

## أثر الاجتهاد القضائي في القانون الاداري بين الالغاء والابقاء

### The Impact of Jurisdictional Assiduousness over the Administrative Law between Abolition and Sustainability



طالب الدكتوراه/ صالح جابر<sup>1</sup>، الأستاذ/ عبد الوهاب مخلوفي<sup>1</sup>

<sup>1</sup> جامعة باتنة 1، (الجزائر)

<sup>2</sup> المؤلف المراسل: salahdj79@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2019/06/07 تاريخ القبول للنشر: 2019/09/07 تاريخ النشر: 2019/12/28



مراجعة المقال: اللغة العربية: د. / دلال وشن (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: أ. / أنوار الناصر (الردن)

#### ملخص:

يعد القانون الإداري من بين أهم فروع القانون العام الداخلي، لما له من أثر في التنظيم الإداري للدول وتنظيم العلاقات الدائرة بين الإدارة العمومية والغير، وحل الخلافات أمام الجهات القضائية المختصة، والقضاء الإداري في دول ازدواجية القضاء، أساس حل الخلافات بين المتقاضين من جهة، ومن جهة مقابلة كان له الفضل الكبير في ابتداء نظريات وقواعد القانون الإداري بالخصوص في بلد المنشأ فرنسا، لأسباب متعددة تكلم عنها الفقه القانوني.

في إطار تحولات القانون وتطورات، وارتباطا بالعلاقة الوثيقة بين الاجتهاد القضائي والقانون الإداري، بدأت تظهر آراء نقدية تحاول مراجعة الأساس القضائي للقانون الإداري من جهة ومدى معقولية استمراره لعل من بينها – الأكثر تشددا - التي تدعو إلى إلغاء القضاء الإداري وحتى القانون الإداري بالتبعية.

يحاول هذا البحث استعراض فكرة بقاء القانون الإداري واستمراره مقابل فكرة إلغاءه، وذلك من خلال التطرق إلى التجربة الجزائرية أساسا بالاستئناس ببلد المنشأ الفرنسية. ومن خلال إعادة القراءة النقدية للسؤال التقليدي: أثر الاجتهاد القضائي في القانون الإداري؟ الكلمات المفتاحية: القانون الإداري؛ القضاء الإداري؛ الاجتهاد القضائي.

#### Abstract:

*Administrative law is one of the most important branches of internal public law, because it has an important impact on the state's administrative organization, on regulating the behavior of the public administration with others and on resolving disagreements between specialized judicial authorities. On the one hand, administrative judiciary in countries of dual jurisdiction is premised on resolving conflicts between petitioners; on the other hand, it is credited with the creation of theories and rules of administrative law particularly in the founding country, France, for various reasons discussed by the jurisprudence.*

*In the context of the changes and developments of the law, and in connection with the close relationship between jurisprudence and administrative law, critical views began to emerge. They endeavored to review the judicial basis of administrative law on the one hand, and the reasonable possibility of its sustainability, on the other hand. However, other reviews —the most radical— have called for the abolition of administrative judiciary and, or even, administrative law respectively.*

*With reference to the Algerian experience, mainly by drawing upon the founding country, France, this research attempts to review the idea of the sustainability of the administrative law versus its abolition, and critically re-read the traditional question: What is the impact of Jurisdictional Assiduousness over the administrative law?*

**Key words:** Administrative Law, Administrative Judiciary, jurisprudence.

## مقدّمة:

يعد مبدأ قضائية القانون الإداري كالمسلمة الرياضية التي لا جدال فيها - على الأقل على مستوى النظرية العامة -، على اعتبار ميلاد قواعد القانون الإداري بالمفهوم الفني الضيق كانت نتاج الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي. حيث ساهم بشكل لا يمكن إنكاره في بناء النظرية القانونية الإدارية كنظرية مستقلة لها ذاتيتها وخصوصيتها عن نظرية القانون المدني بالأساس، ولا يزال. وانطلاقاً من التشابك الطبيعي بين موضوعات القوانين المختلفة وتحولاته، خاصة بين فروع القانون العام والقانون الخاص، تشابكت قواعد القانون الإداري مع غيره وتداخلت، نتج عن ذلك فروع مستحدثة للقانون الإداري من بينها: القانون الإداري الجنائي، والقانون الإداري البيئي، والقانون الإداري للمستهلك.

ونتيجة هذه التحولات القانونية، يبرر اتجاه فقهي ضرورة استمرارية نظرية القانون الإداري وتعزيزها بالحفاظ على مكانة الاجتهاد القضائي الإداري كمصدر أساسي لها. ولعل دسترة أعلى جهة قضائية إدارية - مجلس الدولة - في الجزائر، يبرر مكانة هذه الهيئة القضائية باعتبارها مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وتسهر على حسن تطبيق القانون، والأهم من ذلك في إطار بناء نظرية القانون الإداري، توحيد الاجتهاد القضائي كما ينص المشرع الدستوري.

وفي الاتجاه المقابل، ظهرت حركة فقهية نقدية لموضوع ومبدأ قضائية القانون الإداري، خاصة في بلد المنشأ، تدعو إلى إعادة قراءة ونقد هذا المبدأ الأساسي، لمبررات متعددة تنطلق من المبدأ الأساسي في النظرية القانونية "مبدأ الفصل بين السلطات"، وتطور المعايير القانونية التشريعية في القانون الإداري، مما جعل بعض الفقه يرى اكتمال "تقننة القانون الإداري" وبالتالي انسحاب مهمة القاضي الإداري من الوظيفة الشبه التشريعية إلى الوظيفة الأساسية له في تطبيق وتفسير القانون. ولعلّ الاتجاه الأكثر تشدداً هو ذلك الذي يدعو إلى إلغاء القضاء الإداري وبالتبعية القانون الإداري، والعودة إلى النظام الموحد.

انطلاقاً مما سبق، يمكن طرح الإشكال الرئيسي التالي: ما مبرر استمرارية الاجتهاد القضائي كأساس لقواعد القانون الإداري؟

ومن خلال الإجابة على هذا التساؤل في هذا المقال يمكن تبين آثار بقاء أو إلغاء الجهات القضائية الإدارية على موضوع القانون الإداري، خاصة إذا كان التوجه اليوم على مستوى الإصلاحات القضائية هو العمل على تعزيز التخصص القضائي، بإفراء لكل منازعة ذات طابع معين جهة قضائية مستقلة بالموازاة مع تخصص القضاة ذاتهم في فروع القوانين المختلفة.

يمكن معالجة إشكالية الموضوع من خلال مبحثين اثنين؛ الأول في بقاء القانون الإداري، والثاني في زوال القانون الإداري: زوال القضاء الإداري.

