دور القـاضي الإداري في صناعة القواعد القانونيـة

The role of the administrative judge in the establishment of legal rules

محمد أمين زيان، طالب باحث في الدكتوراه،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،
جامعة يحي فارس المدية، الجزائر.
أستاذ مؤقت، كليـة الحقـوق والعلوم السياسية،
جامعة علي لونيسي البليدة 02، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/11- تاريخ المراجعة: 2017/12/01.

ملخص:

لا تقتصر وظيفة القاضي الإداري على مجرد تطبيق النصوص القانونية أو تفسير الغموض الذي يكتنفها، وإنما يمتد هذا الدور إلى ابتداع الحلول وخلق النظريات، بحكم أن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي، وإنما على الأغلب هو قضاء تكويني، إنشائي خلاق للقواعد القانونية، في سبيل الفصل في القضايا المطروحة عليه وتوسيع بوتقة مصادر المشروعية، وفق مراحل معينة، خلافا للقاضي العدلي، تحاشيا لإنكار العدالة.

مرد منح هذه السلطة للقاضي الإداري، هو الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري، لاسيما في ظل المنشأ القضائي لقواعده، الأمر أدى للاختلاف حول الطبيعة القانونية للقاعدة القانونية القضائية ومقارنتها بالتشريع، غير أن صنع القواعد القضائية، لا تكون بطريقة عشوائية، وإنما بإتباع أحكام و ضوابط معينة، حتى لا تمس الحقوق والحريات، وأمثلة القواعد القضائية عديدة ومتنوعة: كالعيوب اللاحقة بالقرار الإداري، نظام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ والمخاطر، قرينة التظلم الإداري المسبق على القرارات القضائية، نظرية العلم اليقيني والغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة العامة.

الكلمات الدالة:

القانون الإداري، القضاء الإداري، المنازعة الإدارية، القرار القضائي المبدئي، الاجتهاد القضائي، المشروعية الإدارية والحريات.

Abstract:

The role of the administrative judge is not limited to the application of legal texts or the interpretation of the ambiguity that surrounds them. His role extends to the creation of solutions and theories, since administrative judiciary is not merely applied but rather creative. In order to resolve cases and expand the potency of legal sources and avoid the denial of justice, the administrative judiciary, as opposed to the judge, has to devise legal rules, following specific steps.

The power to grant this authority to the administrative judge is due to the special nature of the Administrative Law, particularly in regards to the judicial origin of its rules. This has led to a debate over the legal nature of the judicial legal basis and its comparison with legislation. However, the establishment of judicial rules is not arbitrary. It is based on specific rules and parameters, in order to preserve the rights and freedoms. As example of judicial rules are numerous and varied, such as the defects related to administrative ruling, the administrative liability system on the basis of error and risk, the presumption of pre-administrative grievance on judicial decisions, the theory of fine science and the threatening fine in the law in facing public administration.

Keywords:

Administrative Law, Administrative Judiciary, Administrative Dispute, Preliminary Judicial Decision Judgments, Administrative Legitimacy and Freedoms.

مقدمة:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لا يمكننا الحديث عن القانون الإداري واستقلاليته، ونظام الازدواجية القضائية ككل دون الحديث عن القضاء الإداري، الذي زرع نواته منذ إثبات عجز قواعد القانون المدني وعدم مواكبتها للتطبيق على الروابط القانونية والمنازعات الناشئة بين الأفراد والجهات الإدارية، في وقائع قضية البنت التي تدعى: " إيجينز بلانكو " وما يليها من قرارت، والفضل يعود في ذلك لمجلس الدولة الفرنسي، بعد مخاض عسير، في ظل سيطرة الإمبراطور ، في الفصل في القضايا الناشئة آنذاك.

إن أهمية القضاء الإداري لا تقف عند المساهمة في نشأة القانون الإداري ، بل يتجاوز ذلك إلى تطوير قواعده و سد النقص الذي يشوبه و يسفر الغموض الذي يكتنفه ، مخالفا بذلك أصول العمل القضائي التقليدي الممثل في الوظيفة القضائية ، التي تقتصر على إفراغ النصوص التشريعية ، ونقلها من حيز السكون إلى حيز الحركة ، فأصبح القاضي الإداري يمارس إضافة لوظيفته التقليدية وظيفة الابتكار و الابتداع ، و خلق الحلول بفعل النقص المسيطر على النصوص المتفرقة للقانون الإداري ، التي لم تغطي كل موضوعاته ، انطلاقا من أن المشرع في المواد الإدارية ، يقتصر عمله على سن القواعد العامة ، ويترك للقاضي الإداري سلطة تفسيرها ، وخلق الحلول للمشاكل التي تصادف إعمالها في المنازعات الإدارية ، الأمر الذي يزيد من فضولنا للوقوف عن حقيقة دور القضاء في مادة المنازعات الإدارية.

فإلى أي مدى يساهم القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية المتعلقة بالمادة الإدارية؟. أو بصيغة أخرى: أي دور للقاضي الإداري في مادة المنازعات الإدارية ; تطبيق أم ابتكار القاعدة القانونية ؟.

هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الورقة البحثية بتقسيمها إلى مبحثين، نخصص الأول للإطار المفاهيمي لاجتهاد القاضي الإداري، في حين نخصص الثاني لأحكام الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية ، برهنة لأسبقية نشأة القضاء الإداري على ابتداع القانون الإداري، وذلك على النحو التالي.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لاجتهاد القاضي الإداري

وظيفة القضاء منذ ظهور مفهوم الدولة و السلطة،هي الفصل في المنازعات المعروضة عليه، وفي سبيل تحقيق ذلك قد يواجه عمله فرضيتين ، تكمن الفرضية الأولى في وجود نص قانوني صادر عن السلطة المختصة يتكيف مع طبيعة النزاع ، و حينها يستوجب على القاضي عموما إسقاط النصوص على الوقائع و تطبيقها تحليلا و استنباطا ، وذلك في حالة ما إذا كانت النصوص واضحة ، أما في حالة غموضها ، فيستوجب الأمر على القاضي – وبالأخص في المنازعات الإدارية – تفسيرها أولا ثم تطبيقها على النزاع ثانيا، الأمر الذي نستطيع من خلاله القول أن القاضي طبق القانون على المنازعة المعروضة عليه، تحاشيا لإنكار العدالة [1].

أما الفرضية الثانية، فتكمن في غياب نص يطبق على النزاع، ويتحقق هذا الفرض بكثرة في المنازعات الإدارية ، فهنا يستوجب على القاضي الإداري البحث عن القاعدة القانونية في مسائل مشابهة أو تشريعات أخرى مماثلة ، ويستفيد من الحلول المطبقة لتماثلها في سبيل حل القضية المطروحة، وفي حال عدم وجود نصوص مشابهة – لاسيما في ظل قواعد التقنين المدني بما ينسجم مع طبيعة المنازعات الإدارية – فما عليه إلا ابتكار وإنشاء القاعدة القانونية تحاشيا لإنكار العدالة ، بما يجعل من القضاء الإداري قضاء مبدعا تكوينيا خلاقا للنظريات والقواعد القانونية، في سبيل توسيع بوتقة مصادر المشروعية[2]، وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث لمفهوم الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بحيث نعالج تعريف الاجتهاد القضائي الإداري (المطلب الأول)، أسباب وطبيعة الاجتهاد القضائي (المطلب الثاني)، مراحل صنع القاعدة القانونية القضائية (المطلب الثالث)، وكمطلب رابع عرض صور ونماذج لقواعد قضائية اجتهادية بمعرفة القضاء الإداري، وهو ما سنحاول التطرق إليه بنوع من الاختصار على النحو التالي:

[1] أشارت إليه: ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة ماجستير، فرع القانون المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2015-2016 ، ص 13 و ما بعدها.

[2] مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، مبادئ القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 44 ، 45.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية

إن الاجتهاد القضائي مصطلح مركب من نعت ومنعوت، فا" الاجتهاد" هو المنعوت أي الموصوف و " القضائي " هو النعت و" الإداري " منعوت ثان، وعليه نستطيع تعريف " الاجتهاد القضائي الإداري" بتقسيم هذه العبارة إلى ثلاثة أجزاء، وذلك على النحو التالي:

مصطلح "الاجتهاد" من حيث اللغة هو: "بذل الجهد واستفراغ الوسع" أي "بذل الطاقة في الوصول إلى المراد" ، وهذا المصطلح لا يطلق إلا على عمل فيه مشقة، وعليه يكون المجتهد هو: "كل من كان أهلا للاجتهاد واستنباط الأحكام من مصادرها "[1].

معنى الاجتهاد فقها مختلف فيه من حيث المبنى، متفق عليه من المعنى ، وعلى العموم نعني به : "استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية" ، أما التعريف التشريعي فيغيب تماما عن الساحة، نظرا لكونه لا يدخل في صميم عمل المشرع[2]، بل اكتفى هذا الأخير بوضع المادة الافتتاحية من التقنين المدني الجزائري، التي ألزمت القاضي — سواء كان عدليا أو إداريا – بالفصل في المنازعة وفق النص التشريعي، وإذا لم يجد، فبمبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [3].

أما من حيث التعريف القضائي، فنلاحظ غياب تعريف حرفي للاجتهاد، لكن لكل دارس قانون اكتشاف مجال تطبيقه في العلوم القانونية في عدة قرارات قضائية [4].

مصطلح القضاء في اللغة هو: "الحكم" و"القاضي" هو "الفاصل في الأمور" إذ يقال: "استقضى فلان فلانا، أي جعله قاضيا بين الناس، والقضايا هي الأحكام " أما من حيث الفقه، فيعرفه " عاطف البنا": " للقضاء عدة معاني ، ولا نقصد بالقضاء كمصدر للقانون، المعنى العضوي الذي ينصرف إلى أعضاء الهيئات القضائية، وإنما المقصود هو القضاء بمدلولاته الموضوعية، التي تنصرف من ناحية إلى الحكم في نزاع معين معروض على القاضي، وينصرف من ناحية أخرى إلى اطراد الأحكام و استقرارها "[5].

أما بالنسبة لمصطلح "الإداري"، فنظرا لكونه صادر عن جهات التقاضي الإدارية، في نقاط لم تعالجها النصوص القانونية، تحل مشاكل وقضايا مطروحة على المحاكم في قرارات قضائية، يطلق عليها بتسمية " الأحكام الأساسية أو الأحكام ذات المبادئ ".[6]

وعند جمع المصطلحات المذكورة أعلاه، نستطيع تعريف" الاجتهاد القضائي الإداري" على أنه: "مساهمة القضاء أو إضافات القضاء الإداري ونتاج مشقته ووسعه في تفسير القانون وسد النقص الذي يكتنفه، أو تكملة القواعد أو تفسيرها تحقيقا لوحدة المنظومة القانونية، بقرارات منشئة لا مفسرة تعتبر مصدرا للقانون الإداري " [7].

