جامعة يحيى فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

دور القاضي الإداري في إثراء التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص: إدارة ومالية

من إعداد الطالبتين:

- كركوب فتيحة
- لبنى فراي

تحت إشراف الأستاذة:

- الدكتورة بن عائشة نبيلة

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتورة بن عائشة نبيلة	مشرفا
الدكتور سي موسى عبد القادر	رئيسا
جمعون موسى	مناقشا

السنة الجامعية 2018/2017

شكر

نحمد الله الذي وفقنا وأنار دروبنا في إنهاء عملنا المتواضع ،ولهذا نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذتنا المشرفة الدكتورة بن عيشة نبيلة ،التي أعانتنا في مذكرتنا وحتى في الدراسة ،و نتقدم بالشكر الى كل من درسنا طيلة سنوات الجامعية وسعى جاهدا لإفادتنا بالعلم ،كما نتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الذين ساعدونا الدكتور مزعاد إبراهيم و كربوش سليم وكل أساتذة كلية الحقوق.

إهداء

الى أخي ياسين رحمه الله و أسكنه فسيح جناته

الى من لا أستطيع رد فضله طول حياتي وكان ذراع الأمان مرشدي وسندي في هذه الحياة

أبي الغالي حفضه الله وأطال في عمره

الى التي حملتني وهنا على وهن وسهرت الليالي في الصغر ومدت لي يد العون في الكبر،

أمي الغالية حفضها الله وأطال في عمرها

الى أخي خالد و خولة و إيمان و نور الهدى و خليل

الى صديقاتي التي عشت معهم حلو الايام ومرها

أمينة و كريمة و كنزة

الى من ساعدني على إتمام هذا العمل المتواضع مصطفى

إلى كل صديقات الدراسة والتي تعرفت عليهم هذه السنة

وإلى من أعتبرهم في منزلة الإخوة

الى عائلة كركوب .

فتيحة

إهـــــــداء

الحمد لله الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل فله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه ولعظيم سلطانه

وإلى نور القلوب وسيد الوجود النبي المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من عجز لساني عن شكرهما وحياتي فردوس بوجودهما،

أعظم نساء الكون و أحن صدر في الدنيا..... أمي الغالية

سندي في الحياة وأنبل قلب في الوجود ..... أبي الغالي

إلى شريك حياتي ورفيق دربي "جمال"

الى اواتي و جدتاي وإلى عائلة زوجي الكريمة.

إلى كل الأحباب والأصدقاء وأخص بالذكر كريمة وبشرى و الى من قاسمتني إنجاز هذا العمل فتيحة

إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم مذكرتي.

لبنـــــــى

المقدمـــــــة

في بداية الامر نجد أن تاريخ القصاء يدفعنا الى أن نستنتج عدة أحداث غيرت في منحى ظهور القانون الاداري ، فالإصطدام الأول الذي حصل هو أن القضاء العدلي كان محظور عليه احتواء جميع القضايا، ففي البداية كان القضاء العادي يفصل في كل القضايا، فكانت حادثة قضية " بلانكو" كبداية لظهور علامات القانون الإداري، الذي تكون وتبلور وبطرق متعددة، فالقضاء الإداري رسخ مهمة الإزدواجية القضائية، وجعل مجال كبير ومتنفس جديد للإدارة.

فتميز النظام القانوني باستقلاليته، أي أنه كان دائم الحركة و كثير التطور و متكيف مع متطلبات الإدارة، تماشيا ووظيفتها في إشباع الحاجات العامة للأفراد فهنا ترسخ مبدأ القانون الإداري، وظهرت معالمه بوضوح.

إذن القاضي الإداري له دور كبير من خلال أنه قاضي يطبق القواعد القانونية فله مهام أخرى وهاته المهام تخص الوظيفة القضائية، التي تكون لحل نزاعات المطروحة أمامه ، وهي في حالة وجود نص قانوني ، أما في حالة انعدام النص القانوني، هنا يقوم بإنشاء وخلق قواعد قانونية لتلك الحالة ، فطبيعة عمل القاضي الإداري تحتم عليه أن يفصل في النزاع.

وأيضا حالة وجود نص قانوني واضح صريح يقوم بتطبيقه، أما إذا كان هناك غموض وعدم وضوح يقوم القاضي الإداري بتغييره وتوضيح معانيه ذلك من اجل حل النزاع المعروض عليه، فمهمة التفسير التي يقوم بها القاضي هي مهمة مكملة لقواعد التشريع دون مخالفتها، فعملية التفسير مجهدة وفيها يقوم القاضي بعملية بحث معقدة، وهذا يبين لنا أهمية دور القاضي الإداري في التشريع.

وأيضا في حالة غياب النص القانوني، لم يكن القاضي الإداري عاجز في هذه الحالة بل كان دافعا له لإيجاد الحلول القانونية والإبداع على إنشائها وذلك من خلال الاجتهاد القضائي.

فخصائص القانون الإداري هي عدم التقنين الكلي له، وتعدد النشاطات الإدارية واختلافاتها، هذا ما دفع بالقضاء الإداري لأن يخلق قواعد القانون الإداري في حالة انعدام النص، ومن خلال هاته الخاصية نميز أن القاضي الإداري وظائفه ومهامه متعددة وأوسع من القاضي العادي، وهذا في جانب خلقه قاعدة قانونية لحل نزاعات خاصة، وان معظم نزاعاته يكون فيها احد أطراف يتمتع بامتيازات السلطة العامة، وكأن الاجتهاد خاصية محددة للقاضي الإداري والتي كانت محظورة عليه في البداية،

فهناك معلومات تاريخية نادى بها بعض المفكرين، وكان أساسها إلغاء دور الاجتهاد القضائي، وحصر عمل لقاضي على تطبيق كل ما جاء به المشرع بصفة تطبيقية، وهذا ما كان في كتاب روح القوانين" لمونتيسكيو" " إن قضاة الوطن ليسوا سوى الضمير الذي ينطق لكلمات التشريع، فهم أشخاص لا يمكنهم التحقيق من قوة أو صرامة القانون"[1] فهاته الآراء ، لم تكن صائبة في جميع الأحوال لأننا لو حصرنا مهام القاضي وحرمناه من الاجتهاد القضائي، يكون مقيد في معظم الحالات أمام التشريع في حد ذاته، وكان الاجتهاد هو ما يحدد لنا أبعاد ومدى التشريع فإذا أنكرنا على مبدأ أن لكل سلطة مهامها، هنا يحصر مهام القاضي الإداري في تفسير القانون وتطبيقه فقط، دون أن يكون له مهمة إنشاء وخلق قواعد قانونية .

بما أن القواعد والنصوص القانونية تكون فيها، غموض أو نقص، وليست كاملة على معظم الأحيان، فقد تعرض نزاعات لا يكون لها حكم في التشريع او في القوانين الوضعية الأخرى، وهناك يكون على القاضي الإداري أن يفصل في النزاع ولا يمكنه التحجج انه لا يوجد نص يمكن تطبيقه، والا يعد مرتكبلجريمة إنكار العدالة ويكون قد خرق وظيفته، فوظيفته القضائية تدفعه للفصل في نزاعات حتى لو لم يجد لها نصا في القانون للتطبيق.

ففي الحالة التي يحكم القاضي الإداري في نزاع لا يوجد له نص قانوني، فالقاضي مضطر لإيجاد حلول ، وكأنه يستوحي ويتبع نفس منهج المشرع ، أي يحكم ويقرر بما كان سيحكم ويقرر به هذا النزاع، وكأن عمل القاضي يقارب ويشابه عمل المشرع.

عند ابتداع القاضي الإداري لحلول قانونية، وكان أمام نزاع ليفصل فيه ولم يكن يريد التمسك بالحكم هذا يسمى حكم فردي، لا تصبح له حجية غير على التراجع ذاته.

في الحالة الأخرى حيث يلزم القاضي بالاجتهاد ويعمل به على قضايا مشابهة هنا تصبح لدينا قاعدة قضائية لها إلزامية أي يصبح هنا القاضي محل المشرع وهاته القاعدة قد تكون قرار مبدئي ومبادئ العامة للقانون.

[1] حنان ابراهيمي، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2009، نقلا عن مونتيسيكيو، روح القوانين، ترجمة دار المعارف، مصر، سنة 1953، ص 330.

فمهام القاضي الإداري ليست بالسهلة ولا البسيطة ، فهو يبذل مجهودات مختلفة في خلق وإنشاء وإرساء قواعد قانونية من خلال فصله في النزاعات المعروضة عليه.

فنجد القاضي حتى في حالة اصطدامه إما بعدم وجود نص قانوني، أو غموضه أو عدم وضوحه، فله القدرة على الاجتهاد والبحث في جميع النصوص والمصادر لإيجاد الحلول اللازمة، فالقانون الإداري يكون مرافقا دائما للقاضي الإداري ليجد ما يمكن أن يساعده، وليخلق وينشئ قواعد قانونية، فهاته الاجتهادات التي يقوم بها القاضي الإداري، يتم إعلانها ونشرها ليستفيد منها كل من يهمه الأمر.

أما في حالة أن يستنبط القاضي الإداري أمر غير ثابت من أمر ثابت، على النزاع معروض عليه، نكون أمام قرينة قضائية وإذا تم العمل بها، فان المشرع يقرها على أساس أن تكون قرينة قانونية.

على الرغم من أن المبادئ العامة للقانون تستمد من النظام السياسي والاجتماعي للدولة، إلا أنها تعد إنشاء مثلها مثل القرار المبدئي، فالقاضي هو الذي يستمد ويبحث في هاته القاعدة ويقوم بصياغتها ثم يعلنها لكي تدخل حيز القانون ثم تدمج على القانون الوضعي، وأيضا يكون لها جزاء قانوني لكل من يخالفها.

بعد كل ما تطرقنا له، فالقاضي الإداري له وظيفة قضائية، يمثل معظمها في الأعمال القضائية، وأيضا التفسير القضائي أما الأحكام أو النصوص القانونية التي تكون غامضة أو مبهمة، أيضا له مهام أخرى تدخل في ضمنها إنشاء قواعد قانونية، وذلك يرجع معظم الأحيان أما التشريع يكون ناقصا وأيضا لا يمكن أن تحيط جميع نصوصه بكل الوقائع، فالقاضي الإداري يعد المصدر الاستثنائي، الذي يكمل النقص الموجود في التشريع، وكأن وظيفة القضاء تتلخص فيما يقوم به، القاضي الإداري، وبالتالي فالقاضي الإداري يكون له مهمة استنباط أحكامه من الواقع المعيشي، ومن ما يحدث في الواقع الذي نعيشه، ومن خلال تجاربه وما يراه في المجتمع.

وبهذا اعتبر القضاء الإداري تفسيري إنشائي ، لا تطبيقي للقواعد القانونية فقط، فالقاضي يبدع الحلول التي يراها مناسبة على النزاع الإداري المعروض عليه، وهذا ما جعلنا نتطرق لدراسة هذا الجانب من خلال أن القانون الإداري يساهم في خلق ما يسمى بالقواعد القانونية.

ففي هذا البحث صادفت عدة مستجدات ، أهمها هو التسبيب القضائي للأحكام .

فهذه الدراسة طرحت عدة إشكاليات متعددة منها: **أمام تنامي ظاهرة التقنينات الجزئية هل بقي للقاضي الاداري دور في خلق القواعد القانونية؟**

فمن أهم الصعوبات التي واجهتنا في هذا الموضوع هو أن الموضوع المطروح ، متفرق على عدة مراجع، وكل جزئية توجد في مرجع مختلف، أيضا أن معظم المعلومات وجدت في مراجع فرنسية أو مشرقية، أو في مجلات قانونية لأساتذة جامعيين أو لمحاضرات، فكانت عملية تجميع المعلومات هي أصعب مرحلة.

فلإيجاز هاته الدراسة اعتمدت على المنهج التحليلي، لأن عناصره يتطلبها الموضوع .

فهذا الموضوع جعلنا نتطرق إلى إشكالية تفرعت عنها عدة تساؤلات :

الى أي مدى كان للقاضي الاداري إنشاء قواعد قانونية في التشريع الجزائري ؟

وما آثار التزام القاضي الاداري بهاته الحلول؟

حيث تطرقنا في الفصل الأول إلى فصل القاضي الإداري في نزاعات القضائية والتي كان فيها مبحثين: المبحث الأول كان تحت عنوان مهام القاضي الإداري حسب وظيفته القضائية ، أما المبحث الثاني فكان مهام القاضي الإداري عن طريق الإجتهاد.

أما الفصل الثاني فكان أثر التزام القاضي الإداري بالحلول القانونية ، التي كان لزاما التطرق إلى مبحثين : المبحث الأول المصادر الأساسية للحلول القانونية ، أما المبحث الثاني المصادر التكميلية للحلول القانونية .

الفصل الأول

فصل القاضي الإداري في النزاعات القضائية

يتمتع القاضي الإداري بدور كبير وفعال من خلال مهامه القضائية المختلفة وانطلاقا من الخصائص التي تتسم بها قواعد القانون الإداري سواء الموضوعية منها أم الإجرائية، هنا تظهر أهمية وضرورة دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد اللازمة لحل النزاعات الإدارية التي تطرح عليه، ففي هذا الفصل تطرقنا إلى الوظيفة القضائية وأيضًا قمنا بتوضيح الجانب الموضوعي لإجراءات الدعوى الإدارية، المتمثلة إما بتفسير قواعد القانون الإداري، أو حالة انعدام هذه القواعد، لنبين دوره والحدود التي قد تصادفه عند قيامه بمهمة الفصل في الدعوى الإدارية، فالقاضي الإداري مهما كانت الحالة التي قد تصادفه ملزم بالفصل في النزاع الإداري الذي يختص بالنظر فيه، وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، مما أدى إلى وجوب التطرق لدور القاضي الإداري في صنع القاعدة القانونية الإدارية الموضوعية.

تطرقنا في هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول تناولنا فيه مهام القاضي الإداري حسب وظيفته القضائية، فالمطلب الأول كان الوظيف القضائية، أما المطلب الثاني فتطرقنا إلى حدود الوظيفة القضائية وقمنا بالتفصيل في كل جزئية على حدى، أما المبحث الثاني، فكان مهام القاضي الإداري عن طريق الاجتهاد وقسمناه إلى مطلبين: تناولنا في المطلب الأول مفهوم الاجتهاد القضائي، و المطلب الثاني حدود وظيفة الاجتهاد القضائي .

المبحث الأول: مهام القاضي الإداري حسب وظيفته القضائية

في هذا المبحث ارتأينا القيام بتعريف الوظيفة القضائية وأيضًا التطرق إلى التفسير القضائي من نواحي مختلفة وأيضا حدود الوظيفة القضائية من القيود الواردة على اختصاص القاضي وأيضًا الآثار المترتبة على هاته الوظيفة.

المطلب الأول: الوظيفة القضائية

في الواقع كان هناك صعوبة في تحديد ما يعتبر عملاً قضائيًا، إذ لا تقتصر الأعمال التي يمارسها القضاة على الأعمال القضائية، بل يمارسون أعمالاً أخرى لا تتمتع بهذه الطبيعة، ولتوضيح هذه الوظيفة القضائية قمنا باستخلاص هذا التعريف في الفرع الأول.

الفرع الأول: تعريف الوظيفة القضائية

تعرف الوظيفة القضائية بأنها الأعمال الأساسية للقضاة وينفردون بها بحيث لا ينبغي أن يشاركهم في القيام بها أحد من أعضاء سلطة التشريع أو سلطة التنفيذ، وقد يبدو لأول وهلة أنه لا صعوبة في تحديد هذه الأعمال بصورة واضحة جلية، إذ الأصل أن يمارس القاضي أعمالاً تختلف في طبيعتها عن الأعمال التشريعية التي يمارسها المشرع، كما تختلف أيضًا عن الأعمال الإدارية التي يمارسها رجل الإدارة[1].

فيقتصر دور القاضي على تطبيق القانون في كل خصومة، ويتكرر ذلك ما تكررت الخصومات، وقد ثبت قضاؤه على مبدأ قانوني فيصبح هذا المبدأ كأنه قانون متبع[2]، ولكنه ليس قانونًا بمعنى الكلمة، فعمل القاضي لا يعدو أن يكون تطبيقًا لعمل المشرع، وحتى لو سكت المشرع عن إيراد قاعدة عامة تحكم القضية المعروضة، واضطر القاضي إلى خلق القانون الواجب التطبيق في القضية المعروضة، لكي لا يعتبر منكرًا للعدالة فالقاعدة التي يستخلصها في هذه الحالة لا تتوفر فيها صفة العمومية والتجديد.

1 الدكتور أحمد مليحي، أعمال القضاة (الأعمال القضائية، الأعمال الولائية، الأعمال الإدارية)، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، (مصر)، الطبعة الثانية، سنة 1993، ص 6-7.

2المرجع نفسه، أعمال القضاة، نقلاً عن الدكتور محمد العشماوي، (قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط)، الجزء الأول، سنة 1993، ص 88.

الفرع الثاني: التفسير القضائي

قبل تعريف التفسير القضائي وجب التطرق لمعنى التفسير، له معنى ضيق وآخر واسع. فمعنى التفسير الضيق هو: <<الإستدلال على ما تتضمنه حتى يمكن تطبيقها في الظروف الواقعية>> أما المعنى الواسع له هو: <<توضيح ما يهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضى من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة>>.[1]

فالمفهوم الواسع، ينصرف فيه التفسير إلى اعتماد القاضي على أي قاعدة قانونية أيا كان مصدرها فيشمل جميع القواعد القانونية.

أما المفهوم الضيق فهو يقتصر على تفسير التشريع دون غيره اعتبارًا لمكانته بين المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، ولغموضه في كثير من الأحيان.

والتفسير القضائي يقصد به: <<التفسير الذي يقوم به القضاة وهم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يجسدوا حكم القانون على الوقائع التي بين أيديهم ويقومون بهذا العمل دون حاجة لأن يطلب منهم الخصم ذلك>> لأن التفسير من صميم عمل القضاة.

إذن فالتفسير هو تلك العملية العقلية المنظمة بواسطة منهاج وأساليب وتقنيات عملية محدّدة بهدف استخرج وبيان معنى صحيح لتصرف قانوني، أو لقاعدة قانونية أو اصطلاح معين بصورة واضحة وسليمة، أما التفسير القضائي هو عملية يقوم بها القضاة ونخص في هذا القاضي الإداري مع وجود قوانينه العديدة إلا أنها متفرقة، فنسبة لطبيعة هذا القانون غالبًا ما يلجأ القاضي الإداري لضرورة التفسير.

فالقاضي الإداري يقوم بتفسير القانون الذي يكتنفه الغموض أو عدم الدقة، فهو الذي سيعطيه مضمونًا ملموسًا، وقد يواجه أحيانًا سكوت المشرع عن معالجة بعض المواضيع، وفي هذا غالبًا ما تستطيع الإدارة أن تتخذ أي قرار تريده نظرًا لأنها لا تخضع لأية قاعدة ومنه يخلق قاعدة قانونية

1 غنيمي نور الهدى، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص إدارة ومالية، جامعة بسكرة، الموسم الجامعي 2013/2012 نقلاً عن علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مكتبة السنهوري للنشر،مصر، الطبعة الأولى، 2011، ص 16-17.

لاستكمال نقص القانون. وهذه القاعدة بعدها تفرض على الإدارة بالرغم من أنها ليست قاعدة تشريعية، بل قاعدة قضائية أنشأها القاضي، وسواء كان عمل القاضي في هذه الحالة خلقًا للقاعدة أو استنباطًا لها من روح التشريع[1].

