

عن مبدأ خضوع القاضي للقانون:

"عامل مقيد لتطوير الاجتهاد القضائي: حالة القضاء الإداري الجزائري نموذجاً"



الدكتور / لخضر رابحي
الأستاذة / نجا عيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الأغواط



مقدمة:

تحتاج دولة القانون في بنائها واكتمالها إلى أدوات أساسية تشكل عناصر تكوين هاته الأخيرة، والتي تتلخص أساساً في: وجود دستور يسمو على كافة القوانين باحتلاله الصدارة في مرتبة القواعد القانونية، يتضمن تحديد نظام الحكم في الدولة ويعترف بحقوق الأفراد وحررياتهم. إن عناصر التكوين هاته قد تغدو عديمة الأثر ما لم تحط بضمانات هامة وكفيلة بإرساء معالم دولة القانون والتي يشكل القضاء فيها متطلباً أساسياً بل وجوهرياً في استكمال صرح بنائها ومنفذاً آمناً في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من كل ما يحدق بهم من اعتداءات. وتدعيماً لمكانة القاضي وتعزيز دوره في مجال حماية الحقوق والحرريات فقد أحاطه المؤسس الدستوري الجزائري باستقلالية مدسّرة تؤهله لأداء هذا الدور الأساسي على النحو الذي يضمن احترام القانون في الدولة حيث تم دسترة مبدأ الفصل بين السلطات في ديباجة الدستور الجزائري حسب آخر تعديل له والتي جاء نصها كالآتي: " يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده"، وهو الأمر ذاته الذي تجسد في نص المادة 15 من ذات الدستور وبالفعل جاءت المادة 166 مترجمة لهاته الاستقلالية بكفالة حماية القاضي من كل أشكال الضغوطات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه.

إن منح القاضي مهمة كهاته سوف تجعله من دون أدنى شك يجتهد ويمضي قدماً نحو إرساء أحكام يسود فيها تحقق قواعد العدالة الاجتماعية وكفالة الحقوق والحرريات وحمايتها وإلا أعتبر منكراً للعدالة. هذه المهمة تبناها الدستور الجزائري في مضمون المادة 171 منه والتي أكدت على أن المحكمة العليا ومجلس الدولة يمثلان الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية والضامنة لتوحيد الاجتهاد القضائي، إلا أن هاته المادة سرعان ما تصطدم بنص المادة 165 من ذات الدستور والتي تلزم القاضي بضرورة الخضوع عدم إلا للقانون، الأمر الذي يجعل القاضي في حيرة بين ضرورة خضوعه للقانون وبين تطوير الاجتهاد القضائي.

فهل سيسمح مبدأ خضوع القاضي للقانون في تطوير دوره في مجال الاجتهاد القضائي؟
للإجابة عن هاته الإشكالية نقترح الخطة التالية :

المبحث الأول: مسار مبدأ خضوع القاضي للقانون عبر دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة "مسار دستوري":

المطلب الأول: ثبات دستوري للمبدأ عبر الدساتير.

المطلب الثاني: تطور دور القضاء عبر دساتير الجمهورية الجزائرية: التحول من الوظيفة إلى السلطة "تناقض صارخ مع ثبات المبدأ".

المبحث الثاني: القضاء كمصدر للقانون الإداري "مصدر أصيل":

المطلب الأول: مكانة الاجتهاد القضائي في هرم القانون الإداري "مكانة هامة".

المطلب الثاني: تقييد القاضي بعدم الخضوع إلا للقانون "عامل مؤثر في إضعاف الاجتهاد القضائي"

المبحث الأول

مسار مبدأ خضوع القاضي للقانون عبر دساتير الجمهورية المتعاقبة "مسار دستوري"

اعتنق المؤسس الدستوري الجزائري مبدأ خضوع القاضي للقانون عبر مختلف دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة، الأمر الذي يعكس نيته وتوجهه نحو ثبات هذا المبدأ في الدستور (المطلب الأول) إلا أنه ورغم التطور الحامل بخصوص مكانة القضاء في الجزائر عبر ذات الدساتير بتحويله من الوظيفة إلى السلطة بداية من دستور 1989 لم تتم مسايرة هذا التغير الهام بسبب استمرارية تبني مبدأ خضوع القاضي للقانون، الأمر الذي يشكل عقبة تحد من التوجه الجديد لدور القضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ثبات دستوري للمبدأ عبر الدساتير

استقر المؤسس الدستوري الجزائري عبر مختلف مراحل المتعاقبة على تبني مبدأ خضوع القاضي للقانون بدء من أول دستور صادر عن الجمهورية الجزائرية وهو دستور 1963 حيث تأكد هذا المبدأ في نص المادة 62 منه والتي جاء نصها كالآتي: «لا يخضع القضاة في ممارستهم لوظائفهم إلا للقانون ومصالح الثورة الاشتراكية»⁽¹⁾.

وذهب دستور 1976 إلى اعتناق ذات المبدأ في نص المادة 172 منه والتي أكدت على ما يلي: «لا يخضع القاضي إلا للقانون»⁽²⁾، بعدها صدر دستور 1989 مواصلا تكريس المبدأ في نص المادة 138 منه⁽³⁾ والتي جاءت مطابقة تماما لنص المادة 172 من دستور 1976 بتأكيد مرة أخرى على ضرورة عدم خضوع القاضي إلا للقانون، وأخيرا جاء دستور 1996 متأثرا بسابقه ومؤكدا على استمرارية إلزام عدم إخضاع القاضي إلا للقانون في نص المادة 147 منه بنصها على ما يلي: «لا يخضع القاضي إلا للقانون»⁽⁴⁾، والتي أصبحت تقابلها المادة 165 حسب آخر تعديل دستوري لسنة 2016⁽⁵⁾.