## المبحث الأول

### بقاء القانون الإداري

إن البحث في مسألة بقاء القانون الإداري كنظرية قانونية مستقلة وذات خصوصية، يمكن النظر إليها من عدة زوايا، من بينها فكرة التحولات القانونية التي تشهدها القاعدة القانونية باستمرار عامة، والقاعدة القانونية الإدارية على الخصوص (المطلب الأول)، ودسترة مجلس الدولة الجزائري (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: اتساع نطاق القانون الإداري

القانون الإداري تشابك مع العديد من فروع القانون والموضوعات، لعل من أهمها القانون الجنائي، حيث ظهر القانون الإداري الجنائي، وقانون المستهلك، فظهر القانون الإداري للمستهلك، وذلك على سبيل المثال.

حيث التساؤل الذي يمكن أن يطرح في هذا المجال: مدى مساهمة هذه القوانين المستحدثة في تطوير مضامين القانون الإداري والاجتهاد القضائي الإداري؟

حيث يؤكد الباحث في هذا السياق، أن هذه الفروع القانونية هي في أصلها نابعة من الاجتهادات الفقهية، خاصة لدى الفقه القانوني الإداري، بحيث التشريعات لا تزال متحفظة من هكذا تسميات. فهي - الفروع القانونية - إن كانت مجسدة واقعيًا - لا تزال تحتاج إلى تأصيل قانوني وفقهي وقضائي.

#### الفرع الأول: القانون الإداري الجنائي

نظراً للتطور الحاصل في مفاهيم ومضامين الجزاءات والعقوبات، يتجه الفقه الجنائي في إطار السياسة الجنائية الحديثة إلى تقليص دائرة الجزاءات والحد من العقاب لصالح السلطة التنفيذية من خلال الانتقال من التقسيم الثلاثي المتعارف عليه - جنايات جنح مخالقات - إلى تقسيم ثنائي أساسي يستبعد من خلاله الجرائم الخفيفة، حيث تترك المخالقات البسيطة أو القليلة الأهمية للسلطة التنفيذية<sup>(1)</sup>.

هذا التطور نتج عنه ظهور فرع جديد للقانون، يسمى بالقانون الإداري الجنائي بمعنية العقوبات الإدارية. والذي هو نتاج تداخل تشريعي دعمه وعززته الاجتهاد القضائي.

نبن بداية تعريف العقوبة الادارية، ثم في أثار اجتهاد القاضي الاداري في مجال العقوبات الادارية.

#### أولاً- تعريف العقوبة الادارية:

عرف بعض الفقه العقوبة الإدارية بأنها: " تكون على خطأ ما، تصدر من جانب السلطة الادارية"<sup>(2)</sup>. أو " هي تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها سلطات ادارية مستقلة او غير مستقلة، وهي بصدد ممارستها - بشكل عام - لسلطتها العامة تجاه الافراد، بغض النظر عن هويتهم الوظيفية، وذلك كطريق أصلي لردع خرق بعض القوانين واللوائح"<sup>(3)</sup>. أو هي: " قرار اداري فردي ذو طبيعة عقابية جراء مخالفة التزامات قانونية، توقعها الادارة العامة بقصد ضبط الأنشطة الفردية بما يحقق المصلحة العامة"<sup>(4)</sup>.

ويمكن للباحث أن يعرف الجزاء الإداري أو العقوبة الإدارية بأنها: " قرار إداري عقابي صادر من شخص اداري، موجه ضد فرد بعينه أو مجموعة أفراد بذواتهم، أو شخص معنوي بعينه، نتيجة ارتكابهم مخالفات تخرج عن دائرة تجريم قانون العقوبات".

حيث القول بأنها قرار اداري عقابي، حتى نميزه عن القرار الاداري المانع امتيازاً للمخاطب به، كقرار تعيين أو ترقية، أو قرار منح لرخصة أو جائزة، أو تدبير اداري ضبطي.

صادر من جهة ادارية، حتى نميزه عن تلك العقوبات الصادرة عن السلطة القضائية.

موجه ضد فرد بعينه أو مجموعة أفراد بذواتهم، أو شخص معنوي معين حتى لا نخرج عن مبدأ شخصية الجزاء في النظرية العامة للعقوبات.

والقول ان الجزاء والعقوبة الادارية تكون نتيجة ارتكاب مخالفة تخرج عن دائرة تجريم قانون العقوبات، حتى نفرق بين جزاء قانون العقوبات والجزاء الاداري، وحتى لا يعاقب على ذات الفعل مرتين.

#### ثانياً- أثار اجتهاد القاضي في رقابة العقوبة الادارية؛ توسع للقاعدة القانونية الادارية:

اتجاه واسع في الفقه والقضاء الاداري يؤيد حق الادارة العمومية في توقيع الجزاءات على الغير بصفة عامة، ومن بينها العقوبات الادارية. غير أن الخلاف حول المبرر المعياري والذي تستند اليه الادارة العمومية في توقيع مثل هذه العقوبات، والذي يجد مبرر تبينه في سلطة القاضي الاداري في رقابة العقوبة الادارية حالة التنازع.

إن قيام نظام قانوني أصيل بنظرية العقوبة الادارية من شأنه أن يحقق ميزتين أساسيتين؛ الأولى اثناء نظرية القانون الاداري وتطويرها وادخال نماذج مستحدثة لقواعد قانونية ادارية عقابية من جهة، والثانية بعث حركة الاجتهاد القضائي الاداري وبفاعلية أكثر لتبني معيار متعلق بالعقوبات الادارية من خلال طرق الرقابة، وتثبيت دوره التاريخي في سلطة الابتداع والانشاء.

لذلك فان القاضي الاداري مدعو للاجتهاد في تبني نظرية متكاملة للعقوبة الادارية من خلال فصله

في قضايا الجزاءات الادارية.

## الفرع الثاني: القانون الإداري للمستهلك

من بين التطورات التي حصلت في قواعد القانون الإداري ظهور قواعد تحت مسمى قواعد القانون الإداري للمستهلك. تربط بين قواعد القانون الإداري وقانون حماية المستهلك. فما أثر التشريع الجزائري في حماية المستهلك، وهل هناك منازعات إدارية تخصه.

### أولاً- أثر التشريع الجزائري في حماية للمستهلك:

تعد حماية المستهلك ترجمة فعلية لأحد أوجه المفهوم المعاصر لحقوق الانسان والمواطن، حيث تتكفل الدولة بحماية الأنفس والأموال من جهة بصورة عامة، وحماية المستهلك كمواطن وكأحد أطراف علاقة الاستهلاك بصفة خاصة.

وحركة حماية المستهلك في الجزائر، يمكن النظر إليها من خلال مرحلتين تشريعتين؛ مرحلة ما قبل صدور القانون الأساسي لحماية المستهلك رقم: 89-02، وما بعده<sup>(5)</sup>.