أولا: تجسد القاعدة القانونية من خلال التفسير

قد يكون الحل القضائي الذي يضعه القاضي الإداري من اجتهاده المطلق، لا يستند في وضعه إلى مصادر محددة، بل يعتمد في استنباطه على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي والقانوني للدولة. أو بتعبير آخر يستمده من جوهر القانون الذي هو القانون الطبيعي أو العدل ذلك أن المادة الأولى القانون المدني الجزائري لا تعتبر قواعد القانون الطبيعي، وقواعد العدالة من مصادر القانون، لأن القانون الطبيعي وهو جوهر القانون ويجب هنا عدم الخلط بين جوهر القانون، ومصدر القانون، فالقانون الطبيعي أو العدل هو جوهر القانون الذي يستلهمه المشرع وهو بصدد وضع القاعدة القانونية وهو كذلك، أي القانون الطبيعي أو العدل، جوهر القانون الذي يستلهمه القاضي بصفة عامة وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه والتي لم يجد بصددها نصًا في مصادر القانون ليطبق عليه فالحل القضائي هنا إذن، وإن لم يجد له القاضي الإداري مصدرًا رسميًا محدّدًا، فهو يرتد أساسا إلى الضمير القانوني العام للجماعة، وما تحتويه من مبادئ القانون الطبيعي والمبادئ العليا للعدالة. وإلى ما يقدره القاضي الإداري ملائمًا لتحقيق التوازن بين مصالح الجماعة والمصالح الفردية[2].

ثانيا: حالات وطرق التفسير القضائي:

أما عن حالات التفسير القضائي فتكلمنا عن حالة الخطأ وحالة النقص والغموض وحالة التعارض، أما طرق التفسير القضائي فكانت طرق التفسير القضائي الداخلية والخارجية.

1صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 87.
2مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، مقال، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2009، ص 169.

1- حالات التفسير القضائي:

يمكن للقاضي الإداري أن يفسر القاعدة القانونية تفسيرًا واسعًا أو ضيقًا حتى يتفق النّص التشريعي مع المبادئ العامة، وسعة إرادة المشرع الضمنية حسب الأحوال، ويملك أيضًا تفسير قاعدة قانونية تفسيرًا محدّدًا لجعلها تتفق مع المبادئ القانونية العامة فعندما يواجه قاعدة قانونية غير محدّدة أو عامّة المعنى فإنّه يحدد لها المعنى خروجًا يختلف عن القاعدة الأصلية، ومن ذلك أنه يضع حلولاً إن لم تكن مختلفة تمامًا مع القاعدة فهي على الأقل غريبة عنها وذلك تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية، وفي مجال سلطته يجب أن لا يتجاوز الحالات التي تؤدي لإعماله حق التفسير.

فالقاضي الإداري يواجه عملية التفسير نظرًا لعدة أسباب التي تعيب النص القانوني مما يتطلب ضرورة تفسيره قبل تطبيقه، وتتمثل هذه الحالات في:

1-1- حالة الخطأ:

فإذا كان الخطأ الذي يلحق النص الغامض يتنوع فإن أسلوب القاضي في معالجته يختلف تبعًا لذلك، ومن الأمثلة التي ترد على هذا الخطأ ما يلي:

أ- خطأ مادي: ويراد به أن يرد حرف أو لفظ زائد أو تسقط منه سهوًا كلمة بحيث لا يستقر المعنى إلا بتصريح هذا الخطأ المادي بالاستعانة بالأعمال التحضيرية، والمصدر التاريخي للنص وحكمة التشريع والقواعد اللّغوية، فقد يأتي الخطأ المادي نتيجة إحلال لفظ محل آخر[1].

ب- خطأ قانوني: وهو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة، كما لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه، قد تقع في النزاع الإداري الذي يفصل فيه القاضي الإداري فقد يحتمل وجود سوء خطأ مادي أو قانوني.

1-2- النقص أو الغموض:

وقد يأتي غموض النص من النقص الذي يسوده، ويتمثل ذلك إما بسبب إغفال لفظ في النص بحيث لا يستقيم الحكم بدونه وقد يكون الغموض لخلل في الصياغة فقد يأتي نتيجة مهارة في

1همام محمد محمود، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف للنشر، مصر، سنة 2001، ص 136.

الصياغة أي أن الغموض يكون مقصودًا تقتضيه السياسة التشريعية، فقد تقتضي طبيعة الموضوع أن يضع المشرع قاعدة عامة ويترك للقاضي تفصيل الجزئيات ليضفي قدرًا من العدالة عند التطبيق[1].

1-3- التعارض:

وفي هذه الحالة يصادف القاضي حكمين مختلفين ينظمان لنفس المسألة وذلك إما على تشريع واحد أو في تشريع آخر، وتعارض الأحكام في التشريع الواحد مثلها حالة ما ورد في المادة 43/42 من القانون المدني حيث اعتبرت المادة 42 المعتوه فاقد التمييز كالصغير والمجنون حيث جاء فيها: <<لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون>> في حين عاد المشرع في المادة 43 واعتبر المعتوه مميّزًا، قائلاً: <<كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهًا أو معتوهًا يكون ناقص الأهلية[2]>>لذا فإن هذا التناقض يجعلنا في حيرة خاصة وأن الحكم على التصرف يختلف وأن المادة 85 [3]من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات المعتوه غير نافذة[4]. ونشير أن القانون الإداري يؤسس على أساس أفكار السلطة العامة والمرفق العام والمصلحة العامة بما يكتنف هذه الأفكار من شدة الغموض والإبهام، الأمر الذي يجعل القواعد وأحكام القانون الإداري تتسم ببعض الغموض ، مما يجعل عملية التفسير في القانون الإداري أكثر حتمية وإلحاحًا ودقة وصعوبة، ويحتم تعاون وتكامل جهود كل من رجال الإدارة والفقه والقضاء في عملية تفسير قواعد القانون الإداري، ويجعل مهمة الجهة القضائية المختصة بتفسير وتطبيق قواعد مهمة صعبةو معقدة ودقيقة، تحتم تطبيق منهجية قوية وفعالة ومرنة وواقعية في التفسير.

1عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الجسور للنشر الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2007، ص 208.

2 القانون 75-58 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن للقانون المدني ، الجريدة الرسمية، عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

3 القانون رقم 11/84 المؤرخ لـ 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 ،عدد 15،مؤرخة في 27 فبراير 2005.

4المرجع نفسه، ص 209.

ومنه ما يتجلى من دور القاضي الإداري عند وضع قاعدة قانونية إدارية في معرفة نية المشرع إنما يعطي للقاعدة القانونية قيمة معينة، فتصبح لهذا المضمون قاعدة قانونية ملزمة للإدارة والأفراد[1].

وهذا ما ذهب إليه نص القرار المحكمة العليا للغرفة الإدارية 1972/12/07 من طرف وزارة الأشغال العمومية ضد (ع.م) والذي جاء في إحدى حيثياته <<بناء على المادة 04[2] من القانون المدني حيث أن القاضي الذي يرفض الفصل بحجة سكوت القانون أو غموضه أو قصوره يمكن متابعته من أجل إنكار العدالة، حيث أنه بخصوص الاحتمال الأول فإن القضاة المعروض عليهم النزاع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب بل إن الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بالتفسير الواجب القيام به عندما تكون صياغة القانون غامضة أو غير كافية>>، وأنه بالتالي حسب الاحتمال الثاني فإن المادة المذكورة وبنفسها على حالة انعدام الرد الإداري فإنها التزمت الصمت بخصوص حالة الجواب الصريح، وإنه بالتالي كان يتعين على قضاة الدرجة الأولى، وسدًا لهذا الفراغ القيام بعمل المشروع من خلال إيجاد حل مدروس قصد جعل النص أوضح وأشمل.

حيث ان هؤلاء القضاة وإذا كانوا قد تجنبوا المداولة بفصلهم في القضية فإنهم لم يتداركوا سهو المشرع نظرًا للتفسير الذي فسروا به مقتضيات المادة المذكورة بتصريحهم بقانونية طعن قضائي لم يتم تحديد شروط قبوله في القانون.

وفي الأخير فإن العريضة مقبولة، لانقطاع أجل شهر الممنوح طبقا للنتائج العملية لأن الأجل انقضى بتاريخ 1971/10/09، وبالتالي تعني إلغاء القرار المستأنف لكون أن قضاة الدرجة الأولى لم يستندوا إلى المادة 04 من القانون المدني[3].

لهذه الأسباب يقضي المجلس الأعلى بالإلغاء والحكم على المستأنف عليه بالمصاريف، من هذا نشير أن القاضي الإداري الجزائري قد قام باستعمال اجتهاده من خلال التفسير الذي سواء كان لتفسير عقد إداري أو قرار إداري أو نص قانوني، وخير مثال يظهر فيه مشكل تفسير النّص القانوني

1حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية للنشر، مصر، سنة 2004، ص299.
2أنظر المادة 04 من القانون رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.
3مجلة مجلس الدولة، العدد 01، طبعة، سنة 2002، ص 38-39.

في القضاء الإداري الجزائري، هو قضية السيدة "ريغارشون" ضد والي ولاية الجزائر في حكم المجلس الأعلى للغرفة الإدارية الصادر في 1975/05/18، ومما جاء فيه أنه بموجب عريضة مقدمة بتاريخ 1972/06/01، طالبت السيدة "ريغارشون" بإلغاء قرار والي ولاية الجزائر المؤرخ في 1972/02/28م الذي صرح بموجبه عن حالة شغور مسكنها.

حيث أن والي ولاية الجزائر يتطرق في مذكرته إلى مضمون القضية مما يدل أنه سن الأسباب الكافية لتبرير قراره.

حيث أن وزير الداخلية لم يدعم إدعاؤه بأي دليل رغم الإعلان الذي وجه إليه في 1972/12/04 لهذا الغرض.

حيث أن وزير الداخلية في رده عن التظلم الذي رفعته المدعية بتاريخ 1972/04/13 ويزعم بأن هذه الأخيرة كانت غائبة عن الجزائر من 1970/07/06 إلى 1971/07/11 وحيث أن وزير الداخلية لم يدعم إدعاؤه بأي دليل رغم الإعلان الذي وجه إليه في 1972/12/04 لهذا الغرض.

حيث أن المدعية "ريغارشون"، أتت بالشهادات التي تثبت بواسطتها أنها لم تترك مسكنها حيث نستنتج من هذه الوثائق أن المدعية لم تتخل أبدًا عن التزاماتها كمالكة وأنها لم تتغيب عن مسكنها أكثر من شهرين وخاصة في الفترة الممتدة ما بين 1970/07/06 و 1971/07/11، كما يدعي وزير الداخلية. حيث أنه بناء على أحكام المادة 11 من المرسوم 63-88[1] بتاريخ 1963/03/13 المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة تعلن حالة الشغور للعقارات التي توقف ملاكها من تنفيذ التزاماتهم او طلب حقوقهم المترتبة عنها في مدة تتجاوز شهرين متتالين. لهذه الأسباب يقضي المجلس الأعلى للغرفة الإدارية بإلغاء قرار والي ولاية الجزائر.

ومنه فإن القاضي الإداري في قضية الحال هنا فسر أحكام المادة 11 من المرسوم لكي يحدد وجه اللامشروعية، لكون الوالي أعطى تفسيرًا خاطئًا لأحكامها، إذ يتضح دور القاضي عندما صرح

1 المرسوم رقم 88/63 المؤرخ في 18 مارس 1963، يتضمن قانون الأملاك الشاغرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 22 مارس 1963.

بأن الإعلان عن شغور ملكية السيدة "ريغارشون" من طرف الوالي يعتبر خطأ قانوني يجعل قراره مخالف لأحكام المادة 11 وقضى بإلغائه[1].

2- طرق التفسير القضائي:

تختلف طرق التفسير حسب نوعية القضية المطروحة، فالقاضي الإداري يرتبط عادة باحترام القانون أو التنظيم حرفيًا لكن قد يعدل عن التفسير الحرفي للقانون تحقيقًا للعدالة فله أن يوسع أو يضيق حسب الحالات، من ميدان تطبيق القانون أو التنظيم، وفي هذا القاضي الإداري يستغني بالأعمال التحضيرية للقانون في حالة وجودها.

2-1- طرق التفسير القضائي الداخلية:

ويقصد بهذه الطرق الوسائل التي بها يستخلص القاضي من داخل النّص ذاته مدلول هذا النص وحكمه، دون اللجوء إلى أية وسيلة خارجية عن ذات النّص، ويعتبر تفسير النص التشريعي بالاستعانة بالاستنتاج من مفهوم الموافقة ومن مفهوم المخالفة وكذلك من جانب دلالات معاني الألفاظ اللغوية والاصطلاحية وتفسير مضمون النص جملة.

أ- المعاني والدلالات اللغوية والاصطلاحية:

بعد استخدام هذه الوسيلة في التفسير يقضي استنباط المعاني اللغوية والاصطلاحية لأن واضع النص القانوني أو العمل الإداري ينتقي ويختار ألفاظ ومصطلحات ذات دلالات ومعاني محدّدة ومضبوطة في مجال العمل القانوني غالبًا ما ينتقي صاحب العمل الإداري القانوني الاصطلاحات القانونية لها معاني محدّدة ومضبوطة، فعملية تقريب وتنسيق الألفاظ ومصطلحات النص القانوني من أجل استخراج المعاني الحقيقية والصحيحة المقصود لتفسير تعتبر وسيلة فنية من وسائل التفسير الداخلي[2].

1كرباطو عز الدين، سلطات القاضي الإداري في عملية التفسيرٍ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 15، سنة 2005/2004، ص 42.
2كرباطو عز الدين، المرجع السابق، ص 59.

ب- تفسير مضمون النص أو التصرف القانوني جملة:

والمقصود بتفسير النص القانوني جملة، تقريب وتنسيق مفردات وألفاظ وجمل وفقرات النّص القانوني الواحد والمتعلق بالموضوع الواحد وتنسيقها وفهم معاني ودلالات وألفاظ واصطلاحات النص القانوني وجمله وفقراته تكمل بعضها البعض،في ضبط وصياغة الموضوع أو المضمون القانوني من ألفاظ ومصطلحات وجمل ومفردات لتفسير بعضها بعضا في نهاية الأمر، وهنالك من يرى أنه إزاء النص يمكن الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع باستخدام التفسير اللّفظي، أي باستخدام التفسير المستند إلى المعنى اللغوي أو الاصطلاحي بشرط أن يغلب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي إلا إذا انصرفت نية المشرع الحقيقية إلى تبني المعنى اللّغوي[1].

ج- وسائل التفسير المنطقي:

عندما تكون الألفاظ والعبارات والمصطلحات غامضة ومبهمة لا يمكن استخراج معناها اللّغوي والاصطلاحي، أو كانت المعاني المستخرجة متناقضة بعد عملية تقريب وتنسيق الألفاظ والمصطلحات والجمل والفقرات التي يتألف منها النّص، والتي تدور جميعها حول موضوع واحد، وفي هذه الحالة لابد من الانتقال إلى مرحلة استعمال التفسير المنطقي ووسائله المعروفة.

د- الاستنتاج من مفهوم الموافقة:

يقصد من الاستنتاج من مفهوم الموافقة إعطاء واقعة مسكوتًا عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلّة في الواقعتين ويطلق على الاستنتاج بهذه الطريقة بالمصطلح القياسي الذي يقوم على فكر أن ما تشابه من المسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة والقياس بالتفسير نوعان: قياس عادي وقياس من باب أولى.

أ- القياس العادي:

ويكون التفسير بالقياس بإعطاء وقائع غير منصوص على حكمها، الحكم الذي ورد به النّص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين على علة هذا الحكم إذ ن الحكم يوجد حيث توجد علّته.

1 عمار عوابدي، قضاة التفسير في القانون الإداري، دار هومة للنشر الجزائر ، سنة 2004، ص 184.

ب- القياس من باب أولى:

يتحقق هذا النوع من القياس بالتفسير من باب أولى، حيث توجد حالة منصوص على حكمها، وتكون علة هذا الحكم متوفرة بشكل واضح في حالة أخرى، غير منصوص عليها فيثبت لها الحكم من باب أولى[1].

2- الاستنتاج بمفهوم المخالفة:

يجوز القياس عن طريق مفهوم المخالفة وذلك بإعطاء حالة لم ينص عليها عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى، لاختلاف العلة في الحالتين.

إذ يعني التفسير بواسطة الاستنتاج بمفهوم المخالفة إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس الحكم في حالة منصوص عليها، بسبب اختلاف العلّة في الحالتين أو لأن الحالة المنصوص عليها هي جزئية من الجزئيات المنصوص عليها، حيث أن استقلالها وانفرادها بحكم يستخلص منه أن تنفرد بهذا الحكم دون غيره من الجزئيات الأخرى، فتخصص حكم أو حالة معينة يستوجب بالمنطق تطبيق عكس هذه الحالة أو الحالات الأخرى، التي لا يشملها هذا الحكم[2].

2-1- طرق التفسير الخارجية:

فوسائل التفسير الخارجية هي مجموعة الأدوات والوسائل الخارجية التي يستعين بها المفسر بعد تعذر تحقيق التفسير بواسطة أدوات ووسائل التفسير الداخلية. مثل عملية التعرف على الحكمة من وجود التصرف القانوني، وعملية الاسترشاد بالأعمال التحضيرية لإعداد وإصدار التصرف القانوني، إذن هي الوسائل التي يلجأ إليها القاضي أي الوثائق أو الدلائل التي يستعين بها القضاة لتفسير النصوص التشريعية وبيان معناها ومضمونها كلما كانت تلك الوسائل أو الوثائق أو الدلائل خارجة عن النص ذاته.

1عمار عوابدي، المرجع السابق ، ص 304.
2المرجع نفسه ، ص 186.

أ- عملية الاسترشاد بالأعمال التحضيرية:

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق التي تبين مختلف ما مر به النص، وتتمثل في مشروع أو اقتراح القانون مع بيان أسبابه ومختلف التقارير اللاحقة له، كالتقرير التمهيدي والتقرير التكميلي.

ولقد عرفها الدكتور عمار عوابدي: <<هي مجموعة الوثائق الرسمية والمعترف بها كحجية والتي تتضمن التقارير والمناقشات وعرض وبيان الأسباب ومحاضر الجلسات وكذا وقائع ونتائج عمليات الخبرة والتحقيقات الفنية القانونية والإجرائية الخاصة، وكذلك حيثيات الأحكام القضائية وقرارات العقوبات الإدارية وسلبيات القرارات الإدارية>> فعملية الرجوع الجوازية لهذه الأعمال لتكوين وإصدار وإبرام التصرفات القانونية تساعد على إنجاز العملية التفسيرية مادامت هذه الأعمال التحضيرية هي التي كونت وحققت الوجود المادي والفني النهائي للتصرفات القانونية وحضرت لعملية الإصدار والوجود القانوني لهذه التصرفات القانونية.[1]

ب- الاستعانة بالمصادر التاريخية:

ويقصد بها الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع النص، وقد يكون الشريعة الإسلامية أو قانون أجنبي، فمثلاً يعتبر القانون المدني المصري والفرنسي مصدران تاريخيان للكثير من ونصوص القانون المدني الجزائري، كما أن عملية الاستعانة بالمصادر التاريخية تساعد كثيرًا على معرفة إرادة وقصد مصدر هذا التّصرف وتساعد في بيان معنى هذا التصرف لتطبيقه بعد ذلك على الوقائع المادية أو القانونية سبب ومحل النزاع، فكثير من النصوص والأعمال القانونية لها مصدر وسوابق تاريخية ومعرفتها تزيد من تحديد وتوضيح المعنى الصحيح لهذه النصوص والأعمال القانونية، ومن ثم كانت هذه العملية وسيلة من وسائل الفنية الخارجية للتفسير[2]، وعملية الاستعانة بالمصادر التاريخية وكذا عملية تحليل ومعرفة الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تكون في مجموعها البنية المحيطة والمتفاعلة مع النّص القانوني أو التصرف القانوني.