إن وجود هذه المادة عبر مختلف دساتير الجمهورية المتعاقبة يؤكد دون محالة على ثبات واستقرار معالجة المؤسس الدستوري لمبدأ خضوع القاضي للقانون، ويعبر عن توجهه نحو عدم تغيير موقفه بشأنها،

مما يجعلها تحظى بثبات دستوري هام، حيث لم يطالها أيّ تغيير يذكر عبر الدساتير المتعاقبة رغم تطوّر القضاء وتحول دوره من مجرد وظيفة إلى سلطة.

علّق الأستاذ " رشيد خلوفي" في مقال له في هذا الشأن: " أنّ هذه المادة تتضمّن من جهة أحكاما غير قابلة للصدأ، ومن جهة أخرى فإنّها لم يطرأ عليها أيّ مظهر من مظاهر الشّيخوخة، رغم تغيّر مسارها الدستوري والهدف الذي وضعت من أجله خلال المرحلتين الدستوريتين التي مرّت بها الجزائر" (6). وعليه يبدو جلياً أنّ ثبات واستقرار مادة كهاته في أحكام الدستور لا يواكب التحوّل الهام الذي شهده القضاء عبر مختلف الدساتير المتعاقبة، الأمر الذي يشكل تناقضاً صارخاً بين ثبات المبدأ وتطوّر دور القضاء، وهو ما ستم معالجته في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

تطوّر دور القضاء عبر الدساتير "التحول من الوظيفة إلى السلطة: تناقض صارخ مع المبدأ"

لقد كان لتحوّل النظام الدستوري الذي شهدته الجزائر بالغ الأثر في تطوّر وظيفة القضاء، هذا الأخير الذي شهد مرحلتين مختلفتين اضطرت بموجبهما الجزائر إلى مراجعة ثوابتها والشروع في مرحلة جديدة تجلّت في التخلي عن وصف القضاء بالوظيفة وإقراره كسلطة بدء من دستور 1989 وما تلاه من دساتير متعاقبة، استمرت في الماضيّ قدما نحو مواصلة سلسلة الإصلاحات التي شهدتها القضاء بتبني نظام الازدواجية في دستور 1996، فبعدما كان القضاء يتصف بالأحادية جاء هذا الدستور ليميّز بين جهات القضاء العدلي والقضاء الإداري، وعليه سنقف عند تأملات مقتضبة في مختلف مراحل الدساتير في الجزائر لنبيّن المسار الذي شهدته القضاء.

أولاً: دستور 1963

تبنى هذا الدستور وحدة السلطة متأثراً بالنهج الاشتراكي وتركيزها في يد الحزب الواحد، حزب الطليعة، حزب جبهة التحرير الوطني المتمتع بالشرعية المستمدة من سيادة الشعب (7)، وعليه فإنّ الجهاز الوحيد الذي نعت بالسلطة في هذا الدستور تمثل أساساً في السلطة التنفيذية (8). أمّا عن السلطة القضائية فقد جاءت تحت عنوان العدالة وأخذت نصيبها في الدستور بمعدّل ثلاث مواد فقط (9)، عبّرت عن إطار هشّ ومهمّش للقضاء في تلك المرحلة، بل وأكثر من ذلك ذهبت المادة 62 من الدستور إلى التنصيب على ما يلي: «لا يخضع القاضي إلّا للقانون ولمصالح الثورة الاشتراكية» (10).

ثانياً: دستور 1976

واصل دستور 1979 تمسّكه بوحدة السلطة (11)، وتأثره بالنهج الاشتراكي مرّة ثانية، إلّا أنّه اختلف عن سابقه في تكييفه صراحة للقضاء كوظيفة بعد أن كان قد نصّ عليه تحت عنوان العدالة. تضمّن الباب الثاني من هذا الدستور موضوع السلطة وتنظيمها في ست وظائف تمثلت في الوظيفة السياسية (12)، والوظيفة التنفيذية (13)، الوظيفة التشريعية (14)، الوظيفة القضائية، ووظيفة المراقبة (15)، وأخيراً الوظيفة التأسيسية (16).

نظم هذا الدستور الوظيفة القضائية في المواد من 164 إلى 182 منه، أي بمعدل 19 مادة تعالج موضوع القضاء في الجزائر، حيث تضمنت دور القضاء في الحفاظ على حقوق الأفراد وحرياتهم، كما تضمنت أهم المبادئ والمرتكزات التي يقوم عليها القضاء المتمثلة أساسا في مبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ الشرعية ومبدأ شخصية العقوبات الجزائية وضرورة تعليل الأحكام وحماية المتقاضي من كل أشكال التعسف أو الانحراف، كما تضمنت إحاطة القاضي بجملة من الضمانات الهامة من خلال حمايته من كل أشكال الضغوطات والتدخلات والمناورات التي قد تضرّ بأداء مهمته أو تمسّ احترام نزاهته وجعله مسؤولا فقط أمام المجلس الأعلى للقضاء في كيفية قيامه بمهمته⁽¹⁷⁾.