حيث في المرحلة الأولى ما قبل 1989، تميزت بغياب قانوني خاص بحماية المستهلك وذلك للتوجه الاشتراكي المميز لها، وتدخل الدولة في الاقتصاد بشكل مباشر وواسع، وغياب التنظيم والأجهزة، ومن أثار ذلك تبني مصطلح "المشتري" بدل المستهلك في هذه المرحلة في التشريعات ذات الشأن، ومثال ذلك في الأمر رقم: 75-58 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم، والقانون 79-07 المتضمن قانون الجمارك، والأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات<sup>(6)</sup>.

وبصدور القانون الأساسي لحماية المستهلك رقم: 89-02 انتعشت حركة حماية المستهلك، وأثر ذلك صدور العديد من التشريعات المتعاقبة، ومن ذلك على سبيل المثال القانون رقم: 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، والقانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

فحماية المستهلك مسؤولية جماعية، تشترك فيها عدة أطراف سواء المستهلك أو المنتج أو الجمعيات، وحتى المؤسسات الرسمية التابعة للدولة<sup>(7)</sup>، وبالتالي أطراف علاقة حماية المستهلك تتجسد في طرفين أساسيين هما المستهلك والمنتج.

حيث عرف المشرع الجزائري المستهلك في نص المادة الثانية 02/09 من المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 المتعلق برقابة النوعية وقمع الغش بأنه: "كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به". كما عرفته المادة الثالثة 03/01 من القانون رقم: 09/03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"<sup>(8)</sup>.

أما المادة الثالثة 03/02 من القانون رقم: 04/02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أوردت تعريفاً للمستهلك بقولها: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

ثانيا: تدخل القضاء الإداري في حماية المستهلك.

إن حماية المستهلك هي: "تلك الجهود المنظمة والدائمة من طرف المستهلكين والجهات الرسمية لضمان حقوق المستهلكين ومصالحهم المختلفة، وحمايتهم من الأضرار التي يمكن أن تصيهم جراء اقتناءهم لمنتجات أو استفادتهم من خدمات، وكذا السهر على نيلهم التعويض اللائق عند اصابتهم بضرر وتسليط العقوبات المناسبة على المتسبب في الأضرارهم"<sup>(9)</sup>.

ويرى البعض أن النزاعات الاستهلاكية تعد استثناء عن النزاعات العادية بخصوص المساواة بين أطراف الدعوى، فغالبا في الأولى تتباين المراكز بين المتقاضين، اقتصاديا واجتماعيا، مما قد يخلق معه عدم تكافؤ للأطراف المتدخلة في نزاع الاستهلاك<sup>(10)</sup>.

فأطراف النزاع الاستهلاكي متعددة وتضم كل من: المستهلك، المتدخل، جمعيات المستهلكين، الإدارة العمومية.. ومن ذلك قد يكون النزاع الاستهلاكي فرديا أو جماعيا أو زجريا<sup>(11)</sup>. وبخصوص التقاضي الاستهلاكي - الذي يعد تقاضي بين المستهلك والإدارة العامة أو أحد أشخاص القانون الخاص - فإن المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك لم يحدد قواعد خاصة بالاختصاص النوعي<sup>(12)</sup>. فإذا كان المستهلك مدعى عليه في النزاع الاستهلاكي فإنه لا يجوز للمتدخل مقاضاته إلا أمام المحكمة المدنية، وله أن يدفع بعدم الاختصاص إذا ما تمت مقاضاته أمام المحكمة التجارية، كما يمكنه التمسك بتعسفية الشرط الذي يفرض عليه التقاضي أمام محكمة المتدخل. أما إذا كان المستهلك مدعيا فهو قد يكون مخيرا باللجوء الى المحاكم المدنية أو التجارية، وقد يكون مضطرا الى التقاضي أمام القضاء الاداري اذا تعلق الأمر بمواجهة جهة ادارية وأحد أشخاص القانون العام.

المطلب الثاني: دسترة مجلس الدولة الجزائري

بموجب المادة 152 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون 01-16 المتضمن التعديل الدستوري، تم استحداث جهة قضائية بجوار المحكمة العليا وهي مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الادارية وتوحيد الاجتهاد القضائي، وكجهة عليا للقضاء الاداري حيث نصت على ما يلي: "يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الادارية". ويضمن مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهر على احترام القانون<sup>(13)</sup>.

الفرع الأول: دسترة القضاء الاداري: تعزيز لنظرية القانون الإداري

إن دسترة مجلس الدولة الجزائري من خلال اهتمام المشرع الدستوري بهذه الهيئة القضائية وادراجها ضمن نصوص القانون الأسى في الدولة يعبر بداية عن ان هذه الهيئة تملك أساسا دستوريا، ويجب أخذ ذلك بعين الاعتبار<sup>(14)</sup>.

فاذا ما كان التأسيس دستوريا، فإن الدستور نفسه هو الذي يحدد اختصاصات وصلاحيات هذه الهيئة باعتبارها مهام وصلاحيات دستورية بالأساس.

فمجلس الدولة مؤسسة دستورية بحكم الانشاء الدستوري، تابعة للسلطة القضائية تقع في قمة هرم القضاء الاداري، وذلك استنادا الى ان المادة 171، فهي منضوية تحت سقف السلطة

القضائية، له مهام قضائية واختصاصات استشارية، على عكس مجلس الدولة الفرنسي الذي يعد تابعا للسلطة التنفيذية بمهام متماثلة.

وبالتالي تبرز أهمية وجدوى التكريس الدستوري لمجلس الدولة وتضمينه ضمن القواعد الدستورية، ومنح صفة المؤسسة المستقرة الثابتة والتي لا يمكن الغاءها أو الانتقاص منها إلا بموجب نص دستوري على نفس الدرجة، وبالتالي نجد هنا ضمانا دستورية عليا لأعلى هيئة قضائية إدارية في البلاد، ويجعل له مكانة مماثلة للهيئات الدستورية الأخرى مثل السلطة التشريعية والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومحكمة التنازع<sup>(15)</sup>.

وإذا ما كان مجلس الدولة هيئة قضائية دستورية، فهو يتمتع تبعا باستقلالية خاصة عن السلطة التنفيذية كباقي الجهات القضائية الأخرى.

كما أن اسناد المشرع الدستوري لمجلس الدولة صلاحيات واختصاصات مماثلة لصلاحيات واختصاصات المحكمة العليا يعبر عن رغبة المؤسس الدستوري الجزائري في تعزيز دولة الحق والقانون، ومن مظاهر ذلك اخضاع السلطات الادارية لرقابته، اسوة بالأفراد، ومن زاوية ثانية يعزز من فقه قضاء القانون الاداري من خلال الاجتهاد القضائي الاداري...