1 إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999،ص196.
2 عمار عوابدي ، المرجع السابق، ص186.

ج- عملية التعرف على الحكم من وجود التصرف القانوني:

مادام أنه لكل تصرف أو عمل قانوني، أو تشريع أو حكم قضائي أو قرار إداري أو عقد أو معاهدة أو وصية، أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون هدفًا عامًا موجهًا ويجسد ويبلور القيم والمصطلحات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية التي يشهد فيها، فإن عملية البحث والتعرف عن غاية أو حكمة التصرف القانوني بدقة تساعد على تفسير هذا النص واستخراج معناه الحقيقي والأصيل والرّسمي لتطبيقه على الوقائع المادية أو القانونية محل النزاع. لذا كانت عملية التعريف على الحكم من إصدار ووجود التصرف القانوني وسيلة وأداة فنية من وسائل وأدوات التفسير بصورة عامة[1].

د- عملية تحليل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية:

تطبيقا لمبادئ وجود النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، وانبثاقه من العوامل والظروف والحوادث والظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة به، وتكييف وتفاعل النظم مع هذه العوامل والظواهر السائدة، فإن النظام القانوني في الدولة وكافة التصرفات والأعمال القانونية التي تصدر، وتفسر وتطبق في بطاقة لابد من أن يستمد هذا النظام القانوني وجوده من العوامل والظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المعتبرة والمتطورة فعملية تحليل هذه الظروف المستجدة تساعد على تفسير التصرفات القانونية تفسيرًا حقيقيًا واقعيًا وعاجلاً وفعالاً.

ونشير إلى أن الجهات المؤهلة بالاجتهاد القضائي الإداري في النظام القضائي الجزائري طبقا لأحكام المادة 2 من القانون العضوي رقم (02/98)[2] المنظم لمجلس الدولة الجزائري فإنه يعد هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وهو مكلف بمهمة توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون.كما أكدت المادة 01 من ق رقم (02/98)المتعلق بالمحاكم الإدارية باعتبارها الجهات القضائية للقانون العامة –صاحبة الولاية العامة– في المادة الإدارية. ومن المعلوم أنه من حق كل جهة قضاء أن تفسر النصوص التي تطبقها ذلك من مقتضيات عملها، ووفقا للنظام اللاتيني الذي

1عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 187.

2 القانون 02/98 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 هـ الموافق لـ 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 37.

يأخذ به المشرع الجزائري فإن من حق المحاكم الإدارية الاجتهاد لأن المشرع أعطى لها كما سبق بيانه الاختصاص العام في نزاعات الإدارية وإلا فلا حاجة للنص على جعل مهمة الدولة توحيد الاجتهاد القضائي، كما نظم المشرع الجزائري بالمادة 31 من القانون العضوي السابق الإشارة إليه حالة واحدة هي التراجع عن الاجتهاد القضائي واشترط أن تعقد جلسات المجلس مشكلاً من الفرق المجتمعة[1]. ونظرًا لأهمية التفسير القضائي، فإن بعض الفقهاء يرون بأنه هذه العملية يقوم بها القاضي بما فيها الخلق والإنشاء تجعل القضاء مصدرًا رسميًا للقانون[2].

المطلب الثاني: حدود الوظيفة القضائية الإدارية

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

الفرع الأول: القيود الواردة على اختصاص القاضي الإداري

أول ما يمكن قوله عن هاته القيود هو أنه، لا يجوز للقاضي الإداري أن يحكم بمخالفة النصوص القانونية القائمة، أما إذا فصل القاضي الإداري في النزاع المعروض عليه بمخالفة النصوص القانونية القائمة ، فالقواعد القانونية ما وضعت إلا من أجل أن تطبق[3].

يبدو أن مجلس الدولة الجزائري سمح لنفسه بمخالفة القواعد القانونية القائمة عند فصله في قصية المدعو (ب–ع) ضد وزير العدل[4] والتي تتلخص وقائعها فيما يلي:

1 عبد الجليل مفتاح ومصطفى بخوش، دور القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية وتطبيقها، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة الجزائر ، عدد 02، سنة 2005، ص 120.

2الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2000، ص58-59.

3مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، المرجع السابق، ص 180.

4 قرار تحت رقم 016889، بتاريخ 07 جوان 2005، قضية بين ب.عضد وزير العدل بمجلس الدولة.

أحيل القاضي (ب-ع) على المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي عدة تهم أهمها الإخلال بواجب التحفظ، والتراجع عن منطوق الحكم بعد التصريح به، وإبداء نقص في كفاءته المهنية عند إصداره حكم قضي بتوقيع غرامة تتجاوز الحد الأقصى المسموح به قانونا في جلسة علنية وبتاريخ 2001/02/19، أصدر المجلس الأعلى للقضاء مقررًا يقضي بعزله من سلك القضاء.

رفع طعنًا بالإلغاء أمام مجلس الدولة مؤكدًا من حيث الشكل واستفتاء شرط التظلم الإداري المسبق ومثيرا من حيث الموضوع وجهتين اثنتين، يتعلق أولهما بعيب الإجراءات لفساد الشكلية التأديبية التي كانت تضم النائب العام لمجلس قضاء الذي ينتمي إليه الطاعن، أما الوجه الثاني فهو يتمثل في عدم تسبيب القرار التأديبي المطعون فيه.

إلا أن مجلس الدولة أصدر قرارًا قضائيًا في 2005/06/07 يقضي: <<في الشكل: قبول الطعن بالنّقض، وفي الموضوع: رفض الطعن>>

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد اعتبر في إحدى حيثياته، بأن قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي تخضع للنقض باعتبارها صادرة عن جهات قضائية إدارية مختصة طبقا للمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01[1] المتعلق بمجلس الدولة، وهنا يمكن القول بأن مجلس الدولة لم يعتبر المقررات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء في جلساته التأديبية بمثابة قرارات إدارية تنفيذية. قد يبدو للوهلة الأولى أن هذه القضية تعدّ تراجعًا عن اجتهاد قضائي سابق لمجلس الدولة وذلك أن المادة 99 من القانون الأساسي للقضاء –الملغى- كانت تنص على أن مقررات المجلس الأعلى للقضاء <<لا تقبل أي طريق من طرق الطعن>> ولكن على الرغم من هذه المادة فإن مجلس الدولة اعتبر بأن دعوى تجاوز السلطة ممكنة ضد المقررات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مسايرا بذلك ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي، الذي اعتبر بأن دعوى تجاوز السلطة تنتمي للتشريعات العامة ، لأنها مبدأ من المبادئ العامة للقانون، لذلك فإنها لا تحتاج لتقرير ضد القرارات الإدارية إلى نص قانوني مكتوب[2].

1 القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق لـ 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

2إبتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في إنشاء قاعدة قانونية، السنة الجامعية،جامعة أبو بكربلقايد ،تلمسان، 2015-2016نقلاً عن مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، المرجع السابق، ص 181.

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

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي نظمت اختصاص المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي، يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد فصل في مسألة تكييف، تلك الأعمال إذا اعتبرها مقررات أي قرارات إدارية تنفيذية ومن هنا نقول بأن التكييف الذي أعطاه مجلس الدولة لتلك المقررات يعد غير صحيح ومخالفة لإرادة المشرع، فالمجلس الأعلى للقضاء ما هو إلا هيئة إدارية تمارس اختصاصات شبه قضائية، على أن ممارسة المجلس الأعلى لتلك الاختصاصات لا يزيل عنها الصفة الإدارية التي اعترف بها مجلس الدولة ذاته، فهذه الهيئة الإدارية تفصل في المسائل التأديبية بمقررات إدارية قابلة للطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة وهذا تماشيًا مع ما هو سائد في الجزائر في تكييف الأعمال الإدارية[1].

فالمبررات التي تصف المجس الأعلى للقضاء من الجهة القضائية الإدارية المتخصصة[2]،جاء في القرار ما يلي:

<<حيث أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية وأن تشكيلته وإجراءات المتابعة أمامه والصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند انعقاده كمجلس تأديبي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر "أحكاما نهائية" تكون قابلة للطعن فيها عن طريق النقض أمام مجلس الدولة عملاً بأحكام المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 [3]المتعلق بمجلس الدولة وبالتالي، فإن الطعن في هذه الحالة لا يكون إلا طعنا بالنّقض>>.

1 المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، وتقابلهاالمادة 800 من القانون 98-09، المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية رقم 21 ، لسنة 2008.

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

3 أنظر المادة 11 من القانون العضوي رقم01/98 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة تنظيمه وعمله.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على مخالفة القاضي للإلتزام المفروض عليه

إن تعدد مصادر القاعدة القانونية، يدفعنا إلى القول أن إنشاءها لا يقتصر على سلطة أو هيئة عامة واحدة في الدولة، فانه يكون محتملاً وقوع التعارض بين هذه القواعد، وبالتالي يصبح من الضروري البحث عن قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط والانسجام بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة.

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

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

فالقوة القانونية تتواجد بالضرورة داخل الهرم القانوني، مادام أن أعلى قاعدة في الدولة تتمتع بهذه القوة. وبناء على ما سبق، يجب أن يظهر كل النظام القانوني في الدولة وكأنه مشكل من قواعد منسجمة مع بعضها البعض.

فإن القاضي الإداري يجب عليه أن يفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص القانونية القائمة، وإذا ما حدث من الناحية العملية وجود تناقض بين القواعد القانونية القائمة[1]، فإن ذلك لن يؤثر من المفروض على اختصاصه، مادام أن فكرة تدرج القواعد القانونية تفرض عليه ترجيح أعلى قاعدة.

1ابتسام فاطمة الزهراء، دور القاضي الإداري في إنشاء قاعدة قانونية، نقلاً عن، مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، المرجع السابق، ص 185.

يمكن القول من خلال ما سبق، يجب على الهيئات القضائية أن تؤسس أحكامها فقط على القواعد القانونية القائمة، أو على الأحكام التي تنشرها في حالة وجود فراغ في النصوص القانونية القائمة، أو بتعبير آخر لا يجوز للهيئات القضائية حتى ولو تعلق الأمر بمجلس الدولة باعتباره أعلى هيئة قضائية في المجلس الإداري، ويصدر قرارات قضائية غير قابلة للإلغاء أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها بمخالفة النصوص القانونية القائمة.

يجب اعتبار القاضي –حتى ولو كان متواجدًا في آخر درجة للتقاضي– الذي يؤسس قراره على القواعد القانونية التي أنشأها بمخالفة النصوص القانونية القائمة، أنه خالف التزامًا قانونيًا، يقضي بضرورة تأسيس قراراته على النصوص القانونية القائمة، وعدم مخالفتها عند الفصل في المنازعات، وهذا حتى ولو لم تكن محل عقوبة، فما كان يبدو صحيحًا والمتمثل في إمكانية مخالفة مجلس الدولة للنصوص القانونية القائمة، نظرًا لعدم وجود هيئة قضائية أعلى منه تختص برقابته لا يعد صحيحًا، مادام أن مخالفة النصوص القانونية القائمة قد يعرض القاضي للمسؤولية التأديبية[1].

1ابتسام فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 186.

المبحث الثاني: مهام القاضي الإداري عن طريق الاجتهاد

في هذا المبحث سنتطرق إلى مفهوم الاجتهاد القضائي ومبررات الاجتهاد القضائي الإداري وأيضًا حدود وظيفة الاجتهاد القضائي وكيفية تكوين و صنع القاضي الإداري للاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

نعني بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي:

ينقسم تعريف الاجتهاد القضائي في علم القانون إلى مجموعتين، مجموعة تربط الاجتهاد القضائي بوظيفة السلطة القضائية وتجعله يشمل جميع الأحكام والقرارات الصادرة عن الهيئات ذات الطبيعة القضائية، فتعرف الاجتهاد القضائي بأنه هو: <<مجموع القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم>>، ألا وهو: <<مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها>><<وفق إجراءات متبعة على وجه الإلزام>>[1] سواء في مادة أو فرع من فروع القانون فيقال مثلاً الاجتهاد القضائي العقاري، أو في القانون عمومًا، فيقال الاجتهاد القضائي دون تخصيص.

وبالمقابل تؤكد المجموعة الثانية في تعريفها للاجتهاد القضائي على العملية الذهنية والإبداعية التي يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة، فتعرف الاجتهاد القضائي بأنه <<مجموع الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية>>، أو بشكل أكثر تفصيلاً، الاجتهاد القضائي هو: <<الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته>>[2].

[1] عزري الزين،القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية ،مجلة الإجتهاد القضائي ،جامعة محمد خيضر ،بسكرة ،العدد الثاني ،2005،ص 101.

2 الدكتور عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي،العدد 46/مايو 2014، ص 03-04.

الفرع الثاني: مبررات الاجتهاد القضائي الإداري

هناك عدة عوامل تؤثر في الدور الاجتهاد للقاضي الإداري وتتمثل في:

أولا: الطابع التحقيقي لإجراءات التقاضي الإدارية

فيما يتعلق بإجراءات التقاضي الإدارية فإن القاعدة السائدة هي أنها إجراءات تحقيقية في الأغلب الأعم، والمقصود بالصفة التحقيقية تولي القاضي الإداري عبئ السير بالإجراءات من بدايتها حتى نهايتها، فهو الذي يأمر بالتحقيق إذا كان له موضوع، ويفحص الوثائق والأوراق المقدمة ويقرر متى تعتبر الدعوى جاهزة للفصل فيها ويقدر ما يقدم إليه من وسائل إثبات ويأمر بإدخال خصم معين في الدعوى.

والقاضي الإداري تعد وسيلة التحقيق الملائمة ويواجه الطرفين بالأدلة المحتج بها أمامه كما يطلب من الإدارة تسليم الوثائق المؤثرة في النزاع ويعتبر عدم استجابة الإدارة لذلك تأكيدًا لادعاءات الطاعن، أيضا يطلب من الإدارة توضيح أسباب وبواعث اتخاذها للعمل الإدارية.

وصبغته التحقيقية تفتح للقاضي مجالاً واسعًا للتعامل مع وسائل الإثبات تعاملاً كشفيًا والسبب هو أن الخصمين متفاوتان إزاء عبئ الإثبات، فمن المنطقي أن يخفف القاضي على أضعف طرف لاعتباره منحازًا معه، بل وإن القاضي يتوسع في استعمال بعض القرائن ووسائل الإثبات كالإقرار غير القضائي مثلاً[1].

ثانيا: اختلاف طبيعة مركز طرفي الدعوى الإدارية

وطرفي المنازعة الإدارية غير متساوين في مركزهما فأحدهما وهو الإدارة العامة الحائزة للأوراق الإدارية المتسلحة بامتيازات السلطة العامة وطرف آخر (الشخص العادي) يضحى في

1عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، الطبعة الثابتة، دار سراس للنشر ، سنة 1995، ص 51.

غموض ما تتخذه الإدارة من إجراءات فليست العلاقة بينهما على قدم المساواة. ولذلك يجب على القاضي لجبر هذا النّقص وتعويضه وحماية الفرد من سلطة الإدارة وامتيازاتها التي تباشرها عليه.[1]

وهو ما يقتضي تخويل القاضي الإداري سلطات مؤثرة لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين والتي تساعد المدعي (الشخص العادي) على إثبات ما يدعيه، فللقاضي أن يأمر الخصوم بتقديم ما في حوزتهم من مستندات يراها لازمة للفصل في الدعوى.

وقد أجازت المادة 860 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتشكيلة الحكم أو للقاضي المقرر أن يستدعي أو يستمع تلقائيًا إلى أي شخص يرى سماعه مفيدًا، أيضًا سماع أعوان الإدارة أو طلب حضورهم أمامه لتقديم إيضاحات كما سمحت المادة 884 من نفس القانون في فقرتها الثانية للقاضي المقرر بأن يطلب من الخصوم كل مستند أو وثيقة تفيد في فض النزاع.

والتكليف بإيداع المستندات والوثائق خصوصا الموجه إلى الإدارة العامة يطرح إشكال حول مدى سلطة القاضي الإداري في الاطلاع على الوثائق التي تكتسب الصبغة السرية، فقد تتذرع الإدارة بمقتضيات السر المهني وسر الدفاع الوطني، لأن السلطة الممنوحة للقاضي الإداري والتي يأمر بموجبها بتقديم الوثائق والمستندات يرد عليها استثناء بالنسبة للوثائق المتعلقة بالدفاع الوطني أو السر المهني وهو ما أشارت إليه المادة 61 وما بعدها والمادة 301 من قانون العقوبات[2].

ثالثا: مدى تخصص القاضي الإداري

مما لا شك فيه أن الخصوصية التي تتميز بها النزاعات الإدارية تتطلب متخصصا في المسائل الإدارية باعتباره محيطًا بطبيعة نشاط الإدارة ، فيكون مدركًا لصعوبة وأهمية وحجم دوره الإبتكاري في خلق القواعد المناسبة للنزاعات التي تعرض عليه، وتخصص القاضي سيجعله دون شك أكثر اقتدارًا على مباشرة مهامه في ميدان تخصصه، ويقلل من احتمال الخطأ وضعف التسبيب الذي تعاني منه كثيرًا من الأحكام القضائية، كذلك من مصلحة المتقاضين أن يكون القاضي متخصصًا،

1 خميس السيد اسماعيل، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الكتاب الحديث،مصر، سنة 1994-1995، ص12.

2مراد بدران، الطابع التحقيقي بالإثبات في المواد الإدارية، مجلة مجلس الدولة الجزائرية، العدد 09، سنة 2009، ص21.

باعتبار أن القضاء خدمة عمومية الغرض منها تسهيل حياة المواطن بتحكم القاضي في ميدان تخصصه مما يعجل بفض نزاعات وإصدار الأحكام في آجال معقولة ومقبولة.[1]

وعن جهود الدولة في هذا المجال فإن النظام الجزائري كرس نوعًا من التكوين وهو التكوين المستمر، حيث تنص المادة 42 من القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء المؤرخ في 2004 أن: <<يهدف التكوين المستمر إلى تحسين المدارك المهنية والعلمية للقضاة الموجودين في حالة الخدمة>> وتنص المادة 43 من نفس القانون على أن <<يخضع للتكوين المستمر كل القضاء الموجودين في حالة الخدمة>>.

وتنفيذا لأحكام القانون الأساسي للقضاة صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-303 [2]المؤرخ في 2005 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء والمحدد لكيفيات سيرها، ونصت المادة 36 من هذا المرسوم على أن <<تقدم المدرسة تكوينًا مستمرًا متخصصا للقضاة العاملين بناء على طلب من وزارة العدل، ويحدد وزير العدل حافظ الأختام بقرار التخصصات الواجب فتحها وعدد القضاة المعنيين بالتكوين، وبرنامج كل تكوين مستمر متخصص ومدته>>

وعليه فإن مهمة التكوين المستمر للقضاة خلال الخدمة المسندة للمدرسة العليا للقضاء تحت إشراف وزارة العدل وذلك بتزويد القضاة بالمعلومات التي يحتاجونها عندما تصدر تشريعات جديدة أو عندما تتغير وظائف القضاة ويشعرون بحاجتهم إلى معلومات جديدة أو لتحسين مستوى معارفهم القانونية والقضائية بصفة عامة.[3]

وعليه تقوم المدرسة العليا للقضاء في كل سنة بتوجيه تعميم إلى المجلس القضائية لإحاطة القضاة علمًا بالموضوعات التي ستدرس في الدورات التكوينية القادمة خلال السنة، وترسل القضاة بطاقة الترشح للسماح للقضاة بتحديد اختياراتهم.