المطلب الثاني: أسباب وطبيعة الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية

يمكن رد أسباب بروز الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في عدم فعالية دور التشريع في مجال المنازعات الإدارية، أي يرجع بصفة عامة للطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري، خاصة في ظل منشأها القضائي ومرجعيتها التاريخية، وهذا هو محل الخصوصية في هذا

---

[1] مصطفى، بخوش، أ .عبد الجليل مفتاح، دور القاضي الإداري : وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 01 نوفمبر 2006، ص 116.

[2] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف ، المرجع السابق ، ص 30.

[3] المادة 2/01 من الأمر 75-78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل عدة تعديلات، لاسيما بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

[4] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 31 – 32.

[5] نقل حرفي عن المرجع نفسه، ص 33.

[6]. مصطفى بخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 116.

[7] أشار إليه: إبراهيم بن حليمة، تطور مصادر القانون الإداري وأثره على حركة التشريع اتساعا وانحصارا، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 01 نوفمبر 2006، ص 162.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون، لأن القضاء نشأ أولا، ثم نشأ بعد ذلك القانون، على العموم يكمن أول سبب للاجتهاد القضاء الإداري في نقص التشريع، بدليل أن المشرع نفسه يعترف بهذا النقص كما تطرقنا لذلك في المادة الافتتاحية من التقنين المدني الجزائري، ويزيد من هذا النقص، عدم تقنين قواعد هذا القانون ، بالرغم من وجود تشريعات إدارية كثيرة متفرقة، وسرعة تطور أحكامه، بالتركيز على الاعتبارات العملية المرتبطة بحسن مباشرة الإدارة العامة لوظائفها، أكثر منه الاعتبارات القانونية، دون أن ننسى غلبة الروح الإدارية في نفسية القاضي، التي تدفع به إلى الاجتهاد، فظروف المنازعات الإدارية تلزم القاضي لا أن يكون قاضيا فقط وإنما قاضيا وإداريا في نفس الوقت [1].

يرى بعض الفقه أن السبب الرئيسي والفعال لبروز الاجتهاد في المواد الإدارية، هو عدم المساواة بين أطراف المنازعة الإدارية، أي بين الإدارة العامة ذات السيطرة والقوة والغلبة بما لها من امتيازات، والأفراد العاديين البسطاء، الأمر الذي يحتم على القاضي التدخل في المنازعة بشكل إيجابي، كشكل للتنقيب والبحث، أي أن القضاء الإداري يتولى عبء تسيير إجراءات الخصومة، يأمر بالتحقيق، يفحص الوثائق، ويقدر وسائل الإثبات، ثم يفصل في الدعوى، في حين أن المدعي لا يكلف نفسه بكل ذلك، على عكس القاضي المدني العدلي، الذي لا يسمح له القانون أن يحل محل الخصوم في تقديم وسائل الإثبات و التعليق عليها، بحكم أن دور هذا الأخير مجرد حكم بين خصمين في حين أن القاضي الإداري يخرق هذا المبدأ كما سنرى، على نحو نستتبع فيه القول أن: " القانون الإداري هو الابن الشرعي للقضاء[2].

جانب آخر من الفقه – ونحن نعارضهم في ذلك – ينكر تماما دور القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية، ويبررون رأيهم بأن القاضي عندما لا يجد حلا للنزاع في النص التشريعي أو العرف، يكون ملزما بتطبيق المبادئ العامة للقانون " روح القانون "، مما يدل على عدم وجود أي دور ابتكاري للقاضي الإداري، لأن هذا الأخير يستمد الحلول من روح القانون الموجودة مسبقا قبل طرح النزاع عليه، بل دور هذا الأخير، لا يعدو أن يكون سوى دور كاشف لأحكام و مبادئ راسخة في وجدان القواعد القانونية، لكن في رأي مخالف يرى البعض الآخر، أن المبادئ العامة لا تصفو مصاف القاعدة القانونية، لكونها لا تعدو أن تكون مجرد توجيهات عامة وجد مجردة وغير منضبطة [3]، ونحن نؤيد هذا الرأي انطلاقا من كون إنكار وظيفة الابتداع لدى القاضي الإداري تؤدي لجمود القانون الإداري وسكونه.

على العموم يمتاز الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية " الدور الإبداعي للقاضي الإداري " بعدة خصوصيات قد لا نجدها في القوانين الخاصة، أهمها الواقعية ومراعاة ظروف النزاع، لأجل حل معادلة المصالح المتعارضة لأطراف الخصومة الإدارية، على نحو نستطيع فيه القول أن القضاء لصيق بالحياة العملية والظروف الواقعية، يعيش و يتعايش معها، ويطبق أحكامه عليها مجارات لتطورها، لا يكاد يميل عنها حتى يعود إليها من جديد، والأهم من كل هذا أن أساس الاجتهاد، متعلق بالنظام السياسي والقانوني للدولة، وكذا مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، أما الأخطر فيه هو تجاوز القاضي الإداري لدوره كحكم في النزاع، لحد أن صناعة القاعدة القانونية، يكاد أن يتحول فيه القاضي من مركزه قاضيا إلى مشرعا، ويضاف لكل هذا الارتباط الشديد الذي لا يقبل التجزئة بين القانون الإداري والقضاء الإداري[4].

الآن لنا أن نعود لمسألة طبيعة القواعد القضائية، فهل تعتبر هذه الأخيرة في جوهرها قواعد تشريعية ؟ وهل يمكن فعلا أن يتحول فيها القاضي من دوره كحكم في النزاع إلى مشرع يسن القواعد القانونية ؟.

