورية بخصوص حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحرية التي يضمنها الدستور هو كذلك ضابط دستوري أساسي، وهذا ما تطرقنا اليه في الفصل الثاني في الباب الأول.

وبالرجوع الى نص المادة 198 الفقرة الثالثة من دستور 1996 المعدل والمتمم الجزائري والتي نصت على³:
 " .. تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الادارية والقضائية ".
 حيث النص الدستوري أعلاه مؤسس لإلزامية الاجتهاد الدستوري للمجلس الدستوري لجميع السلطات العمومية ومنها السلطة القضائية، ومنها الجهات القضائية الادارية.

فالقاضي الاداري ملزم بتطبيق آراء المجلس الدستوري ومن خلال ذلك القواعد الدستورية.

1-2- تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان كضابط لحماية الحرية من قبل القاضي الاداري:

¹- الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم، المادة 164.

²- الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم، المادة 168.

أنظر: نصر الدين بن طيفور، " الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثر ذلك على حماية الحقوق والحرية "، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص 31.

³- الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم، المادة 198.

الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم في نص المادة 154 منه ينص على ان المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون، وهو ذات النص عند صدور الدستور سنة 1996 في المادة 132، ونفس المبدأ المكرس في دستور 1989 في المادة 123 منه¹.

بينما الدستور الأول للبلاد لسنة 1963 نص على المعاهدات الدولية دون أن يحدد مكانتها ضمن النظام القانوني الداخلي، في حين دستور 1976 سوى في المكانة بين المعاهدة الدولية والقانون الداخلي، بحيث أنه في حالة وجود تعارض بينهما فان النص اللاحق يلغي النص السابق.

وبعد انضمام الجزائر لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات، غير المؤسس الدستوري موقفه مانحا للمعاهدات الدولية مركزا أسمى من القانون الداخلي كما جاء في دستوري 1989 و1996.

وفي اطار تأكيد سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي، أدرج قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم: 08-09 نصا مجسدا لذلك. وهو نص المادة 358-07 منه حيث جاء فيها:

" لا يبني الطعن بالنقض الا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:..7- مخالفة الاتفاقيات الدولية ". حيث هذا النص الاجرائي أتاح للمحكمة العليا، وكذا مجلس الدولة بموجب المادة 959 منه والتي اشارت الى تطبيق ذات الأحكام من المادة 358 على الطعن بالنقض أمامه، تطبيقا لمبدأ سمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي بوصفه وجهها من أوجه الطعن، وهو ما لم يكن موجودا في القانون السابق².

كما أن الاجتهاد الدستوري أقر مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، وذلك في القرار المؤرخ في: 20 أغسطس 1989 للمجلس الدستوري الجزائري، حيث ورد في احدي جزئياته: " ونظرا لكون أي اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتحول كل مواطن جزائري أن يتدرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن بالنسبة لميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 المصادق عليه بقانون رقم 889 المؤرخ في 25 ابريل 1989 الذي انظمت الجزائر اليه بمرسوم رئاسي رقم: 89-67 المؤرخ في: 16 ماي 1989، والميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب. فان هذه الأدوات تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه"³.

فالقاضي يلتزم بتطبيق كل قاعدة قانونية دولية متى تمت المصادقة عليها وفق الاجراءات الدستورية.

1-3- تطبيق القاعدة البرلمانية والتنظيمية كضابط لحماية الحريات من قبل القاضي الاداري:

¹ - الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم، المادة 154.

² - أنظر: المادة 358 والمادة 959 من القانون رقم: 08-09 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

³ - المجلس الدستوري، قرار رقم 1 ق ق مد، مؤرخ في: 20 غشت 1989 يتعلق بقانون الانتخابات.

ان تطبيق القاضي الاداري للقواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية يمثل احتكاما لكل من القوانين العضوية والقوانين العادية والتنظيم المتعلقة بحقوق وحرريات الأفراد. وهو النطاق الأساسي الذي يحتكم اليه القاضي عموما في نشاطه وعمله القضائي، من خلال البحث في مدى مطابقة أعمال سلطات الضبط الاداري والتي تقيّد من خلالها الحريات مع متطلبات التشريعات البرلمانية والتنظيمات التنفيذية.

حيث تحتكم الادارة العامة في ممارسة الضبط الاداري الى القانون والتنظيم والتي تتعلق بالحقوق والحريات.

2. المبادئ العامة للقانون:

في مجال التقييد القانوني لسلطات الدولة، خاصة سلطات الضبط الاداري، نجد الادارة العامة ملزمة بتطبيق المبادئ العامة للقانون في جميع تصرفاتها قانونية كانت أو مادية، على اعتبار أن هذه المبادئ تعد أحد مصادر المشروعية. وتبعاً لذلك القاضي الاداري وهو يمارس دوره في حماية الحريات بمختلف أنواعها وتصنيفاتها يحتكم أيضا لضوابط المبادئ العامة للقانون متى لم يكن هناك تنظيم تشريعي كامل للحرية، أو كان موجودا لكنه غير مكتمل¹. فاجتهاد القضاء الاداري الفرنسي مستقر على عدم شرعية التمييز بين المترشحين لتولي الوظائف العمومية استنادا لمعتقداتهم الدينية تطبيقا واحتراما لمبدأ قانونيا مهم وهو مبدأ المساواة في تولي الوظائف العمومية². ومن بين تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي كذلك، انشاء والاستناد الى مبادئ قانونية عامة بخصوص حرية التعليم، على اعتبار أن هذه الحرية لم تنتج من نص تشريعي وحيد سواء في الدستور أو في القانون البرلماني، انما تعتبر جزء من القواعد العامة التي تهيمن على القانون العام والناجئة عن مجموعة من التشريعات المتلاحقة³. كما أقر القاضي الاداري الفرنسي حمايته للحريات الدينية، ومن قبيل ذلك؛ الغاؤه لقرار اداري صادر من عمدة De Valenciennes الذي يعتمد بمقتضاه طريقة واحدة لذبح الحيوانات في المسالخ، ويمنع الذبح على طريقة الديانة اليهودية⁴.

كما أكدت المحكمة الادارية التونسية هذه المسألة بخصوص تطبيق المبادئ العامة للقانون في شركة الطاردي ضد وزير التجارة ووزير المالية ووزير الصحة بتاريخ: 29-11-1999 معتبرة:

¹ - موسى مصطفى شحادة، " المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري "، مجلة الشريعة والقانون، ع 18، يونيو 2003، ص 90.

² - المرجع نفسه، ص 93.

³ - C.E. 10 Mars 1950.

⁴ - E, 27-03-1936, Association culturelle Israélite de Valenciennes, D.H, 1936, p 351

نقلا عن: موسى مصطفى شحادة، مرجع سابق، ص 92.

" وحيث أنه وفي غياب اي نص تشريعي أو ترميمي يمنع صراحة تعليب الخمر في أوعية من الورق المقوى، وبما أن الادارة لم تثبت من خلال المراقبة الصحية خطورة هذه الطريقة المعتمدة في التعبئة على صحة المستهلك، فان قرار تجميد نشاط الشركة المدعية المتعلق بهذا الصنف من المنتج يغدو فاقدًا لكل سند قانوني ومخالف لمبدأ حرية الصناعة والتجارة واتجه بالتالي الى الغاءه"¹.

حيث القاضي الاداري التونسي الغاء قرار الادارة العامة المعتدي على حرية غير منصوص عليها قانونا. وبخصوص الاجتهاد القضائي الجزائري، وعى سبيل المثال، أكد القاضي الاداري على ذلك في عديد القرارات، وكنا قد ذكرنا في الباب الأول بعضها، ومن بينها:

قرار المجلس الأعلى في: 11-10-1986 في قضية ز- ب ضد م ع أ ووزير الداخلية والجماعات المحلية، مقررا مبدأ يعتبر فيه أنه من حق السلطة الادارية رفض الدخول لكل مسافر ترى في دخوله للتراب الجزائري مساسا بالأمن العام، وأن ذلك المنع من حق السفر يعتمد على تقرير من قبل السلطة الادارية وهو - هذا التقرير - يقبل النقاش أمام قاضي تجاوز السلطة. وبالرجوع الى فحوى هذا القرار، نجد أن القاضي ايد سلطة الادارة العمومية في المنع من السفر وتقييد هذه الحرية، دون الاعتماد الى نص قانوني وتشريعي بخصوص ذلك تطبيقا للمبادئ العامة للقانون².

ثانيا: **فعالية سلطة القاضي الاداري في حماية الحرية.**

يرى عدد من الفقهاء أن فعالية سلطة القاضي الاداري في حماية الحريات عموما قد تظهر في مظاهر متعددة أهمها، سلطة اصدار الأوامر من القاضي الاداري لسلطات الضبط الاداري، وسلطة فرض الغرامة التهديدية عليها³. بالإضافة الى تلك السلطات الممنوحة للقاضي، والتي تكلم عليها الفقه عموما.

ويمكن للباحث أن يدعم فعالية سلطة القاضي الاداري اجتهادا في حماية الحريات في الآتي:

1. رقابة حسن تطبيق القاعدة القانونية في مجال حماية الحرية:

¹- قرار المحكمة الادارية في 29 ديسمبر 1999، شركة الطاردي ضد وزير التجارة والمالية والصحة، قرار غير منشور، أشار اليه: هاجر الغربي، "الرقابة القضائية على مقررات الضبط الاداري" تقرير تريض للمحاماة، www.Tribunale.administratif.tn

أطلع عليه في: 15-06-2019، الساعة 00.00 ليلا.

²- أنظر: نشرة القضاة، 1988، ع 44، ص 79.

جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 87-88.

³- أنظر: عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الادارية ضد الادارة العامة، ط02، دار هومة، 2010،

شفيقة بن صاولة، اشكالية تنفيذ الادارة للقرارات القضائية الادارية، دار هومة الجزائر، 2010.

يتمتع المشرع باختصاص أصيل في تحديد النظام القانوني للحريات، حيث لا يمكن لسلطات الضبط الاداري على هذا الأساس وفي إطار الحفاظ على النظام العام اتخاذ اجراءات أو تدابير عامة من شأنها المساس بالنظام القانوني لحرية ما مثلما حدده القانون.

فاذا ما اتخذت سلطة من سلطات الضبط الاداري قرارا ضبطيا في مواجهة ممارسة حرية منصوصا عليها تشريعيا، وأضافت شرطا جديدا لم يأت به النص التشريعي المنظم لتلك الحرية، مما يؤدي الى تقييد ممارسة تلك الحرية متشبهة بغاية الحفاظ على النظام العام كقرار ضبط اداري، يجوز للقاضي الاداري في هذا المقام ردع سلطة الضبط عن ذلك، واعداد عملها ذلك، صونا للحرية وحق الفرد في تمتعه بما كما نص عليها القانون. وذلك في إطار رقابته حسن تطبيق القاعدة القانونية.

2. رقابة الجدوى من قرار الضبط الاداري:

القاضي الاداري لا يكتفي عند نظره في شرعية قرارات الضبط الاداري بالتمعن في صحة تطبيق القاعدة القانونية، وإنما يتجاوزها للبحث عن الجدوى من اتخاذ القرار فهو يمارس رقابة قانونية ورقابة واقعية على القرار الضبطي كما يخضعه لرقابة موضوعية ورقابة ذاتية¹.

حيث يمكن للقاضي الاداري عند فحص مشروعية قرار اداري متعلق بحرية ما في إطار الضبط الاداري، التثبت من صحة الوقائع ورقابة مدى الملاءمة له.

فاذا كان للسلطة التنفيذية سلطة التقدير في اصدار قرارات الضبط الاداري للحفاظ على النظام العام، فانه للقاضي رقابة الجدوى من سلطة التقدير سواء سلبا أم ايجابا، وهي من صميم عمل القضاء الاداري بالأساس.

3. الدفع بعدم دستورية قاعدة قانونية أمام القاضي الاداري:

يعتبر التعديل الدستوري لسنة 2016 مهما جدا في إطار تعزيز سلطات القاضي الاداري في رقابة قرارات سلطات الضبط الاداري المقيدة لحقوق وحريات الأفراد خاصة في مجال الحقوق والحريات بحسب المادة 188 من الدستور. حيث يمكن لكل طرف بمناسبة ادعاء قضائي أن يدعي ان الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقا أو حرية يضمنها الدستور.

حيث صدر القانون العضوي رقم: 18-16 في 2 سبتمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية².

¹ - هاجر الغربي، الرقابة القضائية على مقررات الضبط الاداري، مرجع سابق.

² - القانون العضوي: 18-16 المؤرخ في: 02 سبتمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الصادر في ج ر، ع 54، المؤرخة في: 05 سبتمبر 2018.

ولقد تطرقنا الى هذه المسألة في ثنايا البحث سابقا. وبينما مدى أهمية هذه السلطات في حماية الحقوق والحريات من جهة، وتفعيل دور القضاء عمليا من جهة ثانية، خاصة وأنها تؤسس لقضاء دستوري أصيل.

المطلب الثاني: النظام العام بين المشرع والقاضي الاداري.

يعتبر النظام العام الهدف والغرض الرئيس والأساسي الذي تعمل الادارة العمومية على الحفاظ عليه متى اتخذت تدابير واجراءات الضبط الاداري.

والسؤال الأساسي الذي يمكن طرحه، من المسؤول عن تحديد ما يدخل في مضمون النظام العام وما يخرج عنه كهدف للضبط الاداري؟ ومتى نكون أمام تحديد للنظام العام حتى تتدخل الادارة للحفاظ عليه من جهة؟ ويراقب القاضي الاداري لذلك حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم.

حيث في النظرية القانونية لا يخرج المسؤول عن ذلك عن واحد من الثلاثة، المشرع أو الفقيه أو القاضي.

والبحث في فكرة النظام العام لم يلق أي اجماع فقهي، الا أنه يركز على فكرة المصلحة العامة العليا التي يستوجب تسويقها على المصالح الخاصة، أو كما قال كارينيه المصلحة العامة الاجتماعية¹.

بداية يمكن التنويه أن فكرة النظام العام ترتبط بقواعد القانون المختلفة، التي تنتمي الى القانون الخاص والى القانون العام على السواء، حيث مهمته في القانون الخاص تركز أساسا الى الحد من الحرية التعاقدية، على اعتبار أنه نقيض الحرية التعاقدية وفقا لأحكام القانون المدني².

لكن النظام العام في قواعد القانون الخاص أضيق تطبيقا من تطبيقها في قواعد القانون الآخر، فالأول يضم قواعد أمره وهي التي تتعلق بالنظام العام، كالمعاملات المالية المرتبطة بالمصلحة العامة في أحكام القانون المدني، والأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية، وأحكام الحالة المدنية والأهلية، وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات، وقواعد احترام الشكليات والاجراءات ضمن قواعد قانون الاجراءات المدنية الجهورية، وأخرى مكملة أو مفسرة وهي تخرج عن قاعدة النظام العام. أما قواعد القانون العام كالقانون الدستوري والقانون الاداري والجنائي كذلك كلها تتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفتها³.

¹ - عز الدين عيساوي، " البحث عن نظام للنظام العام "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 374.

² - عز الدين عيساوي، مرجع سابق، ص 375.

³ - دايم بلقاسم، "النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة"، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2004/2003، ص 12 وما بعدها.

وفي نظرية القانون الاداري، للاجتهاد القضائي أثر بين في تحديد مضمون ومدلول النظام العام وما يخرج عنه (الفرع الثاني)، ليأتي المشرع في ما بعد ويحاول تقننة فكرة النظام العام على ضوء آراء وأحكام الاجتهادات القضائية (الفرع الأول)، و تتطور فكرة النظام العام تبعا لتطور وظائف الدولة المستمر (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التحديد التشريعي للنظام العام للضبط الاداري.

نبين في هذا الفرع علاقة فكرة ومضمون النظام العام كهدف للضبط الاداري مع المشرع، وتحديده قانونا في كل من القاعدة الدستورية (أولا)، ثم في القاعدة البرلمانية (ثانيا).

أولا: دسترة النظام العام.

التساؤل الأول الذي يمكن أن يطرحه الباحث في هذا السياق؛ هل تبنت الدساتير الجزائرية المتعاقبة مدلولاً ومفهوماً للنظام العام كهدف وغاية لسلطات الضبط الاداري؟ وما أهمية ذلك على المستوى التشريعي والعمل القضائي؟ ان قاعدة الضرورة في تبني دساتير الدول بصورة عامة للنظام العام كغاية لسلطات الضبط الاداري لحماية الحقوق والحريات والحفاظ على عناصره التقليدية والمستحدثة، هو أمر لا جدال فيه باعتبار مكانة القاعدة الدستورية في النظام القانوني للدول عامة.

فبخصوص النظام القانوني الجزائري يمكن القول أن دسترة النظام العام عبر بمسار بطيء ومختلف، لتتم دسترته بشكل صريح أخيراً. وذلك بالنظر الى نظامين أساسيين، الأول يضم مرحلة ما قبل دستور 1989 والمتعلق بالمرحلة الاشتراكية، والثاني يضم مرحلة ما بعد دستور 1989 والذي عنوانها الخيار الليبرالي¹.

حيث ميز المرحلة الاشتراكية الأولى مفهوماً واسعاً للنظام العام باعتباره نظاماً عاماً سياسياً، وعلى اعتبار الاشتراكية محور النظام ككل ويجب الدفاع عنها من قمة الدولة الى أدناها بكل السبل والطرق. أما المرحلة الليبرالية ما بعد دستور 1989 فان النظام العام تطور الى مضمون ضيق باعتباره نظام عاماً قانونياً قائماً على الحريات أساساً².

بمعنى أن دائرة النظام العام كانت متسعة - على رأي هذا الاتجاه - لتعلق الأمر بالمنهج الاشتراكي، وتضيق وتنحصر عند تعلق بالمنهج الليبرالي، لأن المنهج الأخير يعمل على إطلاق الحريات، ويحد من تدخل الدولة بخصوصها.

جاء في دستور 1963 الأول للبلاد، في مقدمته، أن الحقوق السياسية معترف بها لكل مواطن في الجمهورية. ثم نص على المبادئ والأهداف الأساسية حيث نص في المادة 10 منه على أنه من الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية "الدفاع عن الحرية واحترام كرامة الانسان". ثم قام بتبني مدلول "الحقوق الأساسية" من المادة 12 منه الى

1 - أحمد دخينيسة، دسترة القانون الاداري، مرجع سابق، ص 147.

2 - المرجع نفسه، ص 149.

المادة 22 منه. والذي نص من خلالها الدستور على مجموعة من الحقوق، كحق المساواة في الحقوق والواجبات، وحق التصويت، وحرمة السكن وسرية المراسلات، وقرينة البراءة في القضاء الجنائي، والحياة اللائقة الكريمة، والتعليم الاجباري وحرية الصحافة ووسائل الاعلام وتأسيس الجمعيات، وحرية التعبير، والرأي والاجتماع، وحرية النقابية وحق الاضراب. وأضاف أيضا حق الالتجاء في سبيل الحرية.

ثم قيد المشرع الدستوري ممارسة تلك الحقوق والحريات في المساس باستقلال الأمة وسلامة الأراضي ومؤسسات الجمهورية ومطامح الشعب الاشتراكية ومبدأ وحدانية حزب جبهة التحرير الوطني.

حيث يمكن النظر الى إطلاق المشرع الى اصطلاح " مطامح الشعب الاشتراكية " على اعتبارها ضابطا للنظام العام الاشتراكي في تلك المرحلة، مع مبدأ وحدانية الحزب، باعتباره نظاما عاما سياسيا بالدرجة الأولى، مقرر عدم امكانية ممارسة الحريات السياسية التعددية الحزبية والتي قد ينشق عنها قيود لممارسات حرية أخرى.

وجاء في المادة 59 منه على أنه¹: " في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني وجوبا ".

حيث هذا النص الدستوري يتيح لرئيس الجمهورية اتخاذ سلطة الضبط الاداري للحفاظ على النظام العام في الحالة غير العادية، حالة الخطر الوشيك بهدف الحفاظ على استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية.

أما في دستور 1976، جاء في المادة 33 منه الدولة مسؤولة عن ظروف حياة كل مواطن وتكفل استيفاء حقوقه المدنية والمعنوية ومتطلبات الكرامة والأمن.

وبالاب الأول منه متعلق بالمبادئ الأساسية لتنظيم المجتمع الجزائري في الفصل الرابع منه: " الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن ".

وفي المادة 39 منه نص على أنه: " تضمن الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطنين.. ".

وفي المادة 48 منه: " تضمن الدولة حصانة الفرد ". كما نص الدستور على حريات حرمة حياة المواطن الخاصة وشرفه، وسرية المراسلات والمراسلات وحرمة المسكن وحرية المعتقد والرأي والابتكار الفكري والفني والعلمي وحرية التأليف وحرية التعبير والاجتماع مضمونة، حرية التنقل وحق الانخراط في النقابة وحق الحماية والصحة والوقاية الصحية أثناء العمل، ..

¹- دستور 1963 الجزائري، المادة 59.

حيث يمكن القول أن الخيار الاشتراكي الذي ساد فترة ما قبل دستور 1989، أثر في تبني نظاما عاما ذو طابع اشتراكي، من خلال أولوية الأيدولوجية الاشتراكية على الأيدولوجية الحقوقية ان صح الوصف، مع عدم انكار أن الحفاظ على الحقوق والحريات الفردية والجماعية لم يكن مستثنى طبعاً في مضامين الدستورين الأولين.

أما الفترة الدستورية ما بعد دستور 1989، نجد للاجتهاد الدستوري أثر في تحديد مضمون للنظام العام باعتباره مدلولاً محايثاً للحقوق والحريات -ولو كان ذلك ضمنياً -، مع تبني عناصر للنظام العام في الدستور الأخير تكاد تكون واضحة، حيث:

" يعتبر المجلس الدستوري أنه إذا كان شرط السن لا يشير أية ملاحظة خاصة، فإن الأمر ليس كذلك بالمرّة فيما طلب من المترشحين وازواجهم من أن يكونوا من جنسية جزائرية أصلية.

ونظراً لما نصت عليه أحكام المادة 47 من الدستور، اعترف لجميع المواطنين الذي تتوفر فيهم الشروط القانونية أن ينتخبوا وينتخبوا، كما أن الأحكام القانونية المتخذة في هذا المجال بإمكانها أن تفرض شروط ممارسة الحق، لكن ليس بإمكانها أن تحذفه تماماً بالنسبة لفئة من المواطنين الجزائريين بسبب أصلهم ...

وبعبارة أخرى، لا يمكن أن تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضييق الا لضرورة فقط في مجتمع ديمقراطي، بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور، ثم ضمان أثرها الكامل"¹.

حيث الاجتهاد الدستوري أعلاه غيب اصطلاح " النظام العام " وذلك مرده للدسترة الجنينية والمرتبطة بمحيط مقاوم للحركات الاصلاحية ما بعد دستور 1989، والخوف من التكريس الظاهر له - النظام العام - قد يقيد ويحد من الحقوق والحريات².

ومن خلاله -الاجتهاد الدستوري- مفهوم النظام العام ووظيفته في النظام القانوني يمثل "التضييقات الضرورية"، لكن وظيفة القانون حماية الحقوق والحريات، بالإضافة الى وظيفة التضييق³.

بالتالي جاء دستوري 1989 و1996 بمضمون مختلف عن ما كان في الفترة السابقة، ومن أهم ذلك دسترة واضحة لعناصر النظام العام.

¹- قرار رقم 1، ق ق/ م د، مؤرخ في: 18 محرم 1410هـ، الموافق 20 غشت 1989 يتعلق بقانون الانتخاب، منشور في آراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري 1989-2012، الصادر عن المجلس الدستوري سنة 2012.

²- أحمد دخينيسية، مرجع سابق، ص 181.

³- المرجع نفسه، ص 182.

حيث تبني الدستور الأخير خاصة لسنة 1996 المعدل والمتمم عناصر النظام العام، مع أنه في هذا السياق قد نفرق بين موضوع الضبط الاداري العام باعتباره وقاية من اضطراب النظام العام، فحدود سلطات الضبط الاداري تمكن في المساس بالحريات العامة، وليس في المساس بعناصر الأمن والسكينة والصحة العامة، فالعبرة بوظائف النظام العام¹. حيث أشار الدستور الى عنصر الأمن العام؛ في المادة 28 منه²: "الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات". وفي المادة 55 منه³: "لا يمكن أن تمس ممارسة هذا الحق - حق الحصول على المعلومات والوثائق والاحصائيات ونقلها - .. بمقتضيات الأمن الوطني".

وأشار الى عنصر الكرامة الانسانية في المادة 39 منه، والتي نصت على أنه⁴: "يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة..".

وقد اشار الى عنصر الصحة العامة في نص المادة 63 منه، والتي نصت على أن⁵: "تسهر الدولة على تمكين المواطن من: .. - الرعاية الصحية، لاسيما للأشخاص المعوزين والوقاية من الأمراض المعدية والوبائية ومكافحتها..". وجاء في نص المادة 64 الاشارة الى النظام العام البيئي، حيث نصت على أن⁶: "للمواطن الحق في بيئة سليمة في اطار التنمية المستدامة".

وتطرق الدستور الحالي الى الحالة الاستثنائية من المواد 97 الى المادة 102.

بالتالي يمكن تأكيد مبدأ أولي من خلال النقطة السالفة الذكر أن المشرع الدستوري الأخير تطرق الى الاشارة الى عناصر النظام العام المختلفة، والتي تعد وظائف أساسية للدولة ومؤسسات الدولة والسلطات الادارية.

ثانيا: النظام العام في التشريع البرلماني.

الملاحظ أن المشرع البرلماني لم يهتم بتحديد تعريف ومدلول النظام العام هو كذلك، انما كان اهتمامه بتعداد عناصره المختلفة التقليدية منها والمستحدثة.

حيث تعتبر القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية الاختصاص الأصيل لتبيان الحريات الحقوق، وفي تبيان وظائف الدولة في حماية الحقوق والحريات.

2- Moreau (J), Jus-classeur, Le droit administratif, 1997, fascicule 200, p.09.

²- دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم، المادة 28.

³- دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم، المادة 55.

⁴- دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم، المادة 39.

⁵- دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم، المادة 63.

⁶- دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم، المادة 64.

وبالتالي النظر في النظام العام من جهة ضرورة عدم التعدي على تلك الحريات والحقوق، بصفة غير مباشرة. وقد يكون مباشرا بالنص على عناصره المختلفة من جهة ثانية.

على المستوى المحلي؛ يختص كل من الوالي ورئيس البلدية في الحفاظ على النظام العام، وأساس ذلك قانون الجماعات المحلية.

ففي قانون البلدية رقم: 10-11 يمارس رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للدولة وللبلدية جملة من الصلاحيات ذات العلاقة بالنظام العام في المواد 88-89-90-91-94-95. حيث استنادا لهذه المواد يكلف رئيس البلدية على الخصوص بما يأتي:

- السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية.
- يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم الوالي بها فورا.
- السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات.
- التأكد من الحفاظ على النظام العام في كل الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص، ومعاينة كل مساس بالسكينة العمومية وكل الاعمال التي من شأنها الاخلال بها.
- تنظيم ضبطية الطرقات المتواجدة في اقليم البلدية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالطرقات ذات الحركة الكثيفة.
- السهر على حماية التراث التاريخي والثقافي ورموز الثورة.
- السهر على احترام المقاييس والتعليمات في مجال العقار والسكن والتعمير وحماية التراث الثقافي المعماري.
- السهر على نظافة العمارات وضمان سهولة السير في الشوارع والساحات والطرق العمومية.
- السهر على احترام التنظيم في مجال الشغل المؤقت للأماكن التابعة للأماكن العمومية.
- اتخاذ الاحتياطات والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المتنقلة أو المعدية والوقاية منها.
- منع تشرد الحيوانات المؤذية والمضرة.
- السهر على سلامة المواد الغذائية الاستهلاكية المعروضة للبيع.
- السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة.
- ضمان ضبط الجناز والمقابر طبقا للعادات وحسب الشعائر الدينية..".

وبخصوص الوالي فلقد جاءت المادة 112 من قانون الولاية: 07-12 محددة اختصاصه في حماية حقوق المواطنين وحرياتهم.

وفي المادة 114 نصت على: الوالي مسؤول على المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية ..

وفي المادة 115 يعمل الوالي على تنسيق نشاطات مصالح الأمن المتواجدة على اقليم الولاية، في القضايا المتعلقة بالأمن العام والنظام العمومي على مستوى الولاية.

وفي المواد 116 و 117 تكلمتا على اختصاص الوالي في حفظ النظام في الظروف الاستثنائية.

وفي مجال حماية الصحة العامة، فان قانون الصحة 18-11 الجديد، نص في المادة الأولى منه الفقرة الثانية بين أن القانون: "يرمي الى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة"¹.

والفصل الثاني من الباب الأول منه، عنوانه: بواجبات الدولة في مجال الصحة من المادة 12 الى المادة 20، يشير الى دور الدولة ومنه الادارة الصحية في الحفاظ على الصحة العامة كعنصر من النظام العام².

كما أن المادة 09 من القانون: 28-89 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية نصت على أنه³:

"يمنع في أي اجتماع أو مظاهرة كل مساس برموز ثورة أول نوفمبر أو النظام العام والآداب العامة".

ونصت المادة 06 منه: "يمكن للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يطلب من المنظمين خلال الأربعاء والعشرون ساعة من ايداع التصريح تغيير مكان الاجتماع مقترحا عليهم مكانا تتوفر فيه الضمانات اللازمة لحسن سيره من حيث النظافة والأمن والسكينة العامة".

كل تلك النصوص القانونية لها دور أساسي في تبني مسألة الحفاظ على النظام العام من قبل التشريع البرلماني. وهي على سبيل المثال فقط.

حيث الأصل العام أن التشريع البرلماني يعبر عن ارادة الشعب أو ارادة الأمة، أي أن هذا القانون صادر عن ممثلي الشعب، وهم أحق بتبيين ما يدخل في نطاق الحريات وضابط النظام العام وكيفية حمايته.

الفرع الثاني: أولوية تدخل القاضي الاداري في تحديد مضمون النظام العام.

¹ - المادة الاولى من القانون رقم: 18-11 المؤرخ في: 2 يوليو 2018، الصادر في جر، ع 46، المؤرخة في: 29 يوليو 2018 يتعلق بالصحة.

² - القانون رقم: 18-11 يتعلق بالصحة.

³ - القانون رقم: 28-89 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية.

المتفق عليه في نظرية و فقه القانون الاداري غموض ومرونة ونسبية فكرة النظام العام كهدف وغاية للضبط الاداري، و إزاء هذا الغموض فان القاضي قد يكون له دور في كل ذلك، حيث الأصل أن يتدخل المشرع عن طريق القواعد القانونية الآمرة الدستورية والتشريعية والتنظيمية، لحماية ما يستجد من قيم عليا في المجتمع غير أن تدخل المشرع غالبا ما لا يكون في الوقت المطلوب، علاوة على أنه من الصعب عليه - المشرع - أن يحيط دفعة واحدة بكل التطورات التي طرأت على المجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية في وقت من الأوقات¹.

" حيث أنه إذا كان الاختصاص بالنظام والأمن يعود الى السلطة التقديرية للإدارة، فان هذه السلطة لا تمارس الا بمقتضى نص صريح أو بمقتضى المبدأ العام الذي يحمل الدولة ضمان السير الحسن للمرافق العامة، حيث أن هذه السلطة تمارس في إطار القوانين وتحت رقابة القاضي ويجب أن لا يؤدي الى خرق المبادئ الأساسية المتعلقة بالحرية الفردية"².

فاذا كان واجب الحفاظ على النظام العام ملقى بداية على عاتق سلطات الضبط الاداري بإجراءات تنظيمية أحيانا واضحة، وفي أحيان أخرى غير واضحة من خلال عدم تحديد الوسائل التي يمكن أن تستخدمها هذه السلطات أو عدم تبين القيود المتعلقة بممارسة الحريات، فهنا يأتي دور القاضي الاداري اجتهادا ليتصدى لتحديد ما سبق مستهدفا التوفيق بين ثنائية كفالة الحريات ومقتضيات النظام العام، ليضع ضوابط وقيود لذلك من خلال مقتضيات حماية الحريات وعدم الاخلال بالنظام العام.

والقاضي الاداري لا يطبق مفهوما محدد للنظام العام فرغ من تخطيطه المشرع، وانما يتحس ويتصور هذا المضمون ثم ينسبه الى عبارة " النظام العام "، فهو لا يرسى قاعدة عامة ولا يورد في حكمه تعريفا محدد لفكرة النظام العام، بقدر ما يتصور مضمونها بمناسبة خصومة يطلب حلها وحسمها، لذلك وان كانت التعريفات الفقهية للنظام العام ذات أهمية يستأنس بها القاضي في حكمه فانه لا يغني ذلك ضرورة تدخله لتحديده بمناسبة نظر المنازعة المطروحة أمامه³.

والقاضي الاداري الجزائري كان له جرأة كبيرة في بعض اجتهاداته كما وصفه رشيد خلوفي في تحديد مضمون النظام العام، متجاوزا المشروعية القانونية الاجرائية ان صح التعبير والوصف، ومكرسا لحماية حقوقية للمواطن بأتم معناها

1 - محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 171.

2 - قرار الغرفة الادارية بمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 30-11-1983.

3 - Michel Dubisson: " La distinction entre la legalité et L'opportunité dans la Théorie du recours pour de pouvoir ", Paris, 1958, p 100-101

نقلا عن: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الاداري على النشاط الاداري للدولة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص 314.

ومضمونها، وذلك لما لأساس ومعيار تحديد ما يدخل في النظام العام وما لا يدخل فيه من أثر في ضرورة تولي القاضي تلك السلطة. نبين ذلك في ما يلي:

أولاً: اجتهاد القاضي الاداري الجزائري في تحديد مدلول النظام العام.

للاجتهاد القضائي الاداري دور لا ينكر في تحديد مدلول ومضمون النظام العام في عدد من القرارات القضائية الجزائرية، ومن بين ذلك قرار للغرفة الادارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 17-01-1982 والذي قال فيه القاضي الاداري:

"لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توافرها كي يستطيع كل ساكن من ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في اطار حقوقه المشروعة..."¹.

حيث هذا التوصيف القضائي للنظام العام، جاء على لسان وصف بعض الفقه قبل ذلك، معتبرا اياه " السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة"². أو هو: " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تعلق على المصلحة الفردية وتهم الجميع، سواء أدخلت تلك المصالح في المجال السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الأخلاقي، ولو لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي"³.

ولقد ذكر رشيد خلوفي معلقا على قرار قضائي متعلق بموضوع الحفاظ على النظام العام في قضية السيد عثمان محمد ضد وزير الداخلية والفلاحة، أنه قرار جريء ومفاجئة قانونية سارة كذلك، لما لها من أبعاد قانونية وتأصيلية لفكرة النظام العام في نظرية الضبط الاداري والقانون الاداري عموما، حيث يتجاوز القرار القضائي مجرد الغاء لقرار اداري الى اجتهاد قضائي مبدئي مؤصل لنظرية النظام العام كغاية للضبط الاداري في القانون الاداري⁴.

ونظرا لأهمية هذا الاجتهاد القضائي، نورد حيثياته في الآتي:

¹ - أشارت اليه: وردة مراح، الحسبة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة باتنة، 2004، ص 169.

² - MALAURIE Philippe, L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS), thèse de doctorat, Paris, Matot-Braine, 1953, p. 69.

³ - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، القاهرة، 1993، ص 79.

سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الاسكندرية، د ت ن، ص 91.

حسن كيرة، المدخل الى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الاسكندرية، 1993، ص 48-49.

⁴ - Voir: Rachid Khaloufi, La notion dorde public et le contrôle du juge déxcés de povoire, la lettre juridique, année 1994.

كان السيد محمد عثمان مالكا لقطعة أرض فلاحية، وقد تم حبسه بتاريخ: 30-05-1964 الى غاية تاريخ: 08-07-1965 بسبب انتمائه نشاطه بحزب جبهة القوى الاشتراكية وأطلق سراحه دون محاكمة، وفي أثناء حبسه أصدر والي ولاية الجزائر قرارا في تاريخ: 30-05-1964 يضع القطعة الأرضية الفلاحية المملوكة للسيد عثمان محمد تحت الحماية.

وبتاريخ: 03-06-1990، رفع السيد محمد عثمان دعوى قضائية يطعن فيها بإلغاء قرار الوالي السابق، المؤرخ بتاريخ: 30-05-1964.

حيث أحابت الغرفة الادارية بالمحكمة العليا بقبول الدعوى شكلا، وبإلغاء قرار الوالي.

فالقاضي الاداري في هذا القرار عرف مفهوم النظام العام باعتباره: " مفهوم نسبي ويتطور تاريخيا في الزمان والمكان، وأنه من الواضح أن المساس بالنظام العام يقدر بالمعايير السائدة في 1963 ".
وقول: " أنه في قضية الحال، ان الانتماء لحزب سياسي لا يعد مساسا بالنظام العام .. استرجاع الملك يعد حقا وفقا للنظام العام الجديد".

هذا القرار القضائي يحدد مفاهيم قوية ويعلن عن ميلاد " نظام عام جديد "، على أساس دستوري جديد، دستور 1989 متجاوزا دستور 1963، كأنه يقول أن هناك قطيعة بين النظام العام القديم الذي كان سائدا في تطبيق دستور 1963، مع النظام العام الجديد الذي أتى به دستور 1989¹.

وفي قرار مجلس الدولة الجزائري في: 16-09-2003 جاء فيه: "... يستخلص من معطيات الملف أن القرار المراد ابطاله يدخل في صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار أعمال الضبط الاداري المنخولة له من أجل المحافظة على النظام العام والأمن والصحة العامة بموجب مداولاته"².

حيث الملاحظ أن هذا القرار القضائي، يبين هدف أعمال الضبط الاداري باعتبارها تتعلق بالحفاظ على النظام العام والأمن والصحة العامة.

غير أن استعمال القاضي حرف العطف الواو بين النظام العام والأمن والصحة العامة، كأن هناك تقابل بينها واختلاف بين النظام والأمن والصحة. والحال أن النظام العام فقها وقضاء يتشكل من العناصر الثلاثة المعروفة مع العناصر المستحدثة.

¹ - أحمد دخينيسية، مرجع سابق، ص 164.

² - قرار مجلس الدولة رقم: 11642 المؤرخ في: 16-09-2003، قضية رع ضد بلدية العلمة ومن معها.

رغم ذلك يبقى الاجتهاد القضائي السابق من قبل قضاء الجهات القضائية الادارية المذكور أعلاه، دليلا على تبني القاضي دوره الأساسي في بناء نظرية للنظام العام في مجال الضبط الاداري، وفي نظرية القانون الاداري عموما. ويتضح هذا الدور والأثر أكثر من خلال المعيار الواجب اتخاذه من قبله - القاضي الاداري - في تحديد مدلول النظام العام، والذي سنحجب عليه في الفقرة الموالية.

ثانيا: المعيار المحدد للنظام العام: مبرر لتدخل القاضي الاداري الجزائري.

يرى الباحث أن النظر في تحديد معيار النظام العام وأساسه يبرر ضرورة تولي القاضي الاداري مهمة تحديد مضمون ومدلول النظام العام بداية، وبالتالي تحديد متى نكون أمام تعدي حقيقي على النظام العام، وعليه يمكن لسلطات الضبط الاداري اتخاذ تدابير وقرارات تحد وتقيّد وتنظم من خلالها حقوق وحرّيات الأفراد والجماعات. فسلطات الضبط الاداري لما تقدر اتخاذ تدبير ضبطي متعلق بحق أو حرية معينة، فهي تستهدف غاية أساسية وهي الحفاظ على النظام العام، وهنا يطرح التساؤل الأساسي: ما هو معيار وضابط تحديد النظام العام الذي تؤسس عليه الادارة العمومية الضبّطية تقييدها وتنظيمها للحقوق والحرّيات؟

يمكن القول إن الضابط والمعيار المحدد لذلك هو بالأساس الأول الخضوع للمشروعية القانونية المتعلقة بالنظام العام. فحيث يكون هناك نص قانوني يحدد مضامين النظام العام فان الادارة العامة تتدخل تبعا لذلك. المشرع بمفهومه الواسع عمد الى تحديد عناصر تقليدية للنظام العام متمثلة في الأمن والصحة والسكينة العامة بداية، ثم بموجب الاجتهاد القضائي الاداري دخلت عناصر أخرى لمدلول النظام العام ولكن دون احاطة بالمعيار الأساسي له.

بالتالي فان القاضي الاداري هو الذي يتكفل عند نظر المنازعات المعروضة عليه بتحديد مضمون النظام العام. من واقع الخصومة تبعا لمعيار غير جامد متوافق مع روح وضمير الجماعة المنتمي اليها، وملبيا المصلحة العامة. حيث ابتداء؛ القاضي وسع من عناصر النظام العام بما له من سلطة الابتداع في نظرية القانون الاداري عامة، كما يعد انتهاء الضامن الحيادي لحقوق وحرّيات الأفراد وترقيتها وتنميتها متى خرجت الادارة العمومية عن المشروعية القانونية حال اتخاذ تدابير الضبط الاداري أو سكتت وسكنت عن ما يجب أن تقوم به.

وفي ذلك يرى عبد الرزاق السنهوري أن "المصلحة العامة" هي الأساس في كل ذلك، وهي الضابط في تحديد ما يدخل في مدلول ومضمون النظام العام، فما يعد من المصلحة العامة دخل في ماهية النظام العام وما لا يعد من المصلحة العامة خرج عن ماهية النظام العام¹.

1- السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، مصادر الالتزام، سنة 1981، دار النهضة العربية، ص 537.

وهو يؤكد على: "عدم امكان حصر مدلول النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة " مصلحة عامة "، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد " النظام العام " تحديدا مطلقا يتمشى مع الزمان والمكان، لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما يستطيعه هو أن يضع معيارا مرنا يكون معيار المصلحة العامة، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي الى نتائج غير التي نصل اليها في حضارة أخرى.. فالنظام العام يؤثر في القانون وروابطه، ويجعله يتمشى مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية في الجيل والبيئة، وتتسع دائرته أو تضيق تبعا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره. فالقاضي يكاد يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أتمته الأساسية ومصالحها العامة، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة"¹.

وفي نفس السياق يؤكد حسن كيرة على ضابط المصلحة العامة كمحدد للنظام العام في تعريفه له، معتبرا اياه: " مجموع المصالح الأساسية والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها"². وذات الرأي قال به سمير تناغو معتبرا النظام العام يخص مصالح أساسية قد تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية³.

ولما تكون المصلحة العامة معيارا محدد للنظام العام، فان القاضي الاداري يكون بداية أمام ضرورة تحديد مضمون المصلحة العامة والكشف عنها في قرار الضبط الاداري وهو في ذلك يبحث في مفهوم غير محدد في إطار ثابت كما رأينا في الباب الأول من الدراسة عندما تطرقنا للمصلحة العامة ...