1محمد قادري، نظام تخصص القاضي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء ، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1993، ص231.

2 المرسوم التنفيذي 05-303 المؤرخ في 15 رجب 1426 الموافق لـ 20 أوت 2005، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء وسيرها وكذا نظام دراستها وحقوق والواجبات، الجريدة الرسمية رقم 58.

3عبد الحفيظ بن عبيدة، استقلالية القضاء ، وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات ،الجزائر، دار بغدادي، 2008، ص 125-127.

وبعد دراسة لمستجدات والحاجات العلمية واحتياجات القضاء، والإمكانيات المادية والبشرية المتوفرة، وبناء على رغبات القضاة المترشحين للتكوين، تقرر المدرسة العليا للقضاء اختيار مواضيع دورات تتناسب مع هذه الرغبات والاحتياجات والظروف المستجدة، ومدى كل دورة والقضاة المعنيين بكل دورة ويرأس كل دورة أحد قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب التخصص[1].

الفرع الثالث: طرق ووسائل تكوين قاعدة قانونية عن طريق الاجتهاد القضائي:

يختلف القاضي الإداري عن القاضي العادي الذي كثيرًا ما يعتمد عن المشرع، أما القاضي الإداري الذي غالبًا ما لا يجد النص الذي يناسب القضية المعروضة عليه، فيجتهد ليصل إلى الحل فيتقمص بذلك دور المشرع والقاضي على ذات الوقت[2].

وهذا يلزم من خلال مراحل يتبعها لإنشاء القاعدة القانونية وتتمثل في:

أولا: مرحلة الاكتشاف المزدوج:

في هذه المرحلة يكشف القاضي أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقانون ومن ثم يكتشف ثانية الحل، ويكمل العجز في نظام القانون القائم وهذا الاكتشاف لا يأتي فجأة وإنما يكون نتيجة للخبرة المعمقة والتفكير الطويل لدى القاضي الإداري.

ثانيا: مرحلة التجريب:

تظهر السرية التي اكتنفت عمل القاضي في المرحلة الأولى، وتحققت العلنية لميلاد القاعدة القانونية الجديدة، ولم يطلق عليها بعد قاعدة بل مجرد حل، حيث أنها لم تدخل بعد كعنصر من عناصر النظام القانوني.

ثالثا: مرحلة الإدماج:

يسعى القاضي إلى إدماج حله القضائي ضمن قواعد القانون، وذلك بعدما تناول المختصون هذا الحل بالنقد والتعليق خصوصًا من جانب الفقه، وتبادل الصيغ المثلى لها من خلال تعليقات

1عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 128.
2 عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 208.

الفقهاء ووعي القاضي بالصورة والشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل قانوني عادل وكعلاج للفراغ التشريعي[1].

وبعد أن يبين بأن المراحل التي يعد بها القاضي الإداري عند صيغ القاعدة القانونية هي ثلاث مراحل وجب أن نشير أن القاضي الإداري لقيامه بهذا الاجتهاد، فإنه يتفرد بخصوصيات نذكر منها التالي:

1- الواقعية ومراعاة الظروف المحيطة بالنزاع:

فالقاضي الإداري عندما يجتهد في الكشف عن القاعدة الواجبة التطبيق إنما يجري موازنة بين ما يصدره من أحكام وبين الظروف الواقعية لمحيطة بالنزاع.

2- ارتباطه بأسس النظام السياسي والقانوني للدولة:

فغالبا ما يكون الاجتهاد ضمن أحكام المبادئ العامة للقانون، إذ يعتمد في محاولة استنباطها على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي والقانوني للدولة[2].

3- تجاوز القاضي الإداري دوره كحاكم في النزاع:

فلأصل أن القاضي الإداري في الشريعة اللاتينية له سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون ولكن قد يتجاوز تطبيق القانون إلى البحث عن الموازنة بين مصلحة عامة ومصلحة فردية، ويتجوز حكمه مهمة العادية باعتباره فاصلا في خصومة معينة ويتحول القاضي الإداري من خلال الحكم الذي يصدره، مصدرًا إنشائيًا للمبدأ العام الذي يعضه وللقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ وهذا ما تؤكده الكثير من الدراسات.

1عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثاني، سنة 2005، ص 108.
2المرجع نفسه، ص 108-109.

ونخلص أن دور القاضي الإداري يكون أكثر وضوحًا عند غياب القاعدة القانونية، ليكون بهذا اجتهاده هو الحل القانوني الأمثل معتمدًا في هذا على أي مصدر قانوني يساهم في هذا الحل مراعي في هذا الضروري والأهم، ومستعينًا بالآلية التي تساعده في صنع القاعدة القانونية الجديدة ومدعّمًا في هذا كل سابقة قضائية سواء كان من قاضي إداري مثله أو من ما توصل له القضاة في مجلس الدولة من اجتهادات[1].

المطلب الثاني: حدود وظيفة الاجتهاد القضائي

يعتبر الاجتهاد القضائي من حقوق القاضي الإداري، غير أنه هناك عوامل تعيق بروز الاجتهاد القضائي وهذا ما تطرقنا له في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فتكلمنا عن القيود الواردة على تراجع الاجتهاد القاضي.

الفرع الأول: العوامل المعيقة لبروز اجتهاد القضاء الإداري

هناك عدة عوامل من شأنها أن تقعد القاضي الإداري الجزائري عن القيام بدوره الابتكاري على أكمل وجه وتتمثل أهم هذه العوامل فيما يلي:

أولا: عدم اكتمال درجات التقاضي الإدارية

إن نظام تعدد درجات التقاضي يعني السماح للمتقاضي بأن يعرض نزاعه على أكثر من محكمة، وذلك من خلال تمكينه من الطعن على الحكم الصادر ضده أمام محكمة أعلى درجة من تلك المحكمة التي أصدرته، ويعد نظام تعدد درجات التقاضي ضمانة أساسية من ضمانات التقاضي، إذ يعتبر من مبادئ حسن سير العدالة بعرض النزاع على محكمة أعلى درجة لتدارك ما قد تكون قد أخطأت فيه محكمة أول درجة سواء من حيث حصر الوقائع أو استخلاص دلالتها أو الإلمام بأسباب النزاع أو تقدير الأدلة أو إنزال صحيح حكم القانون على النزاع[2].

1 عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص208.

2 عبد الناصر عثمان حسين، ولاته القضاء الإداري في ضوء المبادئ الدستورية،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2006، ص491.

والهرم الإداري مكون من مجلس الدولة على مستوى القمة والمحاكم الإدارية على مستوى القاعدة، وتجدر الإشارة لمجال اختصاص مجلس الدولة وذلك لمعرفة مدى اكتمال درجات التقاضي الإدارية.

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

ويختص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة وفقا للمادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة والمادة 901 [1]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في دعاوى إلغاء ودعاوى التفسير ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الإدارية الصادرة عن المنظمات العمومية الوطنية والهيئات العمومية الوطنية، كما يمتد اختصاص مجلس الدولة كأول وآخر درجة في الدعاوى الموجهة ضد القرارات الصادرة عن المنظمات المهنية الوطنية.

وما تجدر الإشارة إليه أن القضايا التي يفصل فيها مجلس الدولة كأول وآخر درجة فإن القرارات القضائية التي تصدر بشأنها لا تقبل الطعن فيها لا بالاستئناف ولا بالنقض، فقط تقبل الطعن بالمعارضة والطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النّظر وهي طعون تتم أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت القرار القضائي (مجلس الدولة)، وبالتالي لا يمكن اعتبارها من درجات التقاضي.

وبخصوص اختصاص مجلس الدولة كقاضي استئناف، يفصل مجلس الدولة كدرجة ثانية في التقاضي في الطعون بالاستئناف ضد الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم الإدارية والفاصلة في موضوع النزاع أيضًا الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما تختص أيضًا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة[2].

ومجلس الدولة كقاضي استئناف تمتع بجميع صلاحيات قضاء الاستئناف، أي إعادة دراسة الملف من حيث الوقائع والقانون معًا كمحكمة موضوع، وهكذا تظهر وظيفة مجلس الدولة في شقها

1أنظر المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
2 الأستاذة بونعاس نادية، الدكتور قصير علي، المرجع السابق، ص 491.

القضائي كقاضي استئناف أساسًا، وقل ما تظهر وظيفة مجلس الدولة كقاضي نقض، وبالتالي يتحول مجلس الدولة من محكمة قانون إلى محكمة موضوع ولا يتفرغ للدور المنوط به وهو التقويم والاجتهاد طبقا للمادة 152 من الدستور، ويبقى هرم القضاء الإداري مكون من مستويين فقط (مجلس الدولة والمحاكم الإدارية).

وبالتالي فإخراج وظيفة الطعن بالاستئناف من مجلس الدولة وإحداث مستوى أو جهة قضائية إدارية تنظر في الطعون بالاستئناف من شأنه أن يحدث إنسجامًا على مستوى جهات القضاء الإداري والعادي معًا[1].

ثانيًا: الانتقاص من الولاية العامة للمحكمة الإدارية

تنص الفقرة الأولى من المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: <<المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية...>> ويقصد المشرع من ذلك أنها صاحبة الاختصاص العام بالفصل في سائر المنازعات الإدارية عكس الاختصاص النوعي لمجلس الدولة المقيد والمحدد بالمواد 09 و10 و11 من القانون العضوي 89-01 فمن المفروض أن المحاكم الإدارية تعتبر محكمة أول درجة بالنسبة لجميع المنازعات الإدارية، إلا أن اختصاص مجلس الدولة كأول وآخر درجة، من شأنه توسيع اختصاص مجلس الدولة وتضييق مجال اختصاص المحاكم الإدارية (توسيع مجال اختصاص مجلس الدولة على حساب الولاية العامة للمحاكم الإدارية)، فمن الضروري إخراج هذه الوظيفة من مجال اختصاص الدولة ليصبح هذا الاختصاص على النحو التالي:

- جعل المحكمة الإدارية بالعاصمة تختص بالفصل في الدعاوى المتعلقة بقرارات السلطة الإدارية المركزية وكذا الدعاوى المتعلقة بالقرارات الصادرة عن المنظمات العمومية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والمجلس الأعلى للأمن[2].

وجعل مثل هذه الدعاوى من اختصاص المحكمة الإدارية بالعاصمة يعني تفصل في هذه الدعاوى ابتدائيًا بحكم يقبل الطعن بالاستئناف وهو ما يحقق مبدأ التقاضي على درجتين.

1 راجع الدكتور عمار بوضياف، دعوى الإلغاء من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر ،الجزائر، سنة 2009، ص 130، 131.
2 الأستاذة بونعاس نادية، الدكتور قصير علي، المرجع السابق، ص 127، 128.

– جعل المحكمة الإدارية بالعاصمة تختص بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة كمجلس النّقد والقرض[1].

الفرع الثاني: القيود الواردة على تراجع الاجتهاد القضائي

مما يلاحظ أنه عند غياب قاعدة قانونية، يلجأ القاضي الإداري للاجتهاد عادة، إلا أن هناك حدود وعراقيل تمنعه أحيانا من القيام بهذا الدور والتي هي الحدود القضائية والسياسية.

أولا: الحدود السياسية:

ويقصد بها الحدود التي يجب أن يتخطاها القاضي الإداري عندما يحاول حل النزاع الإداري وخاصة إن صادفه عدم وجود قاعدة قانونية تعطي الحل الأمثل والعادل للقضية المطروحة عليه، ومع عدم وجود قانون إداري بشكل مجمع إنما هو عبارة عن نصوص متفوقة مما يتيح للقاضي الإداري الاجتهاد غالبا وهذا ما يدعي لوضع حدود لعدم تعسفه.

فكان يجب أولاً أن لا يخالف القانون بشكل عام، أي أن ينشئ القاعدة القانونية الجديدة ضمن مبدأ المشروعية فأي قاعدة قانونية لصحتها يجب أن لا تتجاوز حدود المشروعية، كأن لا يجد في كل المصادر التي تم ذكرها في السابق، فيلجأ لأعمال اجتهاده لكن يجب أن لا يخالف فيه ما نص عليه الدستور مثلاً، على اعتبار أنه الوثيقة العليا في البلاد، ويشمل المبادئ العامة التي يمكن أن تخالفه في القوانين الأخرى حسب ترتيبها، وإلا اتصفت بعدم الدستورية وإن اعتبرنا أن الإجراءات القضائية الإدارية تلعب دور هام من خلال كفالة نجاح الجهاز المعني في أداء دوره، فمن شأنها إلزام أعضاء هذا الجهاز القضائي ببحث الوقائع المطروحة عليهم والتأكد من شأنها إلزام أعضاء هذا الجهاز القضائي ببحث الوقائع المطروحة عليهم والتأكد من مطابقتها للنموذج القانوني المعني توصّلاً لقبول الدعوى أو رفضها، والجانب السياسي لهذه الأخيرة يظهر في أعمال السيادة التي لابد أن توضعها وتبين بأن القاضي الإداري لا يستطيع أن يلجأ إلى أعمال السلطة المتمثلة في وضع قاعدة قانونية إن كان موضوع النزاع يخص أعمال السيادة، فاجتهاد القاضي لا يجب أن يخرج عن النص روحًا حرفًا، ولقد تبين أن القاضي يطبق القانون، بوسائل يقررها القانون وضمن الأطر التي يرسمها القانون نفسه.

1راجع الدكتور عمار بوضياف، المرجع السابق، 128.

إذ أن القانون يشكل في نفس الوقت الوسائل والحدود لتدخله، وهذا الأمر ينسحب أيضًا على الاجتهاد القضائي، إذ أن القانون هو ما يؤطر هذا الاجتهاد وإلزامية القاضي الإداري في هذا الصدد من أعماله لاجتهاده وإلا عد مرتكب لجريمة إنكار العدالة[1].

ثانيا: الحدود القضائية

إن القاضي الإداري يتقيد بحدود قضائية لا يمكن له أن يتجاوزها، وهذا إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات استنادًا عليه فإن وظيفة القاضي الإداري بصفة عامة هي الفصل في المنازعات التي تعرض عليه، إلا أن الأمر لا يخلوا من بعض القيود التي ترد على دور القاضي الإداري أو العادي، والتي تحد من دوره في خلق القاعدة القانونية سواء بوجود النص القانوني، وفي حالة عدم وجوده ونحن سنركز على حالة عدم وجود نص نسبة لتأثير هذه الحدود على هذه الحالة أكثر.

فإن كان مبدأ الفصل بين السلطات أمام القاضي العادي، يعني ألا يتدخل القاضي في عمل السلطة التشريعية، فإن هذا المبدأ أمام القاضي الإداري يعني استقلال الإدارة عن القاضي الإداري.

أما في المجال الإداري تحديدًا، فالقاضي الإداري لا يجوز له أن يتدخل في أعمال الإدارة إلا ما يجيزه القانون كغيره من القوانين، إلا أن القاضي الإداري عند ابتكاره الحل المناسب، لا يستطيع في دعوى الإلغاء مثلاً أن يعدل بنفسه القرار الإداري المطعون فيه، أو أن يدفع عنه عناصر البطلان ويحل محلها عناصر الصحة، أو أن يقوم في دعوى التعويض بالعمل القانوني الذي امتنعت الإدارة عن اتخاذه كأن يملي لائحة أو قرار معني أو يعدله، كما ليس من اختصاص المحكمة أن تصدر حكمًا بترقية موظف بل ذلك من شأن الإدارة، التي لا تحل المحكمة محلها فيه، ومنه فإن القاضي الإداري يقف عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع أما بتنفيذ هذا الإلغاء فتختص به مهمة الإدارة.

1 غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، نقلا عن هشام خالد ،مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه و احكام القضاءمؤسسة شباب الجامعة للنشر ،مصر، سنة 1990، ص 21.

ويتفق مبدأ حضر القاضي من الحلول محل الإدارة مع مبدأ منع القاضي من التقرير في الأساس الذي يقوم عليه كلاً منهما الذي يتمثل في مبدأ استقلال الوظيفة الإدارية في مواجهة الوظيفة القضائية كنتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات، فهو في حال عدم وجود النص القانوني لا يتجاوز ما سمح له قضاء في حدود مبدأ المشروعية، فلا يمكنه أن ينشئ حلاً لا يتناسب والمبادئ العامة التي كفلها الدستور أو أي قاعدة قانونية صريحة، ومن القانون العضوي أو العادي[1].

ومن خلال كل ما سبق يظهر أن القاضي الإداري له دور لا يستهان به، ويؤيد دوره في صنع قاعدة قانونية، عندما يصادف حالة وهي عدم وجود نص قانوني يحل النزاع المطروح على القاضي، فيحاول القاضي الإداري الملزم بالبحث عن الحل بأن يستعين بكل مصدر قانوني، خاصة المصادر غير المكتوبة كالمبادئ العامة للقانون والعرف لكي ينتقل إلى تتبع المراحل التي تلزمه ليستخلص حلاً قانونيًا جديدًا لم يكن من سابقه[2].

1غنيمي نور الهدى، دور القاضي الإداري في إنشاء قاعدة قانونية، نقلاً عن حسن محمود حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2005، ص315.

2المرجع نفسه، ص 316-317.

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل نستنتج أن للقاضي مهام خلال فصله للنزاعات المعروضة عليه ويكون ذلك في حالتين: الحالة الأولى عند وجود قاعدة قانونية، أي وجود نص يحكم من خلاله وذلك ما يمكن تسميته بالوظيفة القضائية، وأيضا له وظيفة التفسير القضائي وذلك في حال كان هناك غموض أو لُبس في حكم قضائي أو في قاعدة قانونية معينة (التشريع)، أما في الحالة الثانية فهنا بتخلف النص فيصبح النزاع بلا قاعدة تحكمه فهنا يمارس القاضي وظيفة أخرى ألا وهي الاجتهاد القضائي، فالاجتهاد القضائي هو الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتين: إما عدم وجود النص القانون الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته، وأيضًا تطرقنا في كل وظيفة إلى حدودها، حدود الوظيفة القضائية والتي تكلمنا فيها عن القيود الواردة على اختصاص القاضي، وأيضًا الآثار المترتبة على مخالفة القاضي الالتزام المفروض عليه، أما حدود الاجتهاد القضائي فتكلمنا عن العوامل المعيقة كبروز الاجتهاد القضائي الإداري، والتي نذكر منها عدم اكتمال درجات التقاضي الإدارية، والانتقاص من الولاية العامة للمحكمة الإداري.

الفصل الثانـي

مدى إلتزام القاضي الإداري بالحلول القانونية

إن عمل القاضي الإداري متنوع ومختلف من خلال ما يقوم به ،إما من أعمال قضائية أو أعمال غير قضائية ولهذا يقوم بالإعتماد على مصادر مختلفة ،إما قواعد قانونية مكتوبة أو قواعد قانونية غير مكتوبة ،ومن هاته القواعد الغير مكتوبة والتي تعتبر مصادر أساسية هناك المبادئ العامة للقانون وأيضا التسبيب القضائي للأحكام الذي يقوم به القاضي من خلال سرد مجموع الادلة الواقعية والحجج القانونية التي أسندت عليها المحكمة حكمها .