#### الفرع الثاني: توحيد الاجتهاد القضائي، بعث لنظرية القانون الإداري

تطبيقا لنص المادة 171 من دستور 2016 الجزائري والتي قالت: "يمثل مجلس دولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الادارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القوانين".

فمجلس الدولة يختص في تقويم أعمال الجهات القضائية الادارية، وتوحيد الاجتهاد القضائي، والسهر على ضرورة احترام القوانين. وبالتالي قاضي مجلس الدولة الجزائري مخول بموجب أعلى نص قانوني في البلاد بوظيفة جلية وهي "وظيفة توحيد الاجتهاد القضائي".

ومن خلال النص الدستوري والتفسير الظاهري له، يمكن القول ان توحيد الاجتهاد القضائي من قبل قاضي مجلس الدولة هو مصدرا للمشروعية القانونية الادارية، فالمشرع الدستوري هنا لا يعتبر توحيد الاجتهاد القضائي مجرد غاية فقط لعمل قاضي مجلس الدولة، انما هي وسيلة يصل بها الى احترام المشروعية القانونية وكفالة الحقوق وتشريع قانون قضائي مطلوب واقعيا.

كما أن رشيد خلوفي يعتبر المادة 171 الدستورية مؤسسة للمنازعات الادارية ووجودها قانونيا وفعليا من خلال وجود الجهات القضائية الادارية وعلى رأسها مجلس الدولة<sup>(16)</sup>.

وفي هذا السياق، يدعو الأستاذ عمار بوضيف لما تكلم عن الوظائف المتعددة لمجلس الدولة الجزائري، الى ضرورة تحريره من القضاء الابتدائي وقضاء الاستئناف حتى يتسنى له القيام بالدور المحوري والأساسي له وقضاء النقض واثراء الاجتهاد القضائي في المادة الادارية<sup>(17)</sup>. أو العمل على تفعيل دائرة الغرف المجتمعة في مجلس الدولة وتعزيز اطارها القانوني وبعث الحركة الاجتهادية داخلها من خلال

عملية التقويم والتقييم سواء أكان بمناسبة الحكم والنطق بالأحكام والقرارات القضائية، حال التراجع عن اجتهاد معين، أو التعليق على القرارات السابقة.

## المبحث الثاني

### زوال القانون الاداري: زوال القضاء الإداري.

بالموازاة مع الموقف السابق الذي يعزز تطوير نظرية القانون الاداري ويدعم حركة بعث الاجتهاد القضائي للقاضي الفاصل في المادة الادارية مما خلال ما سبق ذكره، ظهر اتجاه فقهي ينتقد المبدأ الأساسي لقضائية القانون الاداري ويدعوا الى زوال الاجتهاد القضائي كمصدر أساسي له، في بلد المنشأ الفرنسية.

نبين ذلك، من خلال توضيح النقد الموجه لقضائية القانون الاداري في فرنسا أساسا (المطلب الأول)، ثم الموقف في الفقه الجزائري من ذلك (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: نقد قضائية القانون الإداري في الفقه المقارن

تعتبر فكرة قضائية القانون الاداري في فرنسا كالمسلمة القانونية، سايرت التاريخ القضائي لمجلس الدولة له منذ انشاءه، وذلك لمبررات ودواعي أساسية (الفرع الأول)، الا أنه اليوم هناك حراك فقهي ينادي بضرورة مراجعة هذه الفكرة من خلال القراءة النقدية لقضائية القانون الاداري لجملة من الأسباب (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: قضائية القانون الإداري؛ مسلمة قانونية

قضائية القانون الاداري في المدلول العام تعني أنه قانون صنعه القاضي الفاصل في المادة الادارية في ظل غياب التقنين الاداري. فالقانون الاداري في قسم كبير منه غير تشريعي، حيث يجد القاضي دائما منطقة فراغ يجتهد من خلالها واضعا الحل المناسب للنزاع المثار أمامه وقد يتجاوزه إلى غيره من الحلول إن كان مبدأ عاما.

والناظر إلى مختلف الدراسات الفقهية المهتمة بمادة القانون الإداري ومنازعاته، تكاد جميعها تتفق على خصائص القانون الاداري، ومن بينها اعتباره قانون قضائي<sup>(18)</sup>.

حيث تعتبر هذه الخاصية "كالمسلمة القانونية" عند دراسة قانون القانون الاداري، ودليل ذلك يقول J. Vedel أن المدرس للقانون المدني يبدأ دائما بموقف المشرع والمادة القانونية المؤطرة للموضوع، بينما المدرس للقانون الاداري يبدأ دائما بموقف الاجتهاد القضائي أساسا خاصة مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في المسألة غالبا<sup>(19)</sup>، ليصل الى موقف المشرع والفقه من خلال تلك الأحكام والقرارات القضائية. فللقاضي الاداري دورا وسلطة وحرية في استنباط الأحكام بسبب عدم تقنين قواعد القانون الاداري<sup>(20)</sup>، وتفوق دور المشرع مقارنة بمادة القانون الخاص.

والناظر للفقه القانوني في تبريره لمبدأ قضائية القاعدة القانونية الادارية، ودور القاضي الاداري الشبه التشريعي، يجد عديد المبررات، من بينها<sup>(21)</sup>:

أولاً- مبرر واقعي؛ غياب النص القانوني:

إن غياب النص القانوني يعتبر مبرر واقعي صاحب تاريخ نشأة قواعد القانون الإداري. أي أن الظروف التاريخية لتشكل القانون الإداري واستقلاله عن القانون المدني ساهما في خلق فراغ، كان على القاضي الإداري ملئه<sup>(22)</sup>.

حيث طرح "G. Vedel" سؤالاً مهماً<sup>(23)</sup> وأجاب عنه، يجدر بنا أن نطرحه من جديد: "لماذا المشرع لم يهتم بوضع قانون مشترك للإدارة - كشرعية عامة- كما وضع تقنين مدني؟". ويجب عن ذلك بأن المشرع الفرنسي خلال نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ما كان يمكن له أن يضع تقنين إداري، لأنه وبكل بساطة تنقصه المادة التي تصلح لأن تكون محلاً لهذا التقنين. في حين أن التقنين المدني الفرنسي كان تجميعاً لاختيارات أو حذف لأخرى ولقواعد أصلية ومعاني مختلفة ولكن كانت موجودة أصلاً... "التفكير في القانون المدني لم يكن يعني ابتكاره في حين على المستوى الإداري ابتكار تقنين كأنه اشتراط الابتكار من لا شيء."

*"Penser le droit civil, ce n'était pas le créer. Mais une œuvre qui, sur le plan administratif, eut été le pendant du code civil aurait presque exigé une création ex nihilo"*<sup>(24)</sup>.