---

[1] مصطفي بخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 119.

[2] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 36 ، 37.

[3] الموقع الإلكتروني: WWW.IASJ.NET تاريخ الدخول: 27-10-2017 على الساعة 10:03.

[4] نقل حرفي عن: مصطفى بخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 117، 118.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يحاول " الدكتور/ عادل السعيد أبو الخير " الإجابة عن هذا السؤال بقوله :" ...مع التسليم بالصفة الإنشائية لسلطة القاضي الإداري في اختيار المبادئ القانونية العامة، إلا أن هذه السلطة ذات طبيعة خاصة لم تعرف من قبل، لأنها ليست من الضيق بحيث تقتصر على مجرد التطبيق، كما أنها ليست من القوة والاتساع بحيث تبلغ مبلغ التشريع " [1].

يعني هذا الأمر أن القاضي الإداري حسبه، لا يمارس دوره الإنشائي بمنئى عن الحدود القانونية والضوابط الشرعية، كما أن ابتداع التشريع لا ينصرف إلى إنشاء قاعدة قانونية جديدة، فهو لا يعدو أن يكون مجرد استخلاص لقواعد ومبادئ ونظريات وأفكار سائدة، على عكس سلطة التشريع القائمة على أساس ابتكار نظريات وأفكار جديدة غير معروفة من قبل، وعلى العموم، تعتبر سلطة إنشاء القواعد القضائية سلطة خطيرة قد تهدد النظام القضائي نفسه، وتهدد مسألة الحقوق، على نحو قد لا تتضمنها أشد القوانين استبدادا، بحكم أنه إذا كان من الميسر الكشف عن الأخطاء الواردة في الأحكام القضائية التي تعتبر عنوان للحقيقة، التي ترد في الأحكام القضائية، فإن تعسف القاضي في استعمال سلطة الإبداع والابتكار لديه تبقى أمرا غامضا وصعبا للكشف عليه، ولا يمكن حتى التنبؤ به[2].

المطلب الثالث: مراحل صنع القواعـد القضائية ومعيـــقاتها

إذا لم يجد القاضي الإداري نصا قانونيا يطبق على المنازعة الإدارية المعروضة عليه، يكون مجبرا على الاجتهاد ، تفاديا لارتكاب جريمة إنكار العدالة، وهذا الكلام لا يعني بالضرورة أن ينصب القاضي نفسه مشرعا، للاختلاف الشديد بين القاعدة القانونية والقاعدة القضائية كما رأينا أعلاه، وإنما لا يعدو أن يكون مجرد " **قرار مبدئي**"، وهذا القرار يجب أن ينوي التمسك به القاضي مستقبلا لحل القضايا المشابهة، بل وأن هذا القرار المبدئي ليس مقصورا على مجلس الدولة فقط، فبإمكان حتى قاضي المحكمة الإدارية اتخاذ هذا القرار، مع احترام الشرط نفسه، في ظل انعدامه لا يمكن الكلام عن " القاعدة القضائية " [3].

عموما تمر عملية وضع القرار المبدئي " القاعدة القضائية " بثلاث مراحل أساسية، المرحلة الأولى تسمى بـ" مرحلة الاكتشاف المزدوج"، وسميت بهذه التسمية، لأن القاضي الإداري يكتشف فيها أمرين، الأمر الأول هو اكتشاف أن الواقعة المعروضة عليه لم يضبطها نص قانوني من قبل، بعد بحث طويل وعناء شديد يتطلب الخبرة الميدانية وطول نفس، والأمر الثاني هو اكتشاف الحل الذي يراه القاضي لازما لتكملة القصور أو الفراغ القانوني الموجود بمناسبة عرض تلك الوقائع، بحكم استحالة المشرع الإحاطة الشاملة بالمشاكل أو المنازعات الإدارية التي سوف تقع مستقبلا، نظرا لمرونة وتطور المجال الإداري ككل [4].

يثبت التاريخ القضائي الإداري بروز هذا الدور لدى القاضي في عدة مناسبات، كاستبعاد أعمال السيادة من إعمال فكرة الرقابة القضائية، ففي هذا الفرض اكتشف القاضي الإداري خطورة التصدي لهذه الفئة من الأعمال خاصة في ظل البواكير الأولى لنشأة القانون والقضاء الإداريين، ثم اكتشف ثانيا وخرج بقرار مبدئي وهو استبعاد نطاق هذه الأعمال من هذه الرقابة، مثلها مثل فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، التي اكتشف فيها القاضي عجز عمل التشريع في معالجة المسألة، واهتدى لفكرة ابتكار قواعد قضائية وقرارات مبدئية اجتهادية لحل النزاع، كما هو الحال في المسؤولية الإدارية في دعوى رجوع الدولة على الموظف في ارتكاب الخطأ المرفقي، أين اكتشف

[1] عادل السعيد أبو الخير، اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، نوفمبر 206، ص 36.

[2] المرجع نفسه، ص 37.

[3] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها.

[4] الزين عزري، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 01 نوفمبر 2006، ص 109.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القاضي الإداري عدم عدالة تهريب الموظف من تحمل نتائج المسؤولية الإدارية عن الأضرار التي سببها للغير، وإلقاء هذا العبء على الدولة، واهتدى لابتداع فكرة حق رجوع الدولة على الموظف في حالة ارتكاب خطأ شخصي[1].