أما المصادر التكميلية فهناك القرار المبدئي الذي يلجأ فيه القاضي الى البحث عن الحل من خلال القضايا المشابهة المعروضة على قضاة آخرين ،و أيضا القرينة القضائية التي هي كل إمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه.

قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول المصادر الأساسية للحلول القانونية، فالمطلب الثاني فكان التسبيب القضائي للأحكام.

المبحث الثاني هو المصادر التكميلية للحلول القانونية المطلب الأول كان القرار المبدئي أما المطلب الثاني، القرائن القضائية.

المبحث الأول: المصادر الأساسية للحلول القانونية

هناك نوع أخر من القواعد القانونية المكتوبة، أي لم تضعها السلطة المختصة بالتشريع في الدولة، ويتعلق الأمر بما يطلق عليه الفقه والقضاء، المبادئ العامة القانون.

المطلبالأول: مفهوم المبادئ العامة للقانون.

بالنظر لسكوت المشرع عن هذه المبادئ، وندرة الأحكام القضائية الجزائية التي تكرسها وتستند عليا في قضائها، فانه من اللازم تحديد مدلول هذه المبادئ، ومرتبتها الالزامية بين مصادر القانون الأخرى.

الفرع الأول: تعريف المبادئ العامة للقانون

تعرف المبادئ بكونها مجموعة من القواعد العامة التي تتغير ببطء في مجموعها ويكون لها جمودا نسبيا تطورا مع بقية الوقائع، وتقف المبادئ على حدود القانون حيث تحكمه وترشد القاضي الذي عادة ما يكون باحثا لها، والمبادئ العامة للقانون هي قواعد غير مشروعة يستنبطها القاضي من مقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقررها فيأحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة، وكذلك هدفت بكونها" مجموعة من القواعد القانونية الأساسية أو الجوهرية التي تلتزم الإدارة بمراعاتها في قراراتها الفردية وأيضا اللائحية في كل مظاهرها، وتكن لها بالتالي قوة قانونية ولكنها مع ذلك غير مكتوبة فهي لا تستند مباشرة لنص قانوني مكتوب وإنما تجد مصدرها المباشر في القضاء "[1]

وعرفهاالأستاذdeloubadéreفي مؤلفه عن القانون الإداري بقوله:" إنالاصطلاح المبادئ العامة يطلق على العدة من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الإحترام من الإدارة أو من مخالفتها تمثل إنتهاكا للمشروعية" فهو يعتبرها

1أحمد حميودة، مبدا تدرج القواعد القانونية وأثاره على الوظيفة القضائية، نقلا عن محمد احمد، رافع عبد الوهاب، المبتدئ العامة للقانون كمصر للمشروعية على القانون الإداري ،سنة1992، ص 1 وما بعدها.

المصدر غير المكتوب الأكثر أهمية لقواعد مشروعة ومن كل تلك التعريفات السابقة يمكننا استخلاص إن هذه المبادئ انشأها القضاء، ورغم ذلك تعتبر قواعد قانونية ملزمة " [1]

الفرع الثاني: نطاق تطبيق المبادئ العامة للقانون

أولا: المبادئ العامة للقانون نظرية قضائية

بمعنى أن الفصل في استخلاصها وتقريرها القواعد قانونية ملزمة يرجع لمجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه، ثم صارت تلك المنهجية معتمدة في قضاء عديد الدول كمجلس الدولة المصري، وفي القضاء الجزائري نجد أن مجلس الدولة كرسها في عديد قرارته ومن بينها القرار المؤرخ في 1998/07/17 الذي جاء في إحدى حيثياته " حيث أن القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا وأن القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام هذه الضمانات"

وهي الحيثية التي تبين أن مجلس الدولة استند الى مبدأ عام، وهو مبدأ المساواة في القرار لاحق مؤرخ في 2000/01/17 أكد مجلس الدولة هذا الاتجاه "

ثانيا: المبادئ العامة للقانون نظرية مستقلة

رغم أن المبادئ العامة للقانون قواعد غير مكتوبة أنشأها القضاء، إلا أنها قواعد أساسية جوهرية بمعنى أنها تكاد وتفوق أهميتها الموضوعية أهمية القواعد المكتوبة فهي حسب مفوض الحكومة Letourneur مبادئ كبرى، ويصفها أيضا مفوض الحكومة Gentot في تقريره عن حكم dame davide في 04/ 1974/10، بأنها تعبر أو تعكس الافكار المقبولة من الكافة والتي تؤسس نظام القانوني، ويكفي كمبدأ المساواة أمام القانون والمساواة أمام القضاء ومبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ الحقوق المكتسبة ومبدأ تدرج القواعد القانونية، فالمبادئ العامة للقانون تمثل مجموعة قانونية متكاملة يكتشفها ويصيغها القضاء اعتمادا على القواعد القانونية، وأسس نظام الحكم في الدولة

1 أحمد حميودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية و على الوظيفة القضائية، الدفعة الرابعة عشر 2003، 2006، نقلا عن محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 15 وما بعدها.

ونظمها المختلفة التي تتضمن الخطوط العريضة والاتجاهات العامة بحيث تكون المبادئ القانونية العامة بمثابة تفسير من جانب القضاء للضمير العام لإرادة المشرع" [1]

الفرع الثالث: الرتبة القانونية للمبادئ العامة للقانون

لقد اختلف الفقه والقضاء، حول مرتبة هذه المبادئ بين القواعد القانونية الأخرى، حيث يرى فريق على انها لها قيمة القانون المكتوب، أي قيمة التشريع العادي، اما الرأي الأخر فيعليها الى مرتبة القواعد الدستورية.

أولا: المبادئ العامة لها قيمة التشريع العادي

يرى الاستاذ Letourneur أن المبادئ العامة للقواعد للقانون لها قيمة التشريع العادي، فتكون ملزمة لكافة السلطات على اختلاف درجاتها حتى رئيس الجمهورية، وما دامت مخالفة لكونها أقل مرتبة منها في تدرج القواعد القانونية، هذا الاتجاه يجد تبريره في كون فرنسا قبل دستور 1958، لم يكن متصورا منح أي نوع من الرقابة على دستورية القوانين للقضاء، وبالتالي لا يمكن منح تلك المبادئ قيمة دستورية لان في ذلك اعتراف بنوع من الرقابة الدستورية للقضاء.[2]

ثانيا: المبادئ العامة للقانون لها قيمة القواعد الدستورية

بعد دستور 1958 في فرنسا ظهر الرأي الذي يعلي المبادئ العامة للقانون إلى مرتبة القواعد الدستورية، فتكون أعلى من التشريع الصادر من البرلمان وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، في عديد أحكامه، فمثلا إزاء قوانين التطهير الإداري التي لم تعط للموظفين حق الدفاع ولا أي ضمانات جدية، أعلن مجلس الدولة ضرورة أن نحترم إجراءات التطهير مبدأ إحترام حقوق الدفاع عكس نصوص القانون، وفي قضية تم الطعن فيها أمام مجلس الدولة الفرنسي بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار المكتب المكلف بمراقبة وإعلان نتائج إنتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء والذي قرارته غير

1مجلس الدولة رقم 005240 قرار بتاريخ 2002/10/28، مجلة مجلس الدول عدد 2002/02، 165 الى167.
2 أحمد حميودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية واثاره على الوظيفة القضائية، الدفعة الرابعة عشر 2003، 2006، نقلا عن محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 18.

قابلة للطعن فيها حسب المادة 08[1]من قانون 1947 أقر مجلس الدولة أحقية الطعن استنادا إلى المبادئ العامة للقانون، بل ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى الإقرار بأحقية الطعن بتجاوز السلطة في قرار إداري نص القانون صراحة على أنه غير قابل للطعن إداريا وقضائيا، لكون ذلك الطعن قائما ولو دون نص ما دام ضمن إحترام الشرعية إذ جاء في إحدى قراراته.

وفي نفس الاتجاه، نجد القضاء الجزائري يقضي في قراره المؤرخ في 1998/07/27 [2]سالف الذكر بأن " القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا وإن المساواة لإستبعاد صريح نص المادة 02/99 من القانون الأساسي للقضاء القديم،وهو ما يكشف أن مجلس الدولة الجزائري ساير موقف مجلس الدولة الفرنسي في اعتبارالمبادئ العامة للقانون بحكم تعريفها وخصائصها هي نظرية غير مكتوبة فتطبق في غياب النص، وتستمد قوتها الملزمة من السلطة الخلاقة للقاضي الإداري، فهي تحل محل النص التشريعي الغائب، بل وتضمن تفسيرا ملائما لقواعد المشروعية للنص التشريعي المعيب، كما تضمن الوحدة والإنسجام للنظام القانوني، إذ تفرض سلطانها حتى التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية، بل وتعتبر هذه المبادئ وسيلة القاضي لبسط رقابته الدستورية على القوانين واللوائح ولو بصورة غير مباشرة.

الفرع الرابع: دور القاضي الإداري في تحديد المبادئ العامة

دور القاضي الإداري في تحديد المبادئ العامة يرى جانب من الفقه[3]أنه إذا كان للقاضي الإداري في تقرير وتحديد المبادئ العامة للقانون، إلا انه ليس هو نفسه المصدر الحقيقي لقوتها الإلزامية، وإنما مصدرها الحقيقي هو النصوص الوضعية مثل مقدمات الدساتير والمواثيق و الدستوروالتشريع، هنا لا يكون القاضي الإداري " مشرعا" لهذه المبادئ التي لا تستمد قوتها الإلزامية من الحكم إنماترتد إلى مصادرها الوضعية المقررة، فدور القاضي هنا لا تتعدى مجرى التطبيق للمبدأ شأن تطبيقه للقاعدة القانونية التشريعية، ويعتمد هذا الإتجاه من الناحية النظرية على فكرة أن القواعد

[1]أنظر قانون البينات 359 تاريخ 1947/6/01 ،المادة 08.
2مجلس الدولة ملف رقم 172994، قرار بتاريخ 1998/07/27 ، مجلة الدولة عدد 2002/01 .
3من أصحاب هذا الموقف نذكر، إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ أحكام القضاء اللبناني، المرجع السابق، ص 96، علي خطار الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 59.

القانونية مصدرها الرسمي هذا القانون المكتوب بدرجاته، ومن ثم فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا لقواعد القانون.

ولكن هذا الاتجاه الفقهي في رأي كثير من الفقهاء [1]لا يقدم التفسير الحقيقي لمصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون فهي" واجبة التطبيق حتى بدون نص" لهو إشارة صريحة للدور الخلاق لمجلس الدولة نفسه، لأن تلك المبادئ العامة للقانون هو نفسه بالتالي المصدر الحقيقي لقوتها الملزمة، والاتجاه الفقهي السابق حينما يحصر دور القاضي الايجابي الخلاق للقاضي الإداري.

وفي هذا الاتجاه يقول الدكتور طعيمة الجرف " هنا يتجاوز القاضي الإداري دوره التقليدي باعتباره سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون، كما يتجاوز حكمه مهمته العادية باعتباره فصلا في خصومة معينة ويتحول القاضي الإداري من خلال الحكم الذي يصدره، مصدرا إنشائيا للمبدأ العام الذي يضعه، وللقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ، وبالتالي فان حكم القاضي الإداري على هذه الحالة، سوف يتجاوز حدود مبدأ النسبية المقررة بحجية الأحكام القضائية ليكون بمثابة القاعدة القانونية ذات القوة الالزامية العامة، والواجبة التطبيق مستقبلا في الحالات المشابهة، ومعناه أن تلتزم الإدارة، فتراعيها في تصرفاتها حتى لا تقع هذه التصرفات باطلة، حقيقة بإلغاء اذا ما طعن فيها امام القضاء، كما لا يجوز لها أن تصدر لوائح تنظيمية عامة بالمخالفة لأحكامها[2].

يقول الاستاذ VEDEL " إن المبادئ العامة للقانون ليست سوى مجرد تطبيق للسلطة الخلاقة لمجلس الدولة " وحتى في الحالات التي يستقي فيها مجلس الدولة المبدأ من بعض النصوص التشريعية المتأثرة كتطبيقات جزئية للمبدأ، السلطة الخلاقة ليست غائبة لأن القاضي الإداري هو الذي يعلن المبدأ العام من خلال تطبيقات ليسود عليها جميعا، وليحيا حياة جديدة مستقلة وهنا يكون القاضي الإداري "مشرعا" لقاعدة قانونية جديدة ، وكل قاعدة يقررها القاضي الإداري العام يجب أن نضع نظرية المبادئ العامة للقانون باعتبارها أقوى مظهر من مظاهر تلك السلطات الخلاقة للقضاء الإداري ولا يقلل إطلاقا من هذه الصفة الخلاقة أن مجلس الدولة يستلهم ويستوحي في إنشائه للمبادئ

1 من أصحاب هذا الموقف نذكر على سبيل المثال محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية على القانون الإداري، المرجع السابق، ص 77، رأفت عبد الوهاب، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، المرجع السابق، ص 117.

2ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في إنشاء قاعدة قانونية، ص 93، نقلا عن رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.ص116.

العامة للأفكارالأساسية التي تكشف عنها بعض النصوص الدستورية أو التشريعية أو التي تكشف الفلسفة السياسية الحرة أو طبيعة النظام السائد، فهذا أمر طبيعي وغير ذلك يكون أمرا مستهجنا، والقاضي الإداري في ذلك مثل المشرع الذي لا يشرع من فراغ بل من خلال وعلى ضوء الواقع السياسي الاجتماعي والمشكلات المحددة القائمةوالأفكار السائدة.

وبناء على ذلك ليس صحيحا القول بأن المبادئ العامة هي من " روح" بعض النصوص المتناثرة لان المبدأ العام في هذه الحالة " يحيا حياة مستقلة" جديدة أعلى من مستوى هذه النصوص [1].

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

هي المبادئ العليا التي ترتبط بفكرة المساواة أو فكرة الحرية، تلك المبادئ التي سماها مفوض المحكمة Letourneurالمبادئ الكبرى ووضعها الاستاذ rivero بانه تمثل الفلسفة السياسية للامة" ولقد وجد مجلس الدولة الفرنسي في نصوص إعلان حقوق الانسان لعام 1789 مقدمة دستور 1946حيز معين له في إنشاء نظرية المبادئ العامة للقواعد العامة للقانون فلقد كانت هذه النصوص تجسيدا للأفكار السياسية الحرة التي تؤسس الدولة الديمقراطية .

1- المبادئ المتصلة بفكرة الحرية:

أولى هذه المبادئ و أكثرها عموما فهو مبدأ ضرورة احترام الحريات العامة للأفراد وهو من أهم المبادئ العامة للقانون على الإطلاق، لأن الحريات العامة تمثل الحقوق الأساسية اللصيقة بصفة الانسان وهي أسس كل مجتمع ديمقراطي وقد كلفت جميع لدساتير الحريات الشخصية والعامة نصت عليها الدساتير الجزائرية وكفلت ممارستها لجميع الافراد.

ولقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ الاساسي في أحد أحكامه بخصوص السلطة اللائحية التي تتمتع بها نقابات المهن الحرة، فقرر المجلس ان لائحة آداب المهنة التي يضعها مجلس النقابة طبقا للقوانين يجب أن يحترم الحريات الفردية التي تثبت لأعضاء النقابة مثل كل المواطنين العاديين[2].

1ابتسام فاطمة الزهراء المرجع السابق، ص 94-95.
2المرجع نفسه، ص 96.

2- المبادئ المتصلة بفكرة المساواة

أولى هذه المبادئ وأكثرها عموما هو مبدأ المساواة أمام القانون، قد تضمنتها إعلان حقوق الانسان بالذات في مادته السادسة، كما نصت عليها الدساتير في الدولة المختلفة ومنها دساتير الجزائر، فقد نصت المادة 32 من دستور 2016 بقولها" كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه الى المولد أو العرق أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو طرف اخر، شخصي أو اجتماعي"[1]

ولكن بجانب الصفة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القانون فهو يعتبر مبدأ قانوني عام هكذا اعتبره ويعتبره مجلس الدولة الفرنسي ينظر إليه كمبدأ عام يمكن أن يستقيم بذاته بجانب كونه نصا دستوريا[2]

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

هنا يقفز الدور الإنشائي الخلاف للقاضي الإداري إلى أعلى درجة، لأنه ستبقى تلك المبادئ ليس من أصول محددة بل أفكار فلسفية وسياسية وهي غير محددة بل مبهمة، ويضفي عليها القاضي الاداري التحديد ويبلورها في مبادئ عامة محددة وصيغة مباشرة.

ونعطي مثال لهذه المبادئ الجوهرية ؛في مبدأ خضوع كل قرار إداري للطعن بإلغاء (أو لتجاوز السلطة) هذا المبدأ قد قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير dame lamotteفإزاء أحد قوانين الحكومة vichyالرجعية الصادر عام 1949 والذي تضمن في أحد نصوصه بل أهمها تحصين بعض القرارات الادارية بطبيعتها ضد كل طعن اداري أو قضائي عمل مجلس الدولة على تفسير هذا النص الصريح تفسيرا ضيقا يصل الى حد إهداره تماما فقرر المجلس أن هذا النص رغم ظاهر عبارته" لم يستبعد الطعن بتجاوز السلطة (الطعن بالإلغاء) أمام مجلس الدولة .

وإستطرد المجلس واضحا المبدأ العام ، فقال " أن الطعن لتجاوز السلطة يبقى مفتوحا وممكنا حتى بدون نص ضد كل قرار إداري ليضمن طبقا للمبادئ العامة للقانون، احترام مبدأ المشروعية"

[1] التعديل الدستوري 01/16،المؤرخ في 26جمادى الاولى عام 1437 ، الموافق 06مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري .
2 ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، المرجع السابق، ص 226.

وهكذا نحن أمام مبدأ قانوني عام انشأ مجلس الدولة " بدون نص" إستلهمها من الأفكار الفلسفية والسياسية العليا التي تؤسس كل دولة قانونية تخضع فيها الدولة مثل الأفراد الإدارة القانون ورقابة القضاء.

ونفس الموقف إتخذه مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر 2000/01/17 أن قرار الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود وحتى لو لم يكن هناك نص".[1]

المطلب الثاني: التسبيب القضائي للأحكام

لطالما اعتبر التسبب واجبا يلقى على كاهل القاضي، فلابد من التحيين يكون الحكم مكتملا ويعلمنا أن القاضي قد ألم بالدعوى وقد قام بالتكييف القانوني الصحيح لها.

الفرع الأول: تعريف تسبيب الأحكام

يقصد بتسبيب الأحكام سرد مجموع الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي أسندت عليها المحكمة في تكوين قناعتها بالحل الذي تضمنه حكمها وكذلك الاشارة الى النصوص القانونية التي اثارها النزاع فقبل أن يشير القاضي في منطوق حكمه الى مضمون هذا المنطوق يتعين عليه أولا أن يسرد جملة العلل الأدلة التي تدفعه للاقتناع بمضمون هذا الحكم دون غيره، ويجب أن يؤسس ذلك على أدلة ثابتة في الملف وأن يذكر النصوص القانونية التي طبقها.