إلا أنه ورغم إحاطة هذا الدستور بالضمانات السابق ذكرها، فقد أصبحت عديمة الأثر في ظل تأكيد هذا الدستور مرة أخرى في نصي المادتين 172 و 173 منه على التوالي على عدم خضوع القاضي إلا للقانون⁽¹⁸⁾ ومساهمته في الدفاع عن الثورة الاشتراكية وحمايتها⁽¹⁹⁾.

ثالثا: دستور 1989: " بداية التحول الهام "

بعد ما أكد دستوري 1963 و 1976 على جعل القضاء مجرد وظيفة متخصصة في حماية مكاسب الثورة الاشتراكية وجعل القضاء غير مستقل، بل وتابع تبعية مطلقة للسلطة التنفيذية، اتجه دستور 1989 إلى تحويل مسار القضاء في الجزائر من الوظيفة إلى السلطة بتكريسه لتعدد السلطات. يعتبر دستور 1989 أول دستور أسس لتعدد السلطات بالدولة، حين نظم السلطة القضائية في المواد 129 إلى 148 منه.

جاءت المادة 129 منه مؤكدة ولأول مرة على استقلالية السلطة القضائية بنصها على الآتي: «السلطة القضائية مستقلة».

وعليه شهد هذا الدستور بداية الإعلان عن الترقية الدستورية للقضاء في الجزائر بتحول دوره من الوظيفة إلى السلطة، إذ كان له بالغ الأثر في المساهمة في إرساء استقلالية القضاء وترقيته من مجرد الوظيفة إلى السلطة والانتقال من وحدة السلطة إلى سلطة مستقلة.

رابعا: دستور 1996

يعتبر دستور 1996 منعرجا حاسما في النظام القضائي الجزائري، أين تولى المؤسس الدستوري على نظام الوحدة متبنيا بذلك نظام الإزدواجية بتأسيسه للقضاء الإداري إلى جانب القضاء العدلي، وكذا تأسيس محكمة التنازع كجهاز فاصل في تنازع الاختصاص بين الجهازين⁽²⁰⁾.

وعليه كرّس هذا الدستور قضاء إداريا لم يكن معهودا من ذي قبل منفصلا عن القضاء العدلي بالتنصيص على تأسيس مجلس الدولة على رأس هرم القضاء الإداري وتأسيس محكمة التنازع⁽²¹⁾.

جاء الباب الثاني من دستور 1996 متضمنا لتنظيم السلطات مقسما إلى ثلاث فصول تناولت بالترتيب، السلطة التنفيذية فالسلطة التشريعية وأخيرا السلطة القضائية في المواد من 138 إلى 158 منه.

أكد هذا الدستور مرة أخرى على الدور الأساسي القاضي في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم⁽²²⁾، وقيام القضاء على مبادئ الشرعية والمساواة⁽²³⁾، وحماية المتقاضي من كل أشكال التعسف والانحرا ف⁽²⁴⁾، كما

تضمن حماية القاضي من كلّ أشكال الضغوطات والتدخلات والمناورات التي قد تضرّ بأداء مهمّته أو تمسّ نزاهة حكمه⁽²⁵⁾.

إلا أن ما يمكن ملاحظته في هذا السياق هو التراجع النسبي لاستقلالية السّلطة القضائية في نص المادة 138 من دستور 1996 والتي تضمّنت شطرين متناقضين، أحدهما يؤكد على إستقلالية السّلطة القضائية وثانيهما يفرغ هاته الاستقلالية عن محتواها بتنصيبه على ممارسة هذه السّلطة في إطار القانون⁽²⁶⁾، بعكس دستور 1989 الذي تضمّنت المادة 129 منه شطرا واحدا فقط، نصّ على إستقلالية السّلطة القضائية، بل وأكثر من ذلك أضاف آخر تعديل دستوري لسنة 2016 فقرة جديدة لم تكن معهودة من قبل في نص هاته المادة التي أصبحت 156 بعد التعديل والتي أضافت ما يلي: «رئيس الجمهورية ضامن إستقلالية السّلطة القضائية»⁽²⁷⁾، الأمر الذي يجعل إستقلالية القضاء في تراجع كبير⁽²⁸⁾.

نلخص في الأخير في هذا المبحث إلى القول أنّ التحوّل الهام الذي شهده القضاء في الجزائر من الوظيفة إلى السّلطة لم يأت مسيرا للثبات الدستوري لمبدأ عدم الخضوع القاضي إلا للقانون، الأمر الذي يشكّل نوعا من التناقض الصارخ بين التوجه الجديد لدور القضاء الذي أصبح يشكل سلطة وبين الزامية عدم خضوع القاضي إلا للقانون.

المبحث الثاني

القضاء كمصدر للقانون الإداري "مصدراً أصيل"

إذا كان دور القاضي العادي ينحصر على العموم في الفصل في النزاع المعروض عليه من خلال مطابقته لإدعاءات أطراف النزاع مع أحكام القواعد القانونية ذات الصلة، فإن دور القاضي الإداري -وعلى خلال ذلك- يتعدى هذا الدور، إذ يصادف في كثير من الأحيان أن لا قاعدة مكتوبة في المادة الإدارية تحكم وتنظم الحالة المعروضة عليه أين يقع عليه لزاما مهمة تشكيل قاعدة قانونية تفصل في الدعوى المعروضة أمامه، حيث لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يمتنع عن الفصل في النزاع، وإلا عد منكرا للعدالة، وعليه يشكل القضاء مصدرا أساسيا وهاما في تكوين المادة الإدارية (المطلب الأول) إلا أن هذا الدور المنشئ للقاعدة القانونية التي تحكم النزاع الإداري من طرف القاضي سرعان ما يصطدم بضرورة تقييده بالالتزام الدستوري فرضته عليه المادة 165 من الدستور وغيرها مما سيأتي عنه الكلام من مواد شكلت دون محالة عامل إضعاف وتقييد لاجتهاد القاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مكانة الاجتهاد القضائي في هدم القانون الإداري: "مكانة هامة"

سبق وأن أشرنا أن هناك اختلاف جذري بين القاضي العادي الذي يعتبر حارسا وحاميا ومطبقا للقاعدة القانونية وبين القاضي الإداري الذي يعتبر منشئا ومقرا لها، أين يمتلك حرية إبتداع الحلول المناسبة لفض النزاع المعروض أمامه.