المرحلة الثانية هي " مرحلة التجريب"، فإذا كانت مرحلة الاكتشاف عمل داخلي يبطنه القاضي في نفسه، فإنه في هذه المرحلة الثانية، يخرج القاضي ما ينوي فعله للعلن، وهي المرحلة القوية في صناعة القاعدة القضائية، ولو أن ما توصل إليه القاضي في هذه المرحلة يصطلح عليه بـ " الحل القضائي " لا "القاعدة "، لأن هذه الأخيرة لم تصل لمرحلة الإدماج بعد، إذ يظهر العمل السري للقاضي في هذا النسق عن طريق ما يحرره القاضي من مقالات وكتابات علمية، للتعريف بهذا الحل القضائي، حتى يتسنى للفقهاء مناقشته وتوجيه سهام النقد إليه، كما فعل ذلك مجلس الدولة الفرنسي في مجال ابتكار قاعدة المسؤولية عن القوانين في قضية " شركة لا فلوريت" [2].

آخر مرحلة لصناعة القاعدة القضائية هي "مرحلة الإدماج"، وتأتي بعد تلقي ردود أفعال ومواقف الفقهاء المختصين الذين علموا بظهور القاعدة الجديدة التي اكتشفها القاضي وأعلن عنها، وهي المرحلة الحاسمة والفعالة التي تساهم في توسيع بوتقة مصادر المشروعية الإدارية، يتم فيها إضافة الحل القانوني للنظام القانوني القائم، بفعل الإدماج ضمن أحكام متعددة و بمرور الزمن يتحول " الحل القضائي " إلى " قاعدة قضائية " بمرور الزمن و التكرار ويترسخ في وجدان القانون الإداري كنظرية الظروف الطارئة وغيرها [3].

قد تعترض عملية الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية عدة عوائق، أهمها: اتساع وظائف مجلس الدولة كقاضي أول و آخر درجة، وقاضي استئناف وقاضي نقض، لذلك يقترح الفقه تخفيف الضغط على مجلس الدولة على الأقل فيما يخص الاستئناف، وذلك إلى محكمة استئناف إدارية مخصصة لهذا الغرض، وإلا استصعب الأمر على مجلس الدولة في الاجتهاد، والسبب الآخر لعرقلة الاجتهاد القضائي في الجزائر هو تقليص صلاحيات المحاكم الإدارية، وذلك بمنح صلاحية الفصل في المنازعات الإدارية التي يكون أحد أطرافها الهيئات المركزية في الدولة إلى المحاكم الإدارية، بحكم عدم خلق أي ضرر لها حسب رأينا الشخصي، وفوق كل هذا تزيد أعمال السيادة من الحد من دور القاضي الإداري في الاجتهاد، نظرا لقصوره في مواجهة قوة هذه الأعمال، حتى و إن برزت اجتهادات قضائية في فرنسا تمنح القاضي سلطة مواجهتها [4].

المطلب الرابع : صور القواعد القانونية القضائية

القواعد القضائية الإدارية المطبقة على المنازعات الإدارية شئنا أم أبينا هي كثيرة ومتنوعة، حتى و إن منع مبدأ الفصل بين السلطات من تسمية هذه الطائفة من الأعمال بـ " التشريعية "، بما يبرهن عن مدى فعالية الاجتهاد القضائي في تطوير أحكام القانون الإداري، ومن نماذج القواعد القانونية القضائية: العيوب اللاحقة بالقرار الإداري، نظام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ وعلى أساس المخاطر، قرينة التظلم الإداري ضد القرارات القضائية، قرينة إساءة استعمال السلطة، أبرز هذه القواعد نذكر: نظرية العلم اليقيني ونظرية الغرامة التهديدية، طبعا لا يسعنا المقال لشرحها كلها، لكن سنكتفي بشرح القاعدتين الأخيرتين فقط[5].

بالنسبة لنظرية العلم اليقيني، فهي أبرز نظريات القضاء الإداري، حتى وإن هجرها مجلس الدولة الفرنسي اليوم، إلا في بعض الحالات الخاصة، مثل مجال الطعون غير المنشورة التي يبدي فيها الطاعنون علمهم بها، أما بالنسبة للغرامة التهديدية، فإن كانت قرارات مجلس الدولة لم تستقر على رأي واحد بخصوصها، ولا يوجد قرار موحد للغرف المجتمعة حولها، فإن اجتهاد الغرفة الإدارية للمحكمة العليا

[1] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 110.

[2] أشار إليه: الزين عزري، المرجع السابق، ص 109.

[3] المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 59 ، 62 ، 63.

[5] رمزي حوحو، مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 01 نوفمبر 2006، ص 291، 293، 294.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كان يجيز النطق بها في مواجهة الإدارة، باعتبار أن مجلس الدولة هي الجهة المقومة لأعمال جهات التقاضي الإدارية " المحاكم الإدارية "، وهو المسئول عن توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد[1].