ومن جهة ثانية؛ يكون القاضي الاداري أمام تحدي الموازنة بين مصالح متقابلة، المصلحة العمومية التي تتوخاها سلطات الضبط الاداري في اتخاذها لتدابير الضبط الاداري من جهة، ومن جهة ثانية ضرورة حماية حقوق وحرية الأفراد والجماعات.

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي ببيروت لبنان، د س ن، ص 399-400-401.

وفي نفس السياق يؤكد شكري السباعي على أن: " معيار النظام العام هو معيار مادي أو موضوعي يتغير بتغير الزمان والمكان ويتجلى على وجه الخصوص في المصلحة العامة سواء أكانت مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية ". نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الاسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، 1987، ص 167، مشار اليه في: عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 44.

2 - حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص 47.

3 - سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 91.

ففكرة المصلحة العامة كمعيار ضابط للنظام العام، لا تقتصر على المسائل المتعلقة بمصالح الدولة العليا فحسب بل تتعداها الى حماية الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد والفئات الضعيفة¹، وبدون شك حماية حقوق وحرريات الافراد الفردية والجماعية.

¹ - عليان عدة، مرجع سابق، ص 46.

الفصل الثالث: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في أعمال الادارة العامة القانونية.

تقوم الادارة العامة باختصاصات وصلاحيات من خلال أعمال متعددة ومتنوعة، يمكن حصرها في الأعمال المادية للإدارة والأعمال القانونية.

وتمثل الاعمال القانونية للإدارة العامة جوهر هذا الأعمال باعتبارها تصرفات قانونية تحدث أثارا قانونية مهمة في النشاط الاداري عموما. وهي تمثل كل من القرارات الادارية والعقود الادارية.

ولعل دائرة اهتمام الفقه القانوني الاداري بالقرار الاداري والعقد الاداري، وذلك بالنظر لأهمية نظريتي القرار الاداري والعقود الادارية.

يحاول الباحث في هذا الفصل؛ النظر في علاقة الاجتهاد القضائي الاداري بالقرار الاداري والعقود الادارية، من خلال الدور والأثر في البناء، وما اذا كان للاجتهاد القضائي الاداري دور باق في تطور نظريتي القرارات والعقود الادارية؟ وذلك في حدود سياق يخص مجال الدراسة فحسب.

نتطرق في هذا الفصل الى مبحثين:

المبحث الأول: أثر الاجتهاد القضائي في نظرية القرار الاداري.

المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في نظرية العقد الاداري.

المبحث الأول: أثر الاجتهاد القضائي في نظرية القرار الاداري.

ان لنظرية القرار الاداري أهمية بالغة في القانون الاداري وفي علوم أخرى شتى كعلم الادارة لا يمكن انكارها، بل قد تكون العمود الفقري الذي تقوم عليه.

حيث تتعدد الأهمية نظريا وعلميا وعمليا وتطبيقيا، باعتبارها وسيلة قانونية هامة وناجعة لتحقيق مهام الوظيفة الادارية من جهة، وفي بناء نظرية القانون الاداري وتعزيز الرقابة القضائية الادارية وحيويتها¹.

والناظر للتشريعات المختلفة يجدها نأت بنفسها عن وضع تعريفات تخص القرار الاداري تاركة المجال للفقه والقضاء في تبيان ذلك.

حيث اجتهد الفقه القانوني في وضع تعريف للقرار الاداري ومن ذلك على سبيل المثال؛

تعريف العميد هورويو له: " اعلان للإدارة بقصد احداث أثر قانوني ازاء الأفراد يصدر عن سلطة ادارية، في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي الى التنفيذ المباشر"².

وعرفه ديجي: " كل عمل اداري بقصد تعديل الأوضاع القانونية، كما هي قائمة وقت صدوره أو كما ستكون في لحظة مستقبلية معينة"³.

وقال بوناران القرار الاداري هو: " كل عمل اداري يحدث تغييرا في الأوضاع القانونية القائمة"⁴.

وعرفه فيدال بأنه: " عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، ويكون من شأنه تعديل الأوضاع القانونية، بما يفرضه من التزامات وما يمنحه من حقوق"⁵.

وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي، القرار الاداري هو: " القرار المنفرد بمقتضى امتيازات السلطة العامة "

أما مجلس الدولة المصري فقد عرف القرار الاداري بأنه: " هو افصاح الادارة - في الشكل الذي يحدده القانون - عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين، متى كان ممكنا وجائزا قانونا، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"¹.

¹ - أنظر في ذلك: عمار عوادي، نظرية القرارات الادارية بين علم الادارة العامة والقانون الاداري، مرجع سابق، ص 9 وما بعدها.

² - عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 14.

³ - رابحي أحسن، الأعمال القانونية الادارية، مرجع سابق، ص 14.

⁴ - G. Vedel. Droit droit administratif. LGDJ. Paris.1992. p 172.

رابحي أحسن، الاعمال القانونية الإدارية، مرجع سابق، ص 14.

⁵ - G. Vedel. Droit droit administratif. LGDJ. Paris.1992. p 172.

رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 15.

والمتتبع لتعريفات القرار الاداري يلاحظ بأنها في مجملها تعرضت لنقد فقهي وقضائي، حال دون وضع تعريف جامع مانع له، ولكن شبه اتفاق على تحديد أركان ومقومات القرار الاداري والمتمثلة في²: أنه عمل قانوني؛ صادر بالإرادة المنفردة؛ من سلطة عامة.

وبقصد توضيح ما للاجتهاد القضائي دور وأثر في نظرية القرار الاداري، يمكن للباحث التطرق الى مسائل تتعلق بسلطة اصدار القرار الاداري بداية، ثم أثر القضاء في نفاذه وتنفيذه وانقضائه.

وفي هذا السياق يرى الباحث أن مسألة التطرق لأثر الاجتهاد القضائي في نظرية القرار الاداري لا تقتصر فقط على ما سنبحثه في الآتي، بل تتعداه الى مسائل عدة، فحسبنا الاشارة الى ما يفيد مضمون البحث فقط. استدلالا لا احاطة شاملة.

فالقرار الاداري كأحد الأعمال الادارية يصدر أساسا من سلطة ادارية، لذلك يمكن طرح تساءل عن مدى امكان اصداره من غير سلطة ادارية؟ (المطلب الأول). وفي نفاذه وتنفيذه ونهايته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: هل يمكن أن يصدر القرار الاداري من غير سلطة ادارية؟

الناظر لموضوع مدى امكانية اصدار قرار اداري من قبل سلطة غير ادارية، ينطلق من مبدأ أساسي، وهو الاختصاص الأصيل للسلطات والهيئات الادارية بإصدار القرار الاداري، كقاعدة عامة أصلية. غير أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي واجتهاداته القضائية المتنوعة والكثيرة، وارتباطا بنشاط المرفق العام والذي عرف تطورا وتقدما ولا يزال في هيئات التسيير ونظمه القانونية، بين دائرة الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة. والنقابات المهنية والشركات والجمعيات. أحدث تحولات مهمة في موضوع من له حق اصدار القرار الاداري.

من خلال ذلك، يمكن القول أن هناك تحول في عنصر وركن السلطة الادارية كصاحبة الاختصاص الأصيل في اصدار القرار الاداري، وبذلك يمكن طرح السؤال التالي: ما مدى امكانية اصدار قرار اداري من غير سلطة ادارية؟

ان اصدار قرار اداري من قبل سلطة غير ادارية، وخضوع قرار صادر من أحد أشخاص القانون الخاص لاختصاص القاضي الاداري، يعد وبلا شك من المسائل المثيرة للجدل في نظرية القانون الاداري. فاختصاص القاضي

¹- راجع قرار مجلس الدولة المصري في القضية رقم: 934، السنة القضائية السادسة، بتاريخ: 06/01/1954. نقلا عن: أحسن رابحي، الأعمال القانونية الادارية، مرجع سابق، ص 13.

²- انظر في ذلك: محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 16 وما بعدها. عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

الاداري يدور أساسا على مراجعة القرار الاداري والذي يصدر عن سلطة ادارية بالأساس. فكيف يمكن تجاوز ذلك المبدأ واعتبار قرار صادر من سلطة غير ادارية انه قرار اداري أو قرار قابل للطعن أمام القاضي الاداري؟ من حيث المبدأ، كل عمل صادر عن شخص من أشخاص القانون الخاص يبقى عملا خاضعا للقانون الخاص واختصاص القاضي العادي.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي أصدر عديد القرارات يعتبر بموجبها أن وجود مؤسسات خاصة مكلفة بتسيير وتنفيذ مرافق عامة يمكن أن يصدر عنها قرارات توصف بالإدارية. وهذا هو في حقيقة الأمر خروج عن المعيار العضوي في تحديد صفة مصدر القرار الاداري الى المعيار الوظيفي له (الفرع الاول)، كما أن السلطتين التشريعية والقضائية قد ينتج عنها أعمالا توصف بالقرار الاداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعيار الوظيفي لتمييز القرار الاداري.

ان تمييز القرار الاداري بداية يرتكز على المعيار العضوي باعتباره المعيار البسيط والذي تشبث به مختلف التشريعات المقارنة في تحديده. على اعتبار أن كل عمل صادر من سلطة ادارية هو قرار اداري بالتبعية متى توافرت أركانه وشروطه.

غير أن هذا المعيار ومن خلال التطبيقات القضائية للقاضي الاداري، استدعت ضرورة الخروج عليه، وعدم الاكتفاء فقط بالجهة التي تصدر العمل الاداري، باعتبارها جهة ادارية فقط، الى المعيار الوظيفي.

نبين ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي، ثم في الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري.

أولا: المعيار الوظيفي للقرار الاداري في الاجتهاد القضائي الفرنسي.

الناظر لأحكام مجلس الدولة الفرنسي يجد أنها تطرقت الى فكرة المعيار الوظيفي للقرار الاداري في مراحل ثلاثة تميزت بإصدار أحكام وقرارات قضائية هامة، يمكن ان نتكلم عنها في ثلاث نقاط على التوالي¹:

¹ - يمكن الإشارة الى موقف الاجتهاد القضائي التونسي بهذا الشأن، حيث استقر على اعتبار القرار الاداري في تحديده يستند الى المعيار المادي الوظيفي، مخالفا بذلك الأساس التشريعي المتمثل في الفصل 17 جديد من قانون المحكمة الادارية التي تضمن فقرته الأولى: "تختص الدوائر الابتدائية بالنظر في دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لالغاء المقررات الصادرة في المادة الإدارية". حيث المشرع التونسي هنا، استخدم مصطلح "المادة الادارية" مستهدفا تقليص مفعول المعيار العضوي الشكلي لصالح المعيار المادي، من خلال النظر الى طبيعة النشاط والعمل الاداري.

أنظر: منير الشاذلي، "القرار الاداري، موضوع دعوى تجاوز السلطة"، مذكرة تخرج المعهد الأعلى للقضاء، تونس، ص 87-88-

1. المرحلة الأولى:

ما يميز هذه المرحلة الأولى بخصوص المعيار الوظيفي للقرار الاداري، صدور اجتهاديين أساسيين، وهما حكم مؤسسة فيزيا Etablissementsvezia الصادر بتاريخ: 20-12-1935 وحكم الصندوق الابتدائي (معونة وحماية) (Caisse primair (Aide et Protection الصادر بتاريخ: 13-05-1938.

حيث أسس هذان الحكمان مفهوم الهيئات الخاصة ذات النفع العام، وذلك بمعية مفهومي المرفق العمومي والمرفق الخاص التقليديين، حيث الأول عبر وبشكل واضح عن بداية ظهور فكرة انفصال المرفق العمومي من حيث اعتباره تنظيمًا أو جهة ادارية، وبين المرفق العمومي من حيث اعتباره مهمة أو وظيفة يمكن أن يعهد بها الى هيئة خاصة، وبالتالي دخل مفهوم "الهيئات الخاصة ذات النفع العام" في التشريع الفرنسي¹.

وفحوى قرار مؤسسة فيزيا؛ صدور مراسيم 04 يوليو 1919، 5 ديسمبر 1923، 10 أكتوبر 1930 أنشأت بموجبها شركات للتأمين والمساعدة والقروض التبادلية الزراعية، حيث أنشئت هذه الشركات في غرب أفريقيا، باعتبارها مستعمرات لفرنسا، وكانت في بدايتها تجمعات ذات طبيعة ونظام من القانون الخاص، وتخضع للقانون الخاص وللمحاكم العادية، غير أن هذه الطبيعة القانونية والقضائية تغيرت نظرا للحفاظ على مسألة التوازنات المالية، وبالتالي أصبح الانضمام والاشتراك في هذه التجمعات اجباريا.

الى ان صدر مرسوم 09 نوفمبر 1933 منح بموجبه هذه الشركات التأمينية سلطات تقترب لسلطة المرافق العمومية الادارية، كسلطة تنظيم بيع منتجات أعضائها دون منحها حق الاحتكار، مع منح المستعمرات مكنة نزع ملكية العقارات لصالح هذه الشركات من أجل المنفعة العامة لمزاولة هذه الشركات انشطتها ثم تنتقل ملكيتها اليها باثر رجعي². حيث طعنت مؤسسات فيزيا على نص هذا المرسوم أمام مجلس الدولة، فأجابها المجلس بمشروعية هذا المرسوم - 09 نوفمبر 1933، وذلك يعني ان هذه الشركات الخاصة على الرغم من أنها مؤسسات خاصة يمكن أن تصدر أعمالا ذات نفع عام أي تصدر قرارات ادارية بالمفهوم الوظيفي.

أما الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي المتعلق بحكم الصندوق الابتدائي، فهو كذلك مهم، لأنه اعترف للهيئة الخاصة بإدارة مرفق عمومي، وبالتالي تطبيق أحكام القانون العام والاحتكام للقضاء الاداري حال التنزع في حالات معينة³.

¹ - ياسر محمود محمد الصغير، الدور الانشائي للقضاء الاداري دراسة مقارنة، ط 1، 2016، مركز الدراسات العربية مصر، ص 125.

² - المرجع نفسه، ص 123-124.

³ - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 128.

حيث فحوى هذا الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، يخص تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي لهيئات التأمينات الاجتماعية والتي أنشئت بين الحربين العالميتين الأولى والثانية، وبالتالي ثار السؤال حول الطبيعة القانونية لهذه الصناديق المكلفة بإدارة التأمينات الاجتماعية.

ولقد وضع مفوض الحكومة لاتورنيري أن صناديق التأمين الاجتماعي المنشأة والتي تدار طبقا لقانون 1 ابريل 1898 بشأن جمعيات الاعانة المتبادلة، هي هيئات خاصة، ونظرا لصفة النفع العام التي تصبغ نشاطها أخضعها المشرع لنظام القانون العام¹.

وبالتالي منذ هذا التاريخ ظهر في القانون الفرنسي فكرة امكانية الادارة الخاصة لأشخاص القانون العام، وما يمكن تسميته بالإدارة العامة لأشخاص خاصة².

2. المرحلة الثانية:

في هذه المرحلة صدر لمجلس الدولة الفرنسي حكمين أساسين تعلقا بالمعيار الوظيفي للقرار الاداري؛ وهما حكم مونبير Monpeurt الصادر بتاريخ: 31 جويلية 1942، وحكم بوجان في 02 أفريل 1943.

فالحكم الأول لمونبير، له أهمية من حيث أنه أحدث تطورا في نظرية المرفق العمومي في مدلولها العضوي، وذلك من خلال امكانية ادارة المرافق العمومية ليس فقط من قبل الاشخاص العامة التقليدية، بل حتى من قبل الأشخاص الخاصة كذلك. كما أسس لمفهوم متحول للمؤسسة العمومية يختلف عن التعريف التقليدي لها، حيث منح مجلس الدولة صراحة أشخاصا صفة الشخصية المعنوية وامتيازات السلطة العامة مع عدم اتصافها لصفة المؤسسة العمومية من قبله³.

حيث أنشأ قانون 16 أغسطس لسنة 1940 لجانا تنظيمية ذات طابع مهني تم تكليفها بتنظيم الانتاج الصناعي، حيث كانت مهمة هذه اللجان المساهمة في الحد من آثار نقص المواد السائدة في تلك الفترة أو تخفيضها. وتطبيقا لهذا القانون اتخذ مدير "لجنة تنظيم صناعات الزجاج" قرارا يهدف الى ابرام اتفاقات ودية تسمح للمنشآت أن توزع امكانيات الانتاج فيما بينها بصورة مرضية لمصالحها المشتركة أو المتبادلة. ثم اتبعه مدير اللجنة بقرار تال يتعلق بالاتفاق الاجباري في تاريخ 25 أفريل 1940 لتفادي أي نقص في الانتاج من الهيئات المعنية، حيث كان القرار يخص ثلاث منشآت؛ لم تستجب منشئة واحدة له، ففرض على المنشئتين الأخريين تعويض الفارق في الانتاج للهيئات الثلاث. فطعن منشئة من منهنما على هذا القرار الأخير أمام مجلس الدولة⁴.

1 - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 127.

2 - المرجع نفسه، ص 127.

3- المرجع نفسه، ص 132.

4 - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 129-130.

فكان على مجلس الدولة البحث في طبيعة العمل الصادر عن لجنة التنظيم هذه، هل يعتبر قرارا اداريا أم لا؟ باعتبار أن المشرع لم يجعلها مؤسسات عمومية، لكن مفوض الحكومة سجلا قال ان المهمة الموكلة لها، تعتبر مرفقا عموميا استنادا الى معيار المصلحة العامة التي تربط بنشاطها وامتيازات السلطة العامة، وبالتالي انتهى اجتهاد مجلس الدولة الى اعتبار عملها قرارات ادارية يمكن الطعن بخصوصها أمام المحاكم الادارية¹.

أما حكم بوجان؛ فهو يخص اختصاص مجلس الدولة في النظر في أعمال النقابات المهنية وفي هذا الاجتهاد خص المجلس الأعلى لنقابة الاطباء بذلك، معتبرا عمله يندرج ضمن اطار تنظيم المهنة وقراراته قرارات ادارية بالمعنى الحقيقي تخضع لاختصاص القضاء الاداري، رغم أن المشرع لم يضيف عليها صفة المرفق والمؤسسة العمومية². حيث اختصاص القضاء الاداري بالنسبة للنقابات المهنية في بعض أعمالها مستقل عن وصفها القانوني، باعتبارها ليست مؤسسات عامة وليست أشخاصا خاصة. انما هي تنظيمات تقوم على تنفيذ مرافق عمومية، وبالتالي قد تصدر قرارات ادارية وفقا للمعيار الوظيفي³.

3. المرحلة الثالثة:

في هذه المرحلة يمكن اعتبار اجتهاد مجلس الدولة قد نحى اتجاها مهما في تبني المعيار الوظيفي لتمييز القرارات الادارية والصادرة عن بعض الهيئات الخاصة، وذلك في كل من حكم ماجنير Magnier الصادر بتاريخ: 13-01-1961⁴، وفي الاجتهاد المتعلق بالاتحاد الوطني لشراء المنتجات الزيتية بتاريخ: 06-10-1961⁵. حيث حكم ماجنير يخص أعمال نقابات خاصة تتولى القضاء على الطفيليات والحشرات الضارة بالمزارع، فالمشرع الفرنسي أعطى لهذه الهيئات بعض امتيازات السلطة العامة واصدار أعمال وصفها اجتهاد مجلس الدولة بأنها قرارات ادارية من اختصاص القضاء الاداري حال التنازع. فقرار ماجنير بالتالي، اعتبر أنه ليس من الضروري أن يصدر القرار من احدى السلطات الادارية، انما يكفي ان يصدر من شخص يساهم في تنفيذ مرفقا عمومي ويكون متسما بطابع السلطة العمومية حتى ولو كان من اشخاص القانون الخاص⁶.

¹ - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 131.

² - المرجع نفسه، ص 133 134.

³ - المرجع نفسه، ص 134.

⁴ - C.E. 13-01-1961. Rec. 33,r.D.P. 1961, 155 Concl. Fornier.

⁵ - C.E.06-10-1961,R.D.P. 1962, 721, note. WALINE.

⁶ - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 135.

ولقد انتهى حكم الاتحاد الوطني للمنتجات الزيتية لذات النتيجة، وذلك بإمكانية صدور قرار اداري من شخص من أشخاص القانون الخاص، مع أولوية في تبني معيار السلطة العمومية.

أما بخصوص حكم الاتحاد الوطني للمنتجات الزيتية؛ فتتلخص وقائعه بأن وكيل وزارة الشؤون الاقتصادية والتموين كان قد حدد كمية المواد الأولية الاجمالية الخاصة بمصالح الزيوت، حيث عهد الى نقابة تسمى الاتحاد الوطني لمصانع الزيوت بمهمة توزيع هذه الكمية على المشروعات التابعة لها والداخلية في تكوينها على أسس معينة تتولى تحديدها. وبذلك فقد عهدت الادارة الى هذه النقابة وهي هيئة من هيئات القانون الخاص المساهمة في تطبيق التنظيم الاقتصادي عن طريق منحها سلطة اصدار قرارات مما يعتبر امتيازاً من امتياز القانون العام. وعلى اثر ذلك صدر قرار النقابة بتحديد الكمية اللازمة لشركة. ¹MARLE.

حيث لم ترضى هذه الشركة بقرار الاتحاد الوطني للمنتجات الزيتية وقدمت طعناً أمام المحكمة الادارية الاقليمية، حيث قضت الأخيرة باختصاصها بنظر النزاع على اعتبار قرار النقابة قرار اداري وذلك بإلغاء قرار النقابة لمخالفة الشروط والأسس التي حددها قرار الادارة بالنسبة للتوزيع، وان كانت هيئة من هيئات القانون الخاص، الا انها اصدرته بناء على ما تتمتع به من امتيازات وسلطات القانون العام.²

ولقد تابع الاتحاد الوطني للمنتجات الزيتية قضائه معارضة ثم استئنافاً أمام مجلس الدولة طعناً في قرار المحكمة الادارية السابقة. حيث أيد مجلس الدولة المحكمة الادارية للإقليم في قضاءها.

والملاحظ من خلال هذا الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة أن القرار الاداري قد يصدر من شخص عام أو خاص وأن معيار السلطة العامة هو الأبرز في كل ذلك.³

اضافة الى حكمي ماجنير والاتحاد الوطني للمنتجات الزيتية عن مجلس الدولة الفرنسي، فانه يمكن اضافة حكم مبدئي آخر متعلق بالمعيار الوظيفي للقرار الاداري يخص اجتهاد محكمة التنازع الفرنسي ويسمى بحكم الزوجين باربي **Barbier** ضد شركة اير فرانس.

حيث صدر عن شركة اير فرانس لائحة في 20-04-1959 تتعلق بشروط عمل ومرتبات العاملين بالملاحة التجارية ومما جاء فيها: "يؤدي زواج المضيفات الى انتهاء الخدمة من جانب أصحاب الشأن، وباستثناء استرداد نفقات

¹ - C.E.06-10-1961,R.D.P. 1962, 721, note. WALINE

² - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 138-139.

³ - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 140.

الاعداد وحدها التي تخفض مدة اقتضاءها، في هذه الحالة يكون لزواج المضيغة ذات الآثار المنصوص عليها في حالة الاستقالة¹.

حيث التحقت الأنسة باربي بالعمل كمضيغة في هذه الشركة قبل اصدار هذه اللائحة، ثم تزوجت، بعد العمل باللائحة، فأتمت خدماتها تطبيقا لذات اللائحة. حيث طلبت المضيغة من محكمة السين الزام الشركة بدفع التعويضات نظرا للإلغاء التعسفي للعمل.

حيث رفضت محكمة السين طلبها، لكن محكمة الاستئناف أجابت السيدة باربي طلبها. فطعن شركة اير فرانس على ذلك الحكم أمام محكمة النقض، حيث أحالت هذه الأخيرة الأمر الى محكمة النزاع لنظر جهة الاختصاص. حيث انتهت محكمة النزاع الفرنسية في قرار لها، ان اللائحة الصادرة عن الشركة لائحة ادارية، ومن ثم يختص القضاء الاداري ببحث مدى شرعيتها، على الرغم من أن شركة اير فرانس شركة مساهمة للنقل وشخص معنويا من أشخاص القانون الخاص، حيث ما يصدر من مجلس ادارة الشركة والذي يمس بتنظيم المرفق العمومي له طابع الصفة الادارية.

فالقيمة الحقيقية لحكم باربي تتمثل في مساهمته في اضعاف توسع جديد لفكرة القرار الاداري، حيث عندما عهد للقضاء الاداري بمهمة الحكم لتجاوز السلطة، في كل قرار اداري صادر عن سلطة ادارية، لم يفكر ذات القضاء بأنه قد يمتد اختصاصه لبحث قرارات مجلس ادارة شركة مساهمة للنقل².

من خلال ما تقدم نجد ان توجه الاجتهاد القضائي الفرنسي في مسألة تحديد معيار القرار الاداري، توسع الى بحث المعيار الوظيفي للجهة التي صدر عنها العمل المراد تكييفه كقرار اداري بالإضافة الى المعيار العضوي والذي لم يستغنى عنه، وذلك تجسيدا لفكرة مواكبة الاجتهاد القضائي الاداري لكل ما هو مستحدث في النشاط الاداري من جهة ونشاط الأشخاص الخاصة أيضا، وحماية لحقوق الأفراد من أي تعسف من أي جهة كانت.

ثانيا: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من المعيار الوظيفي للقرار الاداري.

لقد تبنى الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري المعيار الوظيفي للقرار الاداري، معتبرا أعمال صادرة عن غير سلطة ادارية انها قرارات ادارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء المختص، وذلك بجوار الاعتماد على المعيار الأصل وهو المعيار العضوي.

1. المعيار العضوي للقرار الاداري؛ الأصل العام:

¹ - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 140 وما بعدها.

² - المرجع نفسه، ص 129.

نقصد بالمعيار العضوي للقرار الاداري، هو النظر الى الجهة مصدرة القرارات الادارية شكلا، فحيث ما تكون ادارة عامة يكون قرارها اداليا من حيث الأصل العام، دون نظر الى طبيعة مضمون وفحوى العمل الذي صدر عنها. ولقد تطرق الفقه الجزائري تحليلا وتفصيلا في المعيار العضوي للقضاء الاداري واشكالاته خاصة مع التحول الأخير لقانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09، وذلك بالمقارنة مع القانون الاجرائي المدني الأول الأمر: 66-154. حيث تطرق الفقه الى تحليل نص المادة السابعة المشهورة في الأمر: 66-154 لقانون الاجراءات المدنية، والاستثناءات الواردة عليها، ثم بحث وتفسير نصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09 الجديد، وعلى الخصوص نص المواد 800، 801، 802. مع القوانين العضوية لمجلس الدولة والمحاكم الادارية كذلك¹.

حيث في هذا السياق، ودون النظر في الاشكالات المثارة قانونيا وعمليا في هذا الموضوع، يمكن القول أن القرار الاداري في تحديده بحسب المعيار العضوي، ببساطة كل عمل قانوني صادر من جهة ادارية.

لكن السؤال في هذا السياق: هل فعليا كل عمل قانوني صادر من جهة ادارية يعد قرارا اداليا؟ من خلال قانون الاجراءات المدنية والادارية نجده كرس المعيار العضوي كأداة لتوزيع الاختصاص بين جهة القضاء العادي والاداري من جهة، وبين جهات القضاء الاداري ذاتها. أي في مجال المنازعات القضائية الادارية والعادية كذلك. فالعلاقة وثيقة بين مفهوم المنازعة الادارية وبين المعيار العضوي في القانون الاداري عموما، والقرار الاداري على الخصوص².

وموقف مجلس الدولة والغرفة الادارية سابقا بالمحكمة العليا، كرسا كأصل عام المعيار العضوي ورفض العديد من الطعون بالنظر للطابع التجاري الصناعي للمؤسسة العمومية³.

2. المعيار الوظيفي في قضية الشركة الوطنية سمباك.

أعمل القاضي الاداري الجزائري المعيار المادي دوننا عن المعيار العضوي، في قضية Sembac بتاريخ: 08-03-1980، وذلك في النزاع القائم بين الشركة الوطنية Sembac ضد الديوان الجزائري المهني للحبوب O.A.I.C. حيث أصدر المدير العام لشركة Sembac منشورا يتعلق بكيفية استخراج السميد، فرغ الديوان الجزائري المهني للحبوب O.A.I.C أثر ذلك دعوى مطالبا بإلغاء ذلك المنشور أمام الغرفة الادارية لمجلس قضاء الجزائر.

¹ - أنظر: عمار بوضياف، المعيار العضوي واشكالاته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق. نصر الدين بن طيفور، معيار اختصاص القاضي الاداري الجزائري على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09، مرجع سابق.

² - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 225-226-227.

³ - أنظر: عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 253.

حيث استجابت الغرفة الادارية للطعن وألغت المنشور بتاريخ: 25-05-1977، وبتاريخ: 12-07-1977 استأنفت شركة سامباك ذلك الحكم أمام الغرفة الادارية للمحكمة العليا، وفي 08-03-1980 ألغت هذه الأخيرة المقرر القضائي الصادر عن الغرفة الادارية لمجلس قضاء الجزائر المؤرخ في: 25-05-1977 مؤسسة ذلك على أساس خرق المجلس لقواعد الاختصاص داخل الجهات القضائية الادارية.

حيث يعلق عمار بوضياف بخصوص اجتهادها الادارية للمحكمة العليا، أنه اعتمد المعيار الوظيفي لا العضوي، معتبرا المنشور الصادر عن المدير العام لشركة سامباك والتي هي شركة ذات صبغة تجارية قرارا اداريا له طابع تنظيمي يقبل الطعن بالإلغاء أمام القاضي الاداري¹.

حيث القضاة في هذا القرار أخذوا بالمعيار المادي مرتين، مرة عند تكييف طبيعة المنشور، ومرة عند تحديد طبيعة النزاع².

فالمنشور هو من حيث الأصل عمل اداري لا يرتقي لرتبة القرار الاداري، غير أنه في قضية الحال تحول من مجرد منشور تفسيري الى منشور تنظيمي يتصف بخائص القرار الاداري، رغم صدوره من جهة غير ادارية³.

3. التنظيم السياسي واصدار قرار اداري.

أخذ اجتهاد مجلس الدولة الجزائري بالمعيار المادي في تحديد القرار الاداري، وذلك بخصوص عمل صادر عن حزب سياسي، على اعتباره يخرج عن دائرة الجهات الادارية.

فالحزب السياسي تنظيم سياسي لا اداري كما وصفه قرار مجلس الدولة، وذلك في القرار الصادر بتاريخ: 03-03-2004، في قضية السيد على بن فليس الأمين العام لحزب جبهة التحرير الوطني السابق ضد السيد صديقي ومن معه⁴.

حيث جاء في القرار السالف الذكر:

" .. حيث يتجلى أيضا من زاوية المعيار المادي أن الحزب هو تنظيم أساسي في الحياة السياسية للدولة ويمارس نشاطات تتعلق بالمنفعة العامة ويستفيد من اعانات الدولة ويخضع بذلك للقانون الإداري في تأسيسه وعمله واختصاصه ولا يمكن بأي حال من الأحوال اخراجه من حقل القانون العام، حيث ما يدعم هذا المعيار المادي يكمن في أن جميع المنظمات والجمعيات التي تمارس نشاطات ذات منفعة عامة تخضع للقانون الاداري في تنظيمها الداخلي وعملها

1 - عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 34.

2 - عادل عمران، دروس في المنازعات الادارية، دراسة تحليلية نقدية، مرجع سابق، ص 178.

3 - عطاء الله بوحميذة، الوجيز في القضاء الاداري، مرجع سابق، ص 130.

4 - قرار غير منشور، أشار اليه: عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 179.

واختصاصها وذلك كمنظمات الأطباء والمحاسبين والجمعيات الرياضية وتخضع نزاعاتها لاختصاص القضاء الاداري سواء كانت داخلية أو غيرها¹.

وهذا القرار هو في حقيقته مثل تراجعنا عن توجه سابق لمجلس الدولة في نزاع سابق بين نفس الأطراف عندما قضى بإلغاء الأمر الاستعجالي الصادر عن الغرفة الادارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة على أساس عدم اختصاصها لعدم توافر شروط العمل بالمعيار العضوي في النزاع المعروض، حيث جاء فيه: "حيث أنه من الثابت أن الجهات القضائية الادارية غير مختصة الا في حدود مقتضيات المادتين 07 و 07 مكرر من قانون الاجراءات المدنية ومقتضيات المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة أو لمقتضيات بند يمنح الاختصاص وينص عليه تدبير صريح للقانون²".

يرى الباحث؛ ان التزام القاضي الاداري بمعيار واحد وأوحد في تطبيقات المنازعة الادارية فيه شطط وتضييق لواسع، وتعطيل للسمة الاجتهادية والابداعية للقاضي في محكمته، لذلك الاستئناس بالمعيار المادي الموضوعي في نظرية القرار الاداري والقانون الاداري عموما أمر لا مفر منه بل مستحسن في ظل الطابع المرن والتطوري لمادة القانون الاداري عموما.

وتبعاً لذلك، نجد القرار الاداري، قد يخرج من المعيار العضوي البحث، من خلال امكان تدخل السلطتين التشريعية والقضائية بخصوصه، وهو ما سنبينه في الفقرة الموالية.

الفرع الثاني: اصدار القرار الاداري من السلطتين التشريعية والقضائية.

تمارس السلطة التشريعية أساسا وظيفتين أساسيتين في مختلف الدساتير العالمية، وهما سن القانون ورقابة السلطة التنفيذية. وبجوارها السلطة القضائية والتي تعمل في إطار مستقل دستوريا وقانونيا في حل النزاعات بتطبيق القانون الصادر عن السلطة التشريعية.

لكن الباحث يطرح تساؤلا يخص مدى امكانية أن يصدر قرار اداري من قبل السلطة التشريعية والسلطة القضائية، بعيدا عن المعيار العضوي لإصداره؟

أولا: هل يمكن أن يصدر قرار اداري من السلطة التشريعية؟

تبعاً لمبدأ الفصل بين السلطات تمارس السلطة التشريعية وظيفة سن القانون ورقابة السلطة التنفيذية، بالأساس، غير أنه يمكن لها أن تصدر عملاً يتطابق مع عمل السلطة التنفيذية والمتمثل في اصدار القرارات الادارية، ويدعم هذا

¹ عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 179-180.

² - قرار مجلس الدولة رقم: 19240 الصادر بتاريخ: 18-10-2003 في قضية صديقي ومن معه ضد والي ولاية الجزائر والأمين العام لحزب جبهة التحرير الوطني ووزير الداخلية، قرار غير منشور. أشار اليه، عادل عمران، مرجع سابق، ص 180.

المسلك تحول بعض أعمال السلطة التنفيذية باعتبارها من حيث الأصل قرارا الى قانونا تشريعا، له المركز القانوني للقوانين البرلمانية.

1. سلطة التشريع تصدر قرارات ادارية:

تعد السلطة التشريعية أحد السلطات الثلاثة بجوار السلطتين التنفيذية والقضائية يضبطها الدستور الجزائري في الفصل الثالث المعنون بالبرلمان من الباب الثالث المعنون بتنظيم السلطات، وذلك في المادة 114 منه الى المادة 162¹. وبموجب المادتين 139 و 140 من الدستور يمارس البرلمان المتكون من غرفتين، المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، صلاحية واختصاص دستوري أصيل يتمثل في اعداد القانون والتصويت عليه، مع رقابة عمل الحكومة². وبالتالي يمكننا أن نطرح تساؤلا في هذا السياق، ما إذا كان للسلطة التشريعية امكانية اصدار قرارات ادارية؟ إذا كانت السلطة التنفيذية أصبحت تقوم ببعض الأعمال التشريعية، ومن ذلك الأوامر التي تصدر عن رئيس الجمهورية³، فان العكس صحيح كذلك، للسلطة التشريعية امكانية القيام بأعمال السلطة التنفيذية، ومن قبيل ذلك اصدار قرارات ادارية.

فلرئيس المجلس الشعبي الوطني سلطة التعيين في الوظائف العليا للمجلس، بموجب قرارات ادارية لا قوانين، استناد الى القانون الأساسي الخاص لموظفي المجلس الشعبي الوطني⁴.

كما يمكن لرئيس المجلس الشعبي الوطني سلطة انشاء اللجان الادارية متساوية الأعضاء بأسلاك موظفي البرلمان، بموجب المادة 19 من ذات القانون السابق⁵.

كما أن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني منح سلطة اصدار قرارات لرئيس المجلس، ومن ذلك المادة 9 منه، المتعلقة بضبط سير المصالح الادارية⁶.

1 - الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم.

2 المادتين: 139- 140 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

3 - المادة 142 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

4 - المادة 14 من اللائحة المتضمنة القانون الأساسي الخاص لموظفي المجلس الشعبي الوطني، المؤرخة في: 02-3-2010، الصادرة في ج ر رقم 37 لسنة 2010.

5 - المادة 19 من اللائحة المتضمنة القانون الأساسي الخاص لموظفي المجلس الشعبي الوطني، المؤرخة في: 02-3-2010، الصادرة في ج ر رقم 37 لسنة 2010.

6 - المادة 9 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني المؤرخ في: 30-07-2000. الصادر في ج ر الصادرة في: 30-07-2000.

وتبعاً لذلك، يمكن لعضو السلطة التشريعية، رئيس المجلس الشعبي الوطني سلطة اصدار أعمال قانونية ذات صبغة القرارات الادارية، والتي قد تكون قابلة للطعن بالإلغاء أمام السلطة القضائية المختصة.

ويمكن التذكير في هذا المقام أن الاجتهاد الفرنسي، كان يعتبر قبل صدور قانون 17-11-1958 أن جميع الأعمال الصادرة عن الهيئات البرلمانية هي خارج الرقابة القضائية¹. أما ما بعد هذا القانون فإنه يتيح للقاضي الاداري النظر في بعض أنواع الأعمال البرلمانية².

فالاجتهاد القضائي بخصوص رقابة الأعمال البرلمانية لدى القضاء الاداري، بقي وفيما من حيث المبدأ الى مبدأ الفصل بين السلطات، وتبعاً له لحصانة قضائية لتلك الأعمال، بمعنى أن رقابة القاضي الاداري لأعمال السلطة التشريعية كقرار اداري لا نص قانوني هو استثناء من أصل، وذلك في حدود ضيقة وبموجب نص قانوني مقيد³.

لكن من جهة مقابلة، واستجابة لمطالب فقهية رأت في الحصانة القضائية للأعمال البرلمانية وكأنها وجه من وجوه عدم احقاق الحق وانكار العدالة، وأنه من الأولى على الهيئات البرلمانية أن تحترم بذاتها مبدأ المشروعية قبل غيرها من الهيئات الادارية⁴. حصل التطور الاجتهادي في فرنسا مفاده قبول الطعن أمام القضاء الاداري بخصوص الأعمال البرلمانية التي كانت محظورة من قبل، بخصوص النزاعات المتعلقة بالقرارات التي تتخذها الهيئات النيابية التي تجريها باسم الدولة، حيث لم تعد فقط بعض الأعمال البرلمانية المتعلقة بموظفي المجلس هي وحدها قابلة للطعن، ولا طلبات التعويض عن الأضرار من أي نوع كانت، والتي يتسبب فيها سير المرافق النيابية، أما توسع الأمر لجميع القرارات البرلمانية عندما تتجاوز حد السلطة.

2. تحول القرار الاداري الى قانون؟

¹ - C.E. 26-05- 1950, Vouters, S. 1950, 3, p 92, C.E. 16 Mai 1951, Basset, Rec. P 650; C.E. 31 mai 1957, Girard, D. 1957, p430.

² - J.M. Auby: Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17-11-1958, AJDA 1959, I, p 11.

³ - عصام نعمت اسماعيل، مرجع سابق، ص 524.

على سبيل المثال: الأعمال البرلمانية التي يمكن ان تخضع لرقابة القاضي الاداري المنازعات الفردية المتعلقة بموظفي مجلس النواب والعقود التي تجريها الدوائر الادارية في المجلس التسريعي لتأمين سير المصالح العامة، والمنازعات ذات الطابع الفردي للموظفين الاداريين العاملين في المجلس النيابي، كمنازعات التوظيف وتطبيق ذلك دعوى Dame Cazes في الطعن في قرار رئيس الجمعية الوطنية في رفض اشتراكها في مسابقة التوظيف (C.E. 04-11-1987, Dame Cazes, AJDA, 1988,)

⁴ - عصام نعمت اسماعيل، مرجع سابق، ص 526.

ولما وصلنا في النقطة السابقة الى أنه يمكن للبرلمان بالإضافة الى وظيفة وضع القاعدة القانونية، يمكنه اصدار قرار اداري يقبل الطعن بالإلغاء أمام الجهات القضائية المختصة. في مواجهة ذلك تم تحول مهم في بناء القاعدة القانونية لصالح السلطة التنفيذية، والتي الأصل فيها سلطة تنفيذ القوانين بموجب قرارات ادارية.

فالسلطة التنفيذية أصبحت مشرع أساسي للقانون بمفهومه الضيق، من خلال تأكيد دستور الجمهورية الفرنسية الخامس ذلك. حيث أعطت للسلطة التشريعية اختصاصا مقيدا محصورا في التشريع، وما سوى ذلك للسلطة التنفيذية باتخاذها قواعد قانونية مستقلة استقلالاً تاماً عن التشريع، ولها ميدان مستقل، ألا وهو التنظيم¹.

وبالتالي ازاء عدم امكان الاكتفاء بالقانون الصادر عن السلطة التشريعية كمصدر وحيد للقواعد القانونية، استوجب تدخل الادارة وأجهزتها الفنية المتخصصة حق التشريع في المجالات التي يعجز عن مواجهتها ممثلو الأمة في البرلمان لأسباب مختلفة².

ومن قبيل الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية المتحولة من قرار اداري الى قاعدة قانونية ما يلي؛ الأنظمة الادارية المستقلة والأوامر التشريعية، والمراسيم التنفيذية³.

حيث الباحث في النقطة الأخيرة، يريد أن يؤكد أنه اذا كان تحول القرار الاداري الى قانون متاح ومدستر حتى بالخصوص في تلك الأعمال القانونية التي يقوم بها رئيس الجمهورية كعضو السلطة التنفيذية، فانه احتراماً لقاعدة توازي الأشكال يمكن أن نبرر تحول الأعمال القانونية التي تأتيها السلطة التشريعية باعتبارها قرارات ادارية.

وفي هذا السياق يأتي دور وأثر الاجتهاد القضائي الاداري في وضع الحد الفاصل ما بين القانون والقرار الاداري، في أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية.