ولقد أظهرت التجربة القضائية والممارسة العملية لأداء العمل القضائي الأهمية التي يحتلها مبدأ تسبيب الأحكام ذلك أن عدالة الأحكام تفوض هذا التسبيب وبانعدامه تنعدم شرعية الأحكام وقوانينها لذلك وصف البعض التسبيب على أنه:" الوسيلة المؤثرة في إقناع الخصوم والدليل الذي يبرهن على سلامة الأحكام وموافقتها للقانون والعدالة" ولا يكون التسبيب إلا بطريق التحقيق والدراسة المعمقة وهو ما يدفع القاضي لان يبذل الجهد لاطلاع الغير على نتائج التحقيق الذي قام به والدراسة التي انتهى اليها.

1مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2002، ص ، 9.

ولقد ثبتت في نظامها القضائي الإسلامي أن القاضي ملزم بتبيان الأسباب التي تدفعه لإصدار حكمه، وهو ما أكده العلامة الماوردي في كتابه المشهور الأحكام السلطانية والولايات الدينية[1]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لتسبيب الأحكام

نصت المادة 277 من قانون إجراءات مدنية وإدارية على مبدأ التسبيب أوجبت أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون على أن يشار فيه الى النصوص القانونية، ويجب أن يستعرضها بإيجاز وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم.

وعلى صعيد القضاء الإداري نصت المادة 40 من قانون مجلس الدولة المذكور على أن تخضع الاجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة لأحكام قانون اجراءات مدنية وإدارية.

وذات الحالة تضمنها قانون المحاكم الادارية 02/98 في نص مادته الثانية بخصوص الجوانب الاجرائية وبالعودة لأحكام المقررة على قانون اجراءات مدنية وادارية وتحديدي نص المادة 888 نجد هذه الأخيرة تحيلنا بصريح العبارة للمواد من 270 إلى 298 ،بما يؤكد وحدة الأحكام الإجرائية بصدد تسبيب الأحكام القضائية سواء الصادرة عن هيئات القضاء العادي أوالإداري[2].

الفرع الثالث: الحكمة من تسبيب الأحكام

لاشك أن المشرع عندما فرض تسبيب الأحكام أيا كان نوعها والجهة الصادرة عنها ابتغى تحقيق جملة من الأهداف والمقاصد من أهمها .

1الدكتور عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر ،الطبعة الثانية ،سنة 2008،ص 35.
2نفس المرجع، ص 36.

أولا: حماية المتقاضي

لا شك أن فرض التسبيب في الأحكام القضائية تعود فائدته على المتقاضي فيعرف أطراف النزاع و ذوي المصلحة جملة الأسباب التي دفعت القاضي للنطق بالحكم فإذا ألزم القاضي طرفا ما بتعويض الطرف الآخر و الحكم و إن كان في منطوقه نتيجة أو الحل النهائي و الحاسم في النزاع المعروض على القاضي ، إلا أنه ينبغي أن يتضمن مجموعة حجج تبعث على صحته و قوة إقناع الغير به و منهم أصحاب الشأن و أطراف النزاع.

إن القاضي بتسبيبه لحكمه يحصنه و يحميه ، فهو إن رجح فكرة على أخرى ، أو دليل على آخر ، اقتنع بطلب أو أسقط إدعاء وجب عليه في كل هذه الحالات ذكر الأسباب التي تدفعه لذالك أي أن يحلل كيف وصل إلى هذه النتيجة ، ولا يكون ذالك طبعا إلا بعد مناقشة كافة النقاط التي أثارتها الخصوم إن تأييد أو معارضة وأن يؤسس حكمه على نصوص من القانون أو التنظيم أو يستند إلى إجتهاد معمول به صادر عن المحكمة العليا." [1]

ثانيا: توفير حماية للقاضي

إن الغرض الأساسي من وراء فرض تسبيب الأحكام على اختلاف أنواعها و درجاتها هي حماية للقاضي نفسه مصدر الأحكام ، أو حماية هيئة الحكم غن كانت جماعية و حتى يقنع القاضي الغير بالمنطوق الذي توصل إليه وجب أن يسرد جملة من الأسباب و مجموعة علل و براهن هي التي تؤكد صحة و عدالة و موضوعية ما وصل إليه و حتى يثبت جهده في القضية.

و لكي لا يعتبر كائنا من كان أن القاضي تلفظ بهذا المنطوق دون أن يدرس الملف أ و دون أن يواجه الغير بأسباب تفرض إصداره بالشكل الذي نطق به لقاضي ، لذلك دعت المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 19-03-90 إلى القول " إن تسبيب الأحكام هو معيار صحتها و بعث الإطمئنان إليها و دليل قوتها و بيان جهد القاضي في القضية" .[2]

1الدكتور عمار بوضياف، المرجع السابق، ص38.
2المرجع نفسه، ص37.

ثالثا: تمكين جهة الرقابة القضائية من ممارسة حقها في الرقابة .

إن إلزام القاضي بتسبيب حكمه لاشك عملية تسهل على الجهة القضائية التي تتولى فحص الحكم والقرار بتقرير مدى صحته وسلامته، وقوته فبمجرد إطلاعها على جملة الأسباب الواردة في الحكم أو القرار تتمكن جهة الرقابة من فحص وتقرير الأسباب أو القرار.

وعليه فإن تسبيب الأحكام يعد كما سبق القول تحصين لها، ذلك إن غياب التسبيب يعرضها للإلغاء والنقص، فإذا قرر المجلس القضائي أن الحكم الدرجة الأولى صدر غير مسبب أي احتوى على قصور في التسبيب جاز له إلغاء هذا الحكم والتصدي من جديدي لما يراه ضروريا وصالحا في النزاع، على أن يلزم المجلس القضائي هو الأخر وهو هيئة قضائية تصدر أحاكما في شكل قرارات بذكر الأسباب التي تدفعه الى إلغاء حكم الدرجة الاولى بالكشف عن ثغراته ونقائصه وعيوبه وأن يذكر الأسباب المؤدية إلى إصدار الحكم الجديد أي قرار المجلس بعد التصدي.

والمحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون ملزمة هي الأخرى بذكر الأسباب التي دفعتها لإصدار قرارها سواء بتأييد حكم أو قرارها صادر عن جهة قضائية دنيا أو بإلغائه، وما قيل عن جهة القاضي العادي ينطبق تماما على جهات القضاء الإداري، وينبغي أن تكون الاسباب منطقية مقنعة، فإن كان منطوق الحكم يتعارض مع الاسباب يتعارض بعضها مع بعض عوض القاضي حكمه أو قراره للنقض، فيلغى عند عرضه على المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 358 من قانون إجراءات مدنية وإدارية، والتي ذكرت ضمن أوجه الطعن بالنقض حالة انعدام التسبيب وحالة قصور التسبيب وحالة تناقض التسبيب مع المنطوق[1]، بما يؤكد تحصين المشرع الجزائري لمبدأ التسبيب، ولقد أحسن المشرع صنعا حينما جعل هذه الأوجه مشتركة تسري على القضاء العادي والإداري، وهو ما أشرت إليه صراحة المادة 959 من قانون إجراءات مدنية وإدارية.

1الدكتور عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 39.

وتطبيقا لما سبق ذكره إذا رفع الاستئناف أمام مجلس قضائي معين على هيئة المداولة بالغرفة المعينة عندما تثني على حكم الدرجة الأولى أن لا تكتفي بعبارات عامة عند تسبيب قرارها، كان تذهب الى القول أن المحكمة طبقت صحيح القانون أو أن القاضي قدر الوقائع تقديرا سليما، أو أن الحكم جديد بالمصادقة عليه، بل ينبغي تبيان وتوضيح جملة الأسباب التي دفعت المجلس القضائي للمصادقة على حكم الدرجة الأولى[1]، ولا عيب أن تكون هذه الاسباب هي تلك الواردة والمذكورة في حكم الدرجة الأولى، غاية ما في الأمر أنه ينبغي اعادة كتابتها وذكرها بوضوح على أن تتبع بعبارات واضحة ودقيقة توحي أن المجلس تبنى هذه الاسباب واذا قرر المجلس القضائي أن حكم الدرجة الاولى صدر معيبا فينبغي الغاءه والتصدي بم يراه مناسبا ملائما لحسم النزاع، وأن يذكر الاسباب التي أدت به الى إبعاد هذا الحكم والغاءه فلا يكفي القول أن القاضي الدرجة الاولى لا يطبق صحيح القانون، وواجب القانون بل ينبغي إبراز وجه المخالفة واين تكمن بدقة لتمكين جهة معينة من معرفة الأسباب الموجبة إلى ذلك .

1--الدكتور محمد بوضياف، المرجع السابق، ص 40.

المبحث الثاني: المصادر التكميلية للحلول القانونية

إن القاضي ملزم بحل النزاعات المعروضة عليه، فهو لا يواجه إشكالا في حال توفر النص القانوني، فجميع التشريعات تنكر على القاضي الادعاء بعدم الفصل بحجة غياب النص، وأكثر من ذلك تجرم هذا الادعاء وتجعله ناكرا للعدالة معرضا للعقاب، فاذا اجتهد القاضي وقصد التمسك بهذا الحل مستقبلا فإننا نكون أمام قرار مبدئي، أما إذا كان في حالة أن يؤسس القاضي حكمه على القرائن التي يستنتجها باجتهاده من موضوع الدعوى وظروفها عندما يخلو ملف الدعوى من الادلة وعندما يستحيل على المدعي والذي هو الفرد في الغالب ان قدم كافة المستندات من اجل اثبات ما يدعيه فهنا نكون أمام القرائن القضائية.

المطلب الأول: القرار المبدئي

إذا لم يجد القاضي الإداري النص القانوني الذي يطبقه على النزاعات المعروضة عليه فانه لا ينشئ في كل الحالات القاعدة القانونية التي تمكنه من إيجاد حل لتلك المنازعة فقد يلجأ القاضي إلى البحث عن الحل من خلال قضايا المشابهة المعروضة على قضاة اخرين فيعطي لهذه الأخيرة حكم القضية السابقة، ولكن في حالات أخرى وأمام إنعدام النص القانوني، فإن القاضي ملزم بالفصل في النزاع فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة التي تحكم المنازعة المعروضة عليه، ذلك انه عندما ينظر في القضة، أو في مستجدات قضية سابقة لها حكمها القضائي ،ولا يجد لها نصا فإنه يجتهد ويجد لها حلا ، إن هذا الإجتهاد إذا لم يقصد القاضي التمسك به في المستقبل فلا يمكن الحديث عن دوره في وضع القاعدة القضائية فهو مجرد حل فردي لا ينوي التمسك به في المستقبل أما إذا قصد القاضي الإداري التمسك به في المستقبل قضايا مشابهة معروضة عليه فإننا سوف نكون أمام قرار مبدئي مع العلم أن القرار المبدئي في الجزائر ليس حكر على قضاة مجلس الدولة فبإمكان القاضي الدرجة الأولى (محكمة إدارية) أن يضعه هو أيضا.[1]

1رأفت فودة، الرقابة على أعمال الادارة، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1992،ص105.

الفرع الأول: مراحل وضع قاعدة قضائية

إن المشرع مهما توخي الدقة والكمال في عمله لا يستطيع أن يحيط بكل شيء و أن يضع مسبقا الحلول اللازمة لكل القضايا التي قد تعرض على القضاء، فقد يحصل ان الحالة المعروضة على انظار القاضي هي خارج توقعات المشرع نتيجة تطور الحياة الإدارية وبالتالي فان اهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول للقضية المعروضة عليه.

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

أولا: مرحلة الاكتشاف المزدوج

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

ويظل عمر القاضي في ظل هذه المرحلة على كنف السرية التامة حتى يكشف أمره عندما يصل إلى المرحلة الأخيرة المتعلقة بإدخال هذا الحل القضائي حيز التنفيذ وإدراجه في النظام القانوني القائم.

والأمثلة على هذه المرحلة كثيرة يمكن أن نذكر منها خلق أعمال السيادة، حيث أن القاضي الإداري قد اكتشف الخطر الذي يحيط به، وهو في مهمة الأولى من التصدي لأعمال سياسية ومواجهة الحكومة وتبع هذا الاكتشاف إيجاد الحل القضائي القاعدي لهذه الفئة من الأعمال وجعلها بمنأى عن رقابة القضاء[1].

1 رأفت فودة، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص106.

ثانيا: مرحلة التجريب

تعتبر من أهم مراحل صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري، يتولى فيها القاضي إظهار نيته في إيجاد حل معني لمشكلة معينة لم يتناولها المشرع، وهنا نكشف السرية التي اكتشفت عمل القاضي في المرحلة الأولى وتتحقق العلانية لميلاد القاعدة القانونية الجديدة والتي لم يطلق عليها بعد " قاعدة" بل مجرد حل حيث أنها لم تدخل بعد كعنصر من عناصر النظام القانوني أو في حيز الكتلة القانونية القائمة، وهناك وسائل عديد ة تستخدم في انجاز هذه المرحلة، وذلك من خلال المقالات التي يكتبها القضاة أنفسهم في المجلات والوثائق القانونية.

ويمكن للقاضي التلميح بميلاد القاعدة الجديدة في الحكم نفسه ولكن في نزاع أخر، فهدف هذه المرحلة هو إخراج الحل القضائي إلى الوجود والتعريف به، حتى يتلقى القاضي الإداري رأي المختصين في هذا الحل المحتمل يصبح قاعدة قانونية.[1]

ثالثا: مرحلة الإدماج

تعد كشف السرية وإظهار القاعدة القضائية، تناول المختصين لها بالنقد والتعليق وخصوصا من جانب الفقه، وتبادل الصيغ المثلى لها من خلال تعليقات الفقه، ووعي القاضي بالصورة والشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل قانوني عادل وكعلاج للفراغ التشريعي، يتولى القاضي إدماج وإدخال هذه القاعدة في حيز النظام القانوني القائم لتصبح بذلك عنصر من عناصر المشروعية، وعلى أساسها تقاس مشروعية أعمال الإدارة صحة وبطلانا، فقبل عملية الإدماج هذه، يكون للقاعدة القضائية قوة وسلطة تفرض نفسها على العاملين في الوسط القانوني، ولكن هذه القوة التي تفرض احترامها في داخل النظام القانوني، ولذلك يتولى القاضي الإداري بأساليب السرية وببطيء متعقل تجنبنا لأي صدام، فرض احترام هذه القاعدة وجودها داخل النظام القانوني الوضعي[2].

1 ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، المرجع السابق، ص 07.
2 رأفت فودة، المرجع السابق، ص108-109.

وللوصول إلى هذه المرحلة النهائية بحلول القاضي الإداري، التلميح بهذا الحل القانوني الجديد في أحكام متعددة تدور حول ذات الموضوع، وبعد فترة زمنية معينة سيأتي في حكم وبصورة صريحة مباشرة، ويعلن عن نيته للقاعدة الجديدة، ويتم نشرها والتعليق لتصبح عنصر من عناصر المشروعية الإدارية.[1]

الفرع الثاني: خلق القاضي لقواعد قانونية إدارية

إن القاضي الإداري من خلال القرار المبدئي قد تجاوز مهمته التقليدية المنوطة به بنص الدستور والمتمثلة في فصله في نزاعات لتتسع وتشمل خرق معظم القواعد القانونية الإدارية.

أولا: عملية مشابهة للتشريع

إن المشرع عند وضعه التشريع لا يتعدى في كثير من الأحيان أن يكون مجرد ومكتشف للقاعدة القانونية، فالفقه في كثير من الأحيان قد يطالب بتعديلات قانونية معينة، وتقتصر مهمة المشرع على إفراغ هذه الحلول، ومع ذلك لم يقل أحد أن المشرع هنا ليس إلا مكتشف للقاعدة ولكن عندما يقوم القاضي الإداري بنفس عمل المشرع، يقول البعض أن دوره يقتصر عل مجرد اكتشاف لتلك القواعد واستنباطها وليس اختراعها وابتكارها.

ومن الناحية الفنية فأن القاضي الإداري عندما يضع القرار المبدئي ، فإنه يتصرف و يظهر كمشرع ذلك أنه يعدل القانون الوضعي، من خلال وضع أو إنشاء قاعدة قانونية جديدة لم تكن موجودة من قبل وهنا يتجاوز القاضي الإداري، دوره التقليدي باعتباره سلطة مختصة بالفصل في المنازعات، كما أن قراره يتجاوز مهمته التقليدية باعتباره فصلا في خصومة معينة، ويتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد القانونية، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ " مشرعا" يحل قضاؤه محل القانون.[2]

1 ابتسام فاطمة الزهراء، شقاق ، المرجع السابق، ص 111- 112.

2مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 172.

ثانيا: القوة القانونية للقرار المبدئي

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

سنحاول التعرف على خصائص القاعدة القضائية:

1- نستبعد الحكم الفردي لأن إرادة القاضي الإداري اتجهت لإنشائه وفي نيته عدم الإرتباط به مستقبلا، فالقاضي حر في النزاع الجديد في عدم التقيد بالحل الذي وضعه في النزاع السابق، ذلك أنه عندما يخلف حلا للنزاع في حالة وجود نقص في مصادر القانون الوضعي، فانه لا يخلف بذلك قاعدة قانونية ولكنه يخلف حلا فرديا ، والحكم الذي يصدره هو حل صالح خصيصا لفض النزاعات المفصول فيها، دون سواها إذ لا يجوز التمسك به مستقبلا أمام نفس القاضي أو أمام قاضي أخر.[1]

وهذا ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/05/08 في قضية يونين بنك ضد محافظة بنك الجزائر، الذي أبطل فصله في دفع أثاره يونين بنك يتعلق بعدم مشروعية المادة 15 من تنظيم مجلس النقد والقرض رقم 95-07 أبطل المادة المطعون في شرعيتها وصرح بأنها عديمة الأثر مؤكدا على مستوى الأسباب والمنطوق معا، بأن هذا الإلغاء لا يخص إلا الدعوى المفصول فيها، جاء في هذا القرار " حيث أنه يتعين التصريح بان مقتضيات المادة 15 من النظام المذكور أعلاه باطلة وعديمة الأثر فيما يخص الدعوى الحالية فقط" [2].

يتضح من هذا المثال حرص مجلس الدولة على أن لا يعطي لقراره بعدا يخرج عن إطار التزام المفصول فيه، هذا الموقف صائب لان للحكم الفردي أثار تلحق في أصل مراكزه أطراف النزاع وهي غير ملزمة التطبيق على الحالات المماثلة، وبالتالي فإن الحل الفردي لا يمكن أن يتجلى بطابع العموم والتجديد.

1أحمد مدحت علي، الظروف الاستثنائية، الهيئة العامة للكتاب،سنة 1978، ص 19.
2مجلس الدولة، جزء6، 2005، وما بعدها، أشار إليها ، رمضان غناني، المرجع السابق، ص 77.

2- قد يقال بإن القرار المبدئي لا يتمتع بخصائص القاعدة القانونية ، مادام أن القاضي الإداري بإمكانه أن يخالفه فهو لا يرقى الى مستوى القاعدة القانونية إلا أن هذا الرأي غير صحيح .[1]

فالقرار المبدئي يتمتع بكل الخصائص القاعدة القانونية فهو اجتماعي أي نابع من ظروف المجتمع وهو عام مجرد لان القرار المبدئي سوف يطبق مستقبلا على أشخاص غير معروفين بذواتهم وهو ملزم حتى ولو خالفه القاضي مستقبلا ذلك أن المشرع عندما يضع نصا مكتوبا فانه لا يضعه ليبقى طوال الدهر، فالنص قابل للتعديل ونفس الشيء يقال بالنسبة للقرار المبدئي الذي يقبل هذا الأخر التعديل إذا كانت هناك ضرورة ملحة للتعديل فيتخذ القاضي الإداري سلوكا أكثر تعقلا وأكثر حذرا من الذي يسلكه حيال القواعد التي هي مجرد حلول تطبيقية، إذا لا يقوم بتعديلها بصورة مباشرة فغالبا ما يتبنى تغييرا واسعا أو ضيقا للقاعدة القديمة المراد تعديلها مع الاحتفاظ بطلب القاعدة القديمة، أو أنه يأتي بنص إضافي يمشي جنبا إلى جنب مع القاعدة القديمة.