المبحث الثاني

أحكام الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية

سنحاول في سبيل شرح مضمون هذا المبحث التطرق إلى الجهات المؤهلة للاجتهاد القضائي، مصادر سلطة القاضي في صناعة القواعد القانونية القضائية، حجية الاجتهاد القضائي الإداري، ثم في الأخير تأثير قواعد الاجتهاد القضائي على الحقوق والحريات، وذلك في المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: الجهات المؤهلة للاجتهاد القضائي في القانون الجزائري

جاء مجلس الدولة الجزائري لتكريس الازدواجية القضائية، وفكرة الازدواجية هذه تتطلب وجود قضاة متخصصين، فضلا عن الاستقلالية بين القضاء العدلي والقضاء الإداري، وأحكام المادة الثانية من القانون العضوي المنظم لمجلس الدولة 98-02 وصفت هذا الأخير، بأنه الجهة المقومة لأعمال جهات التقاضي الإدارية وتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، علما أن هذه المادة تم اشتقاقها من المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، التي تطرقت لاختصاص الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا، يصدر هذا المجلس ثلاثة أنواع من القرارات ، النوع الأول يسمى بـ " القرارت الابتكارية الإبداعية " وهي تلك القرارت التي تصنع قواعد قانونية جديدة " قواعد قضائية " لم تنص عليها القوانين المكتوبة، في سبيل حل النزاع المعروض على القاضي الإداري، ويوجد " القرارات التفسيرية " وهي تلك تفسر قواعد قانونية موجودة اكتنفها الغموض والإبهام واختلفت حول طبيعتها الجهات القضائية، أما النوع الثالث فهو " القرارات التأكيدية " التي من خلال اسمها يتضح أنها تؤكد ما جاء في النصوص القانونية وتضمن احترام القانون[2].

وبما أن مجلس الدولة هو الجهة المكلفة قانونا بتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، بدون أدنى شك يفهم من ذلك أنه يحق للمحاكم الإدارية كذلك الاجتهاد، باعتبارها محاكم الولاية العامة في مادة المنازعات الإدارية وفق النظام اللاتيني، وإلا ما الداعي لوصف مجلس الدولة بالجهة المكلفة بتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد[3].

المطلب الثاني: مصادر سلطة القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية القضائية

في اللغة يقال: مصدر الشيء أي أصله ومنبعه، وعليه مصادر الاجتهاد القضائي هي المادة التي تدخل في تكوين قواعد هذا الاجتهاد " القواعد القضائية "، فالقاضي الإداري وإن كنا نعترف له بالدور الإبداعي الخلاق لقواعد القانون الإداري وتطويرها، إلا أن هذا الإنشاء لا يكون من العدم، نظرا لخطورة هذه الوظيفة، ولا يقل أهمية التنبيه أن سلطة ابتداع و إنشاء القواعد القضائية تقتصر إما على: تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق عن طريق اقتباس القواعد من مبادئ القانون الخاص " المدني"، وقد تتعدى هذه السلطة لأكثر من ذلك، إلى اختراع، أو بالمعني القانوني تكوين قاعدة جديدة لا نظير لها في روابط القانون الخاص، لذلك نستطيع رد مصادر سلطة القاضي الإداري في الابتداع إلى مصدرين، مصدر وضعي من القواعد القانونية السائدة، ومصدر مبادئ القانون "روح القانون" [4].

---

[1] هنية أحميد، دور مجلس الدولة في إرساء مبادئ الاجتهاد القضائي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، سبتمبر 2016 ، ص 221 – 224.

[2] رمزي حوحو، المرجع السابق، ص 291.

[3] مصطفى بوخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 120.

[4] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 40.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالنسبة لمصدر القانون الوضعي، قد يكون الاتفاقيات الدولية، المواثيق، إعلانات الحقوق، الدساتير، قواعد القانون الخاص، ومن أمثلة ما قرره مجلس الدولة وفق سلطته الابتكارية من هذا المصدر الوضعي، حرية التنقل، حرية التجارة والصناعة، المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة أمام المرافق العامة إلى غيرها [1].

أما بالنسبة لجوهر القانون " روح القانون " المتمثل في المبادئ العامة فهي: " تلك المبادئ غير المدونة التي مصدرها القضاء، الذي قام باكتشافها وإبرازها في أحكامه، والتي تعتبر مخالفتها مخالفة لمبدأ الشرعية، خلافا للمبادئ القانونية الوضعية المكتوبة التي تتضمنها الدساتير والقوانين بمختلف أصنافها " [2].

عن القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون، فالرأي الفقهي الغالب بشأنها، يرى أنها تحوز قيمة أدنى من التشريع العادي، ولا تستطيع أن تخالف القواعد المكتوبة تعديلا أو إلغاء [3]، ويرى رأي مخالف ومنهم " الدكتور/ صعب ناجي عبود " أنها تحتل مركز التشريع العادي وتقع أدنى من الدستور في المرتبة، يستطيع المشرع أن يعدلها أو يلغيها، مثلها مثل القوانين المكتوبة [4]، وفي هذا نحن نؤيده.

يمكن رد المبادئ العامة للقانون – على غير المبادئ القانونية العامة نظرا للاختلاف الشديد بينهما – لفئات أربعة، طائفة فلسفة الحقوق أي إعلان الحقوق لسنة 1789 المتضمن مبدأ الفصل بين السلطات، احترام العقائد والأديان، الحريات الفردية، مبدأ المساواة بين المواطنين، والطائفة الثانية، فهي مجموعة المبادئ التي يستخلصها القاضي من قواعد القانون الخاص، والإجراءات المدنية وفقه المرافعات، على أن يسقطها القاضي الإداري وفق طبيعة المنازعات الإدارية، ويذكر منها الفقه: حجية الشيء المقضي فيه، عدم رجعية القواعد والأحكام، أم الطائفة الثالثة، فهي مجموعة المبادئ التي يستخلصها مجلس الدولة من طبيعة الأشياء أي من المفترض أن يكون و نذكر منها: استثناءات مبدأ الشرعية في الحالات الاستثنائية، مبدأ استمرار و ديمومة المرافق العامة، والفئة الرابعة من المبادئ هي ما يمثل عدلا في صورته المثلى، بصورة مستقلة دون أن تستخلص من إعلان الحقوق أو من قواعد القانون المدني، بل هي قائمة بصفة مستقلة، مثل هدف الإدارة في تحقيق الصالح العام[5].