هذا الدور الإنشائي للقاضي الإداري بخصوص المادة الإدارية مردده خصوصية وطبيعة قواعد القانون الإداري في حد ذاتها، فهو قانون حديث النشأة، غير مقنن، مرن ومتطور كونه يحكم الإدارة العمومية، هذه الأخيرة التي تتأثر أيما تأثر بمختلف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والفكرية والتكنولوجيا الحاصلة⁽²⁹⁾.

فلسرعة تطوره ضعف تقنيته كونه قانونا لا يعرف للاستقرار محلا ، أما الخصوصية الثانية وهي الجوهريّة تتمثل أساسا في نشأة القانون الإداري في حد ذاته الذي ولد من رحم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في قرار "بلانكو" الشهير 08 فيفري 1873 الذي اكتمل بموجبه بناء القضاء الإداري⁽³⁰⁾. كلها عوامل جعلت من القضاء مصدر أساسيا وجوهريا في تكوين القاعدة القانونية في المادة الإدارية. يلعب القضاء دورا إنشائيا في مجال القانون الإداري، ومن ثم فلا غرابة في أن يكون مصدرا أساسيا ورئيسيا في تكوين قواعد القانون الإداري، إن هذا الدور سيسمح بفتح المجال واسعا أمام القاضي الإداري ليجتهد ويبتدع حلول المسائل المعروضة أمامه بإنشائه وخلقه لقواعد قانونية تحكم المادة الإدارية. ومن هنا تقع عليه مهمة ثقيلة تتمثل في الاجتهاد والبحث عن حلول مناسبة لما هو معروض أمامه، أين يكشف عن مبادئ هامة يستنبطها ويقرها في أحكامه المختلفة والتي تكون لها قوة إلزامية، وبذلك يشكل حكم القاضي في هذه الحالة اجتهادا هاما يحظى بمكانة أساسية تشكل مصدرا أصيلا في تكوين القاعدة القانونية الإدارية.

يظهر هنا جليا الدور الإبداعي للقاضي الذي يتعدى مسألة تطبيق النصوص القانونية وتفسيرها، ليصل إلى تكملتها في حالة نقصها، بل وخلقها وابتكارها باستخلاص الحلول المناسبة لها⁽³¹⁾. خص المؤسس الدستوري الجزائري الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بمكانة مرموقة جعلته يحظى بدسترة قوية ومعززة أعلن ميلادها القانوني بداية من دستور 28 نوفمبر 1996، الذي اعترف ولأول مرة بوجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العدلي متحولا بذلك من الأحادية القضائية إلى ازدواجية القضاء⁽³²⁾. تجلت هذه الازدواجية في تأسيس مجلس الدولة كهيئة قضائية دستورية عليا مهمتها تقويم أعمال جهات القضاء الإداري وتوحيد الاجتهاد القضائي والسهل على احترام القانون بالموازاة للمحكمة العليا قمة القضاء العادي ومحكمة التنازع على أنقاض نظام وحدة القضاء السابق⁽³³⁾.

حددت المادة 152 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 171 بعد تعديلها بموجب القانون 01-16 المؤرخ في: 06 مارس 2016 في فقرتها الثانية دور مجلس الدولة "المولود الجديد" في مجال الاجتهاد القضائي بالتنصيص على ما يلي: «يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وترجمة لهذه المادة صدر القانون العضوي 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998⁽³⁴⁾ المتضمن رسم الإطار القانوني لمجلس الدولة محددا لاختصاصاته وتنظيمه وعمله»⁽³⁵⁾، أكدت المادة 02 منه على ما يلي، «مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الإداري

في البلاد ويسهر على احترام القانون... يتمتع مجلس الدولة حين ممارسة اختصاصاته القضائية بالاستقلالية»⁽³⁶⁾.

وهكذا يبدو جليا أن المؤسس الدستوري اتجه نحو التكريس الدستوري للاجتهاد القضائي الإداري. إن وجود اجتهاد قضائي إداري يعد في حقيقة الأمر تعبير عن استقلالية النظام القضائي الإداري كما يعتبر عاملا جوهريا في إظهار سيادته⁽³⁷⁾.

هذه الاستقلالية⁽³⁸⁾ دعمها دستور الجمهورية الجزائرية في آخر تعديل دستوري له صادر بتاريخ 06 مارس 2016، وأعلن عنها بداية من ديباجته التي تضمنت الآتي: «يكفل الدستور الفصل بين السلطات وإستقلال العدالة والحماية القانونية.....»، وكذا نص المادة 15 منه والتي أكدت على ما يلي: «تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية»⁽³⁹⁾ وذهبت المادة 156 من ذات الدستور إلى ما يلي: «السلطة القضائية مستقلة.....»، أما المادة 166 فقد كرست الآتي: «القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهتمه، أو تمس نزاهة حكمه»⁽⁴⁰⁾.