ثالثا: خصائص القاعدة القضائية في المجال الإداري

- خاصية المرونة: إن القاضي الإداري لا يجدد الصيغ الجامدة التي تقيده في المستقبل هذا أمر بديهي مادام أن القانون الإداري قانون غير مقنن.
- صعبة الفهم: إن القاعدة القضائية هي ثمرة اجتهاد القاضي الإداري فقد صاغها لتعبر عنه كمشرع في القانون الإداري مما جعلها بمصطلحات إدارية صعبة الفهم موجهة لأمر الاختصاص دون غيرهم لتكتسب خاصية تضاف إليها ألا وهي صعوبة الفهم فهي تعكس كفاءات القاضي الإداري في إثراء القانون الإداري مضمونا.
- مقترن بجزاء، أي أن الأفراد والإدارة ملزمة باحترام القاعدة التي جاء بها القرار المبدئي ذلك أنهم إذا خالفوها ، فيطبق عليهم القاضي الإداري، نفس الجزاءات التي يطبقها على مخالفة القواعد المكتوبة، بل قد يكون أكثر صرامة هنا، طالما أن تلك القواعد صدرت عنه، في

1مراد بدران، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية، ألقيت على طلبة الماجيستر تخصص قانون إداري معمق، دفعة 2013، 2014.

مخالفتها زعزعة لمركزه ومن هنا سينتج عند الأفراد والإدارة الشعور بإلزامية القرار المبدئي، شأنه في ذلك شأن القاعدة المكتوبة[1].

وعلى هذا الأساس يمكن القول بان القرار المبدئي يشكل غالبية القواعد القانونية التي ينشأنها القاضي الإداري فهو ليس مجرد حل فردي و إنما تشكل كل قاعدة منه على حدى أو مجتمعة مع قواعد أخرى صلب القانون الإداري الحديث، فهو ينفصل شيئا فشيئا عن القضاء الإداري وكمصدر له لتصبح القانون الإداري الذي يحكم نشاط الإدارة والعلاقات بين الإدارة والمتعاملين معها.

إذا صدر القرار المبدئي من مجلس الدولة، أن القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة تصدر إما عن غرفة واحدة أو تصدر من الغرف المجتمعة فلو صدر القرار المبدئي من غرفة واحدة فالحكم السبق هو الذي يطبق ويستطيعوا أن يخالفوه إذا تغيرت الظروف.

أما إذا صدر القرار المبدئي من الغرف المجتمعة (الغرف المجتمعة تجتمع في الحالات التي يمكن أن يشكل القرار المتخذ تراجعا عن الاجتهاد القضائي) تكون قوته كاملة ، سواء على مواجهة الأفراد أو في مواجهة القضاة المتواجدين لدى المحكمة الإدارية أو القضاة المتواجدين لدى مجلس الدولة[2].

المطلب الثاني: القرائن القضائية

تعد القرينة القضائية وسيلة هامة في الإثبات الإداري، حيث يستطيع بواسطتها القاضي وفي ضوء ما يتمتع به من حرية في الإثبات من دحض الادعاء أوإثباته من خلال استعانته بواقعة معلومة في إثباتأخرى مجهولة.

1 مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد3، سنة 2009، ص176.
2مراد بدر ان، القرار المبدئي في المجال الإداري، المرجع السابق، ص 176.

الفرع الأول: تعريف وأصناف القرينة القضائية

في هذا الفرع سوف نتطرق الى تعريف القرينة القضائية، بتعريفات مختلفة و أيضا أصناف القرائن القضائية بأنواعها.

أولا: تعريف القرينة القضائية

القرينة القضائية هي كل إمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه ، بمعنى أن يوجد أمرا ظاهرا معروف يصلح الاعتماد عليه ، أن توجد صلة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي، وعليه القرينة هي ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول[1]، فهي دليل غير مباشر لا ينصب الإثبات فيها على الواقعة محل التداعي وإنما أخرى بديلة يكون من شأن ثبوتها أن تجعل قيام الواقعة الأصلية أو نفيها أمرا محتملا بحكم اللزوم العقلي.[2]

ثانيا: أصناف القرائن القضائية

القرينة القضائية كما سبق أن عرفنا ما هي عبارة عن علاقة منطقية يستنتجها القاضي من واقعة معلومة وأخرى مجهولة يريد إثباتها، فالقاضي هو مصدر هذه القرينة وقد أخذ هذا النوع من القرائن في الفقه عدة تسميات منها القرائن الفعلية أو الإقناعية لأن القاضي يصل إليهما من خلال اقتناعه الشخصي أو الموضوعية أو قرائن الواقع كما أن هناك من يسميها بالقرائن التقديرية .

وإننا نفضل تسميتها بالقرائن القضائية وذلك لان هذه التسمية تعبر بدقة عن هذا النوع من القرائن بالإشارة الى أهم عنصر فيها هو مصدرها واحد العناصر المكونة لها، إن القرائن القضائية لا تخضع بحسب طبيعتها لأي حصر ولا يمكن تحديدها ويمكن لنا أن نصنف القرائن القضائية من حيث مدى دلالتهما في الإثبات إلى صنفين رئيسيين :

1- القرائن القضائية الأصلية: هي القرائن الواضحة الظاهرة والتي تؤدي على وجه اللزوم بصفة حتمية إلى إثبات واقعة معينة ومثالها حيازة السارق للمسروق.

1 مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به، دراسة مقارنة ، طبعة1، دار الثقافة للنشر، عمان، سنة 2011، ص54.
2المرجع نفسه، ص 54.

2- القرائن القضائية التكميلية: وهذه القرائن تؤدي إلى عدم احتمالات ومثالها سوابق المتهم.[1]

وهناك من الفقهاء من يطبق القرائن القضائية من حيث دلالتها وقوتها في الإثبات إلى ثلاث أنواع:

القرينة القاطعة :

وهي تكون دليلا في ذاتها لارتباطها مباشرة بواقعة معينة ومثالها القبض على قاتل وهو يحمل سكينا ملوثا بالدماء.

2- القرين الراجحة:

وهو التي ترجح دلالتها ومثالها وجود أثر قدم المتهم في محل الجريمة أو وجوده في منزل مسكون ومعه آلات تستعمل للكسر.

3- القرائن الشابهة:

وهي القرائن الضعيفة الدلالة وهي مجرد شبهة ومثالها وجود عداء بين المتهم والضحية كما أن هناك تصنيف ثالث للقرائن القضائية، وهو يعتمد على وقت ظهور القرينة بالنسبة لزمن ارتكاب الجريمة وعليه يمكننا تقسيم القرائن على هذا الأساس إلى ثلاثة أنواع.

أ- القرائن السابقة لارتكاب الجريمة ومن ابرز امثلتها تهديد المتهم للضحية قبل ارتكاب الجريمة أو وجود عداوة بين الطرفين.

ب- القرائن المعاصرة لارتكاب الجريمة.

ج- القرائن اللاحقة لارتكاب الجريمة.

تتكون القرينة القضائية من:

1مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر ،الجزائر، سنة 2001 ، ص 38-39 .

1- واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وتسمى هذه الواقعة بالدلائل والامارات وهذا هو العنصر المادي للقرينة .

2- عملية استنباط واستنتاج يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة الى الواقعة المراد اثباتها وهذا هو العنصر المعنوي للقرينة[1].

وبتفحصنا لهذين العنصرين المكونين للقرينة القضائية نلاحظ ما يلي:

أولا: بالنسبة للعنصر الأول

هو الواقعة الثابتة اي الدلائل او الإمارات، نلاحظ أنها لا تكون دائما ذات طبيعة مادية وان هناك بعض الدلائل او الإمارات ذات طبيعة معنوية مثل وجود عداوة بين المتم والضحية أو اختفاء المتهم بعد ارتكاب الجريمة ولذلك فإننا نرى تسمية الدلائل بالعنصر المادي [2]لا يعبر بدقة عن جوهر هذا العنصر.

ثانيا: بالنسبة للعنصر الثاني

وهو العنصر المعنوي فانه تبعا للملاحظة الأولى فإن تسمية هذا العنصر قد تختلط بلا شك بالعنصر الأول ويصبح هناك غموض و لبس شديد في التفريق بين العنصرين:

1- العنصر الموضوعي: ويتمثل هذا العنصر في الواقعة الثابتة في الدعوى التي يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وهي ما تعرف بالدلائل أو الامارات.

2- العنصر الذاتي: وبتجسيد هذا العنصر في عملية الاستنتاج والاستنباط التي يقوم بها القاضي انطلاقا من العنصر الموضوعي وهو بالدلائل ليصل بواسطة ذلك الى إثبات الواقعة المجهولة ويتجسدهذا العنصر في حقيقة الأمر من خلال الاقتناع الشخصي للقاضي ويظهر هذا العنصر بجلاء ووضوح من خلال أسباب الحكم أي التسبيب.[3]

1 مسعود زبدة، المرجع السابق، ص40 .

2ريمة منال دحماني، الإثبات في المنازعات الإدارية ،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010/2007 ص 44.

3مسعود زبدة، المرجع السابق، ص 40.

الفرع الثاني: خصائص وحجية القرائن القضائية

لقد عرفنا القرينة القضائية بأنها عبارة عن علاقة منطقية يستنتجها القاضيين واقعة معلومة وهي الدلائل وواقعة مجهولة يريد إثباتها، فأهم يميز القرينة القضائية عن بقية الأدلة الأخرى، في الإثبات هو كونها دليل استنتاجي أي أنها دليل يستنتجه القاضي بنفسه .

والصفة الثانية التي تظهر من التعريف هي أن القرينة القضائية دليل منطقي و عقلي وما دامت القرينة القضائية في جوهرها عبارة عن علاقة منطقية يستنتجها القاضي، فان مجالها يتسع إلى درجة أنه لا يمكن حصرها أو تحديد نطاقها.

أولا: القرينة القضائية دليل استنتاجي

إن ابرز ميزة عل الإطلاق تتميز بها القرينة القضائية عن بقية وسائل الإثبات الأخرى من اعتراف أو شهادة أو غيرها ، هي كونها دليل استنتاجي يقوم القاضي بالوصول إليه إعمالا لفكره عقله انطلاقا من الدلائل المختلفة سواء كانت مادية أو معنوية والاستنتاج هو العنصر الذاتي الذي تتكون منه القرينة القضائية وهواهم عنصر فيها.

لذا تعتبر القرائن القضائية من الأدلة غير المباشرة إذ يقوم القاضي باستنتاج القرينة القضائية من الدلائل المختلفة وهذا العمل الذي يقوم به القاضي يجعل منها دليلا غير مباشر[1].

ثانيا: القرينة القضائية كدليل منطقي عقلي

ان جوهر القرينة كما سبق أنمر بنا هو علاقة منطقية يستنتجها القاضي بين الواقعة المعلومة المتمثلة في الدلائل المختلفة من جهة والواقعة المجهولة المراد إثباتها.

إن عملية استنتاج هذه العلاقة المنطقية ليست مسالة سهلة و لكنها تتطلب مجهود عقلي و فكري كبير يبذله القاضي للإحاطة الشاملة لملف الدعوى وما يحتويه من ظروف وملابسات مختلفة تتجلى بصورة أوضح أثناء المرافعات ومناقشة أطراف القضية، إن الوصول الى ذلك يتطلب من

1مسعود زبدة، المرجع السابق، ص 201-202.

القاضي ترتيب المقدمات منطقيا للوصول إلى نتائج، وأن الوصول إلى ذلك يتطلب قدرة القاضي الجزائي على استخلاص القرائن من الدلائل المختلفة.

ان استخلاص القاضي للقرائن تتم عن طريق اقتناعه الشخصي، هذا الاقتناع و الذي هو عبارة عن حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة عل بساط البحث، احتمالات ذات درجات عالية من التأكيد الذي تصل اليه نتيجة لاستبعاد الشك بطريقة جازمة وقاطعة، ان القاضي وهو في طريق تكوين إقناعه يسلك طريق الاستدلال بالافتراضات الاحتمالية واعمال معايير الحقيقة، ثم يجرب بعد ذلك ما وصل إليه اقتناعه من نتائج مع الافتراضات المعاكسة[1]، اتضح من ذلك أن الاقتناع قد بني على أسس سليمة وعند ذلك يمكن القول أن الاقتناع يعبر عن يقين وتأكيد جازمين وان استنتاج القاضي ينبغي أن يكون في نطاق العقل المتئد التفكير الناضج والمنطق السليم والمنهجية المنتظمة.

حجية القرائن القضائية

لقد عرفنا عند تعرضنا للدلائل المعنوية باعتبارها عنصرا موضوعيا يعتمد عليه القاضي في الوصول إلى استنتاج قرائن قضائية أن الدلائل المعنوية قد أدى الاعتماد عليها إلى وقوع أخطاء قضائية جسيمة مما أدى الى التشكيك في مدى حجية القرائن القضائية الناتجة عن الاعتماد على دلائل معنوية، والحقيقة أن الأخطاء القضائية التي تنشأ عن الاعتماد على قرائن القضائية تقتصر فقط على حالة الاعتماد على الدلائل المعنوية فقط، بل أنها قد تكون أحيانا نتيجة للاعتماد على دلائل مادية كذلك[2].

الفرع الثالث: كيفية استنتاج القاضي للقرائن القضائية

لقد تعددت التعاريف الخاصة بالقرائن القضائية، فهناك من يعرفها على أنها " تلك القرائن التي يستنتجها القاضي باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها" [3].

وهناك من يعرفها على أنها " القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي الإداري التي يستنبطها من ظروف القضية وملابساتها " [1].

1مسعود زبدة، المرجع السابق، ص 205.
2المرجع نفسه، ص 205.
3عايدة شامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الجديد، اليمن، سنة 2008، ص 199.

أما الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري فعرفها بانها "القرائن التي تترك لتقدير القاضي ، و يستخلصها من ظروف القضية و ملابساتها "

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا بالقرينة القضائية تعتبر دليل غير مباشر لأن الإثبات لا يقع على الواقعة المدعى بها، وإنما على واقعة أخرى، فهي تعتبر وسيلة هامة في الإثبات الإداري، فيستطيع القاضي الإداري في ضوء ما يتمتع به من حرية في الإثبات أن يستعين بواقعة معلومة من اجل إثبات أخرى مجهولة.

إلى جانب هذا ، فالقرينة القضائية تقف في مقدمة طرق الإثبات أمام القاضي الإداري، وهذا لأنه عندما يخلو ملف الدعوى من الأدلة، أو عندما يستحيل على المدعي والذي هو الفرد في الغالب أن يقدم كافة المستندات من اجل إثبات ما يدعيه، يتجه القاضي الإداري إلى تأسيس حكمه على القرائن المستقاة من الشواهد التي تبنى عنها أوراق الملف التي تشكل قرائن قضائية، ففي بعض الحالات تزعزع قرينة الصحة التي تتمتع بها الإدارة[2].

وبالتالي فإن الهدف الرئيسي من الاستعانة بالقرائن في مجال الإثبات هو تخفيف عبئ الإثبات عن كاهل المدعي، تنقله إلى جانب الإدارة وان كانت ذلك بصفة مؤقتة .

إلا أنه قد يؤدي في بعض الحالات إلى إنهاء الدعوى لصالح المدعي إذا تقاعست أو فشلت في إثبات عكس هذه القرينة، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق التوازن فيما بين المتقاضي الذي هو الطرف الضعيف والإدارة.[3]

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن القرائن القضائية تعتبر وسائل الإثبات في غاية الخطورة وهذا لكونها لا تمثل في أغلب الأحيان الحقيقة الكاملة لأنه باستطاعة القاضي الإداري أن يقع في غلط في استنباطه واستنتاجه ولهذا يجب عليه أن يتفطن و يتصف بالحذر في هذا المجال.

1توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر،سنة 1984، ص207.

2عايدة شامي، المرجع السابق، ص 199-200.

3 المرجع نفسه ،ص 199-200.

وله كذلك السلطة التقديرية في رفضها، وحتى وإن كان الأفراد هم الذين يستنبطونها فيمكن له أن يرفضها ولا يأخذ بها، وعليه هنا أن يبن الأسباب التي جعلته يتخذ هذا الموقف، ومع ذلك فإن اللجوء إليها يؤدي إلى تحقيق التوازن فينا بين المتقاضين والإدارة.

وتجدر الاشارة الى أنه يوجد ما يعرف بالقرينة القانونية، والتي تختلف عن القرينة القضائية.

فالأولى تستعمل طريق التصريح في حين الثانية تستخدم طريقة الاستنباط والاستنتاج كما أن الأولى هي واقعة منصوص عليها في القانون صراحة ويعتبر وجودها كافيا لإعفاء الطرف الذي قررت لمصلحته من الاثبات، أما القرينة القضائية فهي متروكة لتنوير القاضي وتحت حذره، والمطلوب من القاضي هنا الأخذ بالقرائن الجدية والواضحة المتناسقة فقط، كما ان القرائن القانونية واردة عل سبيل الحصر في نصوص قانونية ،أما القرائن القضائية فهي غير محددة إلى جانب هذا فالقرائن القانونية تعتبر من الأدلة التي لا تتوافق مع حرية القاضي الإداري في الاقتناع بها، وهذا على عكس القرائن القضائية[1].

كما تجدر الإشارة أنه قد يتدخل المشرع لرفع القرينة القضائية الى منزلة القرينة القانونية، عن طريق النص عليها في القانون ذلك أن المشرع نتيجة لتكرار استنباط القضاء لقرينة ماعلى نحو معين بشكل يؤدي الى استقرار المحاكم على العمل لتلك القرينة ، عندئذ قد يرى المشرع انه من المناسب اعتبار هذه القرينة جديدة بتوحيد دلالاتها فيرفعها الى مرتبة القرينة القانونية.

وقد تتحول أحيانا القرينة القضائية إلى قرينة قانونية دون تدخل المشرع باطراد العمل بها، واستقرار المحاكم على إعمالها استنباطها، مما يؤدي إلى اعتبار القرينة القضائية بمنزلة القرينة القانونية، من حيث وجوب احترامها إلا أنها نع ذلك تبقى قضائية، لا يتوافر بشأنها عنصر الإلزام كما هو الحال في القرينة القانونية .[2]

1 لحسن بن شيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، سنة 2005، ص 283.
2مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدد مشروعية القرار المطعون به دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011، ص 68.

نخلص مما تقدم أن القرائن القضائية تعتبر من أهم الوسائل لإثبات في الدعوى الإدارية وللقاضي الإداري الحرية الكاملة والواسعة في استخلاصها، فاستخدامها يؤدي الى تحقيق التوازن بين المتقاضي والذي هو الفرد في أغلب الحالات والإدارة، وهذا عن طريق نقل عبء الإثبات من عاتق المدعي الى المدعي عليه والذي هي الإدارة باعتبارها الطرف القوي في الدعوى الإدارية ، فقد يؤدي الاعتماد على القرينة إلى حسم النزاع لصالح المدعي، هذا في حالة ما لم تقم الإدارة بإثبات عكسها.