المطلب الثالث: حجية القواعد القانونية القضائية وفق الهرم المعياري

بإنشاء القاضي الإداري لقاعدة قانونية " قضائية "، يكون بذلك قد خالف مقتضيات وظيفته المرتبطة بمبدأ الفصل بين السلطات، ففي حال عدم وجود نص قانوني يحكم المنازعة، يتصدى القاضي الإداري لموضوع النزاع بقاعدة قانونية من صنعته، ويكون لهذه القاعدة قوة إلزامية أمام المحاكم، التي لا يجوز لها أن تخالفها أو تشذ عنها في المنازعات التي سوف تعرض عليها مستقبلا كمبدأ عام، غير أن هذه القوة ليست مطلقة، بل تبقى نسبية، لا تصل – حسب الفقه – مصاف القواعد التشريعية، فالقاضي الإداري يستطيع مخالفة القاعدة التي ابتكرها في منازعات لاحقة إذا اكتشف أنها غير ملائمة لحل النزاع، في حين يكون ملزما بحرفية القاعدة التي ابتكرها على المشابهة والمتطابقة في العلة، فالمعيار إذن هو الملائمة والتطابق في القضايا، فالقاعدة القضائية على العموم هي عملية مشابهة للقاعدة القانونية، لكن ليست قاعدة قانونية من حيث الجوهر، مع استبعاد الحكم " الحل الفردي " الذي لا ينوي القاضي التمسك به مستقبلا، وفوق كل هذا القرار المبدئي " القاعدة القضائية " تكون مقترنة بجزاء، يقع على كل من الأفراد و الإدارة احترامها، هذا إن لم نقل أن مخالفة القواعد القضائية المبتكرة عقوبتها تكون أشد من عقوبة القواعد القانونية المكتوبة [6].

---

[1] المرجع نفسه، ص 41.

[2] نقلا حرفيا عن: إبراهيم بن حليمة، المرجع السابق، ص 163.

[3] المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4] الموقع الإلكتروني: WWW.IASJ.NET تاريخ الدخول: 30-10-2017 على الساعة 14:20.

[5] عادل السعيد أبو الخير، المرجع السابق، ص 34، 35.، 39 .

[6] المرجع نفسه، ص 40.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والسؤال الذي يستدعي الطرح: هل القرار المبدئي الصادر من الدرجة الأولى يكون ملزما لقاضي الدرجة الثانية ؟.

القاعدة القضائية المبتكرة تكون ملزمة فقط للقضاة من نفس الدرجة، مع ترك هامش من الحرية للقضاة أحيانا في تعديله قليلا أو مخالفته وفق وقائع وظروف كل قضية على حدى، أما إذا صدر القرار المبدئي عن مجلس الدولة، فنميز هنا بين حالة ما إذا صدر عن غرفة واحدة أو غرف مجتمعة، ففي حال صدوره من غرفة واحدة، فيجوز مخالفته وتعديله، أما في حال صدوره من غرف مجتمعة، فإنه يحوز قوة كاملة في مواجهة الجميع، وحينها قد يطلق مصطلح: " أن مجلس الدولة تراجع عن الاجتهاد القضائي " للدلالة على إلغاءه لاجتهاد المحاكم الإدارية في إطار التوحيد[1] .

السؤال الآخر الذي يستدعي الطرح: ما مرتبة القرار المبدئي " القاعدة القانونية القضائية " في الهرم المعياري القانوني ؟.

بغض النظر عن الاختلاف الفقهي، نحن نؤيد مباشرة كونه في مرتبة واحدة مع القانون العادي " التشريع"، حتى وإن كان ليس تشريعا من حيث الجوهر، يخضع في تعديله و إلغائه لقاعدة توازي الأشكال.

المطلب الرابع: تأثير الاجتهاد القضائي على الحقوق و الحريات

تسيطر في مادة المنازعات الإدارية علاقة غير متكافئة بين الإدارة والشخص المتنازع معها، بحكم ما للإدارة من امتيازات وسلطات في مواجهة الغير تحقيقا للمصلحة العامة، لذلك على القاضي الإداري- حسب بعض الفقه – التركيز على حماية الفرد أكثر، على نحو يحترم فيه القاضي حرية الفرد أحيانا على حساب هدف حسن سير الإدارة العامة، طبعا دون إضرار بالمصلحة العامة وفق إعمال سلطته التقديرية، ومراعاة جسامة الأضرار اللاحقة بالطرفين، ويرى الدكتور/ " عادل السعيد أبو الخير" أن: "هذا التغليب للحرية على حسن سير الإدارة العامة منتقد، ويوجه بدوه سهام النقد للمعارضين بالتدليل على أن حماية الحقوق والحريات لا تعني حماية المصالح الخاصة للمنازع للإدارة، وإنما هي مصلحة عامة، كما أنه في ظل انعدام النص التشريعي، على القاضي الرجوع للأصل العام وهو: " الأصل في الأشياء و الأفعال الإباحة " ويطرح لنا بعض القيود على سلطات الاجتهاد مراعاتها، خاصة عند الاجتهاد في مسائل الحقوق والحريات المتعلقة بالضبط الإداري[2].