لكن وفي ذات السياق، السؤال الذي يمكن طرحه من جديد أيضاً: "هل في الوقت الحالي هناك غياب للنص القانوني الإداري في ظل حركة التقنين المتواصلة؟ وهل هناك مبرر لغياب هذا التقنين؟".

ثانياً- مبرر قانوني؛ جريمة إنكار العدالة:

تعهد جميع الدول إلى إنشاء المحاكم كي تتولى الفصل في المنازعات، ولا يقتصر الأمر على ذلك، بل يتعداه إلى أنه يحضر على القضاة الامتناع عن الفصل في النزاع تحت أي مبرر والا اعتبر ذلك انكاراً للعدالة. فجميع الشرائع تنكر على القاضي عدم الفصل في النزاع بحجة غياب النص، وأكثر من ذلك تعتبر عدم الفصل في النزاع بحجة غيبة النص نكران للعدالة يعاقب عليها<sup>(25)</sup>.

حيث يرجع مبدأ حظر انكار العدالة؛ في العصر الحديث، إلى نص المادة 4 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن: "القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع، بحجة سكوت أو صمت، أو غموض أو عدم كفاية النص، يمكن ملاحظته جنائياً كمتهم بإنكار العدالة". حيث لا يعد تطبيق هذا النص القانوني من قبل القاضي مجرد رخصة بل هو اختصاص يجب عليهم ممارسته أيًا كانت الشكوك حول غموض، أو عدم كفاية، القانون الواجب التطبيق<sup>(26)</sup>.

فالقاضي الذي يرفض ممارسة اختصاصه الأصلي بالفصل في المنازعة مهدد بالمتابعة الجنائية، ضماناً للنظام العام في المجتمع ومنع الفوضى من جهة وتعزيزاً لمبدأ سيادة الدولة من جهة ثانية<sup>(27)</sup>.

أما على مستوى القضاء والتشريع الجزائري للمقارنة، يمكن الاستئناس بما جاء في قرار للغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ: 1972-12-07.

حيث صرح القرار القضائي للمجلس الأعلى أن القاضي الممتنع عن الفصل بحجة سكوت النص أو غموضه أو قصوره سيتابع بجريمة انكار العدالة.

ولقد بينت المادة 62 من القانون العضوي 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء أنه: "تعتبر أخطاء تأديبية جسيمة، لاسيما ما يأتي: ... انكار العدالة،..."<sup>(28)</sup>. والمادة 63 بينت تعريض القاضي الذي يرتكب خطأ تأديبيا جسيما لعقوبة العزل<sup>(29)</sup>.

ففي جميع الظروف ما على القاضي الاممارسة اختصاصه الأصيل في الفصل في المنازعة الادارية. ولو كان في ظل الصمت التشريعي من خلال الاجتهاد القضائي.

### الفرع الثاني: التحول في مسلمة قضائية القانون الإداري في فرنسا

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

أي أن القاضي ومنه القاضي الفاصل في المادة الادارية، يفصل في كل نزاع يعرض عليه بموجب النصوص القانونية التي أمامه دون أن يتعدى إلى مرحلة انشاء القاعدة القانونية الادارية. على اعتبار ان للقاعدة القانونية الادارية مصادر مختلفة ليس من بينها الاجتهاد القضائي الاداري في اتجاه فقهي معتبر. فاعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون الاداري، يشهد اليوم اعادة قراءة له في الفقه الفرنسي (أولا)، وذلك نتيجة أسباب متعددة (ثانيا).

### أولاً- إعادة قراءة قضائية القانون الإداري في الفقه الفرنسي:

لعله من المفيد جدا التطلع لرأي الفقه الفرنسي المعارض لاعتبار الاجتهاد القضائي للقاضي الاداري مصدرا للقانون الاداري، خاصة وأن ذلك يتشابه مع المقال المتداول دائما بأهمية الاجتهاد القضائي في بناء وانشاء نظرية القانون الاداري الفرنسي، وفكرة قضائته التي تطرقنا إليها سلفا. فلما يكون النقد من بلد منشأ المبدأ يكون له تأثير بالتأكيد على غيره من النظم القانونية ايجابا أو سلبا. فمن بين الذين شككوا في استمرار الطابع القضائي للقانون الاداري G.Vedel، وهو الفقيه المؤكد على النظرية القضائية الإدارية، والذي طرح سؤالاً أساسياً في مقاله:

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

وأيضاً "غودمي" "Y. Gaudemet" الذي ينتقد الطابع القضائي للقانون الإداري في عدم الوضوح وانعدام السلامة التي يضمنها التشريع، فيقول:

*"Or la jurisprudence ne présente ni la clarté, ni la sécurité du droit écrit... la jurisprudence est dispersée et confidentielle... Du même coup, la jurisprudence est un incertain...Ainsi la jurisprudence encore reste dans la dépendance des faits...Ainsi la jurisprudence constitue un ensemble hétérogène ; à côté de "décision d'espèce" qui n'ont pas d'autre ambition que de trancher un litige particulier, d'autres décisions "font jurisprudence" (les arrêts de principes)...Enfin, la jurisprudence est par principe et en théorie une source rétroactive..."<sup>(30)</sup>.*

كما يعتبر جانب آخر، انه لا يجب ان نبقى على قضائية القانون الاداري، لأن ذلك يتعارض مع "ديمقراطية القانون"، والذي يجب أن يصدر ويصنع تحت اشراف نواب الأمة في السلطة التشريعية. ومن جانب ثان، اعتبار تكفل القاضي الاداري بإنشاء القانون الاداري يبقي عليه صفة السرية مادام أنه لا يخرج خارج أسوار المحاكم سواء العليا منها أو الدنيا، أي لا يفهمه إلا رجال القضاء والقانون المتخصصون وكأنه قانون مشفر<sup>(31)</sup>.

كما طرح Jean Boulouis تساءلا مهما في مقاله عن: "الغاء القانون الاداري؟"، معتبرا أن هذه الفكرة ليست جديدة. مع أنه من خلال سياق تحليله لا يؤيد الغاءه بتاتا لجملة مبررات متعددة<sup>(32)</sup>. ولعل ما يستند اليه الفقه القانوني لنقد قضائية القانون الاداري اليوم، هو معيارية القانون الأوروبي تجاه الاجتهادات القضائية، الوطنية. حيث نرى في كثير المواقف الاجتهادية لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يساير مبادئ وقواعد القانون الأوروبي في عديد الحالات، مع بروز فكرة دسترة القانون عموما، اضافة الى اثر الاجتهاد الدستوري في بناء القواعد القانونية الصحيحة.