المطلب الثاني

تقييد القاضي بعدم خضوعه إلا للقانون: "عامل مؤثر في إضعاف الاجتهاد القضائي الإداري"

سبق وان ذكرنا أن الاجتهاد القضائي يحظى بمكانة أساسية في هرم نصوص القانون الإداري اعتبارا للدور الإبداعي الذي يلعبه القاضي في المادة الإدارية والذي يتعدى مسألة تطبيق القانون والنطق بالحكم ليصل إلى إنشاء القاعدة القانونية وإقرارها، فتراه لا يتردد البتة في ملئ النقائص وخلق القواعد واستنباط الحلول حتى وان سكت أو أغفل المشرع ذلك.

إن هذا الدور المتعظم الذي يلعبه القاضي الإداري في مجال خلقه وابتكاره لقواعد القانون الإداري لا بد وان تحتاج إلى ضمانات كفيلة بتحرير القاضي من كل ما يتعرض لطريقة ويضيق خناقة في مجال الاجتهاد الإداري.

وإذا كنا سبق وأن أشرنا إلى هاته الضمانات في المطلب السابق والمحددة أساسا في استقلالية القضاء والفصل بين السلطات وغيرها مما تم معالجته فإنه وللأسف نجد أن هذا الدور الإبداعي للقاضي سرعان ما يصطدم بالتزام دستوري لخصته المادة 165 من الدستور المتضمنة عدم خضوع القاضي إلا للقانون ومواد أخرى تضمنتها أحكام الدستور ذاته، وعليه يبدو جليا أن ما منح للقاضي الإداري من دور أساسي في ابتكار وخلق قواعد المادة الإدارية سرعان ما أسقطته ذات الأحكام التي منحت هذا الدور، الأمر الذي يشكل عاملا لإضعاف وتقييد الاجتهاد الإداري.

إنه وبالعودة إلى أحكام المادة 165 من الدستور نجدها تنص على الآتي: «لا يخضع القاضي إلا للقانون»⁽⁴¹⁾.

إن هذا المبدأ يقف عائقا أمام القاضي الإداري بحيث لا يؤدي إلى ابتكار وخلق اجتهادات قضائية، حيث يصبح القاضي يبحث عن الحلول في النصوص القانونية دون أي اجتهاد⁽⁴²⁾.

إن توظيف المؤسس الدستوري لمصطلح "قانون" "Loi" بمفهومه الضيق كعمل تشريعي استنادا للتوظيف المتكرر لعبارة "قانون" وفق هذا المفهوم جعل كثيرا من القضاة وبعض أساتذة القانون يرون أن هذا الالتزام الدستوري بالخضوع إلا للقانون بمعنى التشريع، يقيد القاضي في عمله بالنص التشريعي فقط، ومن ثم تقييد سلطته في الاجتهاد لإيجاد حل قانوني للمسألة القانونية المعروضة عليه في حالة غياب النص التشريعي أو غموضه⁽⁴³⁾.

علق الأستاذ رشيد خلوفي في مقال له بخصوص المادة 165 من دستور الجمهورية الجزائرية بأن المؤسس الدستوري استعمل صيغة النفي في الفصل المتعلق بالسلطة القضائية فقط في نص المادة 165 ولو أن المؤسس استعمل صياغة معتادة مثل "القاضي يخضع للقانون" لأدى ذلك إلى الغرض المرجو، لكن هذه الصياغة المستعملة تبين أن المؤسس أراد أن يعطي ثقلا قانونيا كافيا ليوضح أن القاضي يخضع كمرحلة أولى للقانون، ولكن كمرحلة ثانية لا يخضع لغير القانون⁽⁴⁴⁾.

يحمل نص المادة 165 دلالة لفظية منقطعة النظير في القوة، بين النهي والاستثناء، حيث استعمل المؤسس الدستوري نص المادة بأداة "لا" الناهية التي تفيد النهي ودعمها بـ "إلا" التي تفيد الحصر وعليه جاءت هذه المادة ناهية وممانعة للقاضي عن تطبيق ما دون القانون وتعدت ذلك فيما بعد في حصره بإيجاد الحل فقط في القانون.

إن استعمال المؤسس الدستوري لصيغة "إلا" قد تفيد للوهلة الأولى وبمفهوم المخالفة أن هناك مصادر أخرى غير القانون يخضع لها القاضي⁽⁴⁵⁾.

ولكن نجد أن هذه المادة حددت وحصرت مصدرا واحدا ألا وهو القانون.

أثار مصطلح "القانون" الذي تضمنه نص هذه المادة إشكالا كبيرا فيما إذا كان المؤسس الدستوري قد اتجه نحو القانون بالمفهوم الواسع أم أنه أراد من ورائه القانون بالمفهوم الضيق.

قدم الأستاذ "رشيد خلوفي" - دائما في نفس المقال - رأيا بخصوص هذا الإشكال قائلا: "بالنسبة لي وبدون التأخر في إعطاء إجابة مباشرة على هذا التساؤل، فإن معنى مصطلح "القانون" وفق مفهوم المؤسس الدستوري الجزائري، لا يمكن إلا أن يؤدي إلى المعنى الضيق نظرا لعدة اعتبارات لخصها في كون المؤسس الدستوري يستعمل عدة مصطلحات لمختلف النصوص القانونية فتراه تارة يستعمل مصطلح القانون في نص المادة 122⁽⁴⁶⁾ وتارة أخرى يستعمل مصطلح النظام الداخلي في نص المادة 124⁽⁴⁷⁾ وتراه مرة أخرى مرة أخرى يستعمل مصطلح قانون عضوي في نص المادة 141⁽⁴⁸⁾ ويذهب في بعض الأحيان إلى مصطلح الإتفاقيات والمعاهدات في نص المادة 149⁽⁴⁹⁾ كما يذهب في أحيان أخرى إلى ذكر مصطلح المراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية في نصي المادتين 91 و99 وأحيانا أخرى ينصرف إلى ذكر الأوامر في نص المادة 142⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾.