ثانياً: هل يمكن أن يصدر قرار اداري من السلطة القضائية؟

الأصل في السلطة القضائية في عملها هو اصدار الأحكام والقرارات القضائية لا القرارات الادارية، بناء على المعيار الشكلي العضوي، الذي يميز بين السلطة الادارية والسلطة القضائية.

غير أنه ثمة أجهزة للسلطة القضائية يمكنها أن تصدر أعمالاً قانونية توصف بالقرارات الادارية لا الأحكام القضائية. وهنا نخرج عن المعيار الشكلي العضوي الى المعيار المادي الموضوعي للتمييز بين أعمال الحكم القضائي والقرار الاداري للسلطة القضائية.

¹ - G.Vedel, P.DelvolvéD: Droitadministratif,op.cit, P 326.

² - ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، 1968، ص 16.

³ - أنظر: ثروت بدوي، المرجع نفسه.

هامش ص 532 من عصام اسماعيل نعمة، مرجع سابق.

فالمعيار المادي بحسب الاجتهاد القضائي يعتبر طريق أساسي لتمييز القرار الاداري عن القرار القضائي الذي يصدر عن جهات القضاء، ومن قبيل ذلك القرارات المتعلقة بتنظيم مرفق القضاء على سبيل المثال. والاجتهاد القضائي المقارن استقر على التمييز بين القرارات التي تم سير المرفق العام القضائي وبين تنظيم المرفق العام القضائي¹.

وبعد القرار المبدئي في هذا الشأن، القرار الصادر عن محكمة النزاع الفرنسية Préfet La Gyane الصادر بتاريخ: 1952-11-27 والتي قالت فيه: "القرارات المخدوش فيها لا تم تسيير الوظيفة القضائية بل تنظيم مرفق القضاء العدلي في حد ذاته وبالتالي يعقد النظر للهيئة القضائية الادارية للنظر فيها"².

1. القرارات المتعلقة بتنظيم مرفق القضاء:

تعتبر القرارات التي تتعلق بتنظيم مرفق القضاء حسب الاجتهاد القضائي الاداري من القرارات الادارية والتي تخضع لرقابة القضاء، في مقابل القرارات المتعلقة بسيره أعمالاً قضائية³، على اعتبار عملية التنظيم بحد ذاتها هي نشاط اداري وتدخل في صلب مهام السلطة التنفيذية. كما أنها لا تشكل نواة للسلطة القضائية نفسها، بل لاعتبارها أعمالاً ترتبط بولاية هذا المرفق أكثر من ارتباطها بموضوعه المتمثل بالحكم في الدعاوى⁴.

ومن قبيل تلك القرارات، قرارات التعيين والترقية والصرف والتقاعد وانهاء الخدمة للقضاة، والتي تقبل المراجعة بطريق الابطال لتجاوز لأنها من المسائل المتعلقة بالتنظيم القضائي وأن صفتها الادارية لا تنفصل عنها بانتقالها من اختصاص السلطة التنفيذية الى اختصاص مجلس القضاء الأعلى وانما تلازمها أينما ذهبت⁵.

حيث يعين القاضي بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء بحسب المادة 4 من القانون الأساسي للقضاء 11-04⁶. والمرسوم الرئاسي الذي يعين بموجبه القاضي هو من حيث المبدأ، قرار اداري يقبل الطعن بالإلغاء من كانت له مصلحة، في نظرية القرار الاداري والمنازعات الادارية، وذلك متى كان هناك عيب في أحد اركانه الخمسة.

1 - البشير التكري، مدخل للقانون الاداري، ط 2، المدرسة القومية للإدارة، سنة 2000، ص 299 وما بعدها.

2 - أنظر: منير الشاذلي، "القرار الاداري، موضوع تجاوز السلطة"، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، ص 82.

3- T.C. 15-12-1980, Touhiro, D. 1981.IR. p 109, obs. P. Delvolvé.

نقلا عن: عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الاداري، هامش رقم 1، مرجع سابق، ص 563.

4 - عصام نعمة اسماعيل، مرجع نفسه، ص 554.

5 - المرجع نفسه، ص 555.

6 - القانون العضوي: 11-04 يتضمن القانون الأساسي للقضاء، المادة 04.

حيث يمكن طرح تساؤل في هذا السياق، هل يمكن تطبيق ذلك قضائيا؟ أي امكانية الطعن في قرار تعيين القاضي وما مسوغ ذلك؟

حيث يمكن أن نشير في هذا السياق، الى أن قرار تعيين أعضاء المجلس الأعلى للقضاء يقبل مراجعة الطعن بالإلغاء لتجاوز حد السلطة في القضاء الفرنسي.

2. قرار التأديب من المجلس الأعلى للقضاء من القرار الاداري الى القرار القضائي:

يعد المجلس الأعلى للقضاء في الجزائر مؤسسة دستورية، وذلك من خلال دسترته في نصوص الدستور في المواد 167، 173، 174، 175، 176. يرأسه رئيس الجمهورية، الذي يقرر طبقا للقانون تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي، ويسهر على احترام القانون الأساسي للقضاء ورقابة انضباط القضاة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا¹.

فبوجب المادة 174 من الدستور الجزائري، المؤسس الدستوري عهد الى المجلس الأعلى للقضاء ادارة المسار المهني للقضاة من تعيين ونقل وترقية وتأديب²: " يقرر المجلس الأعلى للقضاء، طبقا للشروط التي يحددها القانون، تعيين القضاة، ونقلهم، وسير سلمهم الوظيفي.

ويسهر على احترام القانون الأساسي للقضاء، وعلى رقابة انضباط القضاة، تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا "

بخصوص قرار التأديب للقاضي، فانه بخصوصه شهد تحولا في الاجتهاد القضائي الجزائري، بين موقفين لمجلس الدولة؛ الأول كان يعتبر القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء مجرد قرارات ادارية تأديبية صادرة عن سلطة ادارية مركزية قابلة للطعن فيها بالإلغاء³.

أما الثاني يعتبر المجلس الأعلى للقضاء عندما يفصل في القضايا التأديبية بمثابة جهة قضائية ادارية متخصصة تصدر أحكاما نهائية لا يمكن الطعن فيها الا عن طريق النقض⁴.

¹ - الدستور الجزائري 1996، المعدل والمتمم.

² - المادة 174 من دستور 1996 الجزائري، المعدل والمتمم.

³ - قرار عن مجلس الدولة في: 27-02-1998، مجلة مجلس الدولة ع 1، 2002، ص 83-84.

قرار مجلس الدولة في: 28-01-2002، مجلة مجلس الدولة ع 02، 2002، ص 165-167.

⁴ - القرار رقم: 016886 المؤرخ في: 07-06-2005 الصادر عن الغرف المجتمعة لمجلس الدولة.

بمعنى أن الاجتهاد الأول لمجلس الدولة اعتبر قرارات المجلس الأعلى للقضاء المتعلقة بتأديب القاضي قرارا اداريا ذو طابع اداري يقبل الطعن بالإلغاء قضاء، أما الاجتهاد الثاني اعتبر قرارات المجلس الأعلى للقضاء ذو طابع قضائي يقبل الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، كقرار قضائي لا قرار اداري.

حيث يرى غناي رمضان أن القرار الأخير يعد تراجعاً جوهرياً في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، ويمثل قراراً مبدئياً له آثار عميقة على مواقف القضاء الاداري من جهة، ومن جهة ثانية مؤثراً في طبيعة الحماية القضائية لحقوق القضاة المتابعين تأديبياً¹.

ويرى أن مجلس الدولة أبرز في حيثية واحدة المبررات التي جعلته يصف المجلس الأعلى للقضاء بالجهة القضائية الادارية المتخصصة، استناداً الى ثلاث معايير وهي: (معيار تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء؛ طبيعة الاجراءات المطبقة؛ والصلاحيات الخاصة للمجلس الأعلى للقضاء)².

غير أن محمد بناصر³، يرى أن مجلس الدولة في القرار الأخير المتضمن هذا التحول الاجتهادي، اعتمد المعيار العضوي الشكلي والاجراءات المتبعة، بالإضافة الى المعيار المادي (صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء)، ليكيف المجلس على أنه جهة قضائية متخصصة، وبالتالي القرارات التي تصدر عنه قرارات قضائية⁴.

اجتهاد مجلس الشورى الدولة اللبناني استقر على اعتبار القرارات التأديبية من المجلس الأعلى للقضاء ذو طبيعة ادارية قابلة للطعن لتجاوز السلطة، باعتبار ذلك ضماناً قانونية قائمة، حيث حاول المشرع اللبناني في الفقرة الثانية من المادة 64 للقانون رقم: 2000-227 اخراجها - القرارات التأديبية - من مراجعة الابطال لتجاوز حد السلطة. الا أن المجلس الدستوري أحسن صنعا عندما خلع عن المادة 64 فقرتها الثانية الثوب الدستوري، وأبطلها معلناً بأن حق الطعن القضائي هو من الحقوق الدستورية الأساسية، ومبدأ عام ذو قيمة دستورية مستمدة من مواد روح الدستور اللبناني⁵.

¹ - غناي رمضان، " تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الاعلى للقضاء " تعليق على قرار الغرف المجتمعة رقم: 16886، مجلة مجلس الدولة، ع 10، ص 64-65.

² - غناي رمضان، " تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الاعلى للقضاء "، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

³ - محمد بن ناصر - محافظ الدولة لمجلس الدولة -، الرقابة القضائية على مقررات الهيئة التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء"، لمجلة الجزائرية للقانون والعدالة،

⁴ - محمد بن ناصر، مرجع سابق، 222، 223.

⁵ - انظر: هامش رقم 3 من: عصام نعمة اسماعيل، مرجع سابق، ص 567.

وبغض النظر عن الرأيين المختلفين في التعليق على قرار الغرف المجتمعة بخصوص قرار المجلس الأعلى للقضاء المتعلق بتأديب القضاة ما إذا كان قرار اداري أو قرار قضائي، فإننا نؤكد في هذا السياق دور القاضي الاداري الاجتهادي في التمييز بين القرار الاداري والقرار القضائي من قبل هيئة غير محددة هل ادارية أم قضائية.

المطلب الثاني: سلطة الاجتهاد القضائي في سريان ونهاية القرار الاداري.

بعد ما تطرقنا في المطلب الأول الى النقطة المتعلقة بتحديد القرار الاداري، وظروف اصداره من غير سلطة إدارية. نبين في هذا المطلب أثر الاجتهاد القضائي بخصوص سريان القرار الاداري، أي حال تنفيذه ونفاذه (الفرع الأول)، ثم في حال نفايته (الفرع الثاني).

الفرع الاول: أثر الاجتهاد القضائي في سريان القرار الاداري.

ان القاعدة العامة عند اتخاذ الادارة العامة قرارا اداريا مكتملا في أركانه محدثا لأثاره، يعد نافذا في حقها منذ لحظة اصداره.

لا من لحظة علم المخاطب به بوسائل العلم المختلفة.

ومرد ذلك، هو أن الادارة العامة التي أتخذت أثرا قانونيا ما في صلب القرار الاداري ينتفي معه جهالة مضمونه ومحتواه، فيكون أساس الالتزام به - القرار الاداري - من تاريخ اصداره. وتبعاً لذلك يكون لتحديد تاريخ صدور القرار الاداري أهمية بالغة من حيث معرفة اختصاص الجهة الادارية وقت صدوره، ومن حيث علم الادارة به ووجوب تقييدها والتزامها بمضمونه، ومن حيث أحقية الفرد بالتمسك بنفاذ القرار في مواجهة الادارة من يوم صدوره دون الحاجة لنشره وتبليغه¹.

أي أن القرار الاداري يسري بأثر فوري ومباشر أولاً، كما قد تكون حالات يجوز معها سريان القرار الاداري بأثر رجعي ثانياً، نبين ذلك في التالي:

أولاً: سريان القرار الاداري بأثر مباشر.

ان نفاذ القرار الاداري في مواجهة المخاطب به من الأفراد لا يكون بمجرد صدوره، بل من تاريخ العلم به من قبلهم. خاصة وأن القرار لا يمس في أثاره الادارة العامة مصدرة، انما يمس مباشرة المخاطب به².

والعلم بالقرار الاداري من المخاطب به قد يكون محددًا قانونًا، وكما قد يتدخل القضاء في تحديد وسيلة للعلم من ابتداعه وهي العلم اليقيني.

¹ - أنظر: عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 172.

² - المرجع نفسه، ص 180.

1. العلم بالقرار الاداري قانونا:

في قرار صادر سنة 2005 في قضية ش أ ضد والي ولاية بجاية اشترط مجلس الدولة¹: " لا يسري القرار الاداري الفردي تجاه المواطن المعني به ولا يحتج به عليه الا إذا سبق تبليغه به قانونا."

وبحسب المادة 35 من المرسوم: 88-131 المتعلق بتنظيم العلاقة بين الادارة والمواطن فانه: " لا يحتج بأي قرار ذي طابع فردي على المواطن المعني بهذا القرار، الا إذا سبق تبليغه اليه قانونا، هذا ان لم يكن هناك نص قانون أو تنظيمي مخالف "

فتبليغ القرار الاداري في مواجهة الأفراد يكون اما قانونيا أو ليس قانونيا، لذلك يجب تحديد ما المقصود بالتبليغ القانوني للقرار الاداري؟ وما أثر التبليغ غير القانوني؟

1-1- النشر:

والذي يمثل اتباع الادارة الشكليات المقررة لكي يعلم الجمهور بالقرار². حيث إذا حدد المشرع وسيلة للنشر بعينها فانه يلزم الادارة العامة الالتزام بها وعدم القيام بالنشر بوسيلة أخرى ولو كانت الوسيلة الثانية أنجع³. كما عرفه البعض الآخر على أنه اعلان الناس ومنهم صاحب الشأن بموجبات القرار الذي تصدره الادارة حتى يكونوا على بينة منه "أو هو وسيلة رسمية يفرضها المشرع على الادارة مصدرة القرار لإعلام الناس به وأسموه بالعلم الرسمي بالقرار"⁴. والمشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 88-131 المتعلق بتنظيم العلاقة بين الادارة والمواطن في نص المادة 9 منه نصت على أنه: " يتعين على الادارة أن تنشر بانتظام التعليمات والمناشير والمذكرات والآراء التي تهم علاقاتها بالمواطنين، الا إذا وردت أحكام مخالفة في التنظيم الجاري به العمل.

وإذا لم يتقرر هذا في النشر صراحة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، فانه ينجز في النشرة الرسمية للإدارة المعنية التي يتم اعدادها وفق لأحكام التنظيم الجاري العمل به"⁵.

والنشر من الناحية القانونية يكون بطرق متعددة قد يحدده المشرع حصرا، وبالتالي يجب على الادارة العامة الالتزام به. كأن يتم النشر في الجريدة الرسمية متى كان القرار الاداري يخص أحد الهيئات المركزية كرئيس الجمهورية أو

1 - عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 182.

2- محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق، ص 438.

3- المرجع نفسه، ص 438.

4 - أشار إليها: عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 181.

5 - المرسوم الرئاسي رقم: 88-131 المؤرخ في 04 يوليو 1988 ينظم العلاقة بين الادارة والمواطن، الجريدة الرسمية ع 27 لسنة 1988.

الوزراء، حيث لا يكون النشر في الجرائد اليومية لها بديلا عن الجريدة الرسمية على سبيل المثال. ولوحات الاعلانات في الجماعات الاقليمية للولايات والبلدية.

قضى مجلس الدولة الفرنسي على أن: " .. نشر ترفيات محصلي الضرائب في المجموعة الرسمية لمرفق يعتبر نشرا سليما ويعمل على سريان ميعاد الدعوى في مواجهة محصل الضرائب.. " ¹.
ولقد نصت المادة 97 من القانون البلدي 11-10 على أنه ²:

"لا تصح قرارات رئيس المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ الا بعد اعلام المعنيين بها عن طريق النشر اذا كان محتواها يتضمن أحكاما عامة أو بعد اشعار فردي بأي وسيلة قانونية في الحالات الأخرى ".
وفي المادة 98 منه جاء في الفقرة الثالثة منها ³: " .. يتم الصاقها - قرارات رئيس المجلس الشعبي البلدي - في المكان المخصص لإعلام الجمهور بعد اصدار وصل الاستلام من الوالي، وتدرج في مدونة العقود الادارية للبلدية".

ولقد أشارت المادة 125 من قانون الولاية 12-07 الى نشر القرارات المتضمنة التنظيمات الدائمة اذا كانت تكتسي طابعا عاما ⁴.

ويجب في نشر القرار الاداري أن يكون لكافة محتوياته ولكل مضمونه حتى يلم أصحاب المصلحة به الماما نافيا للجهالة. وعليه فان نشر ملخص له مثلا لا يعطي فكرة واضحة للمخاطبين ⁵.

فالنشر للقرارات الادارية لا يكون كاملا، الا إذا كان مستوفيا جميع بيانات ومشمولات القرار الاداري ومقوماته وكافة ما يمكن صاحب الشأن من تحديد طريقة الطعن فيه.

ونشر القرار الاداري وان كان يستند الى نص قانوني من جهة، فهو من جهة مقابلة يستند الى مبادئ العدالة، وذلك من خلال أن الامثال لأمر لا يكون الا إذا كان هناك علم به، والعلم يكون بالنشر في هذا السياق.

¹ - أشار اليه: عبد العزيز السيد الجوهري، القانون والقرار الاداري في الفترة ما بين الاصدار والشهر، دراسة مقارنة، د م ج، الجزائر، 1995، ص 109 وما بعدها.

وأنظر: أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي.

² - قانون 11-10 المتعلق بقانون البلدية، المادة 97.

³ - قانون 11-10 المتعلق بالبلدية، المادة 98.

⁴ - قانون 12-07 المتعلق بالولاية، المادة 125.

⁵ - عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 181-182

جاء في اجتهاد مجلس الدولة الجزائري بتاريخ: 23-04-2001: " .. حيث أن المادة 169 مكرر من قانون الاجراءات المدنية اشترطت لسريان الأجل ثبوت التبليغ أو النشر، حيث أن النشر الذي تتحدث عنه المادة، الوسيلة التي يصل بها القرار الى صاحبه، ويثبت علمه به .. " ¹.

1-2-التبليغ:

التبليغ يقصد به تبليغ الأفراد بالقرار عن طريق الادارة²، فهو يمثل مخاطبة شخصا بعينه أو مجموعة أشخاصا معينين بذواتهم. على اعتبار أنه يمثل طريقة اشهار شخصية. فهو خطاب موجه مباشرة لصاحب الشأن، وتبعاً لذلك لجوء الادارة العامة لاستخدام الصحافة أو التلفاز لا يحل التبليغ الشخصي للقرار الاداري³. ولقد عرفته المحكمة العليا في مصر بأنه: " الطريقة التي تنقل بها جهة الادارة القرار الاداري الى فرد بعينه أو أفراد بذواتهم من الجمهور " ⁴.

وهو يخص القرار الاداري الفردي لا التنظيمي لذلك يتميز عن النشر باعتبار العلم به علما حقيقيا لا افتراضيا. لذلك قضت المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ: 25-11-1989 بأنه: " .. لا ريب في أن ما حواه الاعلان الذي علقته كلية الهندسة بلوحة الاعلانات فيها من كشوف الطلاب به، هو في حقيقته قرار فردي لتناوله أشخاصا معينين بذواتهم ومعلومين سلفا للكلية على نحو ما تضمنته الكشوف المصاحبة له. ولذا لا يكفي النشر لاعلامهم به حكما، فضلا عن أن هذا الاعلان في حد ذاته لا يعتبر نشرا بالجريدة الرسمية، ولا يعتبر في نشره مصلحة ولا ينبغي عن الاعلان كإجراء حتمي للإعلام به " ⁵.

وبخصوص موقف القضاء الاداري المتعلق بالتبليغ ووجوبه، استقر قضاء الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى سابقا، على مبدأ واحدا أن القرارات الفردية الخاصة بالموظف يجب تبليغها. ومن تطبيقات ذلك قرار بتاريخ 08-04-1989 ذهبت الغرفة الادارية أنه ينبغي ابلاغ الموظف بقرار النقل وكل قرار اداري يتضمن خرق هذه الشكلية يعد باطلا⁶. وأرسى مجلس الدولة الجزائري بشأن التبليغ للقرارات الادارية قاعدة عامة وهي وجوب تبليغ القرار الشخصي ولا ينبغي الاكتفاء بالعلم بالقرار. ومن أمثلة ذلك قراره بتاريخ: 19-04-1999 بتاريخ: 12-07-2005⁷.

¹ - قرار لمجلس الدولة بتاريخ: 32-04-2001 قضية ج م ضد الوزير المحافظ لمحافظة الجزائر، قرار غير منشور.

² - محمد سليمان الطماوي، نظرية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 438.

³ - براهيم مباركي، المبادئ التي تحكم شهر القرار الاداري، مرجع سابق، ص 367-368.

⁴ - أشار اليه عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 185.

⁵ - أشار اليه: براهيم مباركي، المرجع السابق، ص 367.

⁶ - المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع 03، 1991، ص 165.

⁷ - مجلة مجلس الدولة، ع 01، 2002، ص 103.

وفي قرار له في 25-07-2007 جاء بأنه: " .. على الرغم من المستأنف عليهم كانوا على علم بالقرار الاداري المطعون فيه بالإلغاء .. حيث أن المادة 35 من المرسوم 88-31 المؤرخ في 04-07-1988 تنص على ضرورة تبليغ القرارات الفردية تبليغا شخصيا لاحتساب ميعاد الطعن القضائي، ولذا يتعين رفض الدفع الشكلي ..".

وبخصوص عبء اثبات التبليغ الشخصي للقرار الاداري فهو يقع على الادارة العامة، فمن قرارات الغرفة الادارية للمجلس الأعلى بتاريخ: 06-06-1987. جاء فيه أنه¹:

" .. من المقرر قانونا أن الطاعن الذي يبرر استحالة حصوله على نسخة من القرار الاداري المطعون فيه يعفى من تقديمه، وكذا في حالة عدم تقديمه، ومن المقرر أيضا أن على القاضي المحقق وفي إطار السلطات المخولة له السعي لجعل الادارة تقدم الوثيقة محل النزاع، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعيب القرار بعدم الصحة القانونية. "

وتبليغ الادارة العامة القرار الاداري في أصله لا يخضع لشكليات معينة عند اجرائه، على اعتبار أن الهدف الأساسي والنهائي للتبليغ هو توصيل مضمون القرار الى علم صاحبه، فلإدارة مجالا واسعا لاتخاذ اي اسلوب تراه مناسبا لتبليغ القرارات للمعنيين²؛ وقد يكون ذلك عن طريق محضر أو بواسطة موظف اداري، أو بتبليغ المعني بأصل القرار أو بصورة منه، عن طريق البريد أو الفاكس³.

غير أن للاجتهاد القضائي الاداري لمجلس الدولة الجزائري كان له دور وأثر بارز بخصوص " قاعدة وسائل تبليغ القرار الاداري " معتمدا على أن تكون هناك طرق محددة لتبليغ القرارات الادارية خاصة في المسائل التأديبية، متجاوزا فكرة أن للإدارة سلطة تقدير طرق ووسائل التبليغ للقرارات الادارية.

حيث اعتمد مجلس الدولة قاعدة وجوب التبليغ بمحضر رسمي وذلك بخصوص قرار تأديبي، نافيا وسيلة التبليغ بالبريد الموصى عليه، باعتبار الأخيرة ليست تبليغا صحيحا، مخالفا كما يقول عمار بوضياف موقف مجلس الدولة المصري والذي اعترف بواسطة البريد المسجل كوسيلة تبليغ⁴.

ويعتبر عمار بوضياف أن مسلك مجلس الدولة الجزائري أسلم وأدق، إذ الأمر يتعلق ببدء سريان أجال الطعن القضائي خاصة وأن التبليغ بواسطة البريد قد ينتفي معه التحديد الدقيق للتبليغ. وبذلك وفر المجلس ضمانا للفرد بفرض وجوب التبليغ الرسمي للقرارات الادارية¹

1 - المجلة القضائية، 1990، ع 03، ص 198.

2- عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 186 وما بعدها.

3 - المرجع نفسه، ص 186 وما بعدها.

4 - المرجع نفسه، ص 191-192.

2. دور القضاء الاداري في العلم بالقرار الاداري: نظرية العلم اليقيني.

يقصد بالعلم اليقيني أن يصل القرار الى علم الأفراد بطريقة مؤكدة عن غير طريق الادارة². حيث تعد نظرية العلم اليقيني من صنع مجلس الدولة الفرنسي، والتي مرت بمراحل متعاقبة.

حيث أخذ مجلس الدولة منذ مطلع القرن الماضي بالنظرية، ففضى بأن العلم اليقيني بالقرار الاداري يقوم مقام النشر أو التبليغ، وفي حالة ثبوته يسري ميعاد الطعن في القرار من تاريخ هذا العلم، مستندا الى أي قرينة يستنتج منها علم صاحب الشأن بسبق علمه بالقرار محل الطعن³.

واستمر مجلس الدولة الاخذ بالنظرية الى أن أصدر حكمه في قضية Croit Exautier، والذي عد العلم اليقيني لا يكون الا بالنشر التبليغ. حيث لم يعتد المجلس بتنفيذ صاحب الشأن للقرار كقرينة على علمه به علما يقينيا، كما قضى بأن اتخاذ المدعي اجراءات قضائية تتمثل في اقامة دعوى أمام مجلس الدولة بسبب قرار العمدة القاضي بعزله من الوظيفة، وارساله خطابا بذلك الى نائب المحافظ، لا يعد ذلك كله قرينة على العلم بالقرار، ولا يعد تبليغا صحيحا للطاعن يحسب منه ميعاد الطعن بالالغاء⁴.

وأكد المجلس ذات التوجه في قرار Cuyomard القاضي بأن تسلم صاحب الشأن الذي لم يبلغ بالقرار الصادر بفصله نسخة من هذا القرار وانقطاع صرف راتبه الشهري بناء على ذلك، لا يحل ذلك كله محل التبليغ.

فالفقه الاداري يميل الى القول أن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي يرى الأخذ بفكرة العلم الشبه الرسمي بالقرار محل العلم اليقيني، وهي مرحلة انتقالية بين نظرية العلم اليقيني على اطلاقها وبين العلم الرسمي المنظم قانونا الذي لا يتأتى الا بالنشر أو بالتبليغ. حيث قلص من تطبيقها الى حد كبير ولم يتخل عنها على الاطلاق⁵.

وقد طبق القضاء الاداري الجزائري نظرية العلم اليقيني ومن ذلك في:

¹ - عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 192.

² - محمد سليمان الطماوي، نظرية القرارات الاداري، مرجع سابق، ص 438.

أحكام سييري (R.S.) -3

C.E 29/1/1909 SieurBroc R. P99.

C.E. 2/12/1921 sieur vinturaux R.P. 1044.

C.E. 15/6/1919 Lavoisi R.P. 5.45.

⁴ - C.E. 22/4/1921 R.S. P.293 (10)

C.E. 20/1/1932 Cordier R.S. P. 67.

C.E. 11/5/1951 Chabassier R.S. P.261.

⁵ - خالد الزبيدي، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الاداري مع التركيز على محكمة العدل العليا، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 34، ع 01، 2007، ص 152.

قرار 18-07-1991 من الغرفة الادارية بالمحكمة العليا: " أن المدعي في الطعن علم بوجود القرار المطعون فيه على الأقل خلال سنة 1985 هذا حسب اعترافها ومن أجل تنفيذ القرار"¹.

وفي قرار مجلس الدولة بتاريخ: 23-04-2001: " .. حيث أن القرار المستأنف اعتبر المستأنفين قد علموا بالقرار المطعون فيه علما يقينيا، وأن العلم الثاني من الرسائل التي وجهتها المندوبية الزراعية للدار البيضاء تدعيما لموقفهم ودفاعا عن ظروفهم فالمادة 169 مكرر من قانون الاجراءات المدنية لم تشترط التبليغ الشخصي للمعني بالقرار، ولكنها اشترطت لسريان الأجل ثبوت التبليغ الشخصي للمعني بالقرار، ولكنها اشترطت لسريان الأجل ثبوت النشر أو التبليغ، والنشر الذي تحدث عنه المادة هو الوسيلة التي يصل بها القرار الى صاحبه ويثبت علمه به التظلم من القرار هو قرينته على العلم الذي حصل عن طريق النشر كما في قضية الحال .."².

والغرفة الادارية للمحكمة العليا برغم أخذها بنظرية العلم اليقيني في كثير الحالات فهي في جانب آخر حاولت التقليل من النظرية ومجالات تطبيقها وتضع شروط صارمة للأخذ بها في مقابل وسيلة التبليغ القانوني.

ففي القرار الصادر بتاريخ: 01-04-1993 في قضية ز م ضد والي ولاية الجزائر ومن معه:

" حيث أنه وحينئذ فان النظرية التي أسسها الاجتهاد القضائي والمتعلقة بالعلم اليقيني يجب تطبيقها بشكل محدود جدا، ويتقديم الدليل القاطع الذي لا يمكن رفضه والذي يثبت بأن المعني بالقرار قد علم بلا منازع بالقرار المطعون فيه.

حيث أنه وفي دعوى الحال، فان مجرد وجود الحكم الصار عن محكمة بئر مراد راييس لا يمكن أن يشكل الدليل على علم الطاعن بالقرار المطعون فيه "

وقرار بتاريخ: 07-11-1999 في قضية منعه ضد والي ولاية البليدة وبوزيان: " حيث أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا طبق دائما نظرية العلم اليقيني بشكل محصورا جدا وأن تطبيقها يتطلب علما غير مبهم ثابت بمستندات رسمية .

حيث أنه في دعوى الحال فان عمليات الخير لا يمكنها أ، تشكل الدليل الواضح والرسمي للعلم بالمقرر المطعون فيه .."³.

أما مجلس الدولة فقد جاء قرار في 23-04-2001 في قضية ميهوبي عبد النور ومن معه ضد والي ولاية البويرة تمسكه بأحكام المادة 169 مكرر من قانون الاجراءات المدنية 66-154 حيث جاء فيه:

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الادارية ج 1، د م ج، ص 335.

² - توام حدة، نظرية العلم اليقيني وتطبيقاتها في القضاء الاداري، المعهد الوطني للقضاة، 2004، ص 34.

³ - توام حدة، مرجع سابق، ص 37.

" .. حيث أن قضاة الدرجة الأولى رفضوا الطعن بإبطال القرار المتخذ من طرف الوالي بتاريخ: 20-05-1996 المرفوع من طرف المستأنفين بسبب أنه جاء متأخرا أي بعد فوات الأجل المقررة قانونا ومقدرة بأربعة أشهر لكن حيث أن أجل الطعن يبدأ سريانه انطلاقا من تبليغ القرار المطعون فيه، وأن والي البويرة لا يقدم أي دليل على التبليغ الموجه الى المستأنفين بعلمها بالقرار المتخذ من طرفه وأنه في غياب هذا التبليغ فان أجل الطعن يبقى مفتوحا"¹.

حيث هذا الاجتهاد القضائي يشترط وجوب التبليغ الرسمي بالقرار لبداية سريان مواعيد الطعن.

وجاء في قرار مجلس الدولة بتاريخ: 19-04-1999: " .. حيث أنه يستخلص من بيانات القرار المعاد أن قضاة الدرجة الأولى رفضوا الدعوى طبق لنص المادة 169 مكرر من قانون الاجراءات المدنية لكن حيث أنه استقر القضاء وبما أن القرار موضوع النزاع هو قرار فردي، كان على المستأنف علميا أن تبلغه للمستأنف تبليغا شخصيا.".

وعليه فقد اشترط التبليغ الشخصي في هذا الاجتهاد القضائي، لصحة التبليغ.

الا أنه من الصرامة مالا يترك مجالاً للقول بإمكانية تطبيق نظرية العلم اليقيني باعتبارها تقوم اساسا على قرائن لا يمكن أن تقوم مهما كانت قوتها مقام التبليغ الشخصي².

كما قد شدد القضاء الاداري الجزائري في ذات السياق في الوسائل التي يثبت فيها حصول هذا التبليغ إذا ذهب مجلس الدولة في اجتهاده بتاريخ 26-12-1999 الى اعتبار أن التبليغ لا يثبت الا من خلال تقديم محضر موقع عليه من الادارة والمعني بالأمر بما يؤكد تسلمه نسخة من القرار وبذلك لم يعتد حتى بتسليم القرار لصاحبه بوصفه موزفا في ادارة عمومية دون أن يحرر في شأن ذلك محضر رسمي³.

فاجتهاد مجلس الدولة ذهب الى تضيق تطبيق نظرية العلم اليقيني مسايروا توجهات الفقه، وفي ذلك يقول حسين طاهري: "أن نظرية العلم اليقيني لا بد أن تطبق في اضيق نطاق حفاظا على حقوق الافراد وسوء تأويلها من طرف الادارة"⁴.

ثانيا: سريان القرار الاداري بأثر رجعي.

ان سريان القرار الاداري يخضع أساسا لقاعدة عامة في عدم رجعيته، لكن استثناء قد يسري بأثر رجعي، نبين ذلك في الآتي:

1. القاعدة العامة: عدم رجعية سريان القرار الاداري.

¹- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، مرجع سابق، ص 416.

²- رمضان غنائي، موقف مجلس الدولة من نظرية العلم اليقيني، تعليق على قرار رقم 160507، مجلة مجلس الدولة ع 2002، ص 121 وما بعدها.

³- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 1، دار هومة، ط 4، الجزائر، 2006، ص 29.

⁴- حسين طاهري، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الادارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 32.

الأصل العام ان القرارات الادارية تصبح نافذة وسارية المفعول منذ تاريخ صدورها من السلطة المعنية، وتسري بأثر مباشر وفوري في الحاضر والمستقبل في مواجهة المخاطبين بها، ولا تعود للماضي لحماية لاستقرار المعاملات والمراكز القانونية السابقة،

أو هو: " سريان القرار الاداري بأثر مباشر من تاريخ نفاذه وعدم انسحابه على ما تم من مراكز قانونية قبل ذلك "1.

حيث القاعدة العامة أن الرجعية للماضي لا يفرضها الا نص تشريعي، للحفاظ على الحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية بصفة عامة.

والفقه الاداري الفرنسي يعتبر مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية قاعدة أمر، تهدف الى تأمين استقرار المعاملات القانونية وعدم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد، لا يجوز مخالفتها. وللقاضي الحكم ببطلان القرار متى خالف هذه القاعدة².

ويمكن عد قاعدة " عدم رجعية القرارات الادارية " من المبادئ العامة للقانون، مثلها مثل " عدم رجعية القوانين "، فأحكام القضاء الاداري المصري تعد هذا المبدأ من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حماية للحقوق المكتسبة للأفراد وثقة الاستقرار في المعاملات³.

غير أنه يمكن النظر في المقابل الى التأسيس القانوني لعدم رجعية القرارات الادارية؛ حيث فقه القانون نحى الى رأيين في ذلك⁴.

الأول؛ يرى أن أصل هذا المبدأ نص المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن القوانين لا تسري الا للمستقبل وليس لها آثار رجعية، ومن باب الأولى أن لا تكون للقرارات الادارية آثار رجعية.

أما الرأي الثاني؛ فيستند الى اعتبار مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية الى المبادئ العامة للقانون، فهو ليس نصا قانونيا أو مستندا الى نص قانوني كالمادة الثانية من القانون المدني.

هذا الرأي الثاني هو الغالب فقه سواء في فرنسا أو الجزائر أو مصر، وهو ما ذكرناه قبل قليل.

2. الاستثناء: رجعية سريان القرار الاداري.

1 - محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال القانونية الادارية، الكتاب الأول، القرار الاداري، دار النهضة العربية، 2012، ص

2 - عبد الله طلبه، المبادئ القانون الاداري، ج 2 منشورات الحلبي د ت ن، ص 225.

3 - أحمد محمد النوايسة، مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية، ط 1، 2012، دار الحامد، ص 24.

4 - المرجع نفسه، ص 24.

لما كانت الادارة العامة لها سلطة اصدار القرارات الادارية بصورة انفرادية وتمتع بقوة التنفيذ، الا أنها مقيدة من حيث الزمن فلا تستطيع مخاطبة الأفراد عن زمن مضى. غير أنه لما كانت لكل قاعدة استثناء، فالأصل هو عدم سريان القرار الاداري على الأفراد بالنسبة للماضي، والاستثناء هو جواز رجعية سريان القرار الاداري في حالات معينة¹. ولعله من الجدير بالذكر في هذا المقام، هو ذكر أن هذا الاستثناء هو صنيعه الاجتهاد القضائي الاداري في كل من فرنسا ومصر خاصة².

ومن قبيل ذلك على سبيل المثال:

1-2 القرارات المؤكدة والقرارات المفسرة:

القرار التوكيدي هو الذي لا يحدث بذاته آثارا قانونية، بل يقتصر دوره على مجرد ترديد الأحكام التي تضمنها قرار سابق، من خلال اظهار نية الادارة على التمسك بالقرار الأول أو تنبيه الافراد الى واجباتهم والتزاماتهم التي تضمنها القرار الأول.

أما القرار التفسيري، هو تبيان حقيقة ومعنى قرار اداري معين، سواء أكان من نفس الجهة الادارية التي أصدرت القرار الاداري المراد تفسيره، أو من جهة ثانية، فهو لا يعدل في التنظيم القانوني شيئا، ولا يخلق بذاته جديدا. مثله مثل القرار التوكيدي.

ولا شك ان التفسير أو التوكيد ان تعلقا بالقرار الأول المراد تفسيره أو توكيده، فانه يجب أن يراعي تاريخ نفاذه بما يعني يعني أن القرار الثاني سينفذ على الماضي.

2-2 قرارات متعلقة بسير المرافق العامة:

طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ رجعية في قرارات تخص سير المرافق العامة، ومن قبيل ذلك قراره بتاريخ: 11 يناير 1952 في قضية EQUUX Lessuur وتلخص الوقائع في أن فندقا مدرجا في قائمة الفنادق السياحية ظل يتمتع بحرية تحديد الأسعار حتى 30 ديسمبر 1948، وفي هذا التاريخ أدرج في قائمة الفنادق المسعرة ولكن قرار التسعير لم يصدر الا في 18 مارس 1949، نظرا لطول الاجراءات التي مر بها فكان من المتعين أن يرجع أثره الى 30 ديسمبر 1948، والا انتهى الأمر الى نتيجة لا يمكن التسليم بها الا وهي تتمتع النزلاء في هذا الفندق بالإقامة المجانية في الفترة ما بين 30 ديسمبر 1948 و 18 مارس 1949³.

¹ - عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 200.

² - المرجع نفسه، ص 200.

³ - أشار اليه: محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق، ص 590.

وتطبيق ذلك هو في من حيث الأصل خلاف الأصل. أ أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومعه المصري كذلك، استبعدا تطبيق قاعدة عدم رجعية القرارات الادارية كلما تعارضت مع مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد. باستثناء بعض الحالات فقط. ومثاله اصدار قرار بقبول هدايا من الأشخاص المعنوية العامة، في مواجهة المنع من ذلك¹.

2-3 قرارات تصحح قرارات ادارية:

ان الادارة العامة لما تصدر قراراتها الادارية، فهوي اما تكون مشروعة واما قد تكون غير مشروعة، حيث في الحالة الثانية قد يتساءل السائل ما إذا كانت للإدارة العامة لها سلطة تصحيح قراراتها غير المشروع؟ ان حالة اصدار القرار غير المشروع في ذاته، قد يكون صادرا من سلطة ادارية غير مختصة بتاتا، ومخالفا للمشروعية القانونية، فهنا نكون أمام حالة الموظف الفعلي، والذي قد يكون قراره ساريا المفعول كما رأينا في فقرات سابقة تطبيقا لأحكام القضاء الاداري تحت إطار نظرية الموظف الفعلي، كما قد تعمل الادارة المختصة بتصحيح القرار الاداري الصادر عن ذلك الموظف الفعلي ويسري بأثر رجعي.

2-4 قرارات تسحب قرارات ادارية:

يقصد بسحب القرارات الادارية حق الادارة في اعدام قراراتها بأثر رجعي من تاريخ صدورها. وتعد كأن لم تكن². حيث التساؤل في هذا السياق هل يمكن سحب جميع القرارات دون استثناء؟ بخصوص مدى امكانية سحب القرارات المشروعة، القاعدة العامة هو عدم جواز سحبها، لعدم امكانية تبرير ذلك من قبل الادارة العامة من ناحية، وللمساس الصارخ بفكرة الحقوق المكتسبة من ناحية ثانية. ولعدم زعزعة الثقة بين الادارة والمواطن، وزعزعة مركز الادارة لقرار السحب³. غير أن اجتهاد القضاء الاداري المقارن، وخروجا عن النص القانوني أقر امكانية سحب القرارات الادارية من قبل الادارة خروجا عن الأصل العام بعدم جواز السحب، إذا لم ينجم عن السحب مساس بالحقوق المكتسبة للأفراد⁴. أما بخصوص القرارات الادارية غير المشروعة، فانه للإدارة العامة سلطة سحب قراراتها تلك خروجا عن الأصل العام لتصحيح الوضعية وارجاع الحالة ما كانت عليه قبل الاصدار. ومراعاة لتطبيق مبادئ المشروعية القانونية في كل تصرفاتها وقراراتها. لكن ذلك ضمن ضوابط قانونية وقضائية⁵.

¹ - محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق، ص 590.

² - André De Laubadere, Jean CLoude, ibid, P 375.

³ - عمار بوضياف، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 232.

⁴ - المرجع نفسه، ص 234.

محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الاداري، مرجع سابق، ص 480.

⁵ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

الفرع الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في نهاية القرار الاداري.

ان نهاية القرار الاداري قد تكون في صور متعددة، أهمها اما بتدخل من ارادة السلطة الادارية، بحيث للإدارة العامة انهاء القرارات الادارية من تلقاء نفسها أو بناء على تظلم من الأفراد، وذلك اما بأسلوب السحب أو الالغاء الاداري. كما قد تكون نهاية القرارات الادارية بتدخل ارادة السلطة القضائية، بإلغاء القرار غير المشروع. كما قد ينتهي القرار الاداري بعمل من السلطة التشريعية، بصدور قانون جديد يقضي بإلغاء قانون سابق، فتتقضي القرارات الصادرة تطبيقا للقانون القديم. كما قد ينتهي بانتهاء المدة المحددة لفاذه، أو انتهاء القرار بتحقيق شرط فاسخ كان معلقا عليه، أو انتهاء القرار نهاية طبيعية بتنفيذه أي باستيفاء الغرض الذي صدر من أجله¹.

والباحث في هذا السياق يبحث بصورة مباشرة في أثر الاجتهاد القضائي في نهاية القرار الاداري.

ومن بين ذلك وعلى سبيل المثال، حالة الابطال الجزئي للقرار الاداري (أولا)، وانعدامه (ثانيا).

أولا: اقرار البطلان الجزئي للقرار الاداري.