### ثانياً- في أسباب التحول عن مسلمة قضائية القانون الإداري:

إن التحول في مسلمة قضائية القانون الاداري في الفقه الفرنسي يمكن النظر اليه من خلال عديد الأسباب، لعل من بين أهمها تغلب المعيار التشريعي على المعيار القضائي في تطبيق النصوص القانونية الادارية، وذلك في دسترة القانون الاداري وتقننته من جهة، وتغلب معيار القانون الأوروبي كقانون مكتوب من جهة ثانية. وتأثير معيار الاجتهاد القضائي غير الاداري على اختصاص القاضي الاداري.

### 1- تحول مسلمة القضائية والمعيار التشريعي:

نقصد بالمعيار التشريعي كأحد أسباب نقد وتحول قضائية القانون الاداري، تدخل التشريع المكتوب بصورة كبيرة في تغطية موضوع القانون الاداري دون أن يكون للقاضي الاداري دور وأثر في ذلك، الا من خلال تطبيق النص وتفسيره فقط، وذلك من خلال المقومات التالية:

دسترة القانون الاداري؛ والتي تعني بالأساس اثاره الأسس الدستورية له، حيث يعد Favereu باعث هذه الفكرة من خلال توسيع مفهوم الدستور وتحول موضوعاته لتشمل اضافة الى الهيئات، موضوع الحريات والمعايير<sup>(33)</sup>. والذي بناه على اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي. فبدون قضاء دستوري، ما كان لمسار الدسترة ان يكون، والذي توسع المفهوم - الدسترة - الى باقي فروع القانون عامة. حيث بات من المؤلف في دراسة أي فرع من فروع القانون وموضوعاته بحث الأسس الدستورية<sup>(34)</sup>.

حيث يعرف أحمد دخينيسة الدسترة بأنها: "مسار لإضفاء الطابع الدستوري على المعايير القانونية للنظام القانوني، يتمثل في ترقية المعايير في الهرمية الدستورية، والتي أدى تأثيرها الى تحول دستوري في فروع القانون المختلفة"<sup>(35)</sup>.

بالتالي نجد الدسترة تسمح بتجاوز "خصوصية" القانون الاداري الفرنسي القضائية وفي استقلاليتها، على اعتبار ان القانون الاداري أساسه الدستور لا القاضي الاداري، ويصبح القاضي كمؤسسة من مقتضيات ومتطلبات الدسترة، يتصرف كقاضي لا كقاضي اداري<sup>(36)</sup>.

ورغم متانة الأسس التي تقوم عليها فكرة دسترة القانون الاداري، فإنها تبقى أحد المعايير المساهمة في بناء نظرية القانون الاداري ولكنها ليست الوحيدة.

**القانون الأوروبي والاجتهاد القضائي الاداري:** حيث تعد قواعد القانون الدولي من بين مصادر المشروعية القانونية في النظم القانونية المختلفة، حيث دورها في تصاعد مستمر رغم المعوقات السياسية المتعددة وخاصة مبدأ السيادة الوطنية، والذي قد يتعارض أحيانا مع متطلبات المجموعة الدولية. فتعمل الجهات القضائية الوطنية على تطبيق قواعد القانون الدولي استنادا للدستور ضمن أولوية كل واحد منه بين سمو قواعد القانون الدولي عن القانون الداخلي أو غير ذلك.

فالقاضي ملزم بتطبيق القانون بالمفهوم الواسع، ومن ثمة ملزم بتطبيق قواعد القانون الدولي باعتبارها عنصر من عناصر المشروعية الداخلية، ولعل القاضي الفاصل في المادة الادارية له مجال واسع في تطبيق تلك القواعد متى أثير نزاع قضائي أمامه بخصوص تطبيق قواعد قانونية دولية.

والمتتبع لأحكام وقرارات مجلس الدولة الفرنسي اليوم، يلاحظ اهتماما بالغا بمعايير قواعد القانون الدولي، وخاصة قانون الاتحاد الاوروبي، لما يعرض أمامه نزاع. حيث معيارية قانون الاتحاد الأوروبي ترتبط أساسا بأحد المبادئ المهمة في العلاقة القانونية بين القانون الداخلي والقانون الدولي، ألا وهو " مبدأ الالتزام بإدماج المعاهدات في القانون الداخلي "، مع منح الدول حرية اختيار الوسائل التي تسمح بذلك. حيث الدول تختلف اختلافا كبيرا فيما بينها من حيث التصريح للمحاكم الداخلية والقاضي الوطني بتطبيق أحكام القانون الدولي الاتفاقي على المنازعات التي تعرض عليه، حيث لا يمكن صياغة قاعدة عامة وموحدة في هذا الشأن<sup>(37)</sup>.

فالدول ملزمة بإدماج المعاهدات الدولية ومن بينها على الخصوص معاهدات حقوق الانسان والمواطن، في النظام القانوني الداخلي، ولهم حرية اختيار وسيلة الادماج، مع اشتراط اتخاذ الاجراءات الفعالة يتم تبنيها في المجال الداخلي، تسمح بالتطبيق الفعلي للمعاهدات الدولية بصورة عامة<sup>(38)</sup>. وبمجرد ادماج المعاهدة الدولية- والذي قد يقترب القانون الأوروبي من مدلولها- تصبح قانونا نافذا شأنها شأن التشريعات الصادرة عن البرلمان، وتلتزم جميع السلطات والأفراد وعلى رأسها المحاكم بتطبيق نصوصها على النزاعات المعروضة عليها<sup>(39)</sup>.

## 2- المعيار القضائي:

نقصد بالمعيار القضائي كأحد أسباب نقد وتحول قضائية القانون الاداري بجوار المعيار التشريعي، تدخل الاجتهاد القضائي غير الاداري، وخاصة الاجتهاد الدستوري في تغطية موضوع القانون الاداري. فالاجتهاد الدستوري يتكفل به أساسا المجالس الدستورية باعتبارها مؤسسات ضامنة لسمو الدستور بالدرجة الأولى، ورقابة التعدي عليه وتجسيد العدالة الدستورية القانونية.

والباحث في هذا المقام؛ يطرح مسألة مشاركة المجالس الدستورية في التشريع وأثر ذلك على دور القاضي الفاصل في المادة الادارية؟ أي المفاضلة بين الاجتهاد الدستوري والاجتهاد القضائي الاداري؟

المجلس الدستوري في مساهمته التشريعية لا تنكر، وذلك من خلال تأمين صحة العمل البرلماني، ورقابة الدستورية. الا أنه رسميا لا يملك السلطة المعيارية في ذلك، انما مساهمته غير مباشرة، من خلال صلاحياته الرقابية بإعلان عدم الدستورية، فتعد مساهمته سلبية تبعا لذلك، أو التفسير الخاص بنص قانوني معين، فتعد مساهمته ايجابية<sup>(40)</sup>. فصحة القاعدة القانونية بمختلف أنواعها - ومن بينها القاعدة الادارية - المسؤولية الأولى والمباشرة للمجالس الدستورية.