كلها مؤشرات ودلائل تعكس توجه المؤسس الدستوري نحو المفهوم الضيق للقانون، الأمر الذي سيصطدم دون محالة والمهمة الدستورية الملقاة على عاتق القاضي الإداري المحددة أساسا في تطوير الاجتهاد القضائي الإداري وتوحيده.

لا تشكل المادة 165 من الدستور لوحدها عاملا مؤثرا في إضعاف الاجتهاد القضائي الإداري وتضييقه، بل هناك عقبات أخرى كرسها دستور الجمهورية الجزائرية حالت دون توفير أرضية خصبة للإبداع والإنشاء.

فإذا كان الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية يحتاج إلى مناخ قانوني ملائم يسمح بالمضي قدما نحو دفع عجلة الاجتهاد وتطويره عن طريق توفير والمحفزات والضمانات اللازمة لتحقيق ذلك، هذه الضمانات سبق وأن أشرنا لها ولخصناها في استقلالية القضاء والفصل بين السلطات وغيرها من الضمانات⁽⁵²⁾. إن هذه الضمانات ورغم تكريسها الدستوري، إلا أنها وبكل أسف ولدت ميتة في الدستور، فإذا كانت المادة 156 من الدستور قد ضمنت استقلالية القضاء بقولها: «السلطة القضائية مستقلة» إلا أن هذه الاستقلالية سرعان ما اندثرت وتلاشت معالمها في الشطر الثاني من ذات المادة الذي قيد ممارسة السلطة القضائية لمهمتها بالقانون، بقولها: «...وتمارس في إطار القانون»، بل والأخطر من ذلك ما ذهبت إليه الفقرة الثانية من نفس المادة دائما والتي جاءت كآلي: رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية فكيف ستأتى استقلالية السلطة القضائية إذا كان رئيس الجمهورية ممثل السلطة التنفيذية ضامنا لاستقلالها؟؟؟!!! .

إن التكريس الدستوري لرئيس الجمهورية ضامن لاستقلال القضاء سيتجه نحو تقوية مركز السلطة التنفيذية وجعلها من دون أدنى شك في مركز أسى من السلطة القضائية، الأمر الذي يجعلها تفلت وبكل تأكيد من رقابة القضاء، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون ضامن استقلال السلطة القضائية خاضع لرقابتها؟!

وإذا كانت ديباجة آخر تعديل دستوري لسنة 2016 ومادته 15 عبرت ولأول مرة في تاريخ دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة عن دسترة قوية بتنصيبها على مبدأ الفصل بين السلطات واستقلال العدالة الاجتماعية، فيبدو أن هذه الدسترة الفتية، الجنينية سرعان ما تتلاشى بحكم المادة 91 من الدستور التي منحت رئيس الجمهورية حق إصدار العفو وتخفيض العقوبات واستبدالها⁽⁵³⁾ وبحكم المادة 92 التي خولته كذلك صلاحية تعيين القضاة⁽⁵⁴⁾ وكذلك بحكم المادة 173 التي أكسبته مهمة رئاسة المجلس الأعلى للقضاة⁽⁵⁵⁾.

لهذه الأسباب يبدو أن ما حظي به الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية من مكانة دستورية هامة عبرت بصدق وبصفة لا تدع مجالا للشك والظنون عن اعتراف دستوري صريح عكس القيمة المعيارية للاجتهاد القضائي، فإن ما حال دون تطويره من عقبات وحواجز حظيت بذات المعالجة الدستورية، الأمر الذي يجعلنا أمام تضارب في الأحكام الدستورية وتباين في المعالجة القانونية. وعليه والحال هذا سينحصر دور القاضي الإداري في تطبيق القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية، وهكذا لا يعتبر الاجتهاد القضائي الإداري مصدرا من مصادر القانون الإداري⁽⁵⁶⁾.

الخاتمة:

يستخلص مما تم عرضه من معطيات قانونية ذات الارتباط بالدراسة أنه إذا كانت غاية العدالة حماية حقوق المواطن وحرياته الأساسية فإن الأمر يستلزم إيجاد مناخ قانوني ملائم لتحقيق هذه الغاية. هذه الغاية المرجوة سوف لن تتأتي إلا من خلال إحاطة القاضي بضمانات تجعله بعيدا عن كل أشكال الضغوطات والمناورات التي قد تعيق مساره أو تشوب نزاهة حكمه.

فإذا كان دور القاضي الإداري – وعلى خلاف القاضي العادي- يتمثل في ابتداء الحلول وخلق القواعد واستنباط الأحكام لأجل إقرار الحقوق وحمايتها فإن تحقيق هذه المهمة يحتاج إلى إحاطته بقدر من الاستقلالية التي تسمح له بالفصل في المنازعة بعيدا عن أي تبعية تذكر.