ان دعوى الطعن بالإلغاء لا ترفع الا ضد قرار اداري غير مشروع لمخالفته لقواعد القانون، حيث ترتب اعداما كليا للقرار متى قدر القاضي مخالفة القرار للمشروعية القانونية، فهي دعوى موضوعية توجه الى ذات القرار الاداري.² غير ان الملفت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي؛ هو الاتجاه نحو تطوير فكرة الابطال للقرار الاداري الغير المشروع، وذلك بقبول الاكتفاء بإدانة المخالفة القانونية التي شابت القرار الاداري بصورة جزئية فقط دون الادانة الكلية. وبالتالي طور الاجتهاد القضائي الاداري نظرية الالغاء من خلال التسوية بين مدى المخالفة القانونية للقرار الاداري مع مدى الالغاء³.

حيث يمكن الغاء القرار الاداري جزئيا لمخالفة جزء منه فقط للمشروعية القانونية، كما يمكن الغاءه كليا متى كان ذلك واجبا.

فالإلغاء الجزئي للقرار الاداري أو الانهاء الجزئي له يعني: " ابطال الجزء المعيب من القرار، والابقاء على بقية الأجزاء الصحيحة دون أن يؤثر ذلك على قيام القرار الاداري، وبذلك يؤدي الانهاء الجزئي الى انقاذ القرار من الابطال"⁴. نبين هذا التوجه القضائي في كل من الاجتهاد القضائي الفرنسي، ثم في الاجتهاد القضائي الجزائري.

¹ - أحسن رابحي، الأعمال القانونية الادارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013، ص 48-49.

² - محمد سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق، ص 27.

³ - وهيب عياد سلامة، الالغاء الجزئي للقرارات الادارية، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الاداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 87-88.

⁴ - رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الادارية دراسة مقارنة دار نصر للطباعة الحديثة، ط 4 2016، ص 559

1. في الاجتهاد القضائي الاداري الفرنسي:

اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي ظل يحكم بإلغاء القرار الاداري كلياً واعدامه لعدم مشروعيته حتى عام 1910، حيث بهذا التاريخ الأخير تم تحول في امكانية الغاء القرار الاداري جزئياً وذلك بمناسبة اجتهادين رئيسيين في قضيتي "بيتو" Betot و "أوبري" Aubry¹.

حيث انه بتاريخ: 21 مارس 1905 صدر القانون الخاص بالتجنيد في فرنسا، ونص هذا القانون على حجز بعض الوظائف المدنية للمحاربين القدامى، على أن تقوم لجنة خاصة بإعداد كشوف انتظار بأسماء من عليهم الدور في التعيين، حيث أن مدير شرطة آنذاك عين مرشحين في وظائف الشرطة بموجب قرارين بتاريخ: 08 و 27 جانفي سنة 1908، دون مراعاة الكشف المعد سلفاً من قبل اللجنة المختصة، حيث بادر كل من السيدين بيتو وأوبي صاحبي الترتيب في تقلد الوظيفتين بالطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي².

حيث استندت ادارة الشرطة الى أن سبب عدم تعيين المدعين هو سبق توقيع عقوبات جزائية عليهما، ومن المنطق حسبها عدم تعيين ذوو سوابق عدلية عندها. الا أن قضاء مجلس الدولة اعترض عن ذلك احتراماً لقانون التجنيد الاجباري، لكن ذلك كان من خلال الغاء القرار الاداري المختص بتعيين المعنيين جزئياً وليس كلياً، أي الغاء القرار السليبي بعدم تعيين المعين بيتو واوبري.

حيث تأكد هذا الحكم لاحقاً وأصبح اجتهاداً قضائياً مستقراً في فرنسا³.

وعلى المستوى الفقهي، فلقد اتجه جانب منه الى تأييد ما اتجه اليه القضاء الاداري الفرنسي في الأخذ بفكرة الالغاء الجزئي للقرار الاداري، معتبرين أن هذه الفكرة هي الآن مبدأ قضائياً مستقراً في نطاق قضاء الطعن بالإلغاء، وأن هناك حجج ومبررات قانونية وعملية تؤيد ضرورة الأخذ بهذا المبدأ القضائي، خاصة الحفاظ على مبدأ المشروعية.

أما على مستوى الاعتبارات العملية، فان اقرار فكرة الالغاء الجزئي للقرار الاداري من شأنها تحقيق العدالة، حيث ذهب جيز Jéze للقول ان المشرع الفرنسي ومن خلال القانون الخاص بالتجنيد الصادر بتاريخ: 21-03-

¹ - وهيب عياد سلامة، مرجع سابق، ص 5.

² - Gaston Jéze, Ebauche d'une théorie des actes administratifs unilatéraux non opposables aux tiers, (Conseil d'Etat, 10 juin 1910, 2 arrêts, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger "R.D.P", Tome Vingt-septième, XVIIe Année, V. Giard et E. Brière, Libraires-éditeurs, Paris, 1910, p 686

نقلا عن: عبد الرحمن مويدي، " الالغاء الجزئي للقرار الاداري في الاجتهاد القضائي الجزائري والمقارن "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، 2014-2015، ص 27.

³ - C.E. 17 Mai 1972, Roty, Demarel et: Beaune, Rec, p 374; C.E. 20-11-1981, Associatin pour la protection de la valle de Lubage (Reg. N20 710). A.J.D.A 1982 (j). p92.

نقلا عن: رأفت دسوقي محمود فكرة التحول في القرارات الادارية دار الفكر الجامعي، ط 1 2011، ص 387.

1905 قد قيد سلطة الادارة في اختيار المرشحين للوظائف المدنية، من خلال حجز بعض الوظائف المدنية للمحاربين الفرنسيين القدامى، والزام الادارة بتعيين الأشخاص المدرجة أسماءهم ضمن القوائم التي تعدها اللجان الخاصة، حيث يتعين على الادارة في هذا الصدد مراعاة الادارة للترتيب الوارد في هذه القوائم عند التعيين في هذه الوظائف المحجوزة، وبالتالي يكون المشرع قد اعطى المرشحين - المحاربين القدامى - شبه حق في التعيين، فاذا ما قامت الادارة بتعيين غيرهم فانها تكون قد خرجت عن حدود اختصاصها المقيد بالنسبة للتعيين، وفي هذا الصدد لا يكون قرار التعيين هذا مشوباً بعيب تجاوز السلطة اذ هو مستوفي لكل شروط التعيين المقررة، وانما يرد العيب على امتناع الادارة عن تعيين المرشح صاحب الدور في التعيين حسب ما هو مقرر ضمن قوائم الانتظار المعدة من قبل اللجنة الخاصة¹.

حيث يرى جيز بان الدافع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في القضيتين الانفتين دافع عملي يراعي المصلحة وحقوق الجميع وتحقيق العدالة كاملة، حيث ليس مطلوباً الغاء القرار الاداري كلياً انما جزئياً مع حفظ حقوق المرشح المدني والمرشح المنتمي للمحاربين القدامى². وهذا ما أكده جورج فيدال في معرض التحليل والتعليق على قضيتي السيدان بيتو وأوبري، حيث اعتبر بأن هذا القضاء فيه استجابة للعديد من الاعتبارات العملية³.

2. في الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري.

الناظر للاجتهاد القضائي الاداري الجزائري وتطوره المستمر، يجده قد تبني الالغاء الجزئي للقرار الاداري المعيب والمخالف للمشروعية القانونية، مثله مثل الاجتهاد الفرنسي.

حيث يرى عمور سلامي وهو يعلق على الاجتهاد القضائي الاداري بخصوص هذه المسألة، ان القاضي الاداري الجزائري قد بسط سلطته الرقابية حال الطعن بالالغاء للقرار الاداري المشوب بعيب عدم المشروعية، حيث يمكنه الغاء القرار الاداري تبعاً لذلك كلياً أو جزئياً، حفاظاً على مبدأ المشروعية القانونية⁴.

لكن اتجاه القضاء الاداري الجزائري تميز واختلف عن ما جاء في القضاء الفرنسي بخصوص هذه المسألة، خاصة على مستوى التطبيقات القضائية. حيث كان مجلس الدولة الفرنسي مبتدع لفكرة الالغاء الجزئي للقرار الاداري في نطاق قضاء الالغاء وكانت باكورة التطبيق في قضاء الوظيفة العمومية.

¹ -Gaston Jéze: Ebaushe d'une théorie des actes administratifs unilatéraux non opposables aux tiers, conseil d'État, 10 juin 1910, 2 arrêts, op.cit, p 684-685.

Gaston Jéze: Ebaushe d'une théorie des actes administratifs unilatéraux non opposables aux tiers, conseil d'État, op cit, 687-688.

نقلا عن: عبد الرحمن مويدي، مرجع سابق، ص 92.

³ - عبد الرحمن مويدي، مرجع سابق، ص 93.

⁴ - عمور سلامي، سلطات القاضي الاداري في دعوى الالغاء، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-

2012، ص 175 وما بعدها.

أما الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري فقد تبنى فكرة الالغاء الجزئي للقرار الاداري في مجال منازعات الوظيفة العمومية لكن ليس في دعوى الطعن بالإلغاء انما في دعوى القضاء الكامل أو دعوى التعويض كما يسميها بعض الفقه الاداري¹.

حيث ذهب اجتهاد مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ: 14-11-2007، عند نظره في استئناف مقدم ضد قرار صادر عن الغرفة الادارية بمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ: 09-05-2004، في قضية تعود وقائعها في أن بلدية قسنطينة فتحت مسابقة توظيف لخمسة مناصب برتبة ملحق اداري بذات البلدية، حيث تقدم للمناصب الوظيفية الخمسة 11 مترشحا، من بينهم المستأنفة عليها، والتي قبل ترشحها واحتلت المرتبة الرابعة بعد صدور النتائج، مما يفيد أنها من الخمسة المقبولين في تقلد الوظيفة، غير ان المعنية فوجئت بعد الاعلان النهائي للناجحين ان اسمها غير وارد في القائمة مما يفيد انها مقصية من النجاح والوظيفة من قبل مصالح الوظيفة العمومية، حيث رفعت المعنية دعوى أمام الغرفة الادارية بمجلس قضاء قسنطينة ضد المديرية العامة للوظيفة العمومية، تطالب فيها بأحقيتها في التعيين في منصب ملحق البلدية، حيث استجابت الغرفة الادارية لطلبها معتبرة ان اقصاء المعنية اجحاف في حقها لا مبرر له. حيث استأنفت المديرية العامة للوظيفة العمومية ذلك القرار امام مجلس الدولة، لكن المجلس قضى بتأييد ذات الحكم المستأنف، ومقرا بحق المستأنف عليها بمنصب الملحق البلدي².

وصدر قبل ذلك اجتهاد لمجلس الدولة الجزائري بتاريخ: 10-04-2000، بين السيد م.ع والمديرية العامة للحماية المدنية، حيث كان هذا السيد عاملا بذات المديرية وكان قد أجرى امتحانا خاصا للترقية الى رتبة ملازم أول وهذا قبل احواله على التقاعد، حيث أنه بعد نجاحه في الامتحان، امتنعت المديرية العامة للحماية المدنية عن تسوية وضعيته وترقيته، بحجة أن المديرية العامة للتوظيف العمومي قد رفضت هذه الترقية.

حيث قام السيد م ع بالطعن ضد المديرية العامة للحماية المدنية -قرار عدم الترقية - امام مجلس الدولة مطالبا بأحقيته في الترقية، حيث استجاب مجلس الدولة لطلبه وذلك في القرار الصادر بتاريخ: 08-08-2003 قائلا: " ..

¹ - خلوفي رشيد، قانون المنازعات الادارية، الدعاوى وطرق الطعن الادارية، مرجع سابق، ص 185.

عبد القادر عدو، المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 99.

فريجة حسين، شرح المنازعات الادارية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية الجزائر، ط 1، 2011، ص 335.

² - انظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 9، لسنة 2009، ص 63 وما بعدها.

سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ج 3، مرجع سابق، ص 1548.

وانظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 4، دار هومة، الجزائر، ط 2012، ص 299 وما بعدها.

ولقد أصدر مجلس الدولة في 10-04-2000 قرار قضى فيه بأحقية العارض بتثبيت نجاهه الى رتبة ملازم أول قبل احواله الى التقاعد..¹.

والناظر للاجتهاد القضائي الاداري الجزائري لمجلس الدولة في القرارين السابقين، يجده مختلفا عن ما هو في الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث الاجتهاد الجزائري أقر أحقية المستأنف عليها والمدعي في الدعويين بحقهما في التعيين والترقية، دون الكلام في مدى شرعية القرار الاداري المخاصم والعمل على الغاءه. وذلك بتطبيق دعوى القضاء الكامل دون دعوى الطعن بالإلغاء.².

فالاجتهاد القضائي الاداري والمتعلق بالمجلس الأعلى سابقا واجتهاد كل من الغرفة الادارية بالمحكمة العليا واجتهاد مجلس الدولة ومن خلال الأحكام والقرارات لم يتبنى فكرة الالغاء الجزئي للقرار الاداري في مجال الوظيفة العمومية، انما تم تبني هذا الاجراء في مجالات أخرى كـمجال المنازعة المتعلقة بقرار نزع الملكية للمنفعة العامة، ومجال القرار الصادر عن المنظمات المهنية الوطنية.

حيث الاجتهاد القضائي للغرفة الادارية للمحكمة الادارية سابقا، وبتاريخ: 18-01-1990 كان قد أقر الغاء قرار اداري لوالي الجزائر العاصمة يخص نزع ملكية قطع ارضية للمنفعة العمومية، لكن بصورة جزئية أي الغاء جزئيا وليس كلياً، وذلك بقولها:

"..بالإلغاء الجزئي للقرار الولائي محل الطعن، فيما يتعلق بنقله للقطعة الأرضية التي هي ملك للمدعي ح.م.ع، مع بقاءه منتجا لآثاره القانونية في نقل ملكية بقية القطع الارضية الاخرى لفائدة البلدية المالك الجديد لها"³.

كما ان اجتهاد مجلس الدولة الجزائري أقر بإمكانية الالغاء الجزئي للقرار الاداري، وذلك في:

قرار له بتاريخ: 08-05-2000؛ حين قال فيه: " ..حيث ان اللجنة المصرفية عابت في عقد مأخذها على يونين بنك بأن خرقت عدة مرات النظام المتعلق بعمليات التجارة الخارجية 5 مرات. حيث أن يونين بنك أجابت عن المآخذ الخمسة، بأنه تم تسويتها كلها وبالتالي كانت دون أساس قبل النطق بالقرار محل الطعن الحالي. حيث أنه من الثابت أن اللجنة المصرفية اكتفت بابرار وجود عمليات منجزة خرقا للنظام المعمول به، ولكنها لم ترد على مذكرة يونين

¹ - أنظر: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ج 3، مرجع سابق، ص 1614.

وانظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 3، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2009، ص 307 وما بعدها.

² - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 297.

رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، دعاوى وطرق الطعن الادارية، مرجع سابق، ص 184.

³ - قرار غير منشور صادر عن الغرفة الادارية للمحكمة العليا بتاريخ: 18-01-1990.

أشار اليه: عمور سلامي، مرجع سابق، ص 175.

بنك، ولم تسبب عدم تنفيذ الأمر المؤرخ في: 03-02-1998، ما منع بذلك مجلس الدولة من ممارسة رقابته. وأنه يتعين بالنتيجة القول أن قرارها في هذه المسألة مشوب بعيب البطلان لانعدام الأسباب. حيث أنه ومن جهة أخرى فان اللجنة المصرفية بررت قرارها بضخامة عمليات التجارة الخارجية المنحزة من طرف يونين بنك بالمقارنة مع نشاطها العام الذي خلق وضعية استثنائية، أصبحت فيها النشاطات التكميلية نشاطات رئيسية، وأن وضعية مثل هذه تسيء الى لعبة المنافسة في السوق التي تتدخل فيها البنوك. حيث أنه من الثابت أن هذه المأخذ غير وارد في العقد المبلغ ليونين بنك يوم: 03-02-1999، ويتأسس قرارها على وقائع غير منسوبة اليها، فان اللجنة المصرفية قد خرقت قاعدة جوهرية في الاجراءات، ومست بحقوق الدفاع. وأنه يتعين بالنتيجة القول بان قرارها مشوب كذلك في هذه المسألة بعيب البطلان..".

ثم جاء في منطوق هذا الاجتهاد: " .. بإبطال القرار الصادر عن اللجنة المصرفية ليوم: 03-05-1999 تحت رقم: 04-99 فيما قضى بمنع يونين بنك من عمليات التجارة الخارجية .. برفض الطلبات الأخرى الرامية الى ابطال القرار المطعون فيه، فيما قضى بمنع تلقي أموال من الجمهور ونشر الحسابات السنوية المصححة.."¹. ونفس الحكم أقره اجتهاد مجلس الدولة في قرار بتاريخ: 11-05-2004، حين ألغى قرارا اداريا الغاء جزئيا وليس كلياً، في دعوى بين السيدان ب.ع-ب.ر. ومجلس النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين، حيث تم اجتماع الجمعية العامة لهذا المجلس تمخض عنه بعد المداولة اصدار لوائح متعددة، طالب المعنيين الغاء اللوائح 5،7،8 من المداولة بدعوى مخالفتها للقانون.

حيث قضى مجلس الدولة في منطوق الحكم " .. يقضي مجلس الدولة: .. ابطال اللائحتين رقم 05 و08 المتخذتين أثناء الجمعية المنعقدة بتاريخ: 31-10-2002.."².
ثانياً: اقرار انعدام القرار الاداري.

ان فكرة انعدام القرار الاداري لم تر النور على يد الفقه القانوني، بل كان مولدها من خلال تقارير مفوضي الحكومة لدى مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسية. وكان للفقيه ومفوض الحكومة لافريير دور أساسي في بناء هذه الفكرة.

حيث قد تختلط فكرة انعدام القرار الاداري بفكرة بطلان القرار الاداري، هذه الأخيرة التي تعنى بها دعوى البطلان أو دعوى تجاوز السلطة أو دعوى الالغاء في مادة المنازعات الادارية.

¹- قرار غير منشور، أشار اليه عمور سلامي، مرجع سابق، ص 175 وما بعدها.

²- أنظر: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الادارية، ج 3، مرجع سابق، ص 1335.

لذلك يمكن التفريق بين العمل الباطل باعتباره كل عمل مستوفي لجميع أركانه وجميع العناصر اللازمة لقيامه، غير أنه قد يصدر مشوبا بعيب يتعلق بأحد عناصره لا يصل الى الانعدام، بينما العمل المنعدم هو ذلك الذي يفقد أحد أركانه ولو بوجود باق الاركان فيصير كأن لم يكن¹.

نبين أثر ذلك في القرار الاداري في الاجتهاد الفرنسي ثم في الاجتهاد الجزائري:

1. في الاجتهاد القضائي الفرنسي:

يقول رمزي طه الشاعر أن فكرة انعدام القرار الاداري كنوع من أنواع عدم مشروعية القرارات الادارية تعود الى مفوض الحكومة والفقهاء الفرنسيين لافريير².

" ففي 05 ماي 1877 حاول لافريير باعتباره مفوضا للحكومة لمجلس الدولة صياغة نظرية لانعدام القرار الاداري، في قضية Laumonier- Carriol - حيث يعد أول من ميز بوضوح بين عيب عدم الاختصاص واغتصاب السلطة - حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الفرنسية رغبت في 1872 أن تحتكر صناعة أعواد الثقاب، وكان هذا يستلزم منها أن تقوم بنزع ملكية المصانع المشغلة في فرنسا بمهده الصناعة مقابل تعويض المالكين لها. غير أن وزير المالية اذ ذاك رأى أن ذلك يهبط مالية الدولة، فأوعز الى المحافظين بإغلاق بعض هذه المصانع، بحجة ادارتها دون ترخيص، ولما كان لوميينيه من الملاك الذين مستهم هذه القرارات الموعز بها، فقد طعن في القرار الصادر من المحافظ بإغلاق مصنعه، مستندا في ذلك الى أن الادارة قد استهدفت من وراء ذلك، تحقيق مصلحة مالية، متذرة باستعمال سلطتها البوليسية.

وعند طرح النزاع على محكمة التنازع الفرنسية، أوضح لافريير أمامها أنها الخطأ الفاحش واغتصاب الواضح والاعتداء دون حق على الحقوق الفردية مجرد القرار من كل صفة ادارية، ويهبط به الى درجة الاعتداء المادي"³.

وفكرة انعدام القرار الاداري التي جاء بها الفقيه لافريير تم تبنيها من معظم فقهاء القانون الفرنسي، كهوريو، وبيرتلمي ودوجي ورولان وأوبي وغيرهم⁴.

ويرى رمزي طه الشاعر في رسالته - تدرج البطلان في القرارات الادارية - أن البطلان كجزء مخالفة القرار الاداري لمبدأ المشروعية يتدرج بين نوعين فقط، وليس هناك نوع ثالث من البطلان يسمى بطلان نسبي، فالقرار المخالف للقانون اما يكون باطلا أو معدوما⁵.

¹ - رمضان ابراهيم علام، الحكم القضائي المعدوم دراسة مقارنة، ط 1، 2013، مكتبة الوفاء القانونية، ص 25.

² - رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الادارية، مرجع سابق، ص 44.

³ - أنظر: المرجع نفسه، ص 47.

⁴ - المرجع نفسه، ص 49-50-51.

⁵ - رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الادارية، ص 70.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان القرار الاداري وانعدامه في قضية الدكتور Rosan Girard في ماي 1957، حيث تتلخص وقائع هذه القضية¹:

" أنه أجريت انتخابات بلدية في مدينة مول في 26 ابريل 1953، وقد وقعت حوادث أثناء الانتخابات وعند احصاء الأصوات. وفي المساء استولى رجال الدرك على الصناديق الأربعة، وأمر المدير الدكتور Rosan Girard النائب الشيوعي والعمدة الذي انتهت مدته ورئيس المكتب المركزي أن يرسل الى المديرية محاضر احصاء مكاتب التصويت الثلاثة الأخرى حتى يمكن لمجلس الاقليم منعقدا كمكتب انتخابي أن يشرع في احصاء الصندوق المحتجز واحضار المحضر العام. فرفض الدكتور Rosin الالتفات الى هذه التعليقات. وأعلن المكتب المركزي في منتصف الليل فوز القائمة الشيوعية على أساس النتائج التي في حوزته.

وبدلا من أن يحيل المدير هذه النتائج الى مجلس الاقليم طبقا للأجراء المعتاد، أصدر في 27 أبريل قرارا بإثبات انعدام العمليات الانتخابية. وشكلت لجنة مفوضية خاصة بمرسوم في 02 مايو 1953 طبقا للمادة 44 من قانون 05 أبريل 1884. وأجريا انتخابات جديدة في 05 يوليو التالي، أدت الى حصول القوائم غير الشيوعية على الأغلبية. فطعن الدكتور Rosin وأصدقائه في القرارات الادارية الصادرة في العمليات الانتخابية الجديدة في نفس الوقت. وقد قرر مجلس الدولة أن قرار المدير بإثبات انعدام عمليات انتخابات 26 أبريل 1953 هو نفسه منعدم، أي " باطل وكأن لم يكن ".

وباستقراء أحكام مجلس الدولة الفرنسي يظهر الأمر واضحا في التفريق بين عبارات محددة تفيد أن القرار قد يكون منعدما أو باطلا، فيستعمل عبارة Nul et de nul effet أو عبارة Nul et de non avenu للدلالة على القرار يشكل خروجاً صارخاً عن قواعد الاختصاص، بينما يكتفي في حالة القرار الباطل بعبارة Annulation أو La decision est annulee.

2. في الاجتهاد القضائي الجزائري:

القاعدة العامة أن السلطات الادارية تمارس أعمالها محترمة مقتضيات مبدأ المشروعية القانونية وتخضع لحكم القانون في كافة مجالات تدخلها، الا أن ذلك قد لا يكون من خلال تعدي الادارة العامة على المشروعية القانونية والمساس بحقوق وحرية الأفراد مما يستوجب تقرير جزاء حين مخالفة الادارة للقانون، في ابطال العمل الاداري وتعويض المضرور². والقضاء الاداري المقارن استقر على أن درجات البطلان تندرج من القوة والضعف طبقا لمدى جسامة الخروج عن قواعد المشروعية، فاذا بلغت هذه المخالفة حدا كبيرا من الجسامة كان القرار الاداري معدوما، أما اذا كانت تلك المخالفة للقانون لا تمثل خروجاً كبيراً على مبدأ المشروعية كان القرار باطلاً¹.

¹ - أشار اليه: ياسر محمود محمد الصغير، الدور الانتشائي للقضاء الاداري، مرجع سابق، ص 205 وما بعدها.

² - رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الادارية، مرجع سابق، ص 11-12.

والنظر الى التشريع بصورة عامة الجزائري والمقارن، يتبين عدم النص على تحديد مفهوم القرار المعدوم وتمييزه عن القرار الباطل، وعدم الاشارة الى تبني درجتي البطلان، مكتفيا - التشريع - بالمبدأ العام القائل بأن الأعمال المخالفة للقانون تكون غير مشروعة².

ويقول عبد الكريم بودريوة في هذا السياق، أن غياب النصوص القانونية أمر طبيعي بالنظر الى طبيعة قواعد نظرية القانون الاداري، ونشأتها على يد القضاء الاداري، وأثر ذلك بين في تمييز نظرية انعدام القرارات الادارية على نظرية البطلان³.

أما بخصوص موقف الاجتهاد القضائي الجزائري، فانه لم يفرق بين البطلان والانعدام من حيث استعمال العبارات الملائمة، ومن حيث الأثار المترتبة عنها.

فالغرفة الادارية للمجلس الأعلى وللمحكمة العليا أبطلت العديد من القرارات الادارية التي تشكل اعتداء على اختصاص القضاء، وكانت الغرفة الادارية في كل حالة تحكم بإبطال القرار لتجاوز السلطة دون أن تفصح حتى نوع العيب الذي أصاب القرار ولا عن درجة هذا العيب.

وكانت الغرفة الادارية تقضي في كل حالة بإبطال القرار لتجاوز السلطة دون أن تفصح حتى عن نوع العيب الذي أصاب القرار ولا عن درجة هذا العيب.

ومجلس الدولة سلك نفس المسلك، فبخصوص اجتهاده في انعدام القرارات الادارية، صدر عنه بتاريخ: 27-1998-07 قرار معتبرا القرار الاداري الصادر من جهة غير مختصة منعما⁴.

وفي قرار له بتاريخ 10-06-2002 اعتبر القرار الاداري الفاصل في مسألة تدخل أصلا في اختصاص القضاء قرار باطلا لتجاوزه السلطة⁵.

وفي قرار للمجلس بتاريخ: 23-09-2002 جاء فيه⁶:

" وأنه في قضية الحال استولى الوالي المنتدب للشرافة على محل ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية من طرف السيد س ع، وأنه باتخاذ قرار التسخير المشوب بمخالفة جسيمة وظاهرة فان الوالي المنتدب للشرافة ارتكب تجاوزا للسلطة يجب أن

¹ رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الادارية، مرجع سابق، 13.

² عبد الكريم بودريوة، جزاء مخالفة القرارات الادارية لقواعد المشروعية، درجات البطلان في القرارات الادارية، مجلة مجلس الدولة، ع 05، ص 108.

³ المرجع نفسه، ص 108.

⁴ مجلة مجلس الدولة، ع 01، 2002، ص 83.

⁵ مجلة مجلس الدولة ع 02، 2002، ص 209.

⁶ مجلة مجلس الدولة ع 03، 2003 ص 89.

يؤدي الى ابطال هذا التسخير وأنه زد على ذلك فان السي س ع أخرج من الأمكنة من طرف الدرك وأعوان اقامة السواحل بناء على هذا التسخير غير القانوني في حين أن السلطة القضائية هي الوحيدة المختصة للنطق بمثل هذه الاجراءات بالإخراج". وفي قرار له بتاريخ: 03-02-2004 ان مجلس الدولة اعتبر القرار الاداري الصادر عن جهة ادارية غير مختصة باتخاذة يجلل على أساس أنه قرار منعدم وبطلانه من النظام العام، في حين أن الفقه والقضاء استقرا على أنه في مثل هذه الحالة يكون القرار باطلا.

حيث من خلال ما تقدم، يتبين عدم وضوح التوجه والرؤية لموقف مجلس الدولة الجزائري.

المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في نظرية العقد الاداري.

ان للعقد الاداري مكانة متميزة ومهمة ضمن الأعمال التي تأتيها الادارة العمومية في تسيير مرافقها العمومية خاصة، وذلك ان كان على صعيد القانون الداخلي وحتى في القانون الدولي.

فالعقد الاداري يعرفه محمد الصغير بعلي بأنه: "العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"¹.

وعرفه محمد سليمان الطماوي بأنه: "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص"².

حيث اعترف القضاء الفرنسي والمصري للإدارة العمومية في مجال تنفيذ العقود الادارية بمجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في مجال عقود القانون الخاص في مواجهة متعاقديها، وأساس تلكم السلطات مقتضيات سير المرفق العمومي وتحقيق المصلحة العمومية³.

حيث تستطيع الادارة ان تصدر بإرادتها المنفردة قرارات ادارية ملزمة للأفراد عن طريق القرار الاداري، "على أن ذلك لا ينفى أهمية العقد في مجال القانون العام فالإدارة لا تستطيع أن تتصرف في أموال الأفراد أو تستعين بخدماتهم رغما عنهم دائما وبصورة مطلقة .."⁴.

ودراسة العقد الاداري تثير العديد من المسائل التي تتعلق بتحديد ماهيته ونشأته وتمييزه عن ما يشابهه، ثم تنفيذه والتصديق عليه وصولا الى انقائه او اعدامه، وضمن كل ذلك قد يتدخل القاضي الاداري مبديا رأيه ابتداء حال عدم وجود حل لمسألة متعلقة بنظرية العقد الاداري، أو كمتدخل اذا ما طلب منه ذلك منازعة.

وليس كلامنا في هذا الفقرة دراسة العقد الاداري كنظرية عامة وأصولية مستفيضة، بل نحاول توضيح أثر الاجتهاد القضائي في العقد الاداري، في بعض النقاط¹. خاصة وأن فكرة العقد الاداري هي حديثة النشأة مقارنة بالعقد المدني، تطورت في رحاب القضاء الاداري.

1 - محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، الجزائر، 2005، ص 10.

2 - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، ط 3، 1975، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 50.

3 - ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الاداري، دار الكتب القانونية مصر الامارات، 2015، ص 09.

4 - ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، ص 06. نقلا عن: جابر جاد نصار، العقود الادارية، دار النهضة العربية، ط 02، دون تاريخ نشر، ص 09.

فالغرفة الادارية بالمحكمة العليا كان لها الفضل الكبير في تطوير هذه النظرية وفي تحديد معالمها وأسسها يقول أحسن رابحي².

كما أن من أبرز سمات النظرية العامة للعقد الاداري، يتمثل في طابعها القضائي، والتي كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في انشاءها وتطويرها منذ مطلع القرن العشرين، حيث استطاع في فترة وجيزة صياغة قواعد مستقلة للعقود الادارية في مقابل العقود الخاصة.

لذلك يمكن أن نطرح التساؤل التالي: فيما يجتهد القاضي الاداري في العقد الاداري؟

لما كان العقد الاداري يمر بمراحل ثلاث أساسية، وهي تكوينه وبرايمه ثم تنفيذه فإنها، فإننا يمكن التطرق الى ذلك في مطالب ثلاثة متوالية، أثر الاجتهاد القضائي في مرحلة تكوين وبرايم العقد الاداري (المطلب الأول)، أثر الاجتهاد القضائي في مرحلة تنفيذ العقد الاداري (المطلب الثاني)، أثر الاجتهاد القضائي في مرحلة انهاء العقد الاداري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إثر الاجتهاد القضائي في مرحلة تكوين وبرايم العقد الاداري.

قد يحدد العقد الاداري المشرع كما قد يتحدد قضاء، لذلك السؤال الأول الذي يمكن طرحه، بداية متى نكون أمام عقد اداري (الفرع الأول)، ثم يمكن التطرق لعقود واتفاقات تبرمها الجماعات المحلية مع الجماعات المحلية الأجنبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: متى نكون أمام عقد اداري؟

تبرم الادارة العامة نوعين من العقود، عقود الادارة الخاصة وعقود ادارية، وهذه ليست سواء فكلاهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف وهما القانون والقضاء العادي بالنسبة للنوع الأول، والقانون والقضاء الاداري بالنسبة للنوع الثاني، كأصل عام.

والناظر لآراء الفقه الاداري في تحديد المعيار المميز للعقد الاداري عن غيره يجد اختلافا بين من يؤيد المعيار الشكلي العضوي، وبين من يقول بالمعيار الموضوعي المادي وبين معايير أخرى.

¹ - للتفصيل في نظرية العقد الاداري أنظر:

G.Jéze.de laubadère: "Traité théorique et pratique des contrats administratifs" LGDJ, 1er éd., 1956, no 93.

محمد الصغر بعلي، العقود الادارية، مرجع سابق، 2005.

(R.) Drago: "Le contrat administratif aujourd'hui", Droits, 1990.

² - أحسن رابحي، الأعمال القانونية الادارية، مرجع سابق، ص 69.

ومن جهة مقابلة؛ قد يتكفل المشرع - القانون بالمفهوم الواسع - في تحديد معيار العقد الاداري، وهنا نكون أمام عقود ادارية محددة قانونا. وفي اتجاه آخر يتكفل الاجتهاد القضائي الاداري في حالات كثيرة، بتحديد معيار العقود الادارية بشكل مستمر وتطوري مواكبا تطورات العقود التي تبرمها الادارة العمومية¹.

وتبعاً لذلك قد نكون أمام عقد اداري بتحديد قانوني (أولاً)، وقد نكون أمام عقد اداري بتحديد قضائي (ثانياً).

أولاً: التحديد القانوني للعقد الاداري.

المقصود بالتحديد القانوني للعقد الاداري، أن المشرع يتدخل بنفسه محددًا طبيعة العقد معتبرا اياه عقدا اداريا، ويحدد اختصاص القاضي الناظر بنظر منازعاته ألا وهو القاضي الاداري، أي هي طائفة العقود الادارية بنص القانون.

حيث لا مجال لاجتهاد القاضي اذا نص المشرع عن تحديد صفة العقد بوصفه اداريا، وذلك رغبة من المشرع على تفضيل المصلحة العامة التي تمثلها الادارة العمومية على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها.

فاسباغ المشرع الصفة الادارية على عقد ما، يتضمن التأكيد على عناصر العقد الاداري، كعقد الأشغال العامة وعقد التزام المرافق العامة.

وظهر هذا التحديد التشريعي للعقود الادارية متأخرا مع بداية عهد الثورة الفرنسية. ومن قبيل هذه العقود²: عقد الاشغال العامة الذي حدده قانون 28 بليغوز السنة الثامنة، حيث نصت المادة 3/4 منه على اختصاص مجلس المقاطعة بنظر المنازعات التي تثار بين مقاول الأشغال العامة والادارة .

ويقصد بعقد الاشغال العامة بأنها عقود مقاوله بين شخص وفرد أو شركة من أشخاص القانون الخاص، مفادها تعهد المقاول بإنجاز عمل من أعمال البناء أو الصيانة أو انجاز شغل من الأشغال.

وعقد التوريد الذي جاء النص عليه في مرسوم 11 يونيو 1806، حيث نصت المادة 14 منه على اختصاص القضاء الاداري بنظر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تبرمها الدولة.

وأیضا ضم المشرع عقد الشراكة الى العقود الادارية بموجب المادة الأولى من المرسوم رقم: 559-2004 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2004 الخاص بعقد الشراكة Partenariats Public-Privé، حيث قالت:

Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs.

وفي مصر، فقد عمد المشرع الى تحديد بعض العقود على سبيل المثال لا الحصر، وأناط الفصل في منازعاتها الى القاضي الاداري، وذلك في المادة العاشرة من القانون رقم 74 لسنة 1972 المتعلق بمجلس الدولة¹.

¹ - جورج فيدال، القانون الاداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 313.

² - وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الاداري، ط 01، دار النهضة العربية، 2011، ص 3-4.

كعقد امتياز المرفق العام، وعقد الاشغال العامة، وعقد النقل، وعقد القرض العام، وعقد المساهمة في مشروع عام².

حيث العقود التي يحددها المشرع تسمى ايضا " بالعقود المسماة "، باعتبارها عقود نظم القانون أحكامها، ووضع لها نظاما قانونيا محددًا، وجعل لها اسما، وهي عقود ادارية لان القانون وصفها بهذه الصفة، ولا خلاف حولها، أي أنها عقود ادارية بقوة القانون³.

ومسلك المشرع كما يقول أمير فرج يوسف في تحديد بعض العقود على سبيل الحصر باعتبارها عقودا ادارية صائب، ذلك أن مثل تلك العقود لا تدع مجالًا للشك بأنها تحتاج الى قواعد تنظم ابرامها مغايرة لقواعد القانون الخاص وذلك لدخول الدولة في تلك العقود بوصفها صادقة لتحقيق مصلحة عامة، حيث لا يمكن لعقود القانون الخاص ان تحمل مواصفاتها⁴.

غير أن غالبية الفقه انتقد بشدة مسألة التحديد التشريعي للعقد الاداري، مفضلا المعيار القضائي في ذلك، أي ترك مسألة تحديد العقود الادارية للقاضي الذي لا شك أنه الأقدر على الكشف على الطبيعة القانونية له⁵.

أي على المشرع النظر ومراعاة جوهر العقد وليس مجرد تسميته، وذلك بالتمعن في هدفه وطريقة ابرامه ومضمونه. أما بخصوص الموقف الجزائري، يرى البعض أنه: "في الجزائر العقود الادارية هي دائما بتحديد من القانون، بصفة مباشرة بنص قانوني أو بصفة غير مباشرة وذلك أن يكون هناك نص قانوني يمنح المحاكم الادارية الاختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الادارة .."⁶.

1 - تنص المادة على ما يلي: " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية: المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد آخر ..". أنظر: ماجد راغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2004، ص 08.

2 - أنظر: محمد الشافعي ابو راس، العقود الادارية، <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/413.pdf>، اطع عليه في: 30-06-2019، على الساعة 19.00 مساء، ص 39 وما بعدها.

3 - محمد الشافعي ابو راس، العقود الادارية، <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/413.pdf>، اطع عليه في: 30-06-2019، على الساعة 19.00 مساء، ص 37.

4- أمير فرج يوسف، الموسوعة الشاملة في العقود الادارية، ط1، ج 1، دار العدالة مصر، 2016، ص 24.

5- سليمان السعيد، " دور القاضي الاداري في معالجة منازعات عقود الادارة "، موقع الاستاذ سليمان السعيد:

[/http://www.slimaniessaid.com](http://www.slimaniessaid.com)

أطلع عليه بتاريخ: 10-07-2019، الساعة 23.30 ليلا.

6- فتحي عكوش، قواعد منازعات العقود الادارية في القضاء الاداري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، مدرسة الدكتوراة فرع الاغواط، 2014-2015، ص 11.

ناصر لباد، القانون الاداري، مرجع سابق، ص 202.

وهذا الموقف ليس سليما ودقيقا ومقبولا الى حد كبير، حيث لا يمكن أن يكون العقد الاداري دائما محدد تشريعيًا وقانونيًا.

فالقانون في أغلب الأحيان لا يقول شيئًا من هذا¹ - أي لا يقرر دائما طبيعة العقد باعتباره ادريا - وذلك للتحويلات العديدة للأعمال الادارية التعاقدية.

فالعقود الادارية تتنوع وتتعدد بتنوع نشاطات الادارة العامة، حيث لم تعد هناك صور حصرية للعقود الادارية، انما تعددت لتشمل الى جانب عقود المقاومات والتوريد والالتزام، عقودا جديدة مثل: العقود المالية المتعلقة بالقرض والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية، وعقود متعلقة بالمؤسسات التعليمية، وعقود التأمين...².

فحالات النص على العقود الادارية تشريعيًا هي حالات استثنائية³.
لذلك نجد تحديد العقود الادارية يكون من سلطة القاضي أساسا ومبررا.

ثانيا: التحديد القضائي للعقد الاداري.

يعتمد القضاء الاداري معيارين لتمييز العقود الادارية عن غيرها من عقود القانون الخاص، أحدهما عضوي يخص ضرورة أن يكون أحد طرفي العقد الاداري شخصا معنويا عاما، والآخر موضوعي يتمثل في جوهر وموضوع العقد في حد ذاته.

1. التحول في المعيار العضوي للعقد الاداري:

المقصود بالمعيار العضوي المحدد للعقد الاداري هو ارتباط العقد المبرم بشخص معنوي عام كأحد طرفيه. حيث قواعد القانون الاداري ما وضعت الا لتحكم نشاط الادارة لا نشاط الأفراد.
والشخص المعنوي العام كطرف في العقد الاداري يعني به الادارة العامة أساسا. فحيث كانت ادارة عامة في عقد ما كان العقد ادريا.

ورغم وضوح هذا المعيار في تمييز العقد الاداري عن غيره، فان هناك مسائل قد تثار بشأن تحول في طبيعة أطراف العقد. أي تغيير في المعيار العضوي المميز للعقد الاداري وهي المسائل التالية:

1-1- إذا كان أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما ثم زالت عنه صفته العامة:

¹ - أحمد محيو، المؤسسات الادارية، مرجع سابق، ص 348.

² - المرجع نفسه، ص 233.

³ - ماجد راغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، مرجع سابق، ص 562 وما بعدها.

قد يبرم عقد اداري ما بين شخص يتمتع بصفة الشخصية المعنوية العامة بداية مع طرف ثان ثم تخلع عنه هذه الصفة ويصبح شخص معنوي خاص لأي سبب كان، وبالتالي تطرح مسألة تحول العقد من الطابع الاداري الى الطابع العادي؟

اتجاه القضاء الفرنسي تبنى الاحتكام في تحديد طبيعة العقد الى لحظة ابرامه لا وقت نشوب النزاع بصدده، على نقيض ما اتجه اليه القضاء المصري، حيث اتجهت محكمة القضاء الاداري الى ان تكييف العقد للشخص المعنوي العبرة فيه لتاريخ ابرام العقد لا بعد ذلك، غير أن المحكمة الادارية العليا اتجهت عكس ذلك المسار معتبرة زوال الصفة العامة عن الشخص العام وتحوله الى شخص خاص يرتب على ذلك زوال الطبيعة الادارية عن العقد الذي يبرمه الشخص العام قبل زوال صفته العامة¹.

فالناظر لأحكام القضاء الفرنسي لا سيما المحاكم العليا، يتبين له اتجاه الاجتهاد القضائي الفرنسي الى تحديد الطبيعة القانونية للعقد الى لحظة ابرامه وليس لحظة نشوب النزاع القضائي بصدده.

ففي حالة ابرام شخص عام، عقدا اداريا، فهذه الطبيعة لن تزول عنه حتى لو تحول الشخص العام الى شخص خاص، وفي ذلك أقر اجتهاد مجلس الدولة في قرار له بتاريخ: 09-07-1965².