تدليلا على ما سبق ذكره يطرح لنا القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر مثالا عن دور الاجتهاد القضائي في مواجهة الإدارة العامة بمناسبة تقييدها للحرية تحت غطاء حماية النظام العام، أهمها تقرير عدم مشروعية الحضر المطلق للحرية، التي أبرز فيها القضاء الإداري أن سلطات الإدارة في الحد من حرية الأشخاص، لا يمكن في الأحوال العادية أن يصل إلى الحضر المطلق للنشاط أو الحرية، وفق ما قضاه مجلس الدولة الفرنسي، بخصوص رفض طعن المحكمة الإدارية لباريس، الذي ألغى القرار الصادر من المحافظ الذي يستوجب منع شركة التنس من القيام بتوزيع بعض الصحف والمجلات أثناء تنظيم ألعاب التنس العالمية بفرنسا تحت ستار حماية النظام العام، هذا القرار الذي لم يؤيده مجلس الدولة الفرنسي لتعارضه مع مبدأ حضر مصادرة الأنشطة والحريات الفردية، وذلك بتاريخ 22 جوان 1984 [3].

في سابقة قضائية فرنسية أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، أكد مجلس الدولة الفرنسي على التناسب العكسي بين إجراءات الضبطية الإدارية وأهمية الحقوق والحريات بأنواعها، على نحو استقر فيه الأمر على تقلص سلطات الضبط، كلما كانت الحرية محل هذه الإجراءات ضرورية للفرد كحرمة حياته الخاصة، التي من أهم ما ينجر عنها حرية استعمال المسكن تحت طائلة عدم المساس بأغراض الضبط الإداري: "وهي النظام العام، الصحة العامة، والسكينة العامة "، كما قضى مجلس الدولة بخصوص الإجراءات الضبطية التي تتضمن عقوبة بوجوب احترام الحق الدستوري وهو حق الدفاع، بما يقع واجبا على السلطات الإدارية إبلاغ المخاطبين بالقرارات الإدارية قبل صدورها، حتى تتسنى لهم فرصة الدفاع عن أنفسهم، وهو ما تجسد من خلال ما قضى به مجلس الدولة في إلغاء حكم المحكمة الإدارية

[1] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 115 ، 119.

[2] للتوسع في الموضوع راجع: عادل السعيد أبو الخير، المرجع السابق، ص 40 – 45.

[3] C. E.22 guin 1984 prefet de police pari ; societe le mond du tennis ; rec ; p. 245.41 نقلا عن المرجع نفه ، ص

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالقرار الصادر في 09 مايو 1980 لمدينة بوردو الفرنسية، الذي تضمن توقيع عقوبة على إحدى الشركات المنتجة للكحول ذات الصفة والمصلحة في الطعن عن سحب الترخيص الممنوح لها لإنتاج بعض الأنواع من الكحول، الأمر الذي أدى بمجلس الدولة لإلغاء حكم المحكمة الإدارية المؤيد لقرار وزير الزراعة، ومرد هذا النقض هو هضم حق الدفاع الذي أغفله وزير الزراعة والمحكمة الإدارية لمدينة " بوردو " الفرنسية في حكمها [1].

خاتمة:

لقد ساهم القضاء الإداري ولا يزال يساهم على نحو فعال في تطوير أحكام القانون الإداري، على اعتبار أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي تكويني خلاق للنظريات والقواعد والمبادئ في سبيل توسيع بوتقة مصادر المشروعية، خلافا للقاضي العدلي الذي يكتفي بالتطبيق الحرفي للنصوص، ويكون أكثر عرضة لارتكاب جريمة إنكار العدالة، بالرغم من الضعف الملحوظ في المجال الذي تعاني منه جهات التقاضي الإدارية في الجزائر، باعتبارها لم تبلغ بعد الحد المطلوب من الاجتهاد، مقارنة بمعدل التميز الذي فاق من عمل مجلس الدولة الفرنسي المبدع في التحليل والتأصيل القضائي، اجتهاد القضاء الإداري الجزائري الذي يعد على الأصابع.

على العموم نخلص إلى؛ أن المتكلمون عن النشأة القضائية لقواعد القانون الإداري يتناولون هذه المسألة بطريقة يعتقد فيها الكثير منهم؛ أن القانون الإداري توقف تاريخا عن التطور عند حد نشأته، لكن حقيقة الأمر غير ذلك، بحكم ما يساهم به مجلس الدولة الفرنسي ونظيره الجزائري – نوعا ما – في تطوير أحكام القانون وابتداع الحلول والمبادئ والنظريات بالرغم من وجود العوائق السابقة الذكر، غير أننا ارتأينا في سبيل تطوير حركة الاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر أن نقترح ما يلي:

أولا: نقترح تخفيف العبء على مجلس الدولة الجزائري وعدم إقحامه في مسائل الاستئناف، وبالمقابل نقل هذه الصلاحية لمحاكم إدارية مخصصة لهذا الغرض، حتى يتفرغ مجلس الدولة للاجتهاد والابتكار القضائي، بحكم عناصر الخبرة والحنكة التي تسيره، ومن هذا القبيل كذلك نقترح تحويل منازعات الهيئات المركزية إلى اختصاص المحاكم الإدارية ولا ضرر من ذلك.

ثانيا: ندعو قضاة ومستشاري مجلس الدولة الجزائري إلى الاقتداء بمجلس الدولة الفرنسي في مجال الاجتهاد والإبداع في سبيل تحقيق فعالية أكبر لقواعد القانون الإداري وتطويرها.

[1] C .E 9 mai 1980 , société des établissement , cruse , A . J. D. A ? 1980 , p 482 .45 نقلا عن المرجع نفسه، ص

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com