إن المتبصر في أحكام الدستور الجزائري ومن خلال هذه الدراسة نجده قد خص القاضي الإداري بمهمة صعبة وثقيلة تمثلت في التصدي للمنازعة الإدارية دون إعطائه الضمانات الكافية لذلك.

فرغم اعتراف المؤسس الدستوري بموجب المادة 171 منه بالدور الإبداعي والإنشائي للقاضي في المادة الإدارية وتكريسه لدوره الاجتهادي إلا أنه سرعان ما ضيق مجال رقابته للشرعية في نص المادة 165 من ذات الدستور، هذه الأخيرة التي اتسمت بالثبات والاستقرار إذ لم تعرف للتعديل محلا منذ أول دستور شهدته البلاد رغم تطور دور القضاء في الجزائر وتحوله من الوظيفة إلى السلطة وعليه باتت هذه المادة تشكل عاملا معيقا يحول دون دفع عجلة الاجتهاد وتطويره وتسببت في تهميش الإطار القانوني لاجتهاد القاضي الإداري وكانت أحد مسببات ضعف القيمة المعيارية له.

ورغم تكريس المؤسس الدستوري الجزائري لاستقلالية السلطة القضائية التي ظهرت معالمها منذ دستور 1989 ودعم هذه الاستقلالية في آخر تعديل دستوري لسنة 2016 بالتنصيص على مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ دستوري يضمن استقلال السلطة القضائية ويسمح بتوفير مناخ ملائم لتوحيد الاجتهاد القضائي وتطويره إلا أن هذه المواد سرعان ما تلاشت مضامينها بالتنصيص على ضرورة تقييد ممارسة السلطة القضائية لمهمتها بالقانون، بل وأكثر من ذلك ما ذهب إليه آخر تعديل دستوري بتنصيب رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية الأمر الذي يشكل تعارضا صارخا مع مبدأ الفصل بين السلطات ويسبب عاملا مضعفا ومقيدا لاجتهاد القاضي في المادة الإدارية، الذي سيصبح حتما تحت تأثير التبعية، فكيف ستحمى الحقوق وتضامن الحريات في دستور هدرت فيه الاستقلالية؟.

وعليه يبدو أن هذه الأحكام الدستورية تحتاج إلى إعادة النظر بجعلها تتماشى بما يسمح بتحرير القاضي الإداري من القيود والضغوطات من خلال إعادة النظر في صياغة نص المادة 165 من الدستور وجعل مفهوم "القانون" ينصرف على الأقل إلى المفهوم الواسع وكذا إعادة النظر في نص المادة 156 بعدم رهن استقلالية السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية كأحد ضمانات هذه الاستقلالية.

الهوامش:

(1) دستور 1963 المؤرخ في: 10 سبتمبر 1963، ج 64.

(2) دستور 1976 الصادر بموجب الأمر 97-76 المؤرخ في: 22 نوفمبر 1976، ج 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

(3) دستور 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في: 28 فيفري 1989، ج 9، المؤرخة في 01 مارس 1989.

(4) دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرخ في: 07 ديسمبر 1996، ج 76، المؤرخة في: 08 ديسمبر 1996.

(5) جاء هذا التعديل بموجب القانون 01-16، المؤرخ في: 06 مارس 2016، ج 14، المؤرخة في: 07 مارس 2016.

(6) Khelloufi Rachid, de quelques réflexions sur l'article 165 de la constitution Algérienne de février 2016 et son impact sur l'action du juge statant en matière administrative, article non publié, p 04.