وكان ذلك أيضا في حكم **محكمة النزاع بتاريخ 2006/10/16** في قضية Caisse centrale de reassurance حيث قالت: " ما لم يكن ثمة تشريع مخالف، فان الطبيعة القانونية للعقد تتحدد وقت ابرامه. فعندما تتخذ المؤسسة العامة من القانون الطابع الصناعي والتجاري، فان العقود التي تبرمها من أجل احتياجات نشاطاتها يختص بنظرها القضاء العادي باستثناء التي تكون بطبيعتها متعلقة بامتيازات السلطة العامة... وبما ان العقد لا يحتوي على أي

¹ - تكلمت محكمة القضاء الاداري المصرية بمناسبة تحول المؤسسة العامة للأبنية العامة الى شركة قطاع عام بمقتضى القرار الجمهوري رقم: 4416 لسنة 1965 حيث أكدت المحكمة على ضرورة توافر الصفة الادارية والعامة للشخص المعنوي العام وقت ابرام العقد، فاذا فقد الشخص العام صفته العامة فلا أثر لذلك على طبيعة العقد الذي يظل اداريا ويختص بنظره القضاء الاداري وتطبق بشأنه قواعد القانون العام. حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى رقم: 287 لسنة 19 ق، جلسة 16-03-1969، مجموعة أحكام القضاء الاداري من سنة 1966-1969 ص 609 وحكمها في القضية رقم 884 لسنة 19 ق، جلسة 05-05-1969، ص 611.

وحكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 1386 لسنة 33 ق، جلسة 18-01-1994، الموسوعة الادارية الحديثة، ج 49، ص 43.

حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 154 لسنة 34 ق، جلسة 02-01-1994، الموسوعة الادارية الحديثة، ج 49، ص 54.

² - أشار اليه، علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الاداري، ج 1، رسالة دكتوراة منشورة، بيروت لبنان زين الحفوقية، ط 2، 2014، ص 213.

شرط غير مألوف في القانون الخاص، بل يرتبط بمهام صناعية تجارية ممنوحة للصندوق المركزي للتأمينات، فان العقد يعد بهذه المثابة من قبيل العقود القانون الخاص¹.

وقد سايرت محكمة النقض الفرنسية النظر السابق في عديد من أحكامها ومنها حكم 2007/11/14 حيث قالت: " ما لم يكن ثمة تشريع مخالف، فان الطبيعة القانونية للعقد تتحدد وقت ابرامه. وبما ان العقد محل الطعن ابرم في 2003/03/17 قبل زوال صفة المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري عن شركة كهرباء فرنسا. وان هذا العقد المبرم بينهما وبين شركة Gord للهيدروليات كان يخضع لنظام استثنائي غير مألوف للقانون العادي، فانه يعد بهذه المثابة عقدا اداريا مما لا يختص به القضاء العادي"².

1-2- اذا كان طرفا العقد أشخاصا معنوية عامة:

المعيار العضوي المميز للعقد الاداري يرتبط بما اذا كان أحد طرفي العلاقة شخصا معنويا عاما، والسؤال الذي قد يثار بهذا الافتراض، هو ما اذا كان طرفي العلاقة التعاقدية شخصا معنويا عاما هل يستتبع ذلك اعتبار العقد اداريا حتما، وبدون نقاش؟

في الاجتهاد القضائي الفرنسي، لقد تبني مفوض الدولة Daniel Labetoulle منهجا يميز العقد الذي يبرم بين الأشخاص المعنوية العامة، اعتبره بحسب الأصل عقدا اداريا استنادا لاعتبارها قرينة قانونية بسيطة تقبل اثبات العكس.

حيث وافقت محكمة التنازع الفرنسية رأي هذا المفوض ولو كان بالتلميح لا التصريح حين قالت في حكمها الصادر بتاريخ: 1983/03/21 في قضية UAP-Union des assurances de Paris: "العقد المبرم بين شخصين عامين يأخذ من حيث المبدأ الطابع الاداري، ويختص القضاء الاداري بنظر المنازعات الناشئة عن عدم الوفاء بالتزاماته، عدا الحالات التي يكون فيها العقد بالنظر الى موضوعه يتولد عنه علاقة من علاقات القانون الخاص". وهو

¹ - أنظر: هامش رقم 1 من وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 13-14.

حيث صدر هذا الحكم بمناسبة لجوء الدولة الفرنسية الى احداث تغييرات في الشكل القانوني للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري وتحويلها الى شكل الشركات المساهمة، حيث صدر قانون رقم: 92-665 بتاريخ: 16 يوليو 1992 متضمنا تحويل الصندوق المركزي للتأمينات من شكل المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري الى شكل شركات مساهمة. حيث سبق وان ابرم الصندوق في عام 1984 عقدا مع الجمعية التعاونية الفرنسية للمعمار، قبل تحويله الى شركة مساهمة، متضمنا امكانية اللجوء الى التحكيم الثلاثي أي ثلاثة محكمين حال التنازع حيث يختار كل طرف محكمه، ويختار المحكمان الحكم الثالث.

² - هامش 2 من وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 15.

ذات الاتجاه الذي تبنته المحكمة الادارية الاستئنافية لمدينة مرساي في حكمها الصادر بتاريخ 9 يوليو 2007 في قضية ¹Commune dalet les Bains.

لكن اجتهاد محكمة التنازع هذا المؤسس على الاحتكام الى القرينة القانونية البسيطة حيث يكون الطرفان المتعاقدان شخصان معنويان عامان كان العقد ادريا بالتبعية، هي قرينة احتياطية، لأنها لا تنطبق الا حال غياب النص التشريعي الذي يحدد جهة الاختصاص القضائي.

كما يمكن دحض والاستغناء عن ذات القرينة البسيطة لصالح اعمال المعيار التقليدي العضوي والموضوعي معا: أي ان اتصال العقد بمرفق عمومي وتطبيقه لشروط غير تلك الشروط المألوفة في قواعد القانون الخاص كان العقد ادريا. حيث اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي كرس الحل القانوني المستند الى اعمال المعيار التقليدي في تحديد طبيعة العقد المبرم بين أشخاص معنوية عامة دون الاستناد الى معيار القرينة القانونية البسيطة كما في قضية UAP، وذلك في بعض أحكامه.

وكان ذلك بمناسبة النزاعين اللذان كانا بين O.P.H.L.M و B.A.S من جهة وبين O.P.H.L.M و C.R.O.U.S، حيث أطراف التعاقد كان بين مؤسسات عمومية، فتبعا لمعيار القرينة القانونية البسيطة يمكن القول باتصاف العقدين بالادارية مباشرة. لكن اجتهاد مجلس الدولة طبق المعيار التقليدي من خلال مراعاة موضوع وشروط الأحكام المطبقة على العقدين، وهو ذات الاجتهاد الذي كرسه في حكمه الصادر في تاريخ 2000/03/01 بخصوص عقد القرض المبرم بين احدى الشركات والصندوق الوطني للطاقة من جهة وبلدية Morestel، وأكد ذلك كذلك حكم 2003/11/03 في قضية Union des groupements dàchats publics حين ذكر المجلس ان دخول الأشخاص العامة في علاقات تعاقدية فيما بينهم لا يعني خلع الصفة الادارية على تلك العلاقات².

وبالتالي القاضي الاداري عندما يطرح له نزاع يتعلق بعقد مبرم بين شخصين عامين، فانه يقوم بتحليل عناصر العقد ليرى مدى انطباق مميزات العقد الاداري معه أم لا، كما هو حال دراسة عقد ما بين شخص عام وشخص خاص³.

يمكن القول، انه ليست كل العقود التي تبرمها الأشخاص العامة تشكل عقودا ادارية، اعتمادا على المعيار العضوي، حيث يجب التمييز بين أعمال السلطة Les actes dàutorité وأعمال التسيير Les actes de

¹- C.A.A.de Marseille, 9 juillet 2007, Commune dàlet les Bains, arrêt n:04MA02198.

أنظر: جورج فيدال، القانون الاداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 319.

² - وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 28 - 29 - 30 - 31.

³ - وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 29.

gestion. فاذا ما تصرف الشخص العام بصفته صاحب سلطة نكون أمام عقد اداري، وعندما يتصرف تصرفا تعاقديا انطلاقا من كونه يقوم بأعمال التسيير، نكون أمام عقد من عقود القانون الخاص¹.

1-3- اذا كان طرفا العقد من أشخاص القانون الخاص

القاعدة العامة ان العقود التي تبرم ما بين أشخاص القانون الخاص هي عقود خاصة بالتبعية لا ادارية تخضع للقانون العادي والقاضي العادي.

لكن اجتهاد القضاء الاداري الفرنسي خرج كذلك هذه المرة مبينا تميزه في الابتداء والانشاء والتأثير في العلاقات التعاقدية، من خلال اضعاف الصبغة الادارية على بعض العقود التي قد تبرم ما بين أشخاص القانون الخاص حال تعاقد الشخص الخاص باسم ولحساب الشخص المعنوي العام استنادا لنظرية الوكالة في القانون المدني، ثم استنادا لحكم محكمة التنازع الشهير في قضية Peyrot².

ذهب البعض في تعريف الوكالة بأنها: "عقد بمقتضاه يمنح شخص الموكل الى شخص آخر الوكيل سلطة القيام بعمل قانوني باسمه ولحسابه"³. وعرف التقنين المدني الفرنسي الوكالة في نص المادة 1984 قائلا: "عقد يؤذن به الوكيل بعمل شيء باسم ولحساب الموكل"⁴.

حيث اعتبر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ: 18-12-1936 ان عقد استغلال أحد الشواطئ العامة والمبرم بين نقابة السياحة وبين السيد Parde من طبيعة ادارية. وفي حكم بتاريخ 24-02-1954 أشار الى وجود رابطة قانونية تضيف طابع العقد الاداري حال وجود وكالة لصالح شخص عام بين شخصين من الخواص⁵.

حيث تبعا لذلك استقر اجتهاد قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن تعاقد الفرد أو الهيئات الخاصة ولحساب الشخص المعنوي العام يكتسب صفة العقد الاداري اذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها العقد الاداري⁶.

¹ - رابحي أحسن، الأعمال القانونية الادارية، مرجع سابق، ص 70

Philippe Georges, droit public, 7 éme édition, Ed Siry, Paris, 1989, p 334.

²-أنظر: جورج فيدال، القانون الاداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 316.

³- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 34.

⁴- القانون المدني الفرنسي .

⁵ - C.E, 18-12-1936, Sieur Prade, Rec, p 1124

C.E, 24-02-1954, sté des Ateliers de Constrection Schwartz-Haumont c/Secrétaire détat à la production industrielle, cité par J.F.Prévost, art préc, p 823.

⁶ - F.Lichere, Les contrats administratifs entre personnes privées, thèse Montpellier, 1998.

ثم جاءت محكمة النزاع الفرنسية في حكم Peyrot بتاريخ 08-يوليو-1963 قائلة ان العقود المبرمة بواسطة شركات الاقتصاد المختلط مع أشخاص القانون الخاص لصالح شخص عام هي عقود ادارية. حيث تم منح التزام انشاء أحد الطرق السريعة لشركة تدعى autoroute Esterel-Cote d'azur حيث ابرمت هذه الأخيرة عقودا مع عدد من المقاولين ومنها ذلك المبرم مع منشأة Peyrot. حيث ثار نزاع بصدد هذا العقد، عرض الأمر على محكمة Foix الابتدائية والتي قررت ان هذا النزاع يدخل في الاختصاص المقرر للقضاء العادي، وهو الاتجاه الذي رفضته محكمة استئناف Toulouse والتي ارتأت ان النزاع المثار يدخل ضمن اطار القضاء الاداري. وكانت قد عرضت شركة Peyrot النزاع على محكمة Nice الادارية والتي ذهبت برأي مخالفا لمحكمة استئناف Toulouse وقررت احواله الموضوع الى محكمة النزاع للفصل في مسألة النزاع السلبي المثار.

حيث أقرت محكمة النزاع اختصاص القاضي الاداري تأسيسا لتعلقه بتنفيذ عقد من عقود الأشغال العامة، وان كان طرفا العقد من أشخاص القانون الخاص، لارتباطه وكالة لشخص معنوي عام. غير ان الاستثناء لمحكمة النزاع الفرنسية في حكم Peyrot لا ينطبق حكمه على كافة الأشخاص الخاصة، وانما فقط على شركات الاقتصاد المختلط عندما تبرم عقدا لحساب شخص معنوي عام ويتعلق بمجالات تدخل في صميم الأعمال التي تقوم بها الدولة كإنشاء الطرق العامة والأعمال شديدة الصلة بها كإنشاء الجسور، والأنفاق الأرضية. حيث أكد اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي عدم اعتبار العقود المتعلقة بإنشاء أحد الجازر وتنفيذ أعمال تحميل وتخطيط أراضي الدولة، ونفس الحكم بخصوص عقود تشييد المباني عقود ادارية¹.

وأخيرا في حكم مجلس الدولة لقضية A.R.E.A بتاريخ: 03-03-1989 مد الاجتهاد القضائي الفرنسي حكم Peyrot الى الشركات الخاصة، حيث بتاريخ 05-04-1971 منحت الدولة الفرنسية الى شركة الطرق السريعة لإقليم (Rhone-Alpes A.R.E.A) حق انشاء واستغلال ثلاثة طرق سريعة، وبتاريخ 31-03-1977، ومن أجل تنفيذ أعمال الانشاءات في الطريق الأول، أبرمت شركة A.R.E.A عقدا مع مجموعة مؤسسات I.S.A ، وقد نصت المادة 17 من دفتر الشروط الادارية الخاصة بالمشروع على ان تحل المنازعات الناشئة عن هذا العقد بطريق التحكيم.

¹T.C, 25-06-1973, stédécoonomie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La - Vilette (S.E.M.V.I) p 846.

C.E, 5 mai 1972, stéd'équipement de lindre et ministre de L'équipement et du Logement c/sieur ALLain, Rec; p 341.

C.E, 09-02-1994, sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhone; Rec, p 36.

حيث ثار نزاع حول تنفيذ هذا العقد بين شركة A.R.E.A ومجموعة مؤسسات I.S.A بتاريخ: 24-10-1985، حيث تم عرض النزاع للتحكيم حيث انتهت في 17-04-1986 الى اداة شركة AREA ، حيث طعنت الاخيرة أمام مجلس الدولة بتاريخ: 18 يوليو 1986 ابتغاء القضاء لها بالغاء الحكم الصادر عن هيئة التحكيم.

حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي الطابع الاداري على العقد مستهديا بقضية Peyrot.¹

وقد عبر لورون ريشي Laurent Richer عن ذلك قائلا: ". عندما يبرم عقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، ويكون أحدهما ممثلا لشخص معنوي عام، فان كل شيء يحدث وكأن هذا الأخير كان طرفا في العقد، وهذا ما يجعل العقد الدائر بينهما عقدا اداريا، وتحقق هذه الحالة عندما يمثل الشخص الخاص نظيره العام فيتصرف باسمه ولحسابه أيضا"².

أما عن موقف الاجتهاد القضائي الجزائري، يرى محمد قبطان تطبيق المعيار العضوي في نظرية العقد الاداري قد تصطدم واقعا ببعض التطبيقات، ويجعل القضاة الاداريين يواجهون مشاكل كبيرة في ابرام عقود ادارية من طرف أشخاص قانونية خاصة.³

نصت المادة 56 من القانون رقم 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية على أنه: " عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة، وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وايجارات وعقود ادارية أخرى، فان كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها، تكون موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ".

يلقى أحسن راجحي عن النص القانوني السابق، مؤكدا على امكانية قيام نزاع اداري موضوعه عقد اداري بين مؤسسات تنتمي الى القانون الخاص، خاصة بتطبيق معيار " الوكالة " المتعلق بتمثيل الأشخاص العمومية ذات الطابع الاداري. فينعتقد تبعا لذلك اختصاص القاضي الاداري تطبيقا لمعيار السلطة العامة بدلا من المعيار العضوي.⁴

2. المعيار الموضوعي لتحديد العقد الاداري.

ان المعيار الموضوعي لتحديد العقد الاداري يتشكل اساسا من فكرتين؛ فكرة المرفق العام من جهة، واتباعه لأساليب القانون العام أو البنود غير المألوفة والمتميزة من جهة ثانية، حيث طرحت عدة تساؤلات تخص المعيارين الماديين

¹ - وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 46-47.

² - Laurent Richer, Les contrats administratifs, Ed Dalloz, Paris, 1991, p 16.

³ - أشار اليه: أحسن راجحي، الأعمال القانونية الادارية، مرجع سابق ص 71.

⁴ - أنظر: المرجع نفسه، ص 72.

معا: هل هناك ضرورة لاجتماعهما معا؟ أو يستبعد أحدهما الآخر؟ هل كل واحد منهما ضروري بدون أن يكون كافيا أو كاف بدون أن يكون ضروريا؟ أم ضروري وكاف في آن واحد؟

الاجتهاد القضائي الفرنسي اسقر على الاكتفاء بوجود أحد هذين العنصرين بجانب العنصر العضوي، وكان ذلك بمناسبة قضية " الزوجان برتان " في 20 نيسان 1956¹، على خلاف ما استقر عليه الاجتهاد القضائي المصري، والذي يؤكد على ضرورة وجود العنصرين معا مع المعيار العضوي².

ولقد تبنت محكمة التنازع الفرنسية في 13 كانون الثاني 1958 هذا الحل الذي اعتمد اجتهاد مجلس الدولة، أي الاكتفاء بمعيار مادي واحد لتمييز العقد الاداري فقط³. دون اشتراط لاجتماعهما معا.

أما في اتجاه القضاء الاداري الجزائري، يمكن تبين مدلول العقد الاداري وتحديد معياره من خلال تتبع التطور التشريعي الذي مس التنظيم القانوني للصفقات العمومية ثم تحليل آراء الفقه في ذلك على ضوء تطبيقات القضاء واجتهاداته.

غداة استقلال الجزائر في: 05 / 07 / 1962 وسدا منها للفرغ القانوني قررت بموجب القانون رقم: 62 / 157 المؤرخ في: 31 / 12 / 1962 الاستمرار بالعمل بالتشريع الفرنسي عدا ما يتعارض مع السيادة.

وباعتبار الصفقات العمومية مجال استراتيجي لاستهلاك الأموال العامة وتنفيذ المشروعات فقد أصدر المشرع مرسوما رقم: 64 / 103 بتاريخ: 26 / 03 / 1964، فقرر بموجبه إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية التي عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية وإجراءات تنفيذ الصفقات العمومية.

وقد صدر إثر ذلك الأمر رقم: 67 / 90 المؤرخ في: 17 / 06 / 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية و هي أول خطوة تشريعية في مجال الصفقات العمومية. حيث جاء في نص المادة الأولى منه قوله: " الصفقات العامة هي عقود خطية تجربها الدولة والمحافظات والبلديات والمؤسسات والدواوين العامة، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك بهدف تحقيق أشغال أو توريدات أو خدمات "4.

¹ - مارسو لون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي، مرجع سابق، ص 662.

جورج فيدال، القانون الاداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 322.

² - ياسر محمود محمد الصغير، مرجع سابق، ص 271 - 273.

وأنظر: وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الاداري، مرجع سابق، ص 49.

³ - جورج فيدال، القانون الاداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 322.

⁴ - المادة الأولى من الأمر: 67-90 المؤرخ في: 17 يونية 1967، المتعلق بقانون الصفقات العمومية الجزائري.

ثم تبعه صدور المرسوم رقم: 82/ 145 المؤرخ في : 10/ 04/ 1982 المتعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمومي و ذلك سعيا من المشرع لإضفاء نوع من الليونة والبساطة في إبرام الصفقات العمومية. حيث جاء في المادة الرابعة منه؛ " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات".

وبتطور الظروف الاقتصادية والتي دعت البلاد للدخول في اقتصاد السوق ظهرت الحاجة إلى تعديل يتماشى وهذه الظروف وكان ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 91/ 434 المؤرخ في: 09/ 11/ 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية بالصفقات العمومية. حيث جاء في المادة الثالثة منه: " الصفقات العمومية، عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

ثم صدر المرسوم الرئاسي رقم: 02/ 250 المؤرخ في: 24/ 07/ 2002 والذي جاء في المادة 3 منه على ان: "الصفقات العمومية، عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة".

وجاء في المادة الثانية منه: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم الا على الصفقات محل مصاريف الادارة العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري بالاضافة الى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هاته الاخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة".

وجاء اخيرا المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16-09-2015 يتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. حيث جاء في المادة الثانية منه " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وكانت قد صدرت نصوص قانونية لها علاقة مباشرة بميدان الصفقات العمومية ومنها القانون رقم: 88/ 01 وهو القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا القانون رقم: 90/ 21 المؤرخ في: 15/ 08/ 1990 المتعلق بالمحاسبة الوطنية.

يشير أحمد محيو الى ان قانون الصفقات العمومية الأول رقم: 67-90 يعطي تعريفا كاملا للعقد الاداري معلنا على تبني ثلاث معايير، المعيار العضوي المتعلق بالأشخاص العامة ذات الطابع الاداري، والمعيار الشكلي المتعلق بالشروط والاجراءات الواجبة لإبرام الصفقات العمومية، وأخيرا المعيار المادي المتعلق بموضوع أو محل الصفقة في تحقيق أشغال أو توريدات أو خدمات.

وهو ذات الموقف الذي يمكن الأخذ به في ظل التشريعات السارية المفعول اليوم، حيث لا يبقى المعيار العضوي دالا على كافة العقود الادارية، ولا حتى التجديد القانوني له، ليضل القاضي الاداري له دور أساسي في تكييف العقود بموجب المعيار المادي الموضوعي حيث يعوزه المعيار الشكلي القانوني.

الفرع الثاني: اتفاقية التوأمة بين الجماعات المحلية والغير.

في إطار تنمية الجماعات المحلية خاصة في الجوانب المختلفة المادية والمعنوية، أولت التشريعات امكانية التعاون بينها وبين الجماعات المحلية الأجنبية و إبرام اتفاقيات التوأمة، وهذا ما يطرح التكييف القانوني لهذه الأعمال التي تأتيها الجماعات المحلية مع جماعات محلية أجنبية، خاصة وأنها تنطلق باعتبارها عقود بداية.

نبين ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي (أولا)، ثم في الاجتهاد القضائي الجزائري (ثانيا).

أولا: اتفاقية التوأمة بين الجماعات المحلية والغير في فرنسا.

نظرا لتنامي مفاهيم حريات واستقلالية الجماعات المحلية ظهرت فكرة امكانية إبرام تلك الجماعات المحلية عقودا ذات طابع دولي¹.

حيث انقسم الفقه الفرنسي حول المسألة، بين مؤيد لإمكانية إبرام الجماعات المحلية عقودا دولية استنادا الى المبدأ الدستوري المقرر للإرادة الحرة للجماعات المحلية، واتجاه ثان رافض لذلك محتجا بمسألة حصر العقود ذات الطابع الدولي على الدولة فقط².

المشعر الفرنسي حسم الرأي الى صالح الاتجاه الأول بشكل نهائي، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 131 من قانون الادارة الاقليمية للجمهورية الفرنسية الصادر بتاريخ: 1992/02/06، حيث اعترف للجماعات المحلية بسلطة إبرام عقود واتفاقيات مع الجماعات الاقليمية الأجنبية³.

¹- Richer.L, Droit des contrats administratifs, 1995, p 118.

نقلا عن: علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 224.

² - علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 225.

³ - أنظر قانون: 1992/02/06 المتعلق بالجماعات المحلية الفرنسي.

غير أن اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ: 1994/10/25، أكد ان الاتفاق المبرم بين الجماعات المحلية الفرنسية وطرف أجنبي لا يعد معاهدة دولية او اتفاقا دوليا، حيث الدستور الفرنسي لا يمنح ذلك الاختصاص لها، كما أن هذا الأمر مستقر وثابت في الأوساط الادارية الفرنسية، أي ان الاجتهاد القضائي أقر بصفة العقد للتصرف المعني، لكن ذلك دعا الى اثاره اشكالية¹:

مدى اعتبار التصرف الواقع بين الجماعات المحلية وطرف أجنبي عقد اداريا دوليا أم لا؟

اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي رفض تطبيق القانون الأجنبي على العقد الذي يستجمع عناصر العقد الاداري ويتصل في نفس الوقت بأكثر من نظام قانوني، أي ان قضاء المجلس رفض تنازع التصرف بين العقد الاداري والعقد الدولي، أي انه رفض ان يكون العقد اداريا ودوليا في آن واحد، حيث اذا ثبتت عناصر العقد الاداري في عقد ما، لا يطبق عليه الا قواعد القانون الاداري الداخلي².

ثانيا: اتفاقية التوأمة بين الجماعات المحلية والغير في الجزائر.

أما بالنسبة لموقف الاجتهاد والتشريع الجزائري بخصوص هذه المسألة، فإننا بداية ممكن ان نرجع الى القانون الأساسي ثم قانون الجماعات المحلية لكل من البلدية والولاية.

في دستور 1963 الأول للبلاد، جاء في المادة 9 منه:

" تتكون الجمهورية من مجموعات ادارية يتولى القانون تحديد مداها واختصاصاتها.

تعتبر البلدية أساسا للمجموعة الترابية والاقتصادية والاجتماعية "

وفي دستور 1976؛ جاء في المادة 7 منه:

" المجلس الشعبي هو المؤسسة القاعدية للدولة، والإطار الذي يتم فيه التعبير عن الارادة الشعبية وتحقق فيه الديمقراطية.

كما أنه القاعدة الأساسية للمركزية ولمساهمة الجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية على جميع المستويات.. "

وفي دستور 1989؛ جاء في المادة 15 منه: " الجماعات الاقليمية للدولة هي البلدية والولاية، البلدية هي الجماعة القاعدية "

والمادة 16 منه قالت: " يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية "

وفي دستور 1996؛ جاء في نصي المادتين 16 و 17 منه بنفس ما جاء في المادتين 16 و 17 في دستور 1989.

¹ - علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 226.

² - المرجع نفسه، ص 226.

حيث ما يمكن استنتاجه من النصوص الأساسية للنظام القانوني الجزائري المتعاقبة، أكدت على التنظيم المحلي من خلال الجماعات اقليمية والمثلة في البلدية والولاية مؤكدة على مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية، دون الاشارة الى مدى امكانية مساهمة الجماعات المحلية في أعمال واتفاقات مع جماعات محلية أجنبية
 اما قانون البلدية رقم 10/11 فقد جاء في الفرع الخامس لنظام المداوات في المادة 57 منه قوله:
 "لا تنفذ الا بعد المصادقة عليها من قبل الوالي، المداوات المتضمنة ما يأتي:..-اتفاقيات التوأمة...".

وجاء في الباب الثاني المتعلق المعنون بصلاحيات البلدية في المادة 106 منه: "تخضع توأمة بلدية ما مع بلدية أو أي جماعة اقليمية اجنبية أخرى الى الموافقة المسبقة للوزير المكلف بالداخلية بعد أخذ رأي وزير الشؤون الخارجية.

تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

أما قانون الولاية 07/12 الجزائري الساري المفعول فانه قال في المادة 54 منه:

"لا تنفذ الا بعد مصادقة الوزير المكلف بالداخلية، في أجل اقصاه شهران (2)، مداوات المجلس الشعبي الولائي المتضمنة ما يأتي:

- اتفاقيات التوأمة،..".

اذا حسب قانوني البلدية والولاية يمكن للجماعات المحلية الجزائرية ابرام ما يسمى اتفاقية توأمة مع الغير، وذلك بين بلدية مع بلدية أجنبية او جماعة اقليمية أجنبية ونفس الشيء بخصوص الولاية.

نحاول بداية ان نعرف المقصود باتفاقيات التوأمة ثم نتكلم في التكييف القانوني لها وطبيعتها القانونية.

في الاصطلاح اللغوي:

جاء في لسان العرب لابن منظور قوله: وأم؛ المؤاممة الموافقة. واءمه وثامما: وافقه، لولا الوئام لهلك الانسان، المعنى ان الانسان لولا نظره الى غيره مما يفعل الخير واقتدائه به لهلك¹.

توأم الشخصان أو الشيطان: توافقا، وتناسبا. وقالوا توأمة مصدر توؤم وتعني: تعاون وتبادل الخبرات والآراء².

أما في الاصطلاح الفقهي؛ مفهوم التعاون اللامركزي الدولي قريب من اتفاقيات التوأمة بين الجماعات المحلية، وهو مفهوم حديث ولا يزال في مرحلة التشكل، حيث بعض الفقه يعطي له مفهوما واسعا وآخر ضيقا¹.

¹- ابن منظور، لسان العرب، جرف التاء.

²- أنظر: المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية المعاصر.

فالمفهوم الواسع له؛ والذي تبناه اتجاه الاتحاد الأوربي، يعبر عن منح صفة فاعل أساسي في التعاون اللامركزي لكل المتدخلين المحليين، سواء كان جماعة ترابية أو جمعيات، أو مجموعات محلية (منظمات غير حكومية) أو منظمات قطاع الانتاج (النقابات- التعاونيات). أي أن هذا الاتجاه يدخل في إطار فاعلي التعاون اللامركزي سواءا اكانوا فاعلين رسميين أو غير رسميين.

أما المفهوم الضيق للتعاون اللامركزي؛ فيخص التوجه الفرنسي والذي يعتبر فاعلي التعاون اللامركزي في الجماعات الاقليمية، أي ان التعاون يخص الجهات الرسمية فقط دون الجهات الغير الرسمية. وذلك حسب قانون 06 فبراير 1992، والذي نص على ان الجماعات الترابية الفرنسية جهات، مدن أو مجموعة جماعات - لها الحق في عقد اتفاقيات مع جماعات ترابية اجنبية ومجموعاتها، في حدود الاختصاصات، وفي اطار احترام الالتزامات الدولية لفرنسا". أما على المستوى التشريعي الجزائري؛ فان المشرع سواء قانون البلدية أو قانون الولاية لم يعرف ما المقصود بالتوأمة ولا اتفاقية التوأمة. انما أشارا الى الاجراءات والشكليات الواجب اتباعها لصدور هذا التصرف.

حيث اتفاقية التوأمة بين البلدية مع بلدية أو جماعة محلية أجنبية تتم ضمن اطار **مداولة بلدية**، وتنفيذها يخضع لمصادقة الوالي مع ضرورة أخذ الموافقة المسبقة من الوزير المكلف بالداخلية، وبعد أخذ رأي وزير الخارجية، وذلك طبقا للمادتين 57 و106 من قانون البلدية رقم: 10-11.

والمداولة هي: "التصرف القانوني الذي بموجبه تصدر البلدية قراراتها، وتتدخل لمعالجة الصلاحيات المسندة اليها"²، حيث تحرر المداوات باللغة العربية وتتناول ملخصا جزئيا لمحضر الجلسة المحدد مسبقا. وتدون بجزر غير قابل للمحو في سجل المداوات، وتحمل كل مداولة العناصر التالية³:

- رقم تسجيل.
- نوع الدورة.
- تاريخ الجلسة وتوقيتها.
- اسم رئيس الجلسة.
- عدد الأعضاء الحاضرين والممثلين بوكالة والغائبين.
- أمانة الجلسة.

¹ - أنظر في ذلك: كريم الشكاري، التعاون الدولي للجماعات الترابية المغربية بين النظرية والواقع، <http://www.marocdroit.com> اطلع عليه بتاريخ: 21-08-2017 على الساعة: 22.20 ليلا.

² - علي خطار شطناوي، الادارة المحلية، دار وائل للنشر مصر 2002، ص 205.

³ - أنظر: المادة 53 من قانون رقم: 10-11 المتعلق بالبلدية.

- جدول الأعمال.
 - الظروف المحيطة والدوافع المتعلقة بموضوع المداولة مع ذكر تفاصيل مجريات التداول..
 - قرار المجلس ونتائج التصويت.
 - توقيع أعضاء المجلس.
- والمشروع عندما يقول ان اتفاقية التوأمة لا تنفذ الا بعد مصادقة الوالي، يعني أنها تأخذ طبيعة العمل الاداري الصادر عن سلطة المجلس الشعبي البلدي وتخضع للرقابة الادارية مسبقا، ويكون هذا العمل الاداري ماديا في صلب قرار اداري، يختص باصداره المجلس الشعبي البلدي في فترة الولاية البلدية، بسبب التعاون وتبادل الخبرات بين البلديات المحلية والأجنبية، بهدف بعث روح التعاون والتشاركية في تنفيذ التنمية المحلية، وتنمية المواطن المحلي، من خلال اتباع تشكيلات اجراءات معينة وأهمها مصادقة الوالي وأخذ رأي وزير الخارجية وموافقة الوزير المكلف بالداخلية.
- ومن جهة ثانية؛ عندما يدعو المشروع في نص المادة 57 من قانون البلدية بلفظ " اتفاقيات التوأمة "، فاننا يمكن ان نستشف ان الامر يتعلق بطرفين وأكثر متعلقان بالتصرف المتكلم عنه، وهنا نتكلم عن جماعة اقليمية محلية جزائرية مع جماعة اقليمية أجنبية، وبالتالي هذا التصرف يفترض فيه أنه يتجاوز طابع القرار الاداري، ويقترّب من الطابع التعاقدى الدولي، والذي يقترّب من المفهوم الضيق للتعاون اللامركزي الدولي والذي يمثله التنظيم القانوني الفرنسي.
- خاصة وان القرار الاداري الاصل فيه ان هناك ارادة تملي وارادة تنفيذ فحوى ومضمون القرار الاداري، وهذا لا يتناسب مع مسألة التوأمة بين الجماعات المحلية الوطنية والأجنبية، حيث أن الأصل فيهما يقعان على درجة واحدة، ويتساوان في تقرير ما يتضمن في الاتفاق المزمع ابرامه في إطار ما سماه المشروع " اتفاقيات التوأمة ".
- هذا التوصيف الأخير لاتفاقيات التوأمة، دعاه بعض الفقه بمسمى " العقود الادارية ذات الطابع الدولي " أو " العقد الاداري الدولي "، حيث يمكننا هنا ان نطرح التساؤل: هل اتفاقات التوأمة التي تبرمها الجماعات المحلية الجزائرية مع الغير في إطار التعاون اللامركزي الدولي، هي عقود ادارية دولية أو عقود ادارية ذات طابع اداري؟ أم هي قرارات ادارية؟ أم هي من طبيعة أخرى؟
- يرى الباحث؛ أنه في إطار انتعاش فكرة القضاء الاداري الدولي في أوساط متعددة في فقه القانون الاداري، يمكن أن تكون اتفاقيات التوأمة بين الجماعات المحلية الاقليمية بين دول مختلفة من اختصاص هذه الأجهزة القضائية ان تم فعلا تكريسها وتفعيلها دوليا.

المطلب الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في مرحلة تنفيذ العقد الإداري ونهايته.

ان في تنفيذ العقد الإداري ونهايته، قد تطرح مسائل متعددة من بينها؛ تفسير العقد الإداري، وتدخّل القاضي الإداري في إنهاء العقد وأثر اجتهاده في ذلك.

نبين أثر اجتهاد القاضي الاداري في كل ذلك في الفروع التالية.

الفرع الأول: اجتهاد القاضي الاداري في تفسير العقد الاداري.

ان لتفسير العقد الاداري قضاء أهمية بالغة في ارساء وتطوير قواعد القانون الاداري، من خلال ابتداع القاضي الاداري الحلول القانونية الواجبة التطبيق خاصة حال غموض في تنظيم مسألة ما في تنفيذ العقود الادارية.

حيث ان مجال تفسير العقود المعاصرة، لا يعد مرتبطا فقط بالبحث في نية أطراف العقد فقط، بل يتسع الى بحث الظروف الداخلية والخارجية المرتبطة باتفاق الأطراف، ووفقا لما يستلزمه العقد ذاته وما يمليه العرف وطبيعة التعامل، وما تتمخض عنه ظروف تنفيذ العقد¹.

وأكثر من ذلك يمكن الاستناد الى قواعد العدالة في تفسير العقود ومنها الادارية حتما، والتي يبرز من خلالها دور وأثر أساسي للقاضي الاداري حين النظر في ذلك وتفسير العقد².

أولا: في صياغة العقد الاداري.

ان في صياغة بنود العقود الادارية أثر واضح في تدخّل القاضي الاداري اجتهادا في سلطة التفسير، وقد يكون له ضرورة أكيدة في التدخّل لحماية لمشروعية العقد الاداري من جهة، وحماية لحقوق المتعامل مع الادارة العامة كذلك. فالقاعدة العامة ان صياغة بنود العقد الاداري تتم من قبل الادارة سلفا وتصيغها بصفة انفرادية، وما على من يريد التعاقد معها الا القبول به جملة، أو رفضه برمته.

حيث صياغة العقد الاداري يتم بصفة انفرادية من قبل الادارة العامة، وفي جزء كبير منه محدد تشريعا ومن خلال النصوص القانونية واللوائح العامة.

فالصياغة المكتوبة للعقود الادارية ضرورة أكيدة تمتد الى ما وراء تحرير العقود ذاتها، لتصل الى مجموعة من الوثائق التي تتكفل ببيان تفاصيل بنود تلك العقود. والتزامات المتعاقدين القانونية والمالية والفنية.

¹ - مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران السانبا، 2008-2009، ص 31.

² - أنظر: المرجع نفسه، ص 34.

فمجلس الدولة الفرنسي قضى بشكل صريح أن مبدأ الصيغة المكتوبة للعقود الادارية هذا يشكل التزاما من النظام العام¹.

والمشعر الفرنسي يشترط صراحة وجوب خضوع عقود الشراء العام كعقود الأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات، الى الصيغة الكتابية. والتي تلعب فيها دفا تر الشروط دورا أساسيا، وكذلك العقود التي تبرم وفقا للمناقصات العمومية والتي تتجاوز فيها مبلغ معين وكذلك عقود ايجار المرفق العام وعقود الأعوان المتعاقدين مع الدولة ومع الجماعات المحلية².

وحتى لو كانت الصيغة الكتابية غير واجبة بمقتضى النصوص القانونية، فان القاضي يمكن أن يعتبرها معيبة بسبب النقص بالكتابة. وقد جسد مجلس الدولة الفرنسي ذلك من خلال عقود الالتزام، حيث قرر أن مثل هذه العقود تستوجب الكتابة من حيث المبدأ نظرا لطبيعتها و أهميتها³.

أما عن موقف المشعر الجزائري، فهو بخصوص الصفقات العمومية كرس شرط الكتابة فيها في نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بصريح اللفظ حيث نص على أن: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ".⁴

وهو ذات الحكم في الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية في المادة الأولى منه حيث نصت: " ان الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات ". وفي المرسوم 82- 145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي اعتبر صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة في المادة الرابعة منه. وذات الحكم في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم: 91- 341 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وفي المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم: 02- 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁵.

¹C.E. 29-05-1982, Seprema, Rec. P 665.

² - Marie Christine, Droit administratif Manuels Gualinoediteur Ire edition – 2004,p 334.,

³- Loubadere- Delvolve et Moderne, Traité des contras administratifs, 2a éd, L,G,D,J,Paris, 1983-1984, 2 tomes,

⁴ - المادة 02 من المرسوم الرئاسي: 15- 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

⁵ - المادة الأولى من الأمر: 97- 90 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

المادة 04 من المرسوم رقم: 82- 145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي.

المادة 03 من المرسوم التنفيذي: 91- 341 المتضمن الصفقات العمومية.

المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 02- 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

واشترط الكتابة لصياغة عقود الصفقات العمومية والتأكيد عليها في مختلف القوانين وفي مختلف المراحل، يعود الى اعتبار الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، واعتبارها عقود ملزمة للجانبين، ومن عقود المعاوضة، لذا وجبت كتابتها للوقوف على المركز التعاقدى لكل طرف في العقد ماله وما عليه، ولتحمل الخزينة العمومية أعباء مالية ضخمة¹.

فلذلك كله وجب أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة. ويجب ابرامها كتابة قبل البدء في التنفيذ، فالمرشح فرق بين ابرام الصفقة وتنفيذها من خلال نص المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247 حين نصت: "تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الصفقات العمومية"².

فلا تنفيذ للصفقة العمومية الا بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانونا. وذلك أمر منطقي فلا يعقل البدء في التنفيذ في حين اجراءات تحرير الصفقة أو توقيعها لم يعتمد بعد.

وأحمد محيو تطبيقا لقانون الصفقات العمومية - الأمر 67-90 - يرى أنه من حيث المبدأ ان العقد يكون خطيا، وواقعا يكون ذلك واجبا متى تجاوز مبلغ الصفقة 20 الف دينار جزائريا. أما ان كان أقل من ذلك فيمكن أن يكون شفهيًا³.

وقد بين المرسوم الرئاسي 15-247 لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أنه يمكن الخروج عن مبدأ كتابية العقد الاداري في حالة الاستعجال الملح في نص المادة 12 منه، والبدء في تنفيذ الخدمات قبل ابرام الصفقات العمومية، حيث يحق لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يرخص بموجب مقرر معلل في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال اجراءات ابرام الصفقات العمومية⁴.

¹- نيقاوي العربي؛ ميلود عبود، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المفهوم - المبادئ- والأحكام التشريعية الخاصة بها، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، ع 6، جوان 2018، ص 228.

²- المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247.

³- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، مرجع سابق، ص 366.

⁴- المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المادة 12.

مع ارسال نسخة من ذلك المقرر الى مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية). وفي الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر - المادة 12 - يمكن اثبات اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل¹.

وكل من يرغب في ابرام صفقة عمومية مع الادارة العامة، عليه أن يسحب دفتر الشروط الموجود لدى المصلحة وينجح في تقديم أحسن عرض مالي وتقني طبقا للمواصفات والمقاييس المذكورة في دفتر شروط الصفقة العمومية. فالتجاء الادارة العامة الى دفاتر الشروط في مجال العقود الادارية هو ممارسة يومية²، وذلك يظهر من خلال كم الصفقات العمومية التي يعلن عنها يوميا في مختلف وسائل الاعلام وخاصة الجرائد الوطنية.

حيث يرى البعض أن دفتر الشروط يعتبر أحيانا جزءا من العقد الاداري في شكل ملحق به، وتارة يظهر في شكل عقد كامل المحتوى، وأحيانا في شكل اتفاقية نموذجية³.

جاء في المادة 05 من الأمر رقم: 67-90 المؤرخ في: 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري: " أن دفاتر الشروط المشار اليها أدناه هي العناصر المنشئة للصفقة العمومية "

وفي المادة 26 من المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بينت أن دفاتر الشروط توضح الشروط التي ترم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وتشمل على الخصوص دفاتر البنود الادارية، ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة، المحددة للترتيبات التقنية، ودفاتر التعليمات الخاصة المحددة للشروط الخاصة بكل صفقة⁴.