فالقرائن القضائية هي قرائن قائمة بذاتها ولا تشبه غيرها من القرائن كما انها مؤسسة على أمارات ملموسة، وتختلف بحسب الحالات، إلى جانب أنها غير محددة العدد.[1]

الفرع الثالث: تطبيقات القرائن القضائية في الاجتهاد القضائي الإداري

يتمتع القاضي الاداري سلطة كبيرة، يتمكن بمقتضاها من التحرك لإعادة التوازن بين الخصوم، وهذه السلطة تخوله لإمكانية التوفيق بين النصوص إذا تضاربت، القدرة على إنشاء القواعد القانونية، عندما تغييب النصوص عن مسرح النزاع المعروض عليه،من أشهر القرائن القضائية تطبيقا، أمام القاضي الإداري.

أولا: قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية

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

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

1ابتسام فاطمة الزهراء شقاق، المرجع السابق، ص 408.
2مصطفى عبد العزيز طروانة، المرجع السابق، ص 129.

إلا أنه ونظرا لصعوبة إثبات خطأ الإدارة من أجل إقرار مسؤوليتها، وضعف موقف المدعي المضرور في هذه الدعوى، اتجه القضاء الإداري [1]، ونحو تسهيل شروط انعقاد المسؤولية الإدارية وهذا عن طريق الاستعانة بالقرائن القضائية لإثبات ركن الخطأ وابتكار لفكرة قرينة الخطأ المفترض، هذه الاخيرة يقصد بها افتراض خطا الادارة المبرر لمسؤوليتها ،وهدا عن طريق استنتاجه من الضرر الحاصل، أي الضرر ما كان ليحدث، لولا وقوع هذا الخطأ، وبالتالي الحكم على الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإدارية المادية .

ومن بين تطبيقات القضاء الإداري الجزائري قرار مجلس الدولة الصادر في 1999/03/08، قضية رئيس البلدية عيز آزال ضد (ع. ط)ومن معه، وترجع وقائعها في أن بلدية عين ازال حفرت حفرة تجميع المياه والتي وقع فيها الطفل عبد الصمد، وهذا ما أدى إلى وفاته، فقضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سطيف في 1994/07/18، بمسؤولية البلدية عن الحالات وإلزامها بالتعويض فرفعت البلدية استئناف أمام مجلس الدولة بمايلي:

" بالرجوع إلى أدلة الملف يتبين أن مسؤولية البلدية قائمة، بحيث أن أشغال حفر الحفرة كانت تحت إدارة البلدية، وان البلدية هي التي رخصت بها لسكان القرية لجمع القمامة بحيث كان يجب على البلدية أخذ كل الإجراءات بحماية الحفرة، وكان عليها التأكد من أن الحفرة لا تشكل خطرا على الأشخاص، بحيث أن هذا التقصير والإهمال من طرف البلدية أدى الى غرق الطفل، ونستنتج أن مسؤولية البلدية ثابتة ، وهي ملزمة بتعويض ذوي حقوق الضحية.[2]

ثانيا: قرينة إساءة استعمال السلطة

تعتبر عيب إساءة استعمال السلطة أشد العيوب صعوبة في الدعوى الإدارية، إذ انه يتعلق بالهدف او بالغاية النى قصدت منها الإدارة إصدار القرار الإداري، واثبات النوايا والمقاصد مسألة

1قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (دفيل) الصادر بتاريخ 1951/07/28، والتي تتعلق وقائعها على أن السيد دفيل هو سائق لسيارة حكومية تابعة لوزارة الإنشاء، والتعمير أصاب السيد للكارون في حادث سيارة، ق استخلص مجلس الدولة الفرنسي الخطأ من حالة سكر التي كان فيها السائق من جهة، فساد فرامل السيارة من جهة أخرى، أشار إلى هذا القرار عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 273.

2قرار غير منشور، أشار اليه لحسين بن الشيخ أث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 34.

صعبة وعسيرة، فالمسألة تتعلق بأمر خفي يصعب اكتشافه، وتتطلب الكشف عن نيته أو نفسية مصدر القرار.[1]

ويحصل عيب إساءة استعمال السلطة إذا قصد مصدر القرار الإداري تحقيق غاية غير متعلقة بالمصلحة العامة، أو أن الغاية متعلقة بالمصلحة العامة ولكنها تخالف الهدف الذي حدده المشرع لإصدار القرار فيكون في هذه الحالة القرار مخالف لمبدأ تخصيص الأهداف.[2]

وللتحقيق من عبء إثبات هذا العيب يتم اللجوء إلى القرائن التي يمكن أن تستبدل بها على هذا العيب، ولا تقع هذه القرائن الدالة على إساءة استعمال السلطة تحت حصر، إذ يمكن للقاضي الإداري أن يستخلص هذه القرائن من أي وقائع مطروحة أمامه في الدعوى.

وتستخلص قرائن إساءة استعمال السلطة من قرينة انعدام الدافع المعقول من إصدار القرار محل الطعن، كان تكون دوافع إصدار القرار خارجة عن المصلحة العامة وغيرها، من الدوافع غير المشروعة، مثل نقل الموظف بقصد العقاب والانتقام، أو عن قرينة عدم الملائمة الظاهرة في القرار، أي الغلو في العقوبة الإدارية، فلا يكون هناك تناسب بين خطأ الموظف، والعقوبة التأديبية التي صدرت ضده، ومن بين قرائن إساءة استعمال السلطة أيضا، قرينة عدم المساواة بين المراكز القانونية المتماثلة فيظهر قيام الادارة بالتميز بين طائفتين من الأفراد لهم نفس المراكز القانونية.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الجزائري[3] قضية " ط، ك" ضد بلدية أولاد فايت ترجع حيثيات هذه القضية إلى أن السيد" ط، ك " استفاد بقطعة ارض صالحة للبناء بموجب قرار صادر عن رئيس بلدية الشراقة بتاريخ03ماي 1983، ثم منحت له رخصة للبناء في 05 ماي 1983 من طرف الهيئة نفسها ولكن بعد التنظيم الإداري لسنة 1984، أصبحت هذه القطعة الأرضية ملك لبلدية أولاد فايت الجديدة.

1إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، الاردن، سنة 2008،ص 287.

2عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الإثبات إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية، صفحة 175،174.

3قرار مجلس الدولة الصادر في 1999/04/19، الغرف الأولى، فهرس رقم 270، في قضية " طن ك" ضد بلدية أولاد فايت، قرار غير منشور أشار إليه لحسين بن الشيخ اث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 109وما بعدها.

وبتاريخ 20 مارس 1989 منحت هذه القطعة الأرضية لشخص أخر بموجب قرار أصدرته بلدية أولاد فايت فقام السيد " ط، ك" برفع دعوى تجاوز السلطة ضد قرار البلدية أما الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البليدة، إلا أن هذا الأخير رفض الدعوى لعدم التأسيس، فقام بعد ذلك المعني بالأمر برفه=ع استئناف أمام مجلس الدولة، وقال بأن القرار الذي منحه هذه القطعة الأرضية من بلدية الشراقة صحيح من جهة أخرى قال بأن جيرانه الذين تحصلوا على القطعة الأرضية المجاورة في سنة 1983، ولهم نفس الوضعية لم يتعرض لما يتعرض له من طرف بلدية أولاد فايت، وعلى هذا أصدر مجلس الدولة قرار بإلغاء القرار الذي أصدره رئيس البلدية أولاد فايت في 20 مارس 1989 مؤسسا ذلك على أن البلدية لا يمكنها أن تحرم المستأنف وحده دون باقي المواطنين المستفيدين من القطعة الأرضية في المكان نفسه ولهم وضعية قانونية واحدة.[1]

[1]أنظر لحسين بن شيخ اث ملويا ،مبادىء الإثبات في المنازعات الإدارية ،ص 110.

خلاصة الفصل:

نستخلص من خلال هذا الفصل الذي هو تحت عنوان أثر إلتزام القاضي الإداري بالحلول القانونية ، أن هناك نوعين من هاته المصادرة أول نوع هي المصادر الأساسية و التي يندرج ضمنها، المبادئ العامة للقانون ، وللقاضي الإداري دور كبير في المبادئ العامة ،و أيضا التسبيب القضائي في الأحكام ، أما النوع الثاني فهو المصادر التكميلية و التي هي القرار المبادئ و القرائن القضائية. ومن هنا نستنتج أن القاضي الإداري يساهم في خلق و إنشاء قاعدة قانونية من خلال عدة طرق مختلفة.

الخاتمـــــــة

إن أعمال ومهام القاضي الاداري بصفة عامة ، تساعد بشكل فعال في انشاء وتطوير القانون الاداري، ويظهر هذا عندما يقوم القاضي الاداري بتطبيق قواعد القانون الاداري ، فهنا يبحث عن الحلول القانونية لكي يطبقها على المنازعات الادارية المختلفة ، وبما أن القانون الاداري يشوبه بعض النقص والغموض ، كان لزاما على القاضي أن يقوم بالاجتهاد القضائي الذي وضع أساسيات ومبادئ الفصل في مختلف النزاعات .

من خلال دراستنا نجد أن القاضي العادي والاداري ملزمين بإيجاد حلول للنزاعات التي تعرض عليهم ، فهناك حلول يجدها القاضي خارج ما ينشأه هو ، أي يأخذ من مصادر مختلفة ، وتعد أساس تلك القاعدة القانونية ، هذا في حالة وجد نص قانوني ، أما في الحالة العكسية ونظرا الى ان القانون الاداري حديث النشأة وليس مقنن ، يلزم القاضي بأنشاء الحل القانوني المناسب للنزاع ومن هذا ، تتم خلق قواعد قضائية .

وأيضا عند غياب نص قانوني ، يكون القاضي ملزما بالفصل في النزاع والا عد مرتكبا لجريمة انكار العدالة .

وذلك من خلال انشاءه وخلقه للقواعد القانونية الذي يكون هو المصدر الأولي لإنشائها ، فهي بمثابة النصوص التي تكون أساس لتصحيح العمل الإداري ، من خلال هذا نجد أن القاضي الإداري والمشرع كلاهما يضعا قاعدة قانونية ، إلا أن مراحل وضعها تختلف عن اجتهاد القاضي الإداري ويرجع هذا إلى أن القاضي الإداري يلزم بالتقييد عن وجود نص قانوني ،فهنا القاضي الاداري يكون له موقف موحد تجاه هذه القواعد ، ففي مرحلة انشاءها يكون له بمثابة الالتزام بها ، فأحيانا يكون هناك غموض ، هنا يقوم القاضي الاداري بالتفسير اما بالمعنى الضيق أو الواسع .

فالقواعد القضائية التي ينشأها القاضي الإداري لها خصائص نذكر منها أنها مرنة ، فالقاضي الاداري لا يساير فكرة الجمود .

فهاته القواعد القضائية تشكل أساس القانون الاداري، فتبدأ باكتساب صفات معينة لتصبح قاعدة قانونية يتم الالتزام والعمل بها على منازعات متشابهة.

نجد كنتيجة عامة ، أن القاضي لم يعد وسيلة لتطبيق نصوص المشرع فقط ، وأيضا أن النشاط الإداري متطور ومتجدد ، فكان على القاضي خلق قواعد قانونية تناسب ما يحدث من تطور حاصل وكأنه دافع .من خلال دراستنا توصلنا إلى مجموعة من التوصيات،و هي :

- أن على القاضي الاداري ان لا يتقيد بالحدود السياسية والقضائية التي تصادفه ، لا نها تمنعه من أن يبدع وتبقى حاجز لأنها تقيده .
- وجوب توفير متخصصين في القضاء الإداري وذلك لتتم الموازنة بين طرفي الخصومة .
- وجوب أن يتم الإقرار بدور القاضي الإداري لأن ما يقوم به هو دور كبير جدا .
- اعتماد القاضي الإداري على مهامه القضائية أو من خلال الاجتهاد على عدة مصادر مختلفة .
- على القاضي الإداري أن يكون مختصا وباحثا وملما بكل تفاصيل مهامه .
- أما من جانب الإجتهادات القضائية كان على المشرع أن يوسع في مجال اجتهاد القاضي الإداري، بإعطائه تسهيلات أو ضمانات تساعده في ذلك .
- نشر السوابق القضائية وذلك لتسهيل الإطلاع عليها من طرف كل من يهمه الأمر ، وذلك من أجل تنظيم دور القاضي الإداري.
- المساهمة من أجل نشر مفهوم التخصص في ميدان القضاء وذلك من أجل تطوير القضاء الإداري.
- انشاء لجان متخصصة تكون مهمتها تصحيح أخطاء القضاة .

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1- أحمد مدحت علي، الظروف الاستثنائية، الهيئة العامة للكتاب، سنة 1978.

2- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 1984.

3- أحمد مليحي، أعمال القضاة (الأعمال القضائية، الأعمال الولائية، الأعمال الإدارية)، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، (مصر)، الطبعة الثانية، سنة 1993.

4- إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، سنة 1999.

5- مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، سنة2001.

6- همام محمد محمود، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف للنشر مصر، سنة 2001.

7- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية للنشر، مصر، سنة 2004.

8- عمار عوابدي، قضاة التفسير في القانون الإداري، دار هومة للنشر، سنة 2004.

9- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الجسور للنشر والتوزيع،طبعة الثالثة ، سنة 2007.

10- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر (دراسة وصفية تحليلية مقارنة) طبعت معدلة طبقا لقانون إجراءات مدنية وإدارية 2008، الطبعة الثانية، سنة2008 م.

11- عايدة شامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الجديد، اليمن، سنة2008.

12- إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، الاردن، سنة 2008.

13- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الاولى، سنة 2008.

14- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، الجزائر، جسور، سنة 2009.

15- مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية الإثبات عدم المشروعية القرار المطعون به) دراسة مقارنة،الطبعة الاولى، دار الثقافة ، عمان، سنة 2011.

16- مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدد مشروعية القرار المطعون به دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011.

17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الإثبات إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية.

ثانيا: المذكرات

1- أحمد حميودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية و على الوظيفة القضائية الدفعة الرابعة عشر 2003، 2006.

2- كرباطو عز الدين، سلطات القاضي الإداري في عملية التفسيرِ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 15، سنة 2005/2004.

3- ريمة منال دحماني، الإثبات في المنازعات الإدارية (مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء) المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010/2007 .

4- غنيمي نور الهدى، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بسكرة، الموسم الجامعي 2013/2012 .

5- مراد بدران، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية، ألقيت على طلبة الماجيستر تخصص قانون إداري معمق، دفعة 2013، 2014، غير منشورة.

6- إبتسام فاطمة الزهراء شقاق، دور القاضي الإداري في إنشاء قاعدة قانونية، السنة الجامعية 2015-2016.

7- الدكتور قصير علي، الأستاذة بونعاس نادية، تفعيل دور القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

ثالثا: المجلات

1- الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2000.

2- عزري الزين، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثاني، نوفمبر 2005.

3- عبد الجليل مفتاح ومصطفى بوحوش، دور القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية وتطبيقها، مجلة الاجتهاد القضائي، بسكرة، عدد 02، 2005.

4- رمضان غناي، تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، سنة 2012.

5- مجلة مجلس الدولة، العدد 01، طبعة، سنة 2002.

6- مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2009.

7- الدكتور عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي.

رابعا: القوانين

1- المرسوم رقم 88/63 المؤرخ في 18 مارس 1963، يتضمن قانون الأملاك الشاغرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 22 مارس 1963.

2- القانون 75-58 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن للقانون المدني ، الجريدة الرسمية، عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

3- القانون رقم 11/84 المؤرخ لـ 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 .

4- القانون العضوي 02/98 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 هـ الموافق لـ 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 37.

5- القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق لـ 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

6- المرسوم التنفيذي 05-303 المؤرخ في 15 رجب 1426 الموافق لـ 20 أوت 2005، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء وسيرها وكذا نظام دراستها وحقوق والواجبات، الجريدة الرسمية رقم 58.

7- القانون 08-09، المؤرخ ف 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية رقم 21 لسنة 2008.

8- التعديل الدستوري 01/16،المؤرخ في 26جمادى الاولى عام 1437 ، الموافق 06مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري .

خامسا: الملاحق

1- قرار غير منشور تحت رقم 016889، بتاريخ 07 جوان 2005، قضية بين ب.ع ضد وزير العدل بمجلس الدولة.

2- مجلس الدولة رقم 005240 قرار بتاريخ 2002/10/28، مجلة مجلس الدول عدد 2002/02، (ملحق 09).

3- مجلس الدولة ملف رقم 172994، قرار بتاريخ 1998/07/27 ، مجلة الدولة عدد 2002/01 (ملحق 08).

4- قرار مجلس الدولة الصادر في 1999/04/19، الغرف الأولى، فهرس رقم 270، في قضية " طن ك" ضد بلدية أولاد فايت، قرار غير منشور أشار إليه لحسين بن الشيخ اث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق.

الفهـــرس

الفهرس:

العنـــــــــــــــــوان	الصفحة
الشكر	
مقدمة	02
الفصل الأول: فصل القاضي الإداري في النزاعات القضائية	
المبحث الأول: مهام القاضي الإداري حسب وظيفته القضائية	**09**
المطلب الأول: الوظيفة القضائية	09
الفرع الأول: تعريف الوظيفة القضائية	09
الفرع الثاني: التفسير القضائي	10
المطلب الثاني: حدود الوظيفة القضائية	22
الفرع الأول: القيود الواردة على اختصاص القاضي الإداري	22
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على مخالفة القاضي الالتزام المفروض عليه	25
المبحث الثاني: مهام القاضي الإداري عن طريق الاجتهاد	**27**
المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي	27
الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي	27
الفرع الثاني: مبررات الاجتهاد القضائي الإداري	28
الفرع الثالث: طرق ووسائل تكوين قاعدة قانونية عن طريق الاجتهاد القضائي	31

المطلب الثاني: حدود وظيفة الاجتهاد القضائي	33
الفرع الأول: العوامل المعيقة لبروز اجتهاد القضاء الإداري	33
الفرع الثاني: القيود الواردة على تراجع الاجتهاد القضائي	35
خلاصة الفصل	39
الفصل الثاني: أثر إلتزام القاضي الإداري بالحلول القانونية	
المبحث الأول: المصادر الأساسية للحلول القانونية	**42**
المطلب الأول: مفهوم المبادئ العامة للقانون	42
الفرع الأول: تعريف المبادئ العامة للقانون	42
الفرع الثاني: نطاق تطبيق المبادئ العامة للقانون	43
الفرع الثالث: الرتبة القانونية للمبادئ العامة للقانون	44
الفرع الرابع: دور القاضي الإداري في تحديد المبادئ العامة	45
المطلب الثاني: التسبيب القضائي للأحكام	49
الفرع الأول: تعريف تسبيب الأحكام	49
الفرع الثاني: الأساس القانوني لتسبيب الأحكام	50
الفرع الثالث: الحكمة من تسبيب الأحكام	50
المبحث الثاني: المصادر التكميلية للحلول القانونية	**54**
المطلب الأول: القرار المبدئي	54

الفرع الأول: مراحل وضع قاعدة قضائية	55
الفرع الثاني: خلق القاضي لقواعد قانونية إدارية	57
المطلب الثاني: القرائن القضائية	60
الفرع الأول: تعريف وأصناف القرينة القضائية	60
الفرع الثاني: خصائص وحجية القرائن القضائية	63
الفرع الثالث: كيفية استنتاج القاضي للقرائن القضائية	65
الفرع الثالث: تطبيقات القرائن القضائية في الاجتهاد القضائي الإداري	67
خلاصة الفصل	71
الخاتمة	73
قائمة المراجع	76
الفهرس	81