- (7) بوشير محند أمقران، القضاء من الوظيفة إلى السلطة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق العدد 01، 2006، ص 08.
- (8) من المادة 39 إلى المادة 59 وهو ما يؤكد توجه المؤسس الدستوري الجزائري نحو تقوية مكانة السلطة التنفيذية في هاته الفترة.
- (9) وهي المواد 60-61-62 على التوالي.
- (10) دستور 1963 المادة بموجب المؤرخ في: 10 سبتمبر 1963، ج ر رقم: 64 المؤرخ في: 10 سبتمبر 1963.
- (11) وإن لم يعلن المؤسس الدستوري صراحة تمسكه بوحدة السلطة إلا أنّ ذلك يفهم من خلال صياغته للباب الثاني المعنون بالسلطة وتنظيمها، فهذه الأخيرة وردت بصيغة المفرد الأمر الذي يعكس توجه المؤسس الدستوري نحو التمسك بوحدة السلطة.
- (12) من المادة 94 إلى المادة 103.
- (13) من المادة 104 إلى المادة 125.
- (14) من المادة 126 إلى المادة 163.
- (15) من المادة 183 إلى المادة 190.
- (16) من المادة 191 إلى المادة 196.
- (17) أنظر المواد 164 وما يليها من دستور 1976.
- (18) تنص المادة 172 من دستور 1976 على ما يلي: « لا يخضع القاضي إلا للقانون».
- (19) تنص المادة 173 من الدستور 1976 على ما يلي: «يساهم القاضي في الدفاع عن الثورة الاشتراكية وحمايتها».
- (20) سنوساوي سمية، الإجهاد القضائي الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق سعيد حمدين، 2018-2019، ص 79.
- (21) وهو ما تضمنه نص المادة 152 من دستور 1996.
- (22) نص المادة 139 من دستور 1996.
- (23) نص المادة 140 من دستور 1996.
- (24) نص المادة 150 من دستور 1996.
- (25) نص المادة 148 من دستور 1996.
- (26) جاء نص المادة كما يلي: "السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون".
- (27) القانون 10-16 المتضمن التعديل الدستوري المؤرخ في: 06 مارس 2016، ج ر 14 المؤرخة في، 07 مارس 2016.
- (28) أكثر تفصيلا انظر سنوساوي سمية، المرجع السابق، ص 81.
- (29) ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، بدون دار طبع، الطبعة الثانية، 2010، ص 24.
- (30) أكثر تفصيلا حول نشأة القانون الإداري وخصائصه أنظر: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2009، ص 15 وما يليها. وعمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 74 وما يليها. وعلاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 15 وما يليها.
- (31) يقول الأستاذ "أحمد محيو" في هذا الصدد: إذا ألغي القانون المدني بشطب قلم فإنه لن يكون هناك قانون مدني لأن الحلول الاجتهادية ستفقد مستندها، أما إذا ألغيت كل القوانين الإدارية بنفس شطب القلم، فإن الجزء الأساسي في القانون الإداري سيبقى لأن الاجتهاد أستخلص من القواعد الأساسية دون الاستناد على النصوص، أنظر أحمد محيو، المرجع السابق، ص 44.
- (32) يقول الأستاذ "دخينيسة أحمد" في هذا المضمهر أن المؤسس الدستوري الجزائري قد نقل بموجب دستور 28 فيفري 1996 القضاء الجزائري من الوضعية التشريعية المتميزة بوحدة القضاء والفصل في المنازعات الإدارية إلى وضعية الإزدواجية القضائية نتيجة منحه الاستقلالية للقضاء الإداري، وذلك بتأسيسه لمجلس الدولة، وبذلك يكون القضاء قد استكمل البعد العضوي لإستقلاليته التي كان قد اكتسبها من قبل على مستوى الإجراءات وتعد هذه الترقية الدستورية للغرف الإدارية تكريسا لدسترة البعد التنظيمي للقضاء الإداري كاستجابة وتكملة لدسترة مهمته في دستوري 1976 و1989، أنظر: دخينيسة أحمد، الأسس الدستورية لرقابة الشرعية، مذكرة ماجستير إدارة ومالية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق بن عكنون، 2001-2002، ص 20-21.
- (33) عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012، ص 189.

- (34) أحالت المادة 153 من دستور 1996 والتي قبلها المادة 172 من تعديل 2016 إلى تنظيم مجلس الدولة بموجب قانون عضوي - الذي يعتبر مكملاً للدستور كونه يتضمن مسائل ذات طبيعة دستورية- الأمر الذي يعكس المكانة الهامة لمجلس الدولة، حيث تحظى القوانين العضوية بخصوصية معينة من حيث كيفية المصادقة عليها ومن حيث الرقابة، إذ تتطلب الأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، كما تخضع لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره حسب المادة 141 لآخر تعديل دستوري لسنة 2016.
- (35) خضع هذا القانون لتعديل بموجب القانون 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر 43، المؤرخة في 03 أوت 2011، طال هذا التعديل المادة 9، 10، 11، 16 منه.
- (36) القانون العضوي 98-01 المؤرخ في: 30 ماي 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر 37 المؤرخة في: 01 جوان 1998.
- (37) دخينيسة أحمد، المرجع السابق، ص 30.
- (38) تجدر الإشارة في هذا المضمار أن بداية إستقلالية السلطة القضائية أعلن ميلادها الدستوري بداية من دستور 1989 أين نصت المادة 129 منه على ما يلي: "السلطة القضائية مستقلة".
- (39) ولأول مرة في تاريخ دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة تدارك المؤسس الدستوري الأمر وكرس مبدأ الفصل بين السلطات ليحظى بدسترة مباشرة بعدما كان حكماً مفقوداً ومغيباً.
- (40) القانون 16-10 المؤرخ في: 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
- (41) القانون 16-01 المؤرخ في: 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
- (42) ساسي إلياس، محافظ الدولة لدى مجلس الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، قانون عام، فرع دولة ومؤسسات عمومية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2013، 2014، ص 38.
- (43) عمور سلامي، المرجع السابق، ص 253.
- (44) Khelloufi Rachid, op cit, p16.
- (45) بمعنى يأتي بعد "إلا" عنصر التعدد.
- (46) وهي المادة التي حددت إطار السلطة التشريعية فجاءت في فقرتها الثانية كما يلي: "وله كامل السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".
- (47) جاءت الفقرة الثانية من المادة 124 من الدستور كالآتي: "يحدد النظام الداخلي لكل واحدة من الغرفتين، الشروط التي يتعرض فيها نائب أو عضو مجلس الأمة للإقصاء".
- (48) وهي المادة التي تضمنت طائفة القوانين العضوية.
- (49) نصت المادة 149 من الدستور على الآتي: "يصادق رئيس الجمهورية على إتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والإتحاد.....".
- (50) Rachid Khelloufi; op cit.
- (51) تضمنت هذه المادة سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر.
- (52) أنظر ص 11 من هذا المقال.
- (53) أنظر المادة 91 من الدستور.
- (54) أنظر المادة 92 من الدستور.
- (55) أنظر المادة 173 من الدستور.
- (56) ساسي إلياس، المرجع السابق، ص 38، نقلا عن رشيد خلوفي، الاجتهاد القضائي الإداري في النظام القانوني الجزائري، اجتهاد غير مكتمل، مؤلف الأستاذ وليد العقون، الجزائر خمسون سنة بعد الاستقلال، نصيب القانون، الجزء الثاني، AJED، الجزائر، 2013، ص 613.