دفتر الشروط هو عمل قانوني Acte juridique أي أنه تعبير عن الارادة قصد تحقيق آثار قانونية.

ثانيا: حدود تفسير القاضي الاداري لصياغة العقد الاداري.

مجلس الدولة الجزائري عرف الصفقة العمومية في قرار له غير منشور بتاريخ: 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي ليوة بيسكرة ضد ق أ، باعتبار: " .. الصفقة العمومية عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة أو أنجاز مشروع أو أداء خدمات .. "5.

¹ - المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المادة 12.

² - Voir: Andre De loubader, Administration et contrat, etudeprecite, p 244.

³ - أنظر: نبيل جوادي، " دفاتر الشروط في القانون الاداري الجزائر"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص 6.

⁴ - المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المادة 26.

⁵ - عمار بوضياف، القانون الاداري، محاضرات في مادة العقود الادارية، ص 3.

. أطلع عليه بتاريخ: 10-05-2019، الساعة 22.00 ليلا. <https://www.politics-dz.com>

ان ابرام العقود الادارية هي بين أطراف ليست متساوية في المراكز غالبا، حيث تتعاقد الادارة العامة كشخص عام مع الشخص الخاص، وفي ذلك تقابل لمصالح غير متساوية بالأساس مصلحة خاصة ومصلحة عامة، فانه لتدخل القاضي الاداري تفسيرا للعقد الاداري دور وأثر حقيقي للموازنة بين تلکم المصالح المتضمنة في بنوده.

فأهم ما يميز العقد الاداري عن العقد المدني هو مركز الادارة فيه، فالإدارة تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلا في عقود القانون الخاص. ومبرر ذلك دائما مقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد¹.

فاذا كانت قواعد تفسير العقود واحدة وهي منصوص عليها في القانون المدني، الا أن ذلك لا يمنع من تمييز يخص العقود الادارية في نظرية القانون الاداري.

فلوبادير يقول أن القضاء الاداري الفرنسي يطبق على العقود الادارية نفس القواعد العامة في التفسير والتي وردت في المواد 1156 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها، دون الاشارة عند التطبيق الى هذه النصوص المدنية². غير أن قواعد التفسير الواردة في القوانين المدنية ليست ملزمة للقاضي المدني، وانما يستأنس بها وهو حر في الأخذ أو عدم الأخذ بها³.

ان تفسير العقد الاداري ينصب بالدرجة الأولى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهي تكون ملموسة أثناء تكوين العقد وليس أثناء تنفيذه، وذلك بالتمييز بين الجوانب التنظيمية والجوانب العقدية في ابرام وتكوين العقد الاداري. فالأولى مسائل قانون والثانية مسائل واقع.

فالقاضي الاداري وهو يبحث في تفسير بنود تكوين و ابرام العقد الاداري يجد نفسه أمام حالات ثلاثة؛ حالة وضوح بنود العقد الاداري، وحالة غموضها، وحالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين.

1. تفسير القاضي الاداري لبنود العقد الواضحة:

اذا كانت عبارات العقد الاداري واضحة وتبين الارادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا محل لتفسير تلك العبارات بداعي البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا يجوز الاعراض عن هذه العبارات بالتفسير والتأويل.

وفي حال اساءة المتعاقدين استعمال التعبير الواضح، وقصدا معنى خلافه، فان العبرة تكون بتطبيق قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني "، أي أن القاضي لا يجب أن يتقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ.

والبحث في قصد المتعاقدين يكون من خلال البحث في الارادة الباطنية للمتعاقدين بصورة مشتركة.

¹ - جابر جاد نصار، العقود الادارية، مرجع سابق، ص 67.

² - André De Loubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé Traité des contrats administratifs. Tome 2, LGDJ, 1984.

³ - سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي ازاء العقد الاداري، مرجع سابق، ص 267.

2. تفسير القاضي الاداري لبنود العقد الغامضة:

قد تكون بنود العقد الاداري ليست واضحة وغامضة، لذلك يتعين على القاضي تفسير العقد وذلك بالبحث في الارادة الحقيقية للمتعاقدين من جميع مضامينه.

حيث قد يعتمد القاضي للتعرف على قصد المتعاقدين، على الأفعال التي تصدر منهما، وبعوامل من داخل العقد ومن خارجه¹.

فمن العوامل الداخلية لتفسير بنود العقد، الاستناد الى الالفاظ والمباني دون اغفال المعاني.

أما العوامل الخارجية التي يمكن للقاضي أن يعتمد عليها لتفسير بنود العقد الاداري الغامض، فمنها ما يرجع الى العرف الجاري التعامل فيه، تطبيقا لقاعدة " المعروف عرفا كالمشروط شرطا "، وأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص. وذلك ما لم يرد بند في العقد يستبعد تطبيق ذلك العرف.

اضافة الى العوامل الخارجية التي يمكن أن يعتمدها القاضي في تفسير غموض العقد الاداري، العادات، فالعادة محكمة عامة كانت أو خاصة، فالمتعاقدان ان ينصا على أمر في من الأمور، احتكم القاضي الى العادة السائدة في التعامل وموضوع العقد².

ففي تجهيز محطات ضخ البنزين في العادة أن تضيف الادارة كميات من البنزين بدون ثمن كمقابل للتبخير بفعل الحرارة. فاذا ابرمت الادارة عقدا الالتزام محطة الوقود مع أحد الأفراد فمن حقه أن يطالبها بتلك الاضافات المجانية بالرغم من عدم احتواء العقد على مثل هذا الشرط³.

3. حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين:

ان ابرام العقد الاداري يعني التام مشيئتين، مشيئة الادارة العامة ممثلة في الموظف العام المختص من قبلها، ومشيئة المتعاقد معها، وذلك بتوقيعها عليه.

حيث تتقابل ارادتي الطرفين، من خلال التوافق على بنود العقد التعاقدية والتنظيمية على السواء.

لكن في بعض الأحيان، قد يكون التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين غير واضحا ويحدث شك في ذلك، فتطبق قاعدة تفسير الشك لصالح المدين، بحسب قواعد القانون المدني، حيث تنص المادة 112 من القانون المدني الجزائري⁴:

" يؤول الشك في مصلحة المدين.

¹ - سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي ازاء العقد الاداري، مرجع سابق، ص 272.

² - المرجع نفسه، ص 272.

³ - المرجع نفسه، ص 272.

⁴ - الأمر: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الأذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى ."

فقاعدة تفسير الشك للمدين لها مبررات أهمها:

- أن الأصل براءة الذمة، وأن الالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، وحيث أن المدين هو من يدعي عليه خلاف الأصل وجب تفسير العقد لمصلحته.
- الدائن هو المكلف باثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع وكان عاجزا عن اثبات ذلك، فلا يبقى الا الأخذ بالمدى الضيق لانه وحده الذي قام عليه الدليل.
- ان الالتزام يمليه الدائن الطرف القوي في العقد لا المدين الطرف الضعيف، لذلك رعاية الطرف الضعيف واجبة في أصله.

فتفسير العقود الادارية تقترب كثيرا من طريقة تفسير العقود المدنية استنادا الى القواعد العامة في التفسير، وان كان القاضي الاداري يبحث في العقد موضوع النزاع امكانية الأخذ بالأسلوب العام أم لا، من خلال البحث في أساس سلطة الادارة في العقد وبموضوعه ان كان يتعلق بمقتضيات المصلحة العامة، وسير المرافق العامة¹.

فقضاء مجلس الدولة الفرنسي قضى أن تفسير الغموض في العقود الادارية، لا يكون باتباع أساليب القانون المدني والقانون الخاص في التفسير، انما باتباع أساليب القانون العام، وطبيعة العقود الادارية والنظام القانوني الذي يحكمها وتبعاً لتغير الظروف الذي هو سمة من سمات العقود الادارية².

الفرع الثاني: تدخل القاضي الاداري في انتهاء العقد الاداري.

ان القاضي الاداري قد يتدخل في انتهاء العقد الاداري، لعدة أسباب من بينها، حالة القوة القاهرة، أو عند الاخلال بالعقد وبنوده من أحد طرفيه، أو حالة التعديل الانفرادي للعقد من طرف ما وتحمل الطرف الثاني أعباء غير منتظرة.

فيكون في الحالات السابقة الفسخ، فسحا قضائيا للعقد الاداري، كتدخل لسلطة القاضي في العقد الاداري.

أولاً: القوة القاهرة كسبب للفسخ القضائي للعقد الاداري.

القوة القاهرة هي حدث خارجي، غير متوقع، لا يمكن مقاومته، مستقل عن ارادة الأطراف المتعاقدة، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ الالتزامات العقدية - بين الملتزم المتعاقد والادارة - أو أحد هذه الالتزامات، لا يلزم أحد بالمستحيل³.

¹ - سيد أحمد محمد جاد الله، مرجع سابق، ص 274 - 275.

² - C.E. 12 Avril, 1992, SNCF, p 168.

³ - نصري منصور نابلسي، العقود الادارية، مرجع سابق، ص 09.

وهي نظرية من ابتداء الاجتهاد القضائي الاداري لمجلس الدولة الفرنسي، ترجع تطبيقاتها الى منتصف القرن التاسع عشر، فاذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عن

ابرام العقد، وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مستحيلا، فان له الحق في المطالبة بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار¹.

1. الأساس القانوني للقوة القاهرة لفسخ العقد الاداري:

ان المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة. كالتشريع الفرنسي والمصري لم يعرفوا القوة القاهرة، انما أشاروا اليها كسبب معفي من المسؤولية. فالقوة القاهرة تمثل الحادث الأجنبي الذي لا يد لطرفي العقد في حدوثه، وتؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام العقدي، مما ينتج عنه ضرورة فسخ العقد أو انفساخه.

تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري²:

"اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

أما قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده عرف القوة القاهرة في نص المادة 269 منه على أنها³:

"هي كل أمر لا يستطيع الانسان توقعه كالظواهر الطبيعية، الفيضان، الجفاف، الحرائق، غارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عملا مستحيلا، ولا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يتم الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه وكذلك لا يعتبر من القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

حيث ما قد يعاب على المشرع المغربي بخصوص معالجة فكرة القوة القاهرة هو تعداد صور ايجابية وأخرى سلبية لها على سبيل الحصر أو تكاد، وفي ذلك موقف قد يكون بجانب للصواب، لذلك يبق التمثيل على سبيل المثال أوجب وأوكد.

¹ محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، 2012 دار الفكر العربي، ص 770 - 771.

² المادة 127 من الأمر: 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

³ المادة 269 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ان الاجتهاد الفرنسي يأخذ بفكرة القوة القاهرة كسبب للمطالبة بالفسخ القضائي، وهو موسع لمفهوم القوة القاهرة وأثرها على العقود الادارية في قراراته، بين مفهومين أحدها تقليدي والثاني واسع¹.
أما على مستوى الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري، يمكن القول أن القاضي الاداري بين ضمنا مفهوم القوة القاهرة، ومن ذلك:

في قرار الغرفة الادارية بالمحكمة الادارية بتاريخ: 08-03-1999 في قضية ب ت ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة متعلق بإبرام صفقة لبناء مكتبة تقع في حي الزيتون بسكيكدة، حيث أن موضوع العقد لم يتم في الآجال المحددة فيه، مؤكدا خصم الادارة العامة، أن السبب في ذلك قوة القاهرة مرتبطة بالوضعية الاقتصادية للبلد².
حيث القاضي الاداري أجاب الخصم بعدم التمسك بحجة القوة القاهرة في قضيته، لأنه: " ليس للوضعية لا طابع عدم التوقع ولا الاستثناء "

وفي قرار لمجلس الدولة بتاريخ: 07-05-2001 بين فيه القاضي أن: " الضرر الناتج عن فياضانات ومتعلق بفئة كبيرة من المتضررين يعد قوة القاهرة .."³.

حيث أساس فكرة القوة القاهرة من خلال الاجتهاد القضائي السابق هو :

- طابع عدم التوقع.
- طابع الاستثناء.
- تعدد المضرور، وعدم امكان تحديده.

2. شروط صفة القوة القاهرة للحدث:

من خلال تعريف القوة القاهرة الفقهي والقضائي والتشريعي، يمكن استنباط شروط لوصف حالة ما بأنها قوة

قاهرة، والتي يمكن من خلالها تدخل القاضي الاداري في العقود الادارية، أهمها:

- عدم التوقع أو حدث غير مرتقب:

الصفة الملازمة للقوة القاهرة أنها غير مقدرة الوقوع، أي لا يكون المتعاقد مع الادارة العامة قد تصور أو توقع

امكانية حدوث حادث يستحيل معه اتمام تنفيذ محل العقد⁴.

¹ - علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 85.

² - سايس جمال، الاجتهاد القضائي في القضاء الاداري، ج 2، مرجع سابق، ص 932-933.

³ - المرجع نفسه، ص 1010-1011.

⁴ - علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 85.

اذ أن توقع الحدث أو عدم توقعه يمثل الفاصل بين قدرة المتعاقد على تحاشي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق لمواجهته اذا كان يتوقعه، أو عدم قدرة المتعاقد على ذلك متى لم يكن ممكنا بالنسبة اليه توقع الحدث¹.
ويطرح البعض أمثلة لتلك الحالات من قبيل؛ الحرب والثورة والاضراب والحريق وانفجار الآلات وزيادة عدد السياح في فصول السياحة فتحدث ضررا لشركات السياحة، حيث يمكن عدها حوادث فجائية غير ممكن تلافي وقوعها ولا درء نتائجها.

وشرط عدم توقع الحدث المفاجئ، أو عدم امكان دفعه. قد يختلف تقديره بين حالة وحالة وبين متعاقد وآخر. لذلك نجد للمحكمة والقاضي أساسا في تقدير المعيار وعبء تبين ما اذا كنا في حالة قوة قاهرة أم لا.

- أن يكون حادث القوة القاهرة خارج ارادة الادارة العامة والمتعاقد معها:

يجب أن يكون الحدث حتى يوصف بالقوة القاهرة خارج ارادة الادارة العامة، حيث ان كان بفعل الادارة يعني التزام الادارة بالتعويض. كما يجب أن يكون خارج ارادة المتعاقد مع الادارة العامة من جهة ثانية، ويثبت أنه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل².

مما تقدم يبدو جليا أن هناك تعارضا بين فكرة اهمال المدين وفكرة القوة القاهرة، حيث لا يمكن الجمع بينهما. فلا وجود للقوة القاهرة مع وجود اهمال ينسب للإدارة،

- عدم امكان تلافي الحدث:

لا يكفي عدم توقع حدوث الحدث، بل يجب كذلك ألا يكون في الامكان دفعه، أي مستحيل الدفع. أما اذا امكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة. كما يجب أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلا³.

حيث هذا الشرط، يمكن ان يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، فالقوة القاهرة تعني المتعاقد من متابعة التنفيذ لاستحالة التنفيذ، أما نظرية الظروف الطارئة فان المتعاقد ملزم بمتابعة التنفيذ رغم الصعوبات التي تعترضه⁴.

ثانيا: الاخلال بالعقد كسبب للفسخ القضائي في العقد الاداري.

¹- علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 86.

²- أميرة جعفر شريف، كاوه ياسين سليم، مصطفى رشيد، نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الاسلامية، ص 991.

³- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 967.

⁴- ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، مرجع سابق، ص 146.

القاعدة العامة في العقود المدنية تقضي العقد شريعة المتعاقدين بحيث يلتزم أطرافه بالتزامات ثابتة محددة فترة تنفيذ العقد، بينما ذلك في العقود الادارية لا يعدو الا أن يكون استثناء، حيث القاعدة العامة في تنفيذ العقود الأخيرة هي " مرونة التزامات المتعاقد مع الادارة العامة وتحركها اما بالزيادة أو بالنقصان "، وضمان فكرة التوازن المالي فيها¹. وبالتالي عند اخلال أي طرف من أطراف العقد الاداري بالتزاماته العقدية يجوز للطرف المتضرر الالتجاء للقضاء للمطالبة بالفسخ.

فللإدارة العامة طلب الفسخ قضاء، مع أن لها حق المبادرة بقرار فسخ العقد كجزء لإخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية استنادا لامتياز المبادرة والسلطات العامة. حيث الطريق الأول للفسخ القضائي تنتهجه الادارة كي تضمن عدم الرجوع اليها بالتعويض متى أساءت استعمال هذا الحق، أو استعملته استعمالا غير مشروع². كما أنه للمتعاقد مع الادارة العامة اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ كجزء على اخلال الادارة العامة بالتزاماتها التعاقدية وارتكابها خطأ جسيما³.

ثالثا: التعديل الانفرادي للعقد الاداري كسبب للفسخ القضائي.

تتمتع الادارة العامة بسلطة استحداث تعديلات في العقد، والذي ينجم عنه امكان تحمل المتعاقد معها أعباء اضافية ما كان ليقبلها لو عرضت عليه أثناء التعاقد. فيحق له، أي المتعاقد مع الادارة والحال كذلك مطالبته بفسخ العقد أمام القضاء. حيث حكم الفسخ آثارا تترد الى تاريخ رفع الدعوى، وغالبا ما يكون الحكم بالفسخ مصحوبا بالتعويض عما لحق المتعاقد من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة عمل الادارة وسلطاتها الاستثنائية. كم قضى بذلك الاجتهاد القضائي الاداري⁴.

الفرع الثالث: أثر الاجتهاد القضائي الاداري عند نهاية العقد الاداري.

بالإضافة الى السلطات التي يتمتع بها القاضي الاداري عند تدخله حالة القوة القاهرة، وعند الاخلال بينود العقد، وعند التعديل للعقد الاداري. يمكنه أن يكون له دور كذلك في حالات أخرى يظهر فيه أثرها بارزا ومؤسسا في نظرية العقد الاداري، وذلك في نظرية الظروف الطارئة، وفعل الأمير، وحالة الصعوبات المادية. والتي تعد من اجتهادات القضاء الاداري أساسا.

أولا: نظرية الظروف الطارئة.

¹ - جابر جاد نصار، العقود الادارية، مرجع سابق، ص 309.

² - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 772-773.

³ - المرجع نفسه، ص 773-774.

⁴ - المرجع نفسه، ص 772.

1. في أساس فكرة الظروف الطارئة.

ان العقود الادارية كما هو حال العقود المدنية تمتاز بضرورة أن يكون هناك توازن في الالتزامات والحقوق المتبادلة لكل من طرفيه في مرحلة تكوينه. غير أنه قد تشاء الظروف في أحيان بسبب طوارئ تواجه التنفيذ ان تخل بهذا التوازن، وبالتالي بقصد معالجة الاختلال وازالة الضرر الناشء، جاءت نظرية الظروف الطارئة لحل ذلك.

حيث يرى البعض، أن نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية من ابتداء قضاء القضاء الاداري الفرنسي، تهدف الى الحفاظ على التوازن المالي والاقتصادي للعقد الاداري. كرسها مجلس الدولة الفرنسي بشأن عقود الامتياز في قراره المبدئي الشهير " غاز دي بورديو "، محددًا شروط تطبيقها ونتائجها القانونية¹. بل قد تكون أقدم من ذلك حيث طبقها مجلس الدولة الفرنسي دون أن يسميها، ودون أن يهتدي الى نظرية عامة بشأنها، وذلك في قرار بتاريخ: 02-02-1846 بزيادة الأسعار بالنسبة لعقد كان قد أبرم بين الادارة وأحد الأفراد في زمن السلم. وفي قرار 13-03-1870 لما سمح فيه باجراء تعديل في شروط عقد احتل توازنه المادي بسبب ظروف حالة الحرب الفرنسية الألمانية².

على الرغم من أن اتجاه كبير في فقه القانون الخاص خاصة، يرى مرجعية النظرية الى القانون المدني وفقهه. ولقد طبقت المحكمة الادارية العليا المصرية هذه النظرية، في أحكامها ولم تخرج عن ما ذهب اليه القضاء الاداري المصري، مستندا الى فكرة العدالة المجردة، وتحقيق المصلحة العامة، عبر كفالة حسن سير المرافق العامة، باستمرار واطراد³. فقد تحدث ظروف مستقلة عن ارادة المتعاقدين، وغير متوقعة بعد ابرام العقد من شأنها الاخلال باقتصادياته، دون أن تؤدي الى استحالة تنفيذه، لكنها تلحق بالمتعاقدين أضرارا جسيمة على الرغم من بقائه ملزما بمتابعة التنفيذ، اذ يصبح تنفيذ العقد أثقل عبئا على المتعاقد وأكثر كلفة، فتتجاوز خسارة المتعاقد مع الادارة العامة الخسارة المألوفة العادية. فتبادر الادارة العامة الى تقديم العون له لتخطي الصعوبات الطارئة.

وبعد الخلل في توازن العقد الاداري خللا ذا طابع اقتصادي مرتبط بعوامل التقلبات الاقتصادية، كارتفاع الأسعار وزيادة الرواتب والأجور وغيرها. وفي هذا اشارة الى أن مفهوم الانهيار أو الاضطراب الاقتصادي هو أساس تطبيق النظرية، لكن قد تكون للنظرية أسباب أخرى أهمها:

الأسباب السياسية؛ كإعلان الحرب، حيث جاء في حكم لمحكمة القضاء المصرية في 30 يونيو 1957 على أنه: " لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها.. والأساس في ذلك لنظرية الظروف الطارئة.. " ¹.

¹ - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الاداري، ج 1، مرجع سابق، ص 73-74.

² - المرجع نفسه، ص 101.

³ - المرجع نفسه، ص 91.

الأسباب الطبيعية؛ كالزلازل أو الجفاف.

أو حتى الاجراءات الادارية، متى كانت صادرة عن غير الجهة الادارية المتعاقدة الاصلية. كسياسة تثبيت الأسعار التي قررت اعتمادها الدولة الفرنسية ابان الحرب العالمية الثانية².

وفي النظام القانوني الجزائري تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في نص المادة 107-3 من القانون المدني التي

تنص:

"غير أنه اذا حدثت استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

قن المشرع الجزائري فكرة الظروف الطارئة باعتبارها فكرة تتوافق مع مبادئ العدالة، فليس من العدل أن يترك المتعاقد يتحمل بمفرده الأعباء المالية بحجة أن الادارة ليست المتسببة في هذه الظروف الجديدة.

أما في مجال العقود الادارية فانه يمكن الاستئناس بنص المادة 138 من المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن

قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في امكانية اعادة التوازن المالي في اطار الملحق، والتي نصت على³:

".. اذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و/أو أدى الى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي،..".

فنظرية الظروف الطارئة تقع وسط بين الحالة العادية والتي يتعين على المتعاقد مع الادارة العامة القيام بالتزاماته، وبين حالة القوة القاهرة والتي تؤدي الى تحرره تماما من التزاماته لاستحالة التنفيذ. حيث تمكنه الظروف الطارئة بالاستمرار في تنفيذ العقد وان كان مرهقا من خلال تقديم المعونة من قبل الادارة المتعاقدة لتخفيف الأعباء عليه⁴.

حيث تقدير توافر شروط تطبيق النظرية من اختصاص القاضي، ولا يحق للمتقاضي الذي واجهته صعوبات في التنفيذ أن يتوقف عن ذلك بحجة توافر شروط النظرية.

2. دواعي تدخل القاضي للتعويض في حالة الظروف الطارئة:

¹ - المرجع نفسه، ص 92.

² - C.E, 15-07-1949, Ville délbeuf, 1950, 61, noté Mestre.

³ - المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المادة 138.

⁴ - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 546 وما بعدها.

ان في تبرير تدخل القاضي الاداري والمدني كذلك في العقود لإقرار التعويض في حالة الظروف الطارئة، يرجعه الفقه الى أسس متعددة، قد تعود الى النص القانوني المدني، وقد ترجع الى المبادئ العامة للقانون، وقد ترجع في نظر البعض الى المبادئ الفلسفية والأخلاقية. ولأسس أخرى.

أ. ضمان استمرارية المرفق العام:

ان الاجتهاد القضائي الفرنسي والمصري أقر منح التعويض في حالة الظروف الطارئة استنادا لتطبيق فكرة استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد، فالأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدي خدماتها باستمرار، وعلى الادارة أن تعمل على تحقيق هذه القاعدة. فاذا طرأت ظروف غير متوقعة، وترتب عليها ارهاق المتعاقد، فعلى الادارة أن تعتمد الى معاونته للتغلب على تلك الظروف كي يستطيع المرفق العام أن تؤدي خدماته المعتادة دون توقف. فالتعويض يستند الى ضرورات سير المرفق العام بانتظام دون انقطاع، والى قواعد العدالة¹.

ب. فكرة التوازن المالي للعقد الاداري:

تبنى فكرة التوازن المالي للعقد الاداري الفقيهان Waline و De Soto ، والأستاذ بيكينو رد فكرة التوازن المالي للعقد الاداري الى معادلة حسابية فيما بين الالتزامات والحقوق صورها كما يلي: أن حقوق المتعاقد التي يحصل عليها من العقد عند ابرامه لأول مرة تسمى أ وأن التزاماته تساوي ب، فان نسبة حقوقه الجديدة بعد الزيادة أو النقصان الى التزاماته الجديدة يجب أن تكون هي ذات النسبة بين حقوقه والتزاماته الأصلية .

ويرى محمد سليمان الطماوي أن التوازن المالي للعقد أنه ليس معادلة حسابية كما قال بيكينو، انما مرونة التزامات المتعاقد من خلال حقوقه في مواجهة الادرة، فيجب أن يكون أيضا هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها وهو ما يعبر عنه بالتوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق².

ويرى ثروت بدوي أنه فكرة التوازن المالي للعقد أنها خطيرة وغير صحيحة ويتعين حذفها نهائيا من نظرية العقود الادارية، لأنها تفسر بطريقة غير صحيحة حق المتعاقد في التعويض نتيجة تعديل الادارة للعقد المبرم بينهما، حيث أن هذا التعويض ما هو الا نتيجة لازمة لسلطة التعديل التي تملكها الادارة³.

ج. فكرة النية المشتركة للطرفين:

¹- G.Vedel, P.Delvolvé, Droit administratif,op.cit, p 359
De Laubadère ,op.cit, ,p 119.

²- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 503.

³- أشار اليه، محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 504.

اتجه بعض الفقه ومنهم Bonard الى ان القاضي الاداري يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تترتب على الظروف الطارئة، لأن نية الطرفين تنصرف الى أن يتحمل الطرفان المتعاقدان آثاره الضارة، كنية مفترضة وضمنية¹. وقد جاء في تقارير أحد مفوضي مجلس الدولة الفرنسي: " .. لقد طبقتم مبدأ أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، ووفقا للنية التي قصدتها الأطراف لحظة ابرام العقد .."².

يرجح علي عبد الأمير قبلان أساس التعويض في نظرية الظروف الطارئة الى العدالة³. حيث الملاحظ في الحالات الثلاثة، لدواعي تدخل القاضي الاداري لإقرار التعويض عن الظروف الطارئة التي تنجم عن عقد اداري معين ، أنها تعد قواعد تنبني على مبادئ عامة لا قواعد وضعية، يجد القاضي فيها فسحة اجتهادية سواء في اقرار مبدأ استمرارية المرفق العام والعقود، أو الكشف عن النية الضمنية للمتعاقدين أو ضمان التوازنات المالية للعقد، بالإضافة الى قواعد العدالة. وهي في مجملها قواعد مجردة بعيدة عن الثبات التشريعي.

ثانيا: نظرية فعل الأمير.

نبين بداية تعريف نظرية فعل الأمير وأساسها، ثم في دواعي تدخل القاضي الاداري اجتهادا فيها.

1. تعريف نظرية فعل الأمير:

تعد نظرية فعل أو عمل الأمير قديمة، ومن ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، وهي فكرة مرنة ومتطورة كما أشار هوريو في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 مارس 1910⁴:

"La catégorie du fait du prince est peut etre une des catégories juridique provisoires , dans les quilles ou range tout d'abord des cas qui surprennent parce qu'ils font exception a des idees recues, puis plus tard, on s'aperçoit que ces cas sont disparates, Et qu'il vaudrait peut-etre mieux les étudier chacun dans leur particuliers".

ولقد عرفها أحمد محيو بأنها: " كل اجراء تمليه السلطات العامة ويؤدي، بالنتيجة لجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة للمتعاقد، حيث يمكن لهذه الا حيث يمكن لهذه الاجراءات التي تفرض أعباء اضافية على المتعاقد، أن تكون ذات طابع عام أو خاص"⁵.

¹ - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الاداري، ج2، مرجع سابق، ص114.

² - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الاداري، ج2، ص 114-115.

³ - المرجع نفسه، ص 115.

⁴ - أشار الى ذلك: محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، 2012 دار الفكر العربي، هامش رقم

1، ص 515.

⁵ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، مرجع سابق، ص 387.

وعرفها محمد سليمان الطماوي باعتبارها¹: "عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه سوء مركز المتعاقد في عقد اداري، ويؤدي الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضروب عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد".

ومجلس الدولة الفرنسي عرف نظرية عمل الأمير بأنها²: "عمل يصدر من سلطة عامة ودون خطأ من جانبها. ينجم عنه الاخلال بمركز التعاقد في العقد الاداري، بحيث تلتزم الادارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به، بما يعيد التوازن المالي للعقد".

ولقد عرفت محكمة القضاء الاداري المصرية عمل الأمير بأنه كل اجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بالمخاطر الادارية، وهذه الاجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص، وقد تكون بقواعد تنظيمية عامة³.

أما المحكمة الادارية العليا فقالت بضرورة توافر الشروط الآتية⁴:

- أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية، تتعلق به النظرية وتطبق منازعة ان استوجب الأمر ذلك.
 - أن يكون العمل الضار صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة.
 - ترتب ضرر للمتعاقد نتيجة الفعل الضار من الادارة المتعاقدة.
 - افتراض عمل الأمير عدم خطأ الادارة المتعاقدة.
 - يجب أن يكون الاجراء الصادر من الادارة العامة غير متوقع.
- حيث يمكن القول أن هناك مفهوما واسعا لفكرة عمل الأمير اذا كان الخطأ ناتج عن سلطة عامة، ومفهوما ضيقا اذا كان الخطأ يخص الادارة العامة المتعاقدة.

وبخصوص النظام القانوني الجزائري؛ يقول عمار بوضياف¹، أن المشرع الجزائري قنن هذه النظرية ذات المصدر القضائي، وتبنى العمل بها، والذي تأثر بها القضاء الجزائري منذ فجر الاستقلال من خلال نصه في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه²:

¹- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص 515.

²- أشار اليه: هاشم سالم قوبع، اختلال التوازن المالي في العقد الاداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 48.

³- حكم 14 ابريل 1960، أشار اليه: حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الاداري، مرجع سابق، ص 649.

⁴- أنظر: محمد سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 517-518-519.

حسين عمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 649.

" تسري النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في اطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الفقرة أعلاه أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ

صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي:

- ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من طرفين ..".

2. دواعي تدخل القاضي في نظرية عمل الأمير:

ان المتعاقد مع الادارة العامة يتمتع نتيجة العمل الصادر عن الادارة العامة في اطار نظرية فعل الامير بحق التعويض، وفي هذا السياق يمكن التساؤل عن: أساس التعويض؟ وقبل ذلك كيف لعمل غير خاطئ في نظرية عمل الأمير ينتج عنه تعويض؟

يفترض " عمل الأمير " ان الادارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار. ذلك أن التزام الادارة بمقتضى العقد، لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عالية تستهدف تحقيق الصالح العام. فاذا ما تصرفت جهة الادارة المتعاقدة، في حدود سلطاتها، وترتب على تصرفاتها ضرر للمتعاقد، فان الادارة تسأل في سياق نظرية عمل الأمير دون نظر لقيام الخطأ في جانبها، باعتبارها مسؤولة عقدية بلا خطأ³.

ومن خلال التطبيقات القضائية يمكن للإدارة العامة أن تأتي عملا يوصف بفعل الأمير ضارا بالمتعاقد معها، ذا طابع عاما أو خاصا كما ذكر محمد سليمان الطماوي⁴، وأحمد محيو⁵.

فمن بين عمل الأمير ذا الطابع العام؛ اصدار قوانين أو لوائح من جهة الادارة العامة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الادارة. والذي قد يؤدي الى تعديل مباشر في شروط العقد، اما بتعطيل بعض شروطه أو بتعديل فحواها أو بإنهاء العقد قبل الأوان.

حيث طبق اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التعويض للمتطوعين Les engages militaires الذين الغيت عقودهم نتيجة لصدور مرسوم يقضي بحل الفرق التي ينتمون اليها، في قضية Zeilabadien بتاريخ: 19 نوفمبر 1909⁶.

¹ - عمار بوضياف، شرح قانون الصفقات العمومية - طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، ط 05، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية الجزائر، 2017، ص 51.

² - المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المادة 153.

³ - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقد الاداري، مرجع سابق، ص 519.

⁴ - المرجع نفسه، ص 521.

⁵ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، مرجع سابق، ص 387.22

⁶ - مجموعة سيرري سنة 1910، نقلا عن: محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقد الاداري، ص 529.

وطبق كذلك مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير في حكمه بتاريخ: 28 ابريل 1939 في قضية chemins de fer de l'Ouest لما قضى بالتعويض الكامل للمتعاقد مع الادارة العامة نتيجة ضرر ناتج عن قانون خفض نفقات الدولة¹.

كما ان الاجراء العام قد يعدل في ظروف التنفيذ الخارجية، حيث لا يمس الاجراء شرطا من شروط العقد، بل قد يقتصر أثره على التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد².

أما الاجراء الخاص لعمل الأمير؛ فيظهر في صورة تعديل مباشر في شروط العقد، فلإدارة العامة الحق في أن تتدخل مباشرة، بقرارات منها، وأن تعدل في التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة. في مقابل حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد³.

كما قد يظهر الاجراء الخاص للإدارة العامة في تغيير في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه تحميل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد، كالقرارات التي تصدرها جهة الادارة المتعاقدة الى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة. وبعض اجراءات الضبط الاداري التي قد تؤدي الى زيادة أعباء المتعاقد. أو قيام الادارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضرارا في تنفيذ العقد، أو بأعمال مادية من شأنها أن تزيد من أعباء المتعاقد⁴. وأساس التعويض يقدره القاضي من خلال ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته مع الادارة المتعاقدة من كسب، وهو تعويض كامل بخلاف الوضع في التعويض في نظرية الظروف الطارئة⁵. والذي يبني على فكرة التوازن المالي للعقد والمسؤولية التعاقدية للادارة القائمة على غير الخطأ⁶.

حيث يمكن القول من خلال السياق السابق؛ أن للقاضي الاداري دور أساسي في حماية حقوق المتعاقد مع الادارة العامة بناء على نظرية عمل الأمير، وفي بناء النظرية القانونية الادارية عامة.

حيث الاجتهاد القضائي يقبل التعويض بناء على فعل الأمير دون نظر للتعويض المقرر قانونا أو في العقد الاداري، بناء على عمل الأمير الايجابي وعمل الأمير السلبي كذلك⁷.

¹ - مجلة القانون العام سنة 1940، ص 58 نقلا عن محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقد الاداري، ص 529.

² - محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 530.

³ - محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 521-522.

⁴ - المرجع نفسه، ص 522 - 523.

⁵ - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الاداري، مرجع سابق، ص 652.

⁶ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 521-522.

⁷ - أنظر: جابري فاطيمة، حق المتعاقد مع الادارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الاداري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 11 سبتمبر 2018، ص 189.

حيث عمل الأمير الايجابي يكون متى أصدرت الادارة العامة أعمالا ايجابية القرارات مثلا تحدث خللا في التوازن المالي للعقد الاداري. أما عمل الأمير السلبي، يكون متى امتنعت الادارة العامة عن تطبيق القوانين واللوائح والتي يتعين تطبيقها وعزوفها عن اتخاذ اجراءات معينة حيث يؤدي هذا الامتناع الى تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وتبعاً لذلك، يبق للاجتهاد القضائي الاداري أثر بارز في بناء نظرية القانون الاداري متى قام بدوره الأساسي اجتهاداً ولو في غياب النص القانوني.

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

نبين بداية الأساس القضائي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وفي دواعي تطبيق القاضي لها.

1. الأساس القضائي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلق القضاء الاداري، وهي قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث كان أول حكم قضائي صدر في ذلك حكم دوشي Duché في 24 مارس 1864، والذي اقر اجتهاد القاضي تعويض المتعاقد مع الادارة العامة عن أي صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكن من مواصلة التنفيذ¹.

عرفها محمد سليمان الطماوي قائلاً²: "اذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند ابرام العقد، وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فان من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار".

ويرى دي لو بادير في مطوله أن هذه النظرية تكاد تنطبق قضائياً فقط مجال عقود الأشغال العامة. مع تسليمه في ذات الوقت بإمكان تطبيقها في مجال العقود الادارية الأخرى متى توافرت الشروط، غير أن وجود مثل هذه الشروط في عقد من العقود، يجعل القاضي يتشدد في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات التي تحول الحق في التعويض على أساس هذه النظرية³.

ومحكمة القضاء الاداري المصرية عرفت فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة في حكم 20 يناير 1957 قائلة⁴:

¹ - محمد أنس قاسم جعفر، العقود الادارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1999، ص 166.

² - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 593.

³ - أشار الى ذلك: المرجع نفسه، ص 593 - 594.

⁴ - أشار اليه: المرجع نفسه، ص 596.

"حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية (الصعوبات غير المتوقعة)، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الاداري، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الادارية، وبخاصة عقود الاشغال العامة، فقد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الادارة، وأكثر كلفة، فيجب - من باب العدالة - تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري الا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة. والتعويض هنا لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ اضافي له على الاسعار المتفق عليها. وبذلك تختلف هذه النظرية .. عن نظرية الظروف الطارئة .. كما تختلف عن نظرية القوة القاهرة..".

2. دواعي تطبيق القاضي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ان أساس تطبيق فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة يرى عثمان حسين اعتبارات العدالة، فمن العدالة تعويض المتعاقد مع الادارة عن كل صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد¹. ومبدأ العدالة يؤكد فكرة النظر الاجتهادي القضائي الاداري لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. ويقرر جيز²:

"La commune intention des parties lors de la passation du marché a été d'appliquer sujétions imprévues des prix spéciaux".

حيث يمكن اعتبار "النية المشتركة للطرفين المتعاقدين" أساس فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة، على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد انما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية، أما الصعوبات غير المتوقعة، والتي لم تخطر ببال الطرفين، فيفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلهما بطريقة خاصة³. هذا الأساس الأخير يعتبره محمد سليمان الطماوي تعسفيا بالرغم من تطبيقه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أحيان⁴.

ويرجح محمد سليمان الطماوي اعتبار قواعد العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية لهذه النظرية القضائية، باعتبار ان المتعاقد مع الادارة العامة في العقود يعتبر مساعدا ومعاون لها في سير المرافق العامة، وهو ذات الرأي الذي قال به

.⁵De laubadere و Walline

وفي ذلك، يبقى للاجتهاد القضائي الاداري دور وأثر بارز في نظرية الصعوبات المادية ولنظرية العقد الاداري اجمالا.

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الاداري، مرجع سابق، ص 656.

² - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 595.

³ - المرجع نفسه، ص 594-595.

⁴ - المرجع نفسه، ص 595.

⁵ - المرجع نفسه، ص 595.

الخاتمة

خاتمة:

في خاتمة الأطروحة، المعنونة بدور الاجتهاد القضائي في اثراء القانون الإداري، نصل الى ما يلي من نتائج واقتراحات:

عمليا ليس هناك انكار لدور ومكانة الاجتهاد القضائي بالنسبة للقانون الإداري، فمن خلال الواقع العملي يلتزم القاضي العمل على إيجاد الحلول القضائية. والفصل في المنازعات توكيا لإنكار العدالة. كما أن مسألة ضعف الدور الاجتهادي للقاضي الإداري الجزائري في المادة الإدارية، لا يمكن انكارها لعدد العوامل التي تكلم عنها الفقه ولا يزال.

حيث هدف الباحث من خلال عرض المواقف من أدوار الاجتهاد القضائي في نظرية القانون الإداري عامة والقانون الإداري الجزائري على الخصوص، الموازنة والمقارنة بين مبررات النفي والإيجاب بخصوص ذلك، والنتيجة في هذا السياق، بحسب رؤية الباحث أولوية مبررات الموقف الثاني عن الموقف الأول.

فمبدأ الفصل بين السلطات الذي يرى اتجاه فقهي بأنه أساس لعدم امكان اجتهاد القاضي بجوار المشرع سنا لقاعدة قانونية معينة، يرى فيه اتجاه فقهي معتبر نقدا قد يبرر تدخل القاضي للإنشاء والابتداع التشريعي. فاذا كان للسلطة التنفيذية سلطة التدخل تشريعا فمن الذي يمنح السلطة القضائية من ذلك؟

كما أن رجوع القاعدة القانونية الى أصلها باعتبارها قاعدة اجتماعية ضمن نطاق القانون الاجتماعي، من أصل القاعدة الدولية في القانون الدولي، مبرر لإمكان تدخل القاضي الإداري اجتهادا في سلطة تشريع القانون الإداري. بالإضافة الى مسألة الموازنة بين شروط الترشح لعضوية السلطة التشريعية وتولي الوظيفة القضائية، يتبين بجلاء أولوية عضو السلطة القضائية من خلال مؤهلاته في تبني خيار التشريع في مقابل عضو السلطة التشريعية، والحال كلاهما يمثلان الإرادة الشعبية وإرادة الأمة.

فالمقارنة بين الفعل القضائي داخل المحاكم أقرب من الفعل التشريعي داخل قبة البرلمان في ابتداء الحلول القضائية أولا، وبناء أسس القواعد القانونية ثانيا. غير أن ذلك لا يعني نفي سلطة البرلمان في تشريع النصوص القانونية كسلطة أصيلة.

كما أن ذاتية القانون الإداري عن غيره من القوانين والتشريعات خاصة القانون المدني، من خلال ارتباطه بالمرفق العام مستهدفا المصلحة العامة ومستخدمها سلطة السلطة العامة، مبرر لضرورة تدخل القاضي الإداري اجتهادا وسن قواعد القانون الإداري الناظمة خاصة في ظل غياب النصوص، لمعيارية فكرة المصلحة العامة التي قد تتحجج بها الإدارة العامة، ومرونة العمل المرفقي وتطوره باستمرار واعتباره مفهوما متحركا ومتطورا، والحد من غلو السلطة العامة.

فمن خلال الخصائص الغير ثابتة للقاعدة القانونية الادارية في مجال المرفق العمومي والسلطة العمومية والمصلحة العامة، نجد لتدخل القاضي الاداري من خلال اجتهاده دورا أساسيا في إرساء وتكريس دعائم نظرية القانون الاداري وتشريع قواعد قانونية ادارية متى عرض على القاضي نزاع في ذلك.