رغم ما سبق، فانه لما نفاضل بين الاجتهاد الدستوري والاجتهاد القضائي للقاضي الاداري الفاصل في المادة الادارية، يمكن النظر في ذلك من خلال حجية الاجتهادين. فالمؤسس الدستوري الجزائري منح حجية واضحة لإعلان المجلس الدستوري لعدم الدستورية بموجب قرار، وذلك باستئصال القانون المعيب من المنظومة التشريعية من يوم القرار. وكذلك بخصوصه آرائه، وذلك في المادة 191 من الدستور لما نص على: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص ابتداء من يوم قرار المجلس.

إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فان هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري. وتكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الادارية والقضائية".

فتبعا لنص المادة الدستورية، يفهم أن قرارات وآراء المجلس الدستوري والتي ما هي الاجتهادا دستوريا أصيلا بغض النظر عن كميته ونوعيته له الحجية المطلقة على جميع السلطات والهيئات ومن بينها كما ورد في الفقرة الأخيرة من النص الدستوري السلطة القضائية ومن بينها الادارية. أي بصورة ما يمكن القول أن الاجتهاد القضائي الاداري يخضع للاجتهاد الدستوري حال التعارض.

وبالتالي يمكن القول، أن أسبقية الاجتهاد الدستوري عن الاجتهاد القضائي الاداري، قد تؤثر في قضائية القانون الاداري بصورة غير مباشرة.

### المطلب الثاني: نقد قضائية القانون الاداري في الفقه الجزائري

إن نقد مبدأ قضائية القانون الاداري في النظام القانوني الجزائري سايرت التطور القضائي بعيد الاستقلال مباشرة بدءا بتنظيم الغرف الادارية وصولا الى نظام المحاكم الادارية ومجلس الدولة، حيث ينتقد جانب من الفقه الجزائري المبدأ ولا يعتبر للقاضي أثر في اثناء القانون الاداري الجزائري بتاتا، كما ان لقاعدة خضوع القاضي للقانون دور في تبرير عدم الابتداء الاجتهادي التشريعي للقاضي الجزائري. نبين ذلك في الفروع التالية:

#### الفرع الأول: بوادر النقد الفقهي الجزائري لقضائية القانون الاداري.

إن مبدأ قضائية القانون الاداري الجزائري، لم تكن وليدة السنوات الأخيرة فقط، انما طرحت منذ بدايات مرحلة ما بعد الاستقلال الجزائري عن فرنسا، وبدايات تشكيل التنظيمات القضائية.

فالعرفة الادارية بالمحكمة العليا قبل اعتماد نظام مجلس الدولة، يرى اتجاه فقهي أنها مجرد تنظيم داخلي بالمحكمة العليا وليست قضاء اداريا مستقلا، وذلك لعدم انفرادها بتركيبة بشرية خاصة،

تختلف من خلالها عن القضاء العادي<sup>(41)</sup>. فتشكيلة الغرفة الادارية بشريا وفي جميع الحالات المنعقدة فيها، منفردة أو مختلطة أو مجتمعة، تؤكد بما لا يدع مجالا للشك أنها مجرد تقسيم داخلي للمحكمة العليا مادام أنها لا تختلف عن تشكيلة باقي الغرف<sup>(42)</sup>.

حيث يقول رياض عيسى بهذا الصدد: "أن الغرفة الادارية ليست جهة قضاء اداري وليست مكلفة خصيصا بالفصل في المنازعات الادارية وليست غرفة مخصصة لتطبيق القانون الاداري على المنازعات المعروضة عليها، وانما هي غرفة قضائية ضمن التنظيم القضائي الموحد تفصل في بعض منازعات الادارة التي يكون أحد أطرافها من الاشخاص العاميين المحددين في المادة السابعة من قانون الاجراءات المدنية بصرف النظر عن طبيعة المنازعة فيما اذا كانت مدنية أو ادارية... كما أنها ليست من قبيل القضاء الاداري لأنها غير قادرة على القيام بمهمة انشاء وصنع القانون الاداري وتطبيق القانون فهي من قبيل القضاء التطبيقي"<sup>(43)</sup>.

ويرى كل من يعي وناس وعصام نجاح؛ أنه لا يمكن الحديث عن قانون اداري جزائري قضائي لا في أسسه ولا في تقنياته وذلك لهيمنة القاعدة التشريعية في القانون الاداري الجزائري، وعدم وجود قضاء اداري له الامكانية على ابتكار قاعدة قانونية خارج النص التشريعي<sup>(44)</sup>. ثم يضيفان ان القرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الادارية لا تحوي على اجتهاد ذي قيمة ابداعية أو انشائية، ذلك لدخول القاعدة القانونية الادارية للنزعة المكتوبة بعيدا عن النزعة القضائية، وذلك ادى الى احجام القضاء الفاصل في المواد الادارية في الجزائر عن الاجتهاد والابتداع في مجال القانون الاداري، ولجوءه لتطبيق بعض قواعد القانون المدني أحيانا، واستناده لاجتهاد قضائي أجنبي في أحيان أخرى<sup>(45)</sup>.

حيث يذكر أن سبب عدم لجوء القاضي للاجتهاد القضائي هو اللجوء أو التطبيق غير الضروري لقواعد القانون المدني والاستناد للاجتهاد القضائي الأجنبي، وتتبع خطى المشرع وان سكت، مع الاستناد لبعض الأحكام والقرارات القضائية. مع الاستناد الى اختلاف الظروف التاريخية للقضاء الجزائري عن القضاء الفرنسي، كما أنه بعيد الاستقلال اعتمد المشرع الجزائري نظام وحدة القضاء وعدم اعتماد خصوصية النظرية الفرنسية، وعدم توافر الاطارات القضائية الكافية في تلك المرحلة<sup>(46)</sup>.

وفي نفس الاتجاه يذهب عادل بن عبد الله، في مقاله: "القضاء الاداري في الجزائر بين التنوع القانوني والتخصص"، متسائلا عن دور القاضي الاداري في بناء قانون اداري جزائري أصيل؟ وطبيعة القضاء الاداري<sup>(47)</sup>.

معتبرا أنه لا خصوصية للقانون الاداري وللقضاء الاداري في الجزائر قديما في ظل الوحدة القضائية ولا حديثا في ظل الازدواجية القضائية، لأنه لا يوجد اختصاص قانوني حصري بين القضاة لا في مرحلة التكوين ولا في مرحلة ممارسة الوظيفة. ومن جهة ثانية فلسفة المشرع الجزائري لا تصل الى فكرة التنوع القانوني أي بين العادي والاداري منه<sup>(48)</sup>. ومعتبرا أن "تبني المشرع الجزائري للازدواجية انصب على الجانب التنظيمي للجهاز القضائي وبأن القانون الاداري لم يكن محور التغيير ولن يكون العامل

الحاسم في التأسيس لقضاء اداري متميز يسهم بشكل متميز أيضا في التأسيس لدولة القانون وتكريسها<sup>(49)</sup>.