وحتى لا يفتقر التشريع الإداري إلى مبرر ضروري وأكد في الإبقاء على الدور القضائي الإداري في الابتداء والخلق لقواعد القانون الإداري، فليس هناك من ينكر منطقة الفراغ والصمت التشريعي في المادة الإدارية على وجه الخصوص، والتي ما على القاضي الإداري الا ملاءها اجتهادا وانشاءا وخلقها للحلول القضائية.

فالإغفال التشريعي خصيصا ملازمة للقاعدة القانونية عموما، وللقاعدة الإدارية على الخصوص، وحتى لا يتهم القاضي بجرم انكار العدالة يلزمه إيجاد الحل القضائي ولو عند غياب النص القانوني.

ويعتبر التحول في الدفع بعدم الدستورية مبرر مستحدث لضرورة اعتبار الاجتهاد القضائي الإداري كمصدر للقانون الإداري، وذلك باعتبار القاضي الإداري هو قاضي دستورية من خلال إمكانية تدخله في رقابة المطابقة الدستورية للنص القانوني الإداري والاحالة الى المجلس الدستوري في ذلك، على وجه الخصوص.

فإتاحة الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الإداري يتيح إثراء العمل الاجتهادي للقاضي، من خلال تعزيز سلطته في حماية الحقوق والحريات، وتأكيد سلطة القاضي في انشاء القاعدة القانونية، وتعزيز سلطة المواطن المتقاضي في تعزيز ممارسة حق الدفاع، وتكريس مضامين المواطنة الفعلية، وتعزيز سلطة الإدارة العمومية، وصحة القاعدة القانونية المطبقة، من خلال احترام مبدأ تراتبية القواعد القانونية وتجسيد وتعزيز مبادئ الأمن القانوني، وتدارك الخطأ التشريعي.

فمبرر بقاء وسلطة القاضي الإداري في تطوير نظرية القانون الإداري أقوى من مبررات عزله واعتبار عمله لا يرتقي الى العمل البنائي للمادة الإدارية. ولو كان وصف ضعف الاجتهاد القضائي الإداري الجزائري، وصفا صحيحا وواقعا. ان تعامل القاضي الإداري مع المادة الإدارية في الشق الاجرائي والشق الموضوعي، يدل على الدور الاجتهادي له وضرورة تعزيزه والإبقاء عليه.

فأثر الاجتهاد القضائي في بناء القاعدة القانونية الإجرائية والموضوعية الإدارية واضح ولا ينكر، وهو لا يزال يعد مطلوبا ومرغوبا فيه مع " الحياة المستمرة والمتطورة للقانون الإداري اجرائيا وموضوعيا ".

فالمشروع الإداري تبنى في السابق، النظريات والمبادئ القضائية من لدن القاضي الإداري، والتي يعبر عنها فقها بأحكام المبادئ الكبرى للقضاء الإداري، والتي كرسها قضاء مجلس الدولة الفرنسي على وجه الخصوص.

وهو اليوم ومستقبلا، لا يزال عليه الإبقاء على الدور الانشائي للقاضي الإداري في تبنى المبادئ العامة للقانون، وانشاءها وكشفها، بوجود النصوص القانونية، أو بغياها. ومن خلال الأسس المادية للقانون كذلك.

حيث حق الدفاع وحق التقاضي ومعقولية المحاكمة، تعد مبادئ وضمانات قضائية يمكن للقاضي الإداري تطبيقها باعتبارها مبادئ غير مقننة. ومن خلالها استنباط قواعد قانونية إجرائية متعددة.

فأول اجتهاد قضائي لمبدأ احترام حقوق الدفاع هو ذاته أول حكم يعلن فيه مجلس الدولة الفرنسي، فكرة وجود مبادئ عامة للقانون واجبة التطبيق حتى بدون وجود نص تشريعي في ذلك. وبالتالي هو مؤسس للقواعد القضائية الكبرى التي يمكن أن تعد مؤسسة للقانون الإداري.

ومسألة التحول في مدلول حق الدفاع الى حقوق دفاع تبرر الدور الفاعل والدائم والمستمر للقاضي الإداري في ابتداء القواعد الاجرائية الادارية ضمانا لحقوق الدفاع.

فحقوق الدفاع حركية لا ساكنة، تستدعي حركية للاجتهاد لا سكون المشرع من جهة، وتعزز من جهة ثانية مبادئ المحاكمة العادلة، والتي تعد مطلبا مستمرا لضمان حقوق الانسان وحرياته.

ويتحقق ذلك من خلال عناصرها المختلفة كحق المواجهة والحق في ابداء الدفاع وفي تقديم الطلبات وابداء الدفوع والتزام الصمت.

والقاضي الإداري له دور وأثر فاعل في تعزيز حقوق الموظف العام أساسا في مجال الوظيفة العمومية، والتي تعد منازعاتها مجالا خصبا في تبني الحلول القضائية سواء بحضور النصوص أو في غيابها.

كما يعد حق التقاضي من المبادئ الاجرائية الهامة بجوار حق الدفاع، يكرسه المشرع الاجرائي ولو أنه لا يحتاج الى تنصيب، لغلبة ضمان اللجوء الى القضاء دون حاجة الى ترخيص قانوني في الأصل. ولقد وصلنا الى اعتبار تدخل القاضي اجتهادا فيه لضمان قاعدة تعدد درجات التقاضي، خاصة في المادة الادارية في مجال الاستئناف ضروريا، ولقد وصلنا أن هدف الاستئناف يعزز الاجتهاد القضائي بمراجعة الأحكام والقرارات وتصويبها. وتعزيز قاعدة الطعن بالنقض التي تحتاج الى اجتهاد قضائي اداري متواصل للمشكلات القانونية التي تشوبه من حين لآخر.

وفي مجال تعزيز حق التقاضي، يعتبر تدخل المحامي كشريك في العدالة مهم جدا، ولقد وصلنا أن العمل الوظيفي الذي يمارسه قد يؤهله لتبني مكانة الفقيه القانوني، وذلك ما يساهم في اثر الاجتهاد القضائي الإداري على الخصوص وبالتالي تطوير نظرية القانون الإداري.

ومدد الطعن القضائي من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه، وأثر الاجتهاد القضائي الإداري فيها هو عند حالة انفتاح مواعيد الطعن حماية لحقوق وحرية خصم الادارة العامة التي تمتلك سلطة السلطة العامة والوثائق والقرارات، في مواجهة الخصم الطرف الضعيف دائما.

فالقاضي الإداري أسس انفتاح المواعيد في القرار الإداري المنعدم والمستمر وحالة المراجعات المقدمة نفعا للقانون.

بالإضافة الى دور القاضي الاداري في حماية المشروعية القانونية بتميز بخصوص فتح ميعاد الطعن القضائي لالغاء قرار اداري فردي يستند الى قرار اداري تنظيمي تحضن ميعادا.

كما توصلنا الى أثر الاجتهاد القضائي الاداري في حسن سير العدالة الادارية في تصحيح عريضة افتتاح الدعوى متى كان ذلك مقبولا، حيث كان اجتهاد قضاء مجلس الدولة الفرنسي مؤسسا لذلك قبل المشرع.

كما توصلنا الى أثر الاجتهاد القضائي الاداري البارز في أوامر التحقيق أثناء معالجة الدعوى القضائية الادارية، من خلال تمكين القاضي خصم الادارة من القرار المطعون فيه، وحق وقف تنفيذ القرار الاداري السليبي، كتمكين افتراضي من القرار المطعون فيه.

وتوصلنا الى أثر الاجتهاد القضائي المتعلق بالأمر بتقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى الادارية، حيث للقاضي دورا أساسيان خاصة لما يتعلق الأمر بالوثائق والمستندات ذات الطابع السري، كالمعلقة بالسر التجاري الصناعي، والسر الطبي والسر العسكري.

ومن أوامر التحقيق الأساسية والمهمة كذلك أمر القاضي اجتهادا، الادارة العامة بالإفصاح عن سبب قرارها الاداري. وأثر ذلك في الحد من غلو السلطة التقديرية للإدارة العامة، والحد من تسرع الادارة العامة في اصدار قراراتها، وعقلنة العمل الاداري، وتجويدا للقرارات الادارية ومقاربتها للصحة والمشروعية القانونية.

ان أثر الاجتهاد القضائي الاداري في بناء القواعد القانونية الموضوعية في القانون الاداري، يبرز أكثر مقارنة مع القواعد القانونية الاجرائية. وفي هذا السياق، الباحث يعتبر دور القاضي وأثره الاجتهادي يلقى ضروريا وأكيدا ومستمرًا بالنظر الى طبيعة القاعدة القانونية الموضوعية، فهي قاعدة مفتوحة الحدود، والقانون الاداري موضوعا لم يستقل بحدود ثابتة تبعا لأهم خصيصة للقانون الاداري، باعتباره مرنا متطورا باستمرار.

ففي مجال التنظيم الاداري، تحديد الأشخاص الادارية، يكتنفه تسائل حول حصره في يد المشرع، وتدخّل القضاء الاداري اجتهادا من جانب آخر.

أن سلطة القضاء قد تتدخل محددة صفة الشخص الاداري استنادا للمعيار الوظيفي المادي على الخصوص، في مواجهة المعيار العضوي الشكلي، والذي هو اختصاص تشريعي بامتياز.

وتحولات صناعة القانون خارج السلطة الأصلية المشرع، وتأكيد تدخل الاجتهاد القضائي في تحديد الشخص الاداري تبعا لمعيار المصلحة الضرورية، وتحولاته وبروز مفهوم " الادارة الجيدة " بما تمثله من قواعد اجرائية يجب الاحتكام اليها هي في الأصل تنتمي الى المبادئ العامة للقانون.

كما تمثل المؤسسة العامة والسلطات الادارية المستقلة مجالا خصبا لانتعاش الدور القضائي في نظرية التنظيم الاداري. خاصة حال قصور المشرع واغفاله. واللدان يعرفان تطوراً مستمراً، يستوجب متابعة اجتهادية قضائية دؤوبة نظراً لخاصية البطء التي تميز العمل التشريعي في الغالب.

وتوصلنا في نتائج الدراسة كذلك، الى الدور الفاعل للاجتهاد القضائي الإداري في نظرية النشاط الإداري، بخصوص المرافق العامة والضبط الإداري.

فبخصوص المرفق العام، فضلاً على بقاءه كأساس ومعيار مهم في نظرية القانون الإداري، فإن تحولاته المختلفة تلزم القاضي الإداري بقاءه مسيراً لها اجتهاداً وابتداعاً، مراعيًا المعيار الأساسي المحدد له وهو المصلحة العامة، والتي تبين بجد أولوية الاجتهاد القضائي على النص التشريعي في تحديده.

كما أن المبادئ الناظمة المستحدثة والتقليدية تبرر بقاء سلطة القاضي الإداري اتجاه تطوير نظرية المرفق العام. حيث لليوم لم يتم الاتفاق على قانون أساسي للمرافق العامة. واحد وموحد يضم مختلف القواعد الناظمة له بين دفعتي كتاب واحد.

ويبرز دور وأثر الاجتهاد القضائي الإداري في الشق الثاني من نشاط الإدارة العامة المتعلق بالضبط الإداري، وهو قد يتفوق الى حد بعيد على المقاربة التشريعية، لما يتعلق بكنهه غير محدد للضبط الإداري في مجال الحرية والنظام العام. فارتباط الضبط الإداري بتقييد وتنظيم الحرية، يبرز أثر الاجتهاد القضائي المستمر في ضبط المفهوم، في ظل عجز المشرع عن ذلك، بسبب عدم الاتفاق الفقهي بخصوص المفهوم والمدلول، واعتبار مصدر الحرية خارج عن إرادة الدولة، ولاختلاف مدلول الحريات باختلاف النظم الدستورية، وتأثير الأفضية الدستورية في ذلك.

ودور الاجتهاد القضائي وأثره في الحرية، يبرز أثره بشكل جلي في مواجهة المشرع من خلال ضابط الحماية القضائية المستند الى التزامه بالمشروعية القانونية، والمبادئ العامة للقانون، هذا الضابط الأخير يتيح فعالية أكثر لسلطة القاضي الإداري في حماية الحرية.

حيث يصل الباحث في هذا السياق، بالإضافة الى سلطة اصدار الأوامر والغرامة التهديدية لسلطات الضبط الإداري حماية للحريات من قبل القاضي الإداري، لفاعلية أكثر له، تتدعم بعناصر أخرى، من قبيل رقابة حسن تطبيق القاعدة القانونية في مجال حماية الحرية، ورقابة الجدوى من قرار الضبط الإداري، والدفع بعدم دستورية قاعدة قانونية أمام القاضي الإداري.

كما يعد أثر الاجتهاد القضائي الإداري ضرورياً في نظرية النظام العام للضبط الإداري، حيث تتشابك فيه حقوق الإدارة العامة ضمن تدابير الضبط الإداري، وممارسات الحريات للمواطن، فتكون نقطة الموازنة بين الحقين، حق الإدارة

وحقوق المواطن دقيقة وحاسمة لما يكون للمشرع موقفا محايدا، كما أن التحولات المختلفة للنظام العام من نظام عام تقليدي الى أنظمة عامة مستحدثة تستدعي ضرورة بقاء الاجتهاد القضائي الاداري مسيرا لكل هذه التحولات. بالإضافة الى أن مفهومه نسبي ويتطور تاريخيا في الزمان والمكان، وبذلك قد نكون أمام نظام عام قديم ونظام عام جديد. وبالتالي دور الاجتهاد القضائي في ذلك يبقى محافظا على مكانته، ليحدد ما يدخل في النظام العام وما يخرج عنه، باعتبار دائرته تتسع وتضيق لاعتبارات متعددة، فيبقى القضاء وفيها لمسايرة تلك التحولات في ظل بطء المسايرة التشريعية. وأساس تدخل القاضي الاداري اجتهادا في نظرية النظام العام للضبط الاداري هو المعيار المحدد له، فالقاضي الاداري مع الاستناد الى مبدأ المشروعية القانونية بكل تأكيد، يتكفل عند نظر المنازعات المعروضة عليه بتحديد مضمون النظام العام. من واقع الخصومة تبعا لمعيار غير جامد متوافق مع روح وضمير الجماعة المنتمي اليها، وملبيا المصلحة العامة.

كما أن نظريتي القرار الاداري والعقد الاداري، يمثلان مجالين أساسيين لأعمال القاضي الاداري سلطته الاجتهادية المستمرة، وذلك نتيجة التطور المتواصل لهما، والاشكالات القضائية الدائمة التي قد تقابلها عمليا في أروقة المحاكم والقضاء، والتي يقف المشرع في كثير من الحالات عاجزا أمامها. فيعمل القاضي على ابتداع الحلول المبدئية القضائية. وأول الاشكالات التي يختص الاجتهاد القضائي بتوضيحها، خروج صفة القرار الاداري عن السلطة الأصلية المختصة باصداره وهي السلطة التنفيذية، والذي نجدها في امكان صدوره من السلطتين التشريعية والقضائية، وتطبيق القاضي الاداري المعيار الوظيفي لتمييز القرار الاداري.

وفي المقابل التحول في نظرية ومعيار العقد الاداري والذي يحدد القاضي اجتهادا عقودا من خلال المعيار الموضوعي وجوهر العقد، بجوار العقود المحددة قانونا.

كما ان اتفاقيات التوأمة تبين ضرورة المسايرة الاجتهادية القضائية للأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون العام.

ولحسن صحة الحياة القانونية للقرار الاداري في نفاذه وتنفيذه وصولا الى نهايته، يبقى للاجتهاد القضائي دور وأثر لمعالجة كل التطورات المتلاحقة في ذلك، ومن ذلك بخصوص العلم بالقرار الاداري للمخاطب به، وسريانه فوريا ورجعيا. وأما في نهاية القرار الاداري فان البطلان الجزئي والانعدام قضاء يبين بوضوح استمرار العمل القضائي الاجتهادي في نظرية القرار الاداري والقانون الاداري عامة.

أما بخصوص العقد الاداري، للقاضي اجتهادا دور وأثر بارز يتعلق بصياغته وتفسيره، وتدخله في انهاءه، من خلال النظريات القضائية المتعلقة بالقوة القاهرة والاخلال بالعقود والتعديل الانفرادي له. بالإضافة الى التطبيقات

القضائية المؤسسة لنظريات مهمة في القانون الإداري للعقود يخص نظرية الظروف الطارئة وفعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

حيث نصل في آخر الأطروحة الاجابة عن اشكالية الموضوع؛ معتبرين أن دور وأثر الاجتهاد القضائي كأساس لبناء نظرية القانون الإداري الجزائري خاصة والنظرية العامة له عامة، واضح وبين ولو كان ضعيفا في تطبيقه. فالحدود المفتوحة للقانون الإداري سواء في الجانب الاجرائي أو الموضوعي في قواعده، تستدعي مواصلة القاضي اجتهاده المتواصل لبعث حركيته واقتراح الحلول اللازمة، خاصة لما تكون من أعلى جهة قضائية ادارية ألا وهي مجلس الدولة.

وتبعاً لتلك النتائج يمكننا تقديم الاقتراحات الآتية:

- ضرورة الاعتناء بفقهاء الاجتهاد القضاء الإداري عامة، والجزائري على الخصوص، وذلك من خلال الأطر القانونية الناظمة له، على مستوى التأسيس الدستوري والتشريعي من جهة، ومن خلال الاهتمام بالآليات التي لها دور في اثناء قواعد القانون الإداري ضمن أجهزة العدالة والتنظيم القضائي، وبالخصوص على مستوى مجلس الدولة.
- تعزيز النظام القانوني لمجلس الدولة الجزائري. من خلال التعديلات الأخيرة التي طرأت بخصوص تنظيم الجهات القضائية الإدارية واستحداث المحاكم الإدارية الاستئنافية.
- تعزيز نظام الغرف المجتمعة في مجلس الدولة الجزائري، من خلال اضعاف طابع أكثر رسمية وفاعلية بخصوص هذه الأخيرة، وذلك بتنظيم الغرف المجتمعة في دائرة تسمى " دائرة الغرف المجتمعة بمجلس الدولة "، موازاة مع ما هو معمول به في النظم المقارنة، تحظى بنظام قانوني مستقل عن النظام المتعلق بمجلس الدولة، بحيث يكون لها دورها الأساسي في تقويم العمل القضائي للقضاء الإداري، وبعث حركة الاجتهاد الأصيل، واقتراح القواعد اللازمة في كل ما لم ينظمه المشرع سلفاً. وتعزيز اطارها البشري، الرسمي من خلال قضاة مجلس الدولة، وحتى الغير الرسمي من خلال هيئة استشارية تتشكل من فقهاء المادة الإدارية من أساتذة الجامعات ومختصين وممارسين، يضبط القانون آلية التعيين وممارسة النشاط الاستشاري.
- الاهتمام بتخصص القضاة في مجال المادة الإدارية وتطوير معارفهم ضمن سياقها، دون أن يكون ذلك حجراً عليهم في الاطلاع على المعارف القانونية الأخرى، خاصة في ظل تزاخم التخصصات القانونية وفروع القانون. حيث ان رؤية الاهتمام بالنظرية العامة للقانون الإداري، يجب أن تكون متكاتفة في سياق عمل متكامل بين الاقتراح التشريعي، والنقد الفقهي، والتصويب القضائي.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: النصوص القانونية.

- 1- دستور 1963 الجزائري، ج ر عدد 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.
- 2- دستور 1976 الجزائري، ج ر عدد 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976. المعدل والمتمم ب:
 - التعديل الدستوري لسنة 1989 ل 23 فبراير 1989، في ج ر عدد 09، المؤرخة في: أول مارس 1989. المعدل والمتمم.
 - التعديل الدستوري لسنة 1996 ل 07 ديسمبر 1996، الصادر في ج ر عدد 76 المؤرخة في: 08 ديسمبر 1996. المعدل والمتمم.
 - قانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 المتضمن التعديل الدستوري، الصادر في ج ر عدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
 - قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، الصادر في ج ر عدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
 - قانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الصادر في ج ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.
 - المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الصادر في ج ر عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.
- 3- الدستور التونسي لسنة 2014. المؤرخ في 27 جانفي 2014، والصادر في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 31 جانفي 2014.
- 4- الدستور المغربي لسنة 2011.
- 5- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في: 30 ماي 1998 الصادر في الجريدة الرسمية، ع 37، المؤرخة في: 01 يونيو 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. المعدل والمتمم.
- 6- القانون العضوي 98-02 المؤرخ في: 30 ماي 1998 الصادر في الجريدة الرسمية، ع 37، المؤرخة في: 01 يونيو 1998، المتعلق بالمحاكم الادارية.
- 7- القانون العضوي رقم: 04-11، المؤرخ في 21 رجب 1425، الموافق ل 06 سبتمبر 2004، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 57، المؤرخة في: 23 رجب 1425 هـ الموافق ل: 08 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء.

- 8- القانون العضوي رقم: 16-01 المؤرخ في: 22 ذي القعدة 1434 هـ الموافق ل: 25 غشت 2016، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 09، المؤرخة في: 25 ذي القعدة 1434 هـ الموافق ل: 28 غشت 2016، يتعلق بنظام الانتخابات.
- 9- القانون العضوي: 18-16 المؤرخ في: 02 سبتمبر 2018 الصادر في ج ر، ع 54، المؤرخة في: 05 سبتمبر 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.
- 10- القانون: 75- 58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395 هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، الصادر في الجريدة الرسمية ع، 78 المؤرخة في: 24 رمضان 1395 هـ الموافق ل: 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 11- القانون: 89-22 المؤرخ في: 12 ديسمبر 1989، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 53، المؤرخة في: 13 ديسمبر 1989، يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها.
- 12- قانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 11، الصادرة في 24 صفر 1429 هـ الموافق ل 02 مارس 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.
- 13- القانون: 13 07، الصادر بتاريخ: 29 أكتوبر 2013، الصادر في ج ر ع 55، المؤرخة في: 30 أكتوبر 2013. المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.
- 14- قانون 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018 الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في: 10 يونيو 2018، ع 34، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.
- 15- المرسوم التنفيذي: 16- 159 المؤرخ في: 23 شعبان 1437 هـ الموافق ل: 30-05-2016 الصادر في الجريدة الرسمية، ع 33، المؤرخة في: 29 شعبان 1437 هـ الموافق ل: 05 يونيو 2016، المحدد لتنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة والقضاة وواجباتهم.
- ثانيا: قائمة الكتب.

- 1- أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط 06، منشأة المعارف الاسكندرية، 1989.
- 2- البدوي اسماعيل ابراهيم، الحكم القضائي في الدعوى الادارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.
- 3- المنجي ابراهيم، القضاء المستعجل والتنفيذ أمام محاكم مجلس الدولة، ط 01، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999.

- 4- النوايسة أحمد محمد، مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية، ط 1، 2012، دار الحامد، عمان.
- 5- أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2006.
- 6- اللمتوني عبد الرحمن، دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، ط1، دار القلم، الرباط المغرب، 2018.
- 7- أوصديق فوزي، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ط3، ج 2، النظرية العامة للدساتير د م 2003.
- 8- أرسطو طاليس، السياسة، ترجمة للعربية، أحمد لطفي السيد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 2008.
- 9- أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية الاسكندرية، 1989.
- 10- أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر.
- 11- أحمد بن داود المزجاجي الأشعري، مقدمة في الادارة الاسلامية، ط 01، 2000.
- 12- أحمد كمال الدين موسى، نظرية الاثبات في القانون الاداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012.
- 13- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط 2، دار الشروق، مصر، 2000.
- 14- أمير فرج يوسف، الموسوعة الشاملة في العقود الادارية، ط1، ج 1، دار العدالة مصر، 2016.
- 15- أمير فرج يوسف، الموسوعة الشاملة في العقود الادارية، ط1، ج 2، دار العدالة مصر، 2016.
- 16- أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الالغاء من سلطة الادارة في تسبيب القرارات الادارية دراسة مقارنة، د د ن.
- 17- الشیخة هوام، الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة طبقاً لأحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار الهدى عين مليلة الجزائر.
- 18- بلعيد بشير، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الادارية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.
- 19- بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الادارية، دار العلوم عنابة، الجزائر، 2009.
- 20- -----، القضاء الاداري مجلس الدولة، دار العلوم عنابة الجزائر، 2004.
- 21- -----، الوجيز في المنازعات الادارية، دار العلوم عنابة، 2005.
- 22- -----، العقود الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، الجزائر، 2005.
- 23- بوضياف عمار، الوسيط في قضاء الالغاء، دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر- فرنسا- تونس- مصر، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.

- 24- -----، المرجع في المنازعات الادارية، الكتاب الأول، ط1، دار جسور، الجزائر، 2013.
- 25- -----، المرجع في المنازعات الادارية، الكتاب الثاني، دار جسور، الجزائر، 2013.
- 26- -----، الوجيز في القانون الاداري، ط 2، دار جسور الجزائر، 2007.
- 27- -----، النظام القضائي الجزائري، ط 1، دار ربحانة، الجزائر، 2003.
- 28- -----، القضاء الاداري في الجزائر، جسور ط 2، 2008.
- 29- -----، القرار الاداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، ط 01، دار جسور الجزائر، 2007
- 30- -----، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري دراسة في ظل الأمر 06- 03 والقوانين الأساسية الخاصة مدعمة باجتهادات مجلس الدولة.
- 31- برولهري ليفي، سوسيلوجيا الحقوق، ترجمة عيسى عصفور، ط1، منشورات عويدات، بيروت، باريس، المطبعة التعاونية اللبنانية، لبنان، 1974.
- 32- بشير محمد، الطعن بالاستئناف ضد أحكام المحاكم الادارية في الجزائر، د م ج الجزائر، 1991.
- 33- بناسي شوقي، الاجراءات المدنية، الجزء الأول، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- 34- بوعمران عادل، دروس في المنازعات الادارية دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار الهدى، الجزائر.
- 35- بوالشعير سعيد، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج 2، د م ج، ط 5، 2003.
- 36- بوالشعير سعيد، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، ط08، د م ج، الجزائر.
- 37- بوسماح محمد أمين، المرفق العام في الجزائر، د م ج، 1995.
- 38- بسيوني عبد الغني، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، مصر د ت ن.
- 39- بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط 5، د م ج.
- 40- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ط 2011، منشورات بغدادية.
- 41- بن صاولة شفيقة، اشكالية تنفيذ الادارة للقرارات القضائية الادارية، دار هومة الجزائر، 2010.
- 42- تناغو سمير، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الاسكندرية، 1985.
- 43- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، القاهرة، 1993.
- 44- توام حدة، نظرية العلم اليقيني وتطبيقاتها في القضاء الاداري، المعهد الوطني للقضاة، 2004.
- 45- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.

- 46- جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وفقا للمادة 54 مكررا من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 وتأكيد الطبيعة القضائية للقانون الاداري، ط1، دار النهضة العربية.
- 47- -----، العقود الادارية، دار النهضة العربية، ط02، دون تاريخ نشر.
- 48- جنيح محمد رضا، القانون الاداري، مركز النشر الجامعي، ط 2، 2008.
- 49- جورج فيدال، بيار دولفليه، القانون الاداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، 2001.
- 50- جورج سعد، القانون الاداري العام والمنازعات الادارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 51- حسن عبد الحميد، قاعدة السابقة القضائية في النظم القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- 52- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، دار هومة، ط 2 ، 2016.
- 53- حامد مصطفى، النظام القانوني للمؤسسات العامة والتأميم في القانون العراقي، دار الجمهورية للنشر والطبع بغداد، 1965.
- 54- حسن كيرة، المدخل الى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الاسكندرية، 1993.
- 55- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الادارية، ج1، د م ج، الجزائر، 2010.
- 56- -----، قانون المنازعات الادارية، الدعاوى وطرق الطعن الادارية، ج 2، د م ج، 2011.
- 57- -----، قانون المنازعات الادارية، ج 3، د م ج، الجزائر، 2011.
- 58- ديب عبد السلام، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، طبعة ثانية، دار موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- 59- ذوايدية حمدون، تنفيذ الأحكام القضائية الادارية في القانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2015.
- 60- ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الاداري، دار الكتب القانونية مصر الامارات، 2015.
- 61- رشدي شحاته أبو زيد، انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية- دراسة مقارنة- ، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2010.
- 62- رياض عيسى، النظام القانوني للمؤسسة العامة الاشتراكية في الجزائر، ط 1، د م ج 1987.
- 63- رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 64- رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، دار النهضة العربية، 1996.
- 65- رمضان غمسون، الحق في محاكمة عادلة، ط 01، الالمنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

- 66- رأفت دسوقي محمود فكرة التحول في القرارات الادارية دار الفكر الجامعي، ط 1 2011.
- 67- راجحي أحسن، الأعمال القانونية الادارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013.
- 68- رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، ط 1، 2011.
- 69- رمضان ابراهيم علام، الحكم القضائي المعدم دراسة مقارنة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، 2013.
- 70- رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الادارية، ط 4، 2016 .
- 71- سامي جمال الدين، أصول القانون الاداري، منشأة المعارف الاسكندرية، 2004.
- 72- ----، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 73- سائح سنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج 01، دار الهدى، الجزائر.
- 74- ----، قانون الاجراءات المدنية نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2001.
- 75- سعد جبار السوداني، القصور في الصياغة التشريعية، كلية الحقوق الجامعة المستنصرية، العراق.
- 76- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الادارية، الجزء الأول، د م ج، الجزائر، ط 3، 2003.
- 77- ----، المبادئ العامة للمنازعات الادارية ج 1، د م ج.
- 78- ----، المبادئ العامة للمنازعات الادارية، الجزء 2، د م ج، ط.
- 79- شعبان محمد حسين، الاجتهاد الجماعي، ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، دار البشائر الاسلامية، دار الضابوي، 1998.
- 80- شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2015.
- 81- صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1979.
- 82- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الاداري على النشاط الاداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008.
- 83- صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة في القانون الاداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ت ن.
- 84- طعيمة الجرف، القانون الاداري، دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الادارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970.
- 85- طاهري حسين، شرح وجيز للاجراءات المتبعة في المواد الادارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 86- عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس الأردن.
- 87- عباس قاسم مهدي الداوقني، الاجتهاد القضائي، ط 1، 2015، د د ن.
- 88- عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، القسم الأول، نظرية القانون، 1965، د د ن.

- 89- عبد الأمير حسون مسلماني، الاتجاهات الحديثة في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- 90- عبد الحفيظ بن عبيدة، استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات، منشورات بغدادي، الجزائر، د.ط، د.ت.
- 91- عبد الحميد متولي، المفضل في القانون الدستوري، منشأة المعارف الاسكندرية، 1952.
- 92- عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعية - دراسة مقارنة - في تحديد مجال كل من القانون واللائحة، ج 1، دار الغرب للنشر والتوزيع 2009.
- 93- عوابدي عمار، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر 2002.
- 94- -----، القانون الإداري، ط 3، الجزء 1، الجزائر، د م ج، 2005.
- 95- -----، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، نظرية الدعوى الإدارية، ط 2، د م ج، الجزائر، 2003.
- 96- -----، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 97- عبد الحميد متولي، الحريات العامة نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975.
- 98- عدو عبد القادر، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، ط 02، دار هومة، 2010.
- 99- -----، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 100- عبدلي سفيان، ضمانات استقلالية السلطة القضائية في الجزائر وفرنسا، ط 1، نور للنشر، الجزائر، 2011.
- 101- علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، ط 01، 2011، مكتبة زين الحقوقية، لبنان.
- 102- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية والاثبات أمام القضاء الإداري، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2008.
- 103- عبد الرزاق السنهوري، حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، القاهرة، 1950.
- 104- عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2009.
- 105- عبد الله حنفي، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 106- عبد الله حداد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، المغرب، سنة 2001.
- 107- عبد الله طلبه، المبادئ القانون الإداري، ج 2 منشورات الحلبي د ت ن.

- 108- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مطابع دار الحسين، 2003.
- 109- عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، 1971.
- 110- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، رسالة دكتوراة منشورة، بيروت لبنان زين الحقوقية، ط 2، 2014.
- 111- -----، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 2، رسالة دكتوراة منشورة، بيروت لبنان زين الحقوقية، ط 2، 2014.
- 112- غنام محمد غنام، حق المتهم في المحاكمة السريعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 113- فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، بدون ناشر، 1998.
- 114- --- --، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975.
- 115- فخر الدين الرازي، المحصول في علم اصول الفقه، المكتبة العصرية، صيدا بيروت لبنان، 1999، الجزء الرابع.
- 116- فايز محمد حسين محمد، الوضعية القانونية التحليلية الجديدة، رسالة دكتوراة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
- 117- فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور اسلامي، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، دار ابن حزم، ط 1، 2006.
- 118- فريجة حسين، شرح المنازعات الادارية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية الجزائرية، ط 1، 2011.
- 119- لباد ناصر، الأساس في القانون الإداري، دار المجدد، الجزائر، د ط، د ت ن.
- 120- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 121- -----، قانون الاجراءات الادارية، دراسة قانونية تفسيرية، دار هومة الجزائر، 2012.
- 122- -----، مبادئ الاثبات في المنازعات الادارية، دار هومة الجزائر، 2002.
- 123- -----، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 3، دار هومة، الجزائر، ط 22009.
- 124- -----، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 4، دار هومة، الجزائر، ط 2012.
- 125- ماجد راغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2004.
- 126- محمود محمد هاشم، اجراءات النقاضي والتنفيذ، الرياض، ط 01، 1989.
- 127- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الادارية، ط 4، د م ج الجزائر، ط 4، 1986.

- 128- -----، المنازعات الادارية، د م ج، ط 5، 2003.
- 129- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الاداري. الاختصاص القضائي لمجلس شوري الدولة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 130- مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة، ط04، د د ن.
- 131- محمد عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية الادارية، الدار الجامعية بيروت لبنان.
- 132- محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الاسلامي، الزهراء للاعلام العربي، القاهرة، مصر، ط 1، 1988.
- 133- محمد عصفور، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ج 1، 1957.
- 134- محمد رمضان بطيخ، تزايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية، دار الفكر العربي القاهرة، د ت ن.
- 135- محمد فؤاد عبد الباسط، مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعي.
- 136- محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، ط04، المكتب الاسلامي، دمشق- بيروت- عمان، الكتاب الأول، 1993.
- 137- محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010.
- 138- محمد سليمان الطماوي، القضاء الاداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، د ت ن.
- 139- -----، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، ط 3، 1975، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 140- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون الشريعة الاسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الديوان الجهوي بوهران، ط 1984.
- 141- محمد جابر عبد العليم، مفوض الدولة في القضاء الاداري، دار الكتب القانونية مصر 2007.
- 142- محمود رجب، مبدأ تجرد القاضي الاداري، دراسة مقارنة، ط11، دار النهضة العربية مصر، 2010.
- 143- محمود حمدي عباس عطية، دور دائرة توحيد المبادئ القانونية بمجلس الدولة في كفالة الأمن القضائي، دار النهضة العربية، مصر، ط 01، 2013.
- 144- محمد احمد اسماعيل، مساهمة في النظرية القانونية للجماعات المحلية الادارية، دراسة مقارنة للقوانين الوضعية المكتب الجامعي الحديث، 2012.
- 145- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة BOT ، تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، 2015،

- 146- مارسو لونغ بروسيل فيل، غي بريبان، بيار دلفولفيه، برونو جينقوا، القرارات الكبرى في القضاء الاداري، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت لبنان، 2009.
- 147- محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الادارية الاستئنافية في فرنسا، دار الجامعة الحديدة الاسكندرية مصر.
- 148- محمد الطودار، الطعن بالنقض لفائدة القانون في التشريع المغربي، ط 1 2018، الافاق الدار البيضاء المغرب.
- 149- محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- 150- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 151- ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000.
- 152- مصطفى كمال وصفي، أصول اجراءات القضاء الاداري، مطبعة الأمانة بالقاهرة، الطبعة الثانية، 1978.
- 153- محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء، مطبعة عاطف، القاهرة، 1974.
- 154- نواف كنعان، القانون الاداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006.
- 155- نصري منصور نابلسي، العقود الادارية، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2010.
- 156- هانم احمد محمود سالم، نحو قانون اجراءات إدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2015.
- 157- وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الاداري، دار الفكر والقانون، مصر، ط 2017.
- 158- وهيب عياد سلامة، الالغاء الجزئي للقرارات الادارية، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الاداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
- 159- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الاداري، دار النهضة العربية، ط 1، 2011.
- 160- يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، د ت ن.
- 161- يسري محمد العصار، مبدأ حظر أوامر من القاضي الاداري للإدارة وحظر حله محلها وتطوراتها الحديثة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 2011.
- 162- ياسر محمود محمد الصغير، الدور الانتشائي للقضاء الاداري دراسة مقارنة، ط 1، 2016، مركز الدراسات العربية مصر.
- 163- الغزالي، المستصفي من علم الأصول، تحقيق أحمد زكي حماد، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، ط 1، بيروت، 1997.
- 164- الأصفهاني، المفردات في غريب ألفاظ القرآن، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، 2009،
- 165- - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا.

ثالثا: رسائل الدكتوراة.

- 1- المهدي خالدي، الاجتهاد القضائي في المادة الادارية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2017-2018.
- 2- أماني عبد العزيز، الادارة في الاسلام في عهد الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز، رسالة دكتوراة، كلية الآداب جامعة الخرطوم، السودان، 2008.
- 3- ايهاب صلاح الدين عبد العزيز موسى، أصالة حق الدفاع أمام القضاء الاداري دراسة مقارنة، ر د جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2010.
- 4- بركات أحمد، واقعة السكوت وتأثيرها على وجود القرار الاداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.
- 5- برهان خليل رزيق، نحو نظرية عامة في العرف الاداري، رسالة دكتوراة في القانون العام، 1986.
- 6- بنجلون عصام، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، رسالة دكتوراة، جامعة محمد الخامس الرباط السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية، 2005-2006.
- 7- بن جلول مصطفى، استقلالية القضاء الاداري في الجزائر في ظل ازدواجية القضاء بعد دستور 1996، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
- 8- بونعاس نادية، خصوصية الاجراءات القضائية الادارية في الجزائر تونس مصر، أطروحة دكتوراة علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، 2014-2015.
- 9- خرشي الهام، السلطات الادارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014-2015.
- 10- دايم بلقاسم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة، أطروحة دكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2003-2004.
- 11- دخينيسة أحمد، دسترة القانون الاداري، أطروحة حقوق، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
- 12- راجي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراة، معهد الحقوق والعلوم الادارية بن عكنون، جامعة لجزائر، 2005-2006.
- 13- رحموني محمد، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري. الجمعيات والأحزاب السياسية نموذجين، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015.

- 14- سامح محمد كامل، ذاتية القانون الاداري الموازنة بين السلطة والحرية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- 15- سنوساوي سمية، الاجتهاد القضائي الاداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2018-2019.
- 16- سلوى محمد بدوي، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه، عين شمس القاهرة.
- 17- صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2007-2008.
- 18- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الاداري على النشاط الاداري للدولة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس.
- 19- ظريفي نادية، المرفق العام بين المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، رسالة دكتوراه علوم، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، 2011-2012.
- 20- كمون حسين، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الادارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
- 21- عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989.
- 22- كاملي مراد، حجية الحكم القضائي. دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة باتنة، 2007-2008.
- 23- لوشن دلال، الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2011-2012.
- 24- مجدي دسوقي محمود عبد الستار سالم الكبيسي، "ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989.
- 25- محمد بن أعراب، الضمانات الهيكلية والاجرائية للحق في محاكمة عادلة، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2014.
- 26- محمود حمدي عباس عطية، "أثر تغير الظروف في القرار الاداري والطعن فيه دراسة تحليلية مقارنة في النظامين القانونيين الفرنسي والمصري"، رسالة دكتوراه منشورة كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2009.

- 27- محمد جلال محمد العيسوي، " دور القاضي الاداري في المنازعة الادارية دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2014.
- 28- منقور قويدر، السلطات الادارية المستقلة المعنية بضبط التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين وحقوق المستهلكين دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2014-2015.
- 29- مجدي دسوقي محمود حسني، المبادئ العامة للقانون المشروعية الداخلية للقرار، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة. رابعا: رسائل ماجستير.
- 1- زهرة الرحمن كيلاني، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- 2- ايسعدي أمال، بين استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، 2010-2011.
- 3- الياس ساسي، محافظ الدولة لدى مجلس الدولة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
- 4- أشرف محمود محمد حافظ، الضمانات الدولية للمحاكمة العادلة والمنصفة وموقف القانون المصري منها، رسالة ماجستير، القاهرة، مصر، 2009.
- 5- مزياني فريدة، الغرف الادارية في التنظيم القضائي الجزائري بين مفهومي وحدة وازدواجية القضاء، مذكرة ماجستير، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الاقتصادية والحقوق، باتنة، 1988-1989.
- 6- ناجي مخلف العنزي، مبدأ المواجهة في نظام المرافعات الشرعية السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010.
- 7- حدري سمير، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية والمالية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بوقرة - بومرداس 2006.
- 8- عبد الرحمن مويدي، الالغاء الجزئي للقرار الاداري في الاجتهاد القضائي الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، 2014-2015.
- 9- فتحي عكوش، قواعد منازعات العقود الادارية في القضاء الاداري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، مدرسة الدكتوراة، فرع الاغواط، 2014-2015.
- 10- منير الشاذلي، القرار الاداري، موضوع دعوى تجاوز السلطة، مذكرة تخرج المعهد الأعلى للقضاء، تونس.

خامسا: المقالات.

- 1- الغوثي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، ع 01، 2000.
- 2- بن عبد الله عادل، "القضاء الاداري في الجزائر بين التنوع القانوني والتخصص"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 16، ديسمبر 2017.
- 3- بن عبد الله عادل، الدور المستقبلي للقاضي الاداري في ظل تحولات القانون الاداري، الملتقى الدولي الثامن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي.
- 4- بن سعيد مراد، مقارنة ما بعد وضعية لأشكال القانون في المجتمع المعاصر، مجلة العلوم القانونية، ع 19، ديسمبر 2014، جامعة سطيف.
- 5- بدران مراد، حماية الحريات العامة ضد السلطة التنفيذية، مجلة الحقيقة، ع 36، جامعة أدرار.
- 6- بوزيان عليان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، ع 2، 2013.
- 7- بوجادي عمر، الدور الاستشاري لمجلس الدولة، المجلة النقدية للعلوم للقانون والعلوم السياسية، ع 1، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- 8- بوخميس سهيلة، الإطار القانوني لمحافظ الدولة في الجزائر، التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، ع 39، سبتمبر 2014.
- 9- بوصوف موسى، نظام محافظ الدولة في مجلس الدولة والمحاكم الادارية، مكانته ودوره، مجلة مجلس الدولة، ع 4، 2003.
- 10- بوكطب محمد، المبادئ العامة للقانون على ضوء الاجتهاد القضائي الاداري المغربي: الوظيفة العمومية نموذجاً، المنازعات الادارية على ضوء أهم الاجتهادات القضائية، منشورات مجلة العلوم القانونية، ع 3-4، ج 2.
- 11- بوشناق جمال، بوراس عادل، مركزية جهة الاستئناف في المادة الادارية واشكالاتها، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، ع 33، ج 3، سبتمبر 2019.
- 12- بطينة مليكة، الاشكالية العملية للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، ع 16 جوان، 2017.
- 13- بوضياف عمار، مجلس الدولة الجزائري بين مهمة الاجتهاد وتعددية الاختصاصات القضائية، مجلة الفكر البرلماني، ع 13 جوان 2006.

- 14- بوضياف عمار، المعيار العضوي واشكالاته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية ، دفاتر السياسة والقانون، ع 5 جوان 2011.
- 15- بوضياف عمار، النظام القانوني للمحاكم الادارية في القانون الجزائري، مجلة مجلس الدولة، ع 5، 2004.
- 16- حيدر محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والادارية والسياسية ع 04 س السابعة 2015.
- 17- جندلي مسعود، "القاضي الاداري وتأويل النصوص القانونية"، القانون والسياسة، المجلة التونسية للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة تونس، ع 03، 2014.
- 18- جعلاب كمال، الحق في الادارة الجيدة في الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية، مجلة الحقيقة، 17، ع 03، سبتمبر 2018، ص 165-186.
- 19- خلوفي رشيد، النظم القضائي الجزائري، مجلس الدولة، مجلة الموثق، ع 02، جويلية، أوت، 2001.
- 20- فريدة مزياي، دور محافظ الدولة في تأصيل قواعد ومبادئ القانون الاداري، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، جوان، 2011.
- 21- موسى مصطفى شحادة، المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة المتصلة بأحكام القضاء الاداري، مجلة الشريعة والقانون، ع 18، 2003.
- 22- سليمان سليم بطارسة، المبادئ العامة للقانون وتطبيقاتها في فرنسا والأردن، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، ع 01، 2006.
- 23- عصام نجاح، وناس يحي، القانون الاداري في الجزائر قضائي أم تشريعي، مجلة الحقيقة، ع 33، جوان 2015، جامعة أحمد درارية أدرار.
- 24- مديحة بن ناجي، التشريع بأوامر في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع 4.
- 25- زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاتر السياسة والقانون، ع 08 جانفي 2013.
- 26- عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على سلوك المشرع، الاغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد العاشر، ع 10، 31 ديسمبر 2010.
- 27- راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، دراسة مقارنة، المجلة العربية للفقه والقضاء، كلية القانون جامعة بغداد.

- 28- عبد الوهاب مخلوفي، صالح جابر، أثر الاجتهاد القضائي في القانون الاداري. بين الالغاء والابقاء، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، ع 03، المجلد 10، ديسمبر 2019.
- 29- عز الدين الماخي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في انشاء القواعد القانونية، مجلة المحامي المغربية، ع 43.
- 30- جمال غريسي، حصانة القاضي ضد العزل في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، ع 02، صيف 2018، جامعة الوادي.
- 31- علي قصير، نادية بونعاس، " تفعيل دور القاضي الاداري في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية "، مجلة المفكر، ع 11، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 32- دريد كمال، " الصفات الواجب توافرها في القاضي الاداري للاضطلاع بسلطاته المنوطة به "، لملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الاداري في المنازعة الادارية، 17-18 ماي 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة.
- 33- علي عيسى اليعقوبي، " تعديل 23 تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، السنة 2012، مجلد 27.
- 34- ميلاد سيدهم، حق الدفاع بين الدستور والقانون والقضاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، ع 2، السنة 50، ابريل يونيو، 2006.
- 35- عزوز بن تمسك، حماية القضاء الاداري التونسي لمبدأ حقوق الدفاع، مجلة الاجتهاد القضائي، كجامعة محمد خيضر بسكرة، ع 03.
- 36- سلطاني أمنة، الحقوق القضائية الاجرائية أمام القاضي الاداري ومستلزمات المحاكمة العادلة(المنصفة)، مجلة العلوم القانونية السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، ع 06، يناير، 2013.
- 37- حقوق الانسان في مجال اقامة العدل: دليل بشأن حقوق الانسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الفصل السادس، الحق في محاكمة عادلة، الجزء الأول، من التحقيق الى المحاكمة.
- 38- علي يوسف محمد علوان، التقاضي الاداري على درجتين ودوره في الحفاظ على الحقوق والحريات الفردية، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 43، ع 1، 2016.
- 39- ابراهيم حرب محيسن، مدى تعلق التقاضي على درجتين بالنظام العام دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 19، ع 1، 2012.

- 40- فريد علوش، مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الادارية حالة الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع2.
- 41- نويري عبد العزيز، المنازعة الادارية في الجزائر تطورها وخصائصها دراسة تطبيقية، مجلة مجلس الدولة ع 08، 2006.
- 42- منتري مسعود، آثار الزامية آثار الزامية تأسيس كحام على مستوى المجالس القضائية والمحاكم الادارية في ممارسة حق التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي حقوق بسكرة.
- 43- عدو عبد القادر، " مبدأ الفصل في الدعوى في أجل معقول في القانون الجزائري - حالة الدعاوى الادارية -"، مجلة الحقيقة جامعة ادرار، الجزائر، ع 29.
- 44- -----، الدور الاجرائي للقاضي الاداري الفرنسي في الخصومة الادارية، مجلة الحقوق الكويت.
- 45- الطبطبائي عادل، نشأة القانون الاداري السلمي وخصائصه، دراسة، مجلة العلوم الادارية، ع 1، يونيو 1994، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الادارية، 1994.
- 46- الطبطبائي عادل، الرقابة القضائية على القرار الاداري السلمي، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2010.
- 47- بومدين حسين، أوجامع ابراهيم، " تعزيز قيم الشفافية والنزاهة والمساءلة ومشاركة المواطنين من أجل تحسين الخدمات العامة المحلية"، المجلة الجزائرية للمالية العامة، ع3، ديسمبر 2013.
- 48- نصر الدين بن طيفور، " الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثر ذلك على حماية الحقوق والحريات"، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009.
- 49- موسى مصطفى شحادة، " المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري"، مجلة الشريعة والقانون، ع 18، يونيو 2003.
- 50- عز الدين عيساوي، " البحث عن نظام للنظام العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- 51- ليلي زروقي، دور القاضي الاداري في مراقبة مدى احترام الادارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، ع 03، 2003.
- 52- العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار): النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الادارية، مجلة مجلس الدولة، ع 08.
- 53- خالد الزبيدي، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الاداري مع التركيز على محكمة العدل العليا، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 34، ع 01، 2007.

- 54- عبد الكريم بودريوة، جزء مخالفة القرارات الادارية لقواعد المشروعية، درجات البطلان في القرارات الادارية، مجلة مجلس الدولة، ع 05.
- 55- فريا لكريكو، نيل صالح لعرباوي، " الأساس القانوني لحق الادارة في تعديل العقد الاداري "، مجلة العلوم الانسانية، ع 43، جوان 2015.
- 56- مجلة مجلس الدولة الجزائري.

سادسا: ملتقيات

- 1- سهيلة بوخميس، الاطار القانوني لتقرير محافظ الدولة في الجزائر، مداخلة في الملتقى الوطني الاول سلطات القاضي الاداري في المنازعات الادارية جامعة 8 ماي قالمة، 26-27 افريل، 2011.
- 2- صالح جابر، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الاداري في الجزائر وفرنسا اقترب من الرقابة القضائية الدستورية؛ تعزيز لدولة القانون؟"، مداخلة في الملتقى الدولي الثامن في التوجهات الحديثة للقضاء الاداري ودوره وأثاره في تحقيق دولة القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جمة لخضر الوادي، مارس 2018.
- 3- رياض عيسى، ملاحظات حول تعديل قانون الاجراءات المدنية وأثرها على طبيعة الغرفة الادارية في التنظيم القضائي الجزائري، ملتقى قضاة الغرف الادارية، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.
- 4- بطة البت بالدعاوى الاختناق القضائي، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم العليا (النقض، التمييز، المجالس العليا للقضاء، محاكم التعقيب)، في الدول العربية، اعداد المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية سلطنة عمان، 23-26/10-2016.
- 5- كمال جعلاب، الحق في الادارة الجيدة في الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية، مجلة الحقيقة، 17، ع 03، سبتمبر 2018، ص 165-186.
- 6- - فائزة يوسف، عن تفعيل أداء المنتخب المحلي على ضوء الاصلاحات السياسية الجزائرية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، ع 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013،
- 7- بن زيطة عبد الهادي، نطاق اختصاص السلطات الادارية المستقلة دراسة حالة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وسلطة الضبط للبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، مداخلة في الملتقى بجاية السلطات الادارية المستقلة.

سابعا: قواميس

- 1- ابن منظور، أبو الفضل المصري، لسان العرب، مادة جهد، المجلد 15، دار صادر، بيروت، ط 1968.
- 2- الجوهري، أبو النصر، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، ج 2، الكتب العلمية، بيروت، ط 1999.
- 3- الرازي فخر الدين بن عمر، المحصول في علم الأصول، المكتبة العصرية، صيدا بيروت لبنان، 1999، الجزء الرابع.
- 4- الراغب الاصفهاني، معجم أفاظ مفردات القرآن، تحقيق نديم مرعشلي، دار الفكر لبنان، بدون سنة نشر.

ثامنا: محاضرات

- 1- محمد الصالح خراز، محاضرات في القانون الاداري، مطبوعة كلية الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي الوادي، 2000/1999. غير منشورة.
- 2- عمار كوسة، "محاضرات في القضاء الدستوري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015/2014، مطبوعة منشورة على شبكة الانترنت، تم الاطلاع عليها يوم 2016/11/16، بتوقيت: 20.00 ليلا.
- 3- مباركة بدري، محاضرات في الوظيفة العامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2014-2015.
- 4- نور الدين بري، "محاضرات في قانون الضبط الاداري"، محاضرات القيت على طلبة سنة ثانية ماستر قانون اعمال، قسم قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015-2016.

تاسعا: مراجع اللغة الفرنسية:

A. Ouvrages:

- De Laubader Andre. Traite de droit administratif. L.G.D.J. Paris.
- Edouard Laferriere, Traite de la juridiction Administrative, VII.
- M. Waline, Droit Administratif. L.G.D.J. Paris, 1963,-
- Rivero Jean. Le conseil d'état. Un juge qui gouverne, Dalloz, 1951.
- Auby JM et Drago R, Traité de contentieux administratif, Paris, 1984.
- De Laubadire, A, Traité de droit administratif, Paris, 1984.-
- Jean Rvero, Jean Walline, Droit administrative, 21 ém éd, Dalloz, 2006-
- Boulanger J, Les principes generaux du droit et positif, inetudes offertes a G. Ripert, Paris, 1950.
- Pierre Delvolvé, Le droit administrative, 2 e, Paris, Dalloze, 1998.-
- -Kelsen, Hans. General theory of law and state. Translated by Anders Wedberg. New York, 1961.

- Carré, De Melberg, Contribution à la théorie générale de l'état. Tome 2, chap 17: De la séparation des Fonctions entre des organes distincts, Dalloz, 2004
- Ambrois Colin et Herry Capitant, Traite de droit civil, refondu par lean julliot, de la morondier, Dalloz Paris, 1957, Tomo 1.
- Nicolas Raynaud, Le commissaire du gouvernement près le conseil d'état, LGDJ, EJA, paris, France, 1996.
- Gustave Peiser, Droit administratif générale, 20ème édition, dalloz, paris, 2000 .
- Charles Debbasch, Jean-claude Ricci, contentieux administratif, 7 éd 1999, Dalloz.
- Olivier Gohin, Contentieux administratif, 3éd, 2002, Litec-
- P.Repi ,L'influence du droit International et regional des droit de l'homme sur la procedure pénale "nouvelles etudes pénales, 1999.
- Vincent Berger, la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, 7eme, édition, Dalloz, Paris, France, année 2000
- Denys Simon, Le principe de " bonne administration " ou la " bonne gouvernance " .
- concrète, in Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux, Rennes, Editions Apogée, 2006
- Georges VEDEL: Droit administratif, Presses Universitaires de France, 6ème édition, 3é trimestre, 1976,
- Georges VEDEL, Pierre DEVOLVE, *Droit adminsitratif*, presses universitaires de France, Paris, 1990
- ZOUAIMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Edition Belkeise, Alger ,2012.
- G. Jéze, les éléments esseentiels du service public, R D P, 1913-
- Jean Rivero, Les Libertés publiques, PUF, Paris, 1973-
- Horiou H, Droit constitutionnel et les institutins politiques éd, 1972.
- André Démichel, Droit administratif, Essai de réflexion théorique, L.G.D.J, Paris, 1978.

B. Articles:

- Rashid Khelloufi, sytème juridique algerien ; une jurisprudence inaccomplie, Revue Idera, n 43, pp 7-32.
- G.Vedel," Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", ECDE, 1979-1980, n° 31.
- Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, LGDJ, Paris, Tome 1, 16ème édition, 2001.

- Jean Boulouis, Supprimer le droit administratif ?, Revu Pouvoirs, n 48, 1988,
- Lionel ZevounouRe) penser le droit administratif avec Jacques Caillosse. Revue de droit, Faculte de Droit de l'Universite de Sherbrooke, 2016, 46 (1).
- F. Melleray, " Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ?", AJDA 2005.
- François Burdeau, Les Crises des juridictions, Revue de droit d'assas, N 18 mai 2019.
- Yelles chaouche Bachir, La relation gouvernement –administration en droit constitutionnel, Revue IDARA, N1, 2000, p 83-91.
- Jean Paul Jacqué, Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Revue Française d'Administration Publique.
- J. CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », Revue Administrative, 1998, n°30.
- R. ZOUAIMIA, « Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien », Revue Idara, n°25, 2001, p 125-138.
- Rachid Khaloufi, La notion dorde public et le contrôle du juge déxcés de povoire, la lettre juridique, année 1994.
- Marceau Long, Une réforme pour préparer lavenir, Revue Francaise de droit administratif, mars- avril, 1988.
- C- Thésés:
- B- Jeanneau. Les principe generaux du droit dans la jurisprudence Administrative, These D, paris 1954.
- Jean Pierre Chudet, les principes généraux, de la procedure Administrative contentieuse, these, Universite de Renne II, 1966,
- Paleerat Sriwannapruek, Les Principes Genereaux du droit administrative français et thaillandais, These doctorat, 17-12-2010, univ Dàuvergneclermotfrerrand 1.

عاشرا: مواقع الكترونية:

- [/http://www.conseildetat.dz](http://www.conseildetat.dz) موقع مجلس الدولة الجزائري،
- محمود صالح العادلي، حصانة أو حرية الدفاع أمام القضاء، مقال منشور على شبكة الانترنت، على الموقع: www.aproarab.org/Down/Bahrain/4.doc
- عبد الرحمن خلفي، " المحاكمة خلال آجال معقولة. دراسة مقارنة في التشريع والقضاء الجنائي "، مقال منشور على شبكة الانترنت: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=142833>

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

1	مقدمة:
10	فصل تمهيدي: دور الاجتهاد القضائي في القانون الاداري.
12	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي ليس مصدرا للقانون الاداري.
12	المطلب الأول: نقد قضائية القانون الاداري.
12	الفرع الأول: التحول عن مسلمة قضائية القانون الاداري.
12	أولاً: مسلمة قضائية القانون الاداري.
14	ثانياً: نقد قضائية القانون الاداري في الفقه الفرنسي.
16	الفرع الثاني: حجج نقد قضائية القانون الاداري.
16	أولاً: الحجج الفلسفية لنقد قضائية القانون الاداري.
17	ثانياً: الحجج القانونية لنقد قضائية القانون الاداري.
19	ثالثاً: الحجج المنطقية لنقد قضائية القانون الاداري.
19	الفرع الثالث: المشكلة الدستورية عائق مصدرية الاجتهاد القضائي.
20	أولاً: تفسير مبدأ الفصل بين السلطات معيق لمصدرية الاجتهاد القضائي.
22	ثانياً: عدم ديمقراطية القاعدة القضائية.
25	المطلب الثاني: التفسير القضائي للقانون الاداري.
25	الفرع الأول: مفهوم التفسير القضائي الاداري.
25	أولاً: تعريف التفسير القضائي الاداري وتمييزه عن ما يشابهه.
29	ثانياً: الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي من التفسير القضائي.
32	الفرع الثاني: خصوصية التفسير القضائي ومنهجه للقاضي الاداري.
32	أولاً: خصوصية التفسير للقاضي الاداري.
37	ثانياً: منهج القاضي الاداري في تفسير القاعدة القانونية الادارية.
41	المطلب الثالث: الدعوة الى الغاء القضاء الاداري.
42	الفرع الأول: الغاء القضاء الاداري في الفقه الفرنسي.
42	أولاً: أزمة مبدأ ازدواجية الولاية القضائية.

44	ثانيا: تبرير الغاء القضاء الاداري.
46	الفرع الثاني: الغاء القضاء الاداري في الفقه الجزائري.
46	أولا: الرأي الفقهي المؤيد لإلغاء القضاء الاداري.
48	ثانيا: قاعدة لا يخضع القاضي الا للقانون.
50	المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي مصدر للقانون الاداري.
50	المطلب الأول: تشريع المشرع وتشريع القاضي؛ من المشرع؟
51	الفرع الأول: اعادة قراءة مبدأ الفصل بين السلطات.
52	أولا: مبدأ الفصل بين السلطات في ميزان الفقه.
54	ثانيا: السلطة التنفيذية؛ المشرع.
54	ثالثا: التحول من القانون الدولي الى القانون الاجتماعي.
55	الفرع الثاني: الموازنة بين شروط الترشح لعضوية السلطة التشريعية وتولي الوظيفة القضائية.
56	أولا: شروط الترشح لعضوية السلطة التشريعية في الجزائر.
58	ثانيا: شروط تولي الوظيفة القضائية في الجزائر.
60	الفرع الثالث: ذاتية القاعدة القانونية الادارية تستدعي تشريع القاضي الاداري.
62	المطلب الثاني: حتمية الاغفال التشريعي للقانون الاداري.
63	الفرع الأول: مفهوم الاغفال التشريعي الاداري وتمييزه عن ما يشابهه.
63	أولا: تعريف الاغفال التشريعي الاداري.
66	ثانيا: التمييز بين الاغفال التشريعي وعن ما يشابهه.
68	الفرع الثاني: سد الاغفال التشريعي في القانون الاداري.
68	أولا: الاغفال التشريعي خاصية أساسية للقانون الاداري.
69	ثانيا: الاتجاه التقليدي المنكر لسد الاغفال من قبل القاضي.
70	ثالثا: الاتجاه المعاصر المؤيد لسد الاغفال من قبل القاضي.
71	المطلب الثالث: القاضي الاداري قاضي الدستورية؛ الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الاداري.
72	الفرع الأول: التحول في الدفع بعدم دستورية القوانين.
73	أولا: النظرية التقليدية للرقابة على دستورية القوانين.

75	ثانيا: النظرية المستحدثة للدفع بعدم الدستورية.....
76	الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الاداري في فرنسا.....
79	الفرع الثالث: الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الاداري في الجزائر.....
80	أولا: اثرء الاجتهاد القضائي الاداري.....
84	ثانيا: اجراءات الدفع بعد الدستورية؛ بين دور الوسيط للقاضي الاداري ودور المجتهد له؟.....
89	الباب الأول: أثر الاجتهاد القضائي الجزائري في القاعدة الاجرائية الادارية.....
91	الفصل الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في القاعدة الاجرائية المتعلقة بكامل مراحل الدعوى الادارية.....
92	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي وحق الدفاع.....
93	المطلب الأول: مفهوم مبدأ حق الدفاع.....
93	الفرع الأول: تعريف مبدأ حق الدفاع فقها وأساسه القانوني.....
93	أولا: تعريف مبدأ حق الدفاع فقها.....
97	ثانيا: الأساس القانوني لمبدأ حق الدفاع.....
98	الفرع الثاني: مبدأ حق الدفاع الى حقوق دفاع: تعزيز لاجتهاد القاضي تشريعا.....
99	أولا: حقوق الدفاع أساسية وحقوق دفاع غير أساسية.....
99	ثانيا: حقوق الدفاع تتعلق بسير الخصومة وبطلبات الخصوم.....
101	المطلب الثاني: عناصر مبدأ الحق في الدفاع.....
101	الفرع الأول: حق المواجهة؛ كأحد عناصر حق الدفاع.....
101	أولا: تعريف مبدأ حق المواجهة وأساسه القانوني.....
104	ثانيا: شروط تحقيق مبدأ حق المواجهة.....
106	الفرع الثاني: الحق في ابداء الدفاع.....
106	أولا: تقديم الطلبات.....
109	ثانيا: في ابداء الدفع.....
110	ثالثا: حق المدعي عليه في التزام الصمت.....
112	المطلب الثالث: حق الدفاع في القضاء الاداري: يثبت الدور التشريعي للقاضي الاداري.....
112	الفرع الأول: حق الدفاع يعزز مبادئ المحاكمة العادلة.....

- 112.....أولاً: تعريف المحاكمة العادلة.....
- 114.....ثانياً: ضرورة التكريس التشريعي للمحاكمة العادلة.....
- 118.....ثالثاً: أولوية التدخل القضائي في تعزيز المحاكمة العادلة.....
- 121.....الفرع الثاني: حق الدفاع في منازعات الوظيفة العمومية.....
- 121.....أولاً: في تعريف منازعات الوظيفة العامة وأهميتها.....
- 122.....ثانياً: تطبيقات الاجتهاد القضائي الإداري في منازعات الوظيفة العامة.....
- 125.....الفرع الثالث: حق الدفاع في المنازعة الإدارية عموماً؛ أثر وبناء.....
- 125.....أولاً: حق الدفاع مؤسس للمبادئ العامة للقانون والاجتهاد القضائي.....
- 126.....ثانياً: حق الدفاع ضماناً للفرد والإدارة العامة.....
- 127.....ثالثاً: حق الدفاع قاعدة لاستمرار تشريع القاضي الإداري.....
- 129.....المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي في حق التقاضي.....
- 130.....المطلب الأول: مبدأ تعدد درجات التقاضي والاجتهاد القضائي.....
- 130.....الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ التقاضي على درجتين.....
- 130.....أولاً: تعريف مبدأ التقاضي على درجتين.....
- 132.....ثانياً: موقف المشرع الجزائري من مبدأ التقاضي على درجتين.....
- 134.....الفرع الثاني: الإصلاح التنظيمي للقضاء الإداري في فرنسا والجزائر.....
- 134.....أولاً: أثر الإصلاح التنظيمي للقضاء الإداري الفرنسي في بناء القاعدة القانونية الإدارية.....
- 138.....ثانياً: مبدأ التقاضي على درجتين في القضاء الإداري الجزائري.....
- 140.....الفرع الثالث: أثر التقاضي على درجتين في بناء القاعدة القانونية الإدارية.....
- 140.....أولاً: الطعن بالاستئناف يعزز الاجتهاد القضائي الإداري.....
- 143.....ثانياً: مركزية الطعن بالاستئناف في الجزائر عائق للاجتهاد القضائي الإداري.....
- 145.....المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في الطعن بالنقض.....
- 147.....الفرع الأول: ضرورة تدخل القاضي الإداري اجتهاداً عند الطعن بالنقض.....
- 147.....أولاً: الإطار القانوني للطعن بالنقض في المادة الإدارية.....
- 150.....ثانياً: مظاهر القصور للطعن بالنقض في المادة الإدارية.....

- 153..... الفرع الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي الاداري في الطعن بالنقض.
- 153..... أولا: تطبيقات مرحلة ما قبل 2008.
- 154..... ثانيا: تطبيقات مرحلة ما بعد 2008.
- 156..... المطلب الثالث: الاستعانة بمحام يعزز حق التقاضي ويشري الاجتهاد القضائي.
- 156..... الفرع الأول: الأساس القانوني للاستعانة بمحام والتمثيل الوجوبي له.
- 156..... أولا: الأساس القانوني للمحاماة.
- 158..... ثانيا: موقف الاجتهاد القضائي الاداري من التمثيل الوجوبي من قبل المحامي.
- 161..... ثالثا: ضرورة التمثيل القضائي من المحامي.
- 163..... الفرع الثاني: الدور الاجتهادي للمحامي.
- 163..... أولا: مهام وواجبات المحامي.
- 164..... ثانيا: هل المحامي فقيها قانونيا؟
- 168..... المبحث الثالث: الاجتهاد القضائي في معقولة المحاكمة.
- 169..... المطلب الأول: مفهوم معقولة المحاكمة والأسس القضائية في الاجتهاد الفرنسي.
- 169..... الفرع الأول: مفهوم معقولة المحاكمة.
- 169..... أولا: تعريف معقولة المحاكمة.
- 171..... ثانيا: خصائص معقولة المحاكمة.
- 173..... الفرع الثاني: الأسس القضائية لقاعدة معقولة المحاكمة.
- 173..... أولا: في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الأول.
- 174..... ثانيا: تطبيقات قاعدة معقولة المحاكمة في التشريع.
- 178..... المطلب الثاني: معقولة المحاكمة في الاجتهاد القضائي الاداري الجزائري.
- 178..... الفرع الأول: الأسانيد القانونية لتكريس مبدأ معقولة المحاكمة في الجزائر.
- 178..... أولا: عدم دسترة معقولة المحاكمة في الدستور الجزائري.
- 180..... ثانيا: معقولة المحاكمة في ما تحت القاعدة الدستورية.
- 182..... الفرع الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في تعزيز مبدأ معقولة المحاكمة.
- 182..... أولا: تطبيق الاعفاء من التحقيق قضاء: تعزيز لمعقولة المحاكمة.

- 183.....ثانيا: تحديد أجال اختتام التحقيق في الدعوى الادارية: تعزيز لمعقولية المحاكمة.
- 184.....ثالثا: تدابير متعلقة بوحدة الخصومة: تعزز معقولية المحاكمة.
- 187.....الفصل الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري اثناء مرحلة رفع الدعوى الادارية والتحقيق فيها.
- 188.....المبحث الأول: انفتاح ميعاد الطعن القضائي وحالة العريضة الافتتاحية.
- 188.....المطلب الأول: أثر الاجتهاد القضائي في انفتاح ميعاد الطعن القضائي.
- 188.....الفرع الأول: ضرورة احترام الميعاد التشريعي للطعن القضائي.
- 191.....الفرع الثاني: تطبيقات انفتاح ميعاد الطعن القضائي.
- 191.....أولا: في القرار المستمر والقرار المنعدم.
- 195.....ثانيا: انفتاح ميعاد الطعن من جديد.
- 196.....ثالثا: المراجعات المقدمة " نفعا للقانون".
- 196.....الفرع الثالث: الدفع بعدم مشروعية اللائحة الادارية لإلغاء قرار اداري فردي.
- 197.....أولا: موقف الاجتهاد القضائي في فرنسا ومصر.
- 199.....ثانيا: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري.
- 200.....المطلب الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في تصحيح العريضة الافتتاحية.
- 200.....الفرع الأول: تصحيح عريضة افتتاح الدعوى في الاجتهاد القضائي الفرنسي.
- 200.....أولا: شروط قبول عريضة افتتاح الدعوى.
- 202.....ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي في تصحيح عريضة افتتاح الدعوى.
- 204.....الفرع الثاني: تصحيح عريضة افتتاح الدعوى في الاجتهاد القضائي الجزائري.
- 205.....أولا: بيانات عريضة افتتاح الدعوى.
- 206.....ثانيا: شروط تصحيح العريضة الافتتاحية للدعوى.
- 207.....ثالثا: سلطة القاضي في الأمر بتصحيح العريضة الافتتاحية.
- 208.....المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في أوامر التحقيق.
- 209.....المطلب الأول: أوامر التحقيق في الاجتهاد القضائي الفرنسي.
- 209.....الفرع الأول: تمكين المدعي من القرار المطعون فيه.
- 209.....أولا: تحديد القرار الاداري في الاجتهاد الفرنسي.

- 211..... ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي الفرنسي في تمكين المدعي من القرار الاداري.
- 211..... ثالثا: حق وقف تنفيذ القرار الاداري السليبي: تمكين افتراضي للمدعي من القرار المطعون فيه.
- 213..... الفرع الثاني: تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.
- 214..... أولا: القاعدة العامة؛ التزام الادارة العامة بتقديم الوثائق والمستندات.
- 216..... ثانيا: الاستثناء من القاعدة العامة؛ جواز عدم تقديم الادارة العامة للوثائق والمستندات.
- 220..... الفرع الثالث: أمر الادارة بالإفصاح عن سبب القرار الاداري.
- 221..... أولا: تعريف تسبب القرار الاداري.
- 222..... ثانيا: تسبب القرار الاداري في الاجتهاد القضائي الفرنسي.
- 225..... ثالثا: الموقف التشريعي من أمر القاضي الادارة العامة تسبب قرارها.
- 226..... المطلب الثاني: أوامر التحقيق في الاجتهاد القضائي الجزائري.
- 226..... الفرع الأول: تمكين المدعي من القرار المطعون فيه.
- 226..... أولا: تمكين المدعي من القرار الاداري في غير دعوى الالغاء.
- 228..... ثانيا: موقف المشرع من تمكين المدعي من القرار الاداري.
- 233..... ثالثا: تطبيق الاجتهاد القضائي الجزائري تمكين المدعي من القرار الاداري.
- 234..... الفرع الثاني: تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.
- 234..... أولا: موقف المشرع من تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.
- 236..... ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي في أمر الادارة العامة تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى.
- 238..... ثالثا: الاستثناء من القاعدة العامة؛ جواز عدم تقديم الادارة العامة للوثائق والمستندات.
- 243..... الفرع الثالث: أمر الادارة بالإفصاح عن أسباب القرار الاداري.
- 243..... أولا: موقف المشرع من أمر الادارة الافصاح عن أسباب القرار الاداري.
- 247..... ثانيا: تطبيق الاجتهاد القضائي في أمر الادارة العامة تسبب القرار الاداري.
- 248..... ثالثا: أثر الاجتهاد القضائي في أمر تسبب القرار الاداري.
- 252..... الباب الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الجزائري في القاعدة القانونية الموضوعية الادارية.
- 253..... الفصل الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في التنظيم الاداري.
- 254..... المبحث الأول: تحديد الشخص الاداري بين التشريع والاجتهاد القضائي.

- 255.....المطلب الأول: التحديد القانوني للشخص الاداري.
- 255.....الفرع الأول: الأساس الدستوري للشخص الاداري.
- 255.....أولاً: دسترة الشخص الاداري.
- 257.....ثانياً: دسترة الشخص الاداري؛ تكريس حماية واستقلالية غير مكتملة.
- 259.....الفرع الثاني: الأساس التشريعي للشخص الاداري.
- 259.....أولاً: قانون مجلس الدولة والمحاكم الادارية محدد للشخص الاداري.
- 260.....ثانياً: قانون الاجراءات المدنية والادارية محدد للشخص الاداري.
- 263.....ثالثاً: قانون الجماعات المحلية محدد للشخص الاداري.
- 263.....رابعاً: القانون المدني محدد للشخص الاداري.
- 264.....الفرع الثالث: هل التحديد القانوني للشخص الاداري اختصاص حصري؟
- 264.....أولاً: الفرض الأول؛ الاختصاص الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري.
- 266.....ثانياً: الفرض الثاني؛ الاختصاص غير الحصري للتحديد القانوني للشخص الاداري.
- 267.....المطلب الثاني: الأساس القضائي للشخص الاداري.
- 268.....الفرع الأول: معيار المصلحة الضرورية في تحديد الشخص الاداري.
- 268.....أولاً: أساس وجود الشخص الاداري " المصلحة الضرورية ".
- 271.....ثانياً: نقد معيار المصلحة الضرورية لتحديد الشخص الاداري.
- 272.....الفرع الثاني: تحول الشخص الاداري كأساس لتدخل الاجتهاد القضائي.
- 274.....أولاً: الادارة الجيدة كتحول للشخص الإداري.
- 276.....ثانياً: تجمعات المنفعة العامة بين القانون الخاص والقانون العام.
- 279.....المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في تحول التنظيم الاداري.
- 280.....المطلب الأول: المؤسسة العامة كشخص اداري في الاجتهاد القضائي.
- 280.....الفرع الأول: قصور المشرع في تأطير المؤسسة العامة كشخص اداري.
- 281.....أولاً: دسترة صريحة متأخرة للمؤسسة العامة.
- 282.....ثانياً: تذبذب المشرع البرلماني في تنظيم المؤسسة العامة.
- 285.....الفرع الثاني: أثر اجتهاد القاضي الاداري في المؤسسة العامة.

- 285.....أولاً: مقارنة اجتهاد القضاء الفرنسي في المؤسسة العمومية.
- 288.....ثانياً: مقارنة اجتهاد القضاء المصري في المؤسسة العمومية.
- 289.....ثالثاً: مقارنة الاجتهاد القضائي الجزائري في المؤسسة العامة.
- 292.....المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في السلطات الادارية المستقلة.
- 293.....أولاً: السلطات الادارية المستقلة ادارة عمومية.
- 296.....ثانياً: السلطات الادارية المستقلة سلطة رابعة.
- 298.....ثالثاً: السلطات الادارية المستقلة ذات طبيعة خاصة.
- 298.....الفرع الثاني: ضرورة تدخل القاضي الاداري في منازعات السلطات الادارية المستقلة.
- 298.....أولاً: هل هناك منازعة للسلطات الادارية المستقلة؟
- 302.....ثانياً: التكريس القانوني لسلطة القاضي الاداري في منازعة السلطات الادارية المستقلة.
- 308.....الفصل الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في النشاط الاداري.
- 309.....المبحث الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في نظرية المرفق العام.
- 309.....المطلب الأول: متى نكون أمام مرفق عام؟
- 310.....الفرع الأول: المشرع محدد للمرفق العام. المعيار الانتقائي.
- 310.....أولاً: عدم دسترة المرفق العام.
- 312.....ثانياً: اختصاص القانون البرلماني في تحديد المرافق العامة.
- 314.....ثالثاً: المرفق العام في المرسوم الرئاسي: 16-03.
- 316.....الفرع الثاني: المصلحة العمومية محدد للمرفق العمومي: المعيار الغائي.
- 317.....أولاً: عدم امكان ضبط مفهوم المصلحة العمومية.
- 318.....ثانياً: تنوع تصنيف المصلحة العمومية.
- 319.....ثالثاً: المردودية بمعنى المصلحة العمومية كمحدد للمرفق العمومي المستحدث.
- 320.....الفرع الثالث: مدى ضرورة تحديد المرفق العام من قبل القاضي الاداري؟ المعيار القضائي.
- 320.....أولاً: المرفق العام أساس للقانون الاداري في: الاجتهاد القضائي الفرنسي الكلاسيكي.
- 322.....ثانياً: تحول مفهوم المرفق العام: ضرورة لتدخل القاضي الاداري.
- 325.....المطلب الثاني: القانون الأساسي للمرفق العام: أثر واضح للاجتهاد القضائي.

- 326..... الفرع الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في المبادئ التقليدية للمرفق العام.
- 326..... أولا: مبدأ المساواة في المرفق لعام.
- 329..... ثانيا: مبدأ الاستمرارية للمرفق العام.
- 332..... ثالثا: مبدأ تكيف المرافق العمومية.
- 333..... الفرع الثاني: المبادئ الحديثة الناظمة للقانون الأساسي للمرفق العمومي. أثر بارز للاجتهاد القضائي.
- 335..... أولا: مبدأ الشفافية في المرفق العام.
- 336..... ثانيا: مبدأ المساءلة في المرفق العام.
- 336..... ثالثا: مبدأ الجودة والفعالية في المرفق العام.
- 337..... رابعا: مبدأ أخلاقية المرفق العام ونزاهته.
- 339..... المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في الضبط الاداري.
- 340..... المطلب الأول: سلطة المشرع والاجتهاد القضائي في إطلاق الحرية.
- 340..... الفرع الأول: عجز المشرع عن تحديد مدلول الحرية.
- 341..... أولا: موقف المشرع من تحديد مدلول الحرية.
- 345..... ثانيا: مبرر عدم التحديد التشريعي لمدلول الحرية.
- 348..... الفرع الثاني: أولوية سلطة القاضي الاداري في تحديد الحرية وحمايتها.
- 349..... أولا: ضابط حماية القاضي الاداري للحرية.
- 353..... ثانيا: فعالية سلطة القاضي الاداري في حماية الحرية.
- 355..... المطلب الثاني: النظام العام بين المشرع والقاضي الاداري.
- 356..... الفرع الأول: التحديد التشريعي للنظام العام للضبط الاداري.
- 356..... أولا: دسترة النظام العام.
- 359..... ثانيا: النظام العام في التشريع البرلماني.
- 361..... الفرع الثاني: أولوية تدخل القاضي الاداري في تحديد مضمون النظام العام.
- 363..... أولا: اجتهاد القاضي الاداري الجزائري في تحديد مدلول النظام العام.
- 365..... ثانيا: المعيار المحدد للنظام العام: مبرر لتدخل القاضي الاداري الجزائري.
- 368..... الفصل الثالث: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في أعمال الإدارة العامة القانونية.

- 369.....المبحث الأول: أثر الاجتهاد القضائي في نظرية القرار الاداري
- 370.....المطلب الأول: هل يمكن أن يصدر القرار الاداري من غير سلطة ادارية؟
- 371.....الفرع الأول: المعيار الوظيفي لتمييز القرار الاداري
- 371.....أولاً: المعيار الوظيفي للقرار الاداري في الاجتهاد القضائي الفرنسي
- 376.....ثانياً: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من المعيار الوظيفي للقرار الاداري
- 379.....الفرع الثاني: اصدار القرار الاداري من السلطتين التشريعية والقضائية
- 379.....أولاً: هل يمكن أن يصدر قرار اداري من السلطة التشريعية؟
- 382.....ثانياً: هل يمكن أن يصدر قرار اداري من السلطة القضائية؟
- 386.....المطلب الثاني: سلطة الاجتهاد القضائي في سريان ونهاية القرار الاداري
- 386.....الفرع الاول: أثر الاجتهاد القضائي في سريان القرار الاداري
- 386.....أولاً: سريان القرار الاداري بأثر مباشر
- 393.....ثانياً: سريان القرار الاداري بأثر رجعي
- 397.....الفرع الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في نهاية القرار الاداري
- 397.....أولاً: اقرار البطلان الجزئي للقرار الاداري
- 402.....ثانياً: اقرار انعدام القرار الاداري
- 407.....المبحث الثاني: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في نظرية العقد الاداري
- 408.....المطلب الأول: إثر الاجتهاد القضائي في مرحلة تكوين وابرام العقد الاداري
- 408.....الفرع الأول: متى نكون أمام عقد اداري؟
- 409.....أولاً: التحديد القانوني للعقد الاداري
- 411.....ثانياً: التحديد القضائي للعقد الاداري
- 420.....الفرع الثاني: اتفاقية التوأمة بين الجماعات المحلية والغير
- 420.....أولاً: اتفاقية التوأمة بين الجماعات المحلية والغير في فرنسا
- 421.....ثانياً: اتفاقية التوأمة بين الجماعات المحلية والغير في الجزائر
- 425.....المطلب الثاني: أثر الاجتهاد القضائي في مرحلة تنفيذ العقد الإداري ونهايته
- 425.....الفرع الأول: اجتهاد القاضي الاداري في تفسير العقد الاداري

425.....أولاً: في صياغة العقد الاداري.

428.....ثانياً: حدود تفسير القاضي الاداري لصياغة العقد الاداري.

431.....الفرع الثاني: تدخل القاضي الاداري في انهاء العقد الاداري.

431.....أولاً: القوة القاهرة كسبب للفسخ القضائي للعقد الاداري.

434.....ثانياً: الاخلال بالعقد كسبب للفسخ القضائي في العقد الاداري.

435.....ثالثاً: التعديل الانفرادي للعقد الاداري كسبب للفسخ القضائي.

435.....الفرع الثالث: أثر الاجتهاد القضائي الاداري عند نهاية العقد الاداري.

435.....أولاً: نظرية الظروف الطارئة.

439.....ثانياً: نظرية فعل الأمير.

443.....ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

446.....خاتمة:

454.....قائمة المصادر والمراجع:

476.....فهرس الموضوعات

ملخص الرسالة:

يمثل القانون الإداري أحد فروع القانون العام الداخلي الذي أثار جدلا في بدايات تأسيسه ولا يزال، خاصة في نظرية المصدرية والأسس لقواعده.

فمن مسلمات فقه القانون، أن الاجتهاد القضائي يعد مصدرا أساسيا للقانون الإداري الفرنسي، ويعد ذلك كعقيدة، ظن الفقه الفرنسي أنها لن تنزعزق وقد حذا فقه القانون الإداري الجزائري حذو التوجه الفرنسي، ومستثنسا بتوجهاته رغم إختلاف الواقع بينهما تطبيقا وفقها وقضاء.

حيث نظرا لتحولات القانون عامة، منها في فقه القانون الإداري المتعلقة بتقننة العديد من موضوعاته و انحصار دور القاضي الإداري في تبني الحلول الاجتهادية في مواجهة المشرع الإداري، بدأت تظهر في ساحات الفقه القانوني، نقد مبدأ " قضائية القانون الإداري"، و الذي عدا عقيدة تأسيس لنظرية القانون الإداري في فرنسا، حيث توجه الفقه إلى القول بإنكار "اعتبار الاجتهاد القضائي الإداري" مصدر للقانون الإداري وعد وظيفة القاضي يجب أن ترجع إلى مهمته القانونية في تطبيق النص القانوني المقنن والمكتوب وأنه لا حاجة للاجتهاد في ظل " تراكم تشريعي متواصل" حيث يطرح الباحث في هذا السياق السؤال التالي:

ما دور وأثر الاجتهاد القضائي في القانون الإداري الجزائري؟

وهل يمكن أن يبق القاضي الإداري مشرعا للقاعدة القانونية الإدارية كما كان حال التأسيس.

ويؤكد الباحث أن إطار البحث هو القانون و القضاء الإداري الجزائري أساسا، مع الاستئناس بالقانون القضاء المقارن.

حيث سيعالج البحث، الموضوع، من خلال دراسة الدور ثم الأثر. متبنيا فرضية المصدرية ونقدها للاجتهاد القضائي بخصوص القانون الإداري الجزائري، برغم عوائق العمل القضائي الاجتهادي في الجزائر، وذلك من خلال نقد أثر الاجتهاد في مواجهة القاعدة القانونية الإدارية اجرائيا وموضوعيا.

القاضي إن لم يكن مجتهدا... ليس بقاضٍ..