أي بمعنى مباشر، أنه لا اجتهاد للقاضي الفاصل في المادة الادارية في الجزائر، باعتباره مصدرا للقانون الاداري.

### الفرع الثاني: القاضي لا يخضع الا للقانون.

تنص المادة 165 من الدستور الحالي على ما يلي: "لا يخضع القاضي إلا للقانون"<sup>(50)</sup>.

حيث يرى رشيد خلوفي مصطلح "القانون" الوارد في النص الدستوري أعلاه، له مفهوما ضيقا وآخر واسعا فقها. فحسب المفهوم الواسع، باستثناء المقررات القضائية، يشمل مصطلح "القانون" كل النصوص القانونية مهما كانت طبيعة السلطة العمومية المصدرة لها والنوع الذي صدرت فيه. وتتضمن قائمة هذه النصوص كل من النص الدستوري، الاتفاقيات، التشريع و كل القرارات الإدارية الصادر عن السلطات الإدارية.

أما بحسب المفهوم الضيق، يقصد بمصطلح "القانون" النصوص القانونية ذات الطابع التشريعي الصادرة عن السلطات التشريعية.

ثم يؤكد رشيد خلوفي، أنه في انتظار التفسير الرسمي للمجلس الدستوري، يعد المفهوم الضيق هو المعنى المرجح في الماد' 165 لسببين رئيسيين<sup>(51)</sup>:

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

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

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

كما أن القراءة المشتركة لمقتضيات المادتين 161 و165، تبين وتؤكد بأن خضوع القاضي لا ينصب إلا على القانون في مفهومه الضيق أي النص القانوني الصادر عن السلطة التشريعية<sup>(52)</sup>.

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

وفي نفس السياق نجد المادة الثامنة من القانون العضوي 04-11 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء تنص على أنه<sup>(53)</sup>: "يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة، ولا يخضع في ذلك الا للقانون، وأن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع".

فمن المتفق عليه أن هناك رابطة قوية بين الشرعية والمشروعية باعتبارهما يمثلان دعامة كل بناء سياسي.

حيث البعض يعتبر المدلولين - الشرعية والمشروعية - مشتقان من اصل واحد، وهو الشرع أو الشريعة أو الشريعة، بالتالي لهما نفس المضمون<sup>(54)</sup>. غير أن الباحث يعتقد مع غالبية الفقه اختلاف المدلولين، حيث المشروعية مدلول قانوني يعني سيادة القانون أو تدرج القوانين، واحترام قواعد القانون القائمة فعلا في المجتمع، وهي مشروعية وصفية. بينما الشرعية مدلول أعم وأشمل من ذلك، باعتبارها فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون الوضعي، وتتضمن فضلا عن ذلك قواعد اخرى يستطيع عقل الانسان المستقيم أن يكشفها، ويجب ان يكون المثل الأعلى الذي يتوخاه المشرع في الدولة ويعمل على تحقيقه اذا أراد الارتقاء بمستوى ما يصدر من تشريعات<sup>(55)</sup>.

وبالتالي ومن خلال ما سبق ذكره، يمكن للباحث أن يصل أن مدلول القانون الذي يجب على القاضي ان يصدر أحكامه تبعا له، هو القانون بالمفهوم الواسع، تبعا لمدلول الشرعية، وتطبيقا لمدلول المادة 8 من القانون العضوي 04-11 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء، على اعتبار المادة جاءت شارحة لعموم المادة 165 الدستورية. ولأن القاضي لا يخضع للقانون انما هو يطبق القانون ويسعى الى احترامه من قبل الجميع، ضمن اطار احترام المصالح العليا للمجتمع.

إضافة الى ذلك، يرى بعض الفقه الجزائري، أن القاضي الفاصل في المادة الادارية لا يمارس دوره الانشائي لقواعد القانون الاداري متى أتحت له الفرصة في ذلك، لارتباطه الدائم المستمر بالتشريع<sup>(56)</sup>.

ومن تطبيقات ذلك؛ قرار الغرفة الادارية للمجلس الأعلى بتاريخ: 07-12-1972 كجهة استئناف. حيث قضاة الدرجة الثانية أعابوا على قضاة الدرجة الأولى عدم الاجتهاد والحالة حالة صمت تشريعي. وفي الوقت الذي كان ينتظر تأسيس لقاعدة معيارية مبدئية، لم يمارس ذلك الدور بل كان القياس بقاعدة قانونية مشرعة سابقة<sup>(57)</sup>.

وفي قرار لمجلس الدولة بتاريخ: 08 مارس 1999، بخصوص مادة المسؤولية الإدارية، وحيث كان ينتظر من القاضي الفصل في الموضوع بموجب نظرية المخاطر القضائية المنشأ، قضى القاضي استنادا إلى فكرة الخطأ المفترض، وذلك ارتدادا على أحكام سابقة لا مبرر له. اضافة الى تطبيق القاضي الإداري قواعد القانون المدني دون مبرر، وهو في حال صمت تشريعي كان يمكنه أخذ زمام المبادرة والاجتهاد، ومثال ذلك في قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ: 01-02-1999<sup>(58)</sup>.

## الخاتمة:

في ختام هذا البحث يمكن التأكيد كإجابة مبدئية على اشكالية البحث، ان الغاء تنظيم القضاء الاداري بالكلية ليس هناك ما يبرره، بل هو مناف لأهم مبادئ العدالة وحسن تطبيقها اليوم، ومن ذلك مبدأ التخصص القضائي.

وبالتالي مسألة تعزيز التنظيم القضائي الاداري بشريا ووظيفيا مهمة وأكيدة. وبمعنى آخر، أن مبرر الابقاء على الجهات القضائية الادارية مقابل الغاءها أكثر وجاهة وقبولا، على الرغم من النقائص التي تشوب العمل القضائي الاداري خاصة في الطابع الاجتهادي لها. فاذا كانت الجهات الفاصلة في المادة الادارية لا تمارس الدور الأولي في ابتداع الحلول القضائية في المادة الادارية كما كان في عهد انشاء مجلس الدولة الفرنسي في بداياته، فذلك لا يدع الى تحجيم دورها واعدامه.

فليس هناك من يختلف على أن دور القاضي الفاصل في المادة الادارية في الجزائر محدود ان لم يكن معدوم كما يصفه البعض، وأنه ليس هناك اجتهاد أصيل ان لم يكن قليلا. لكن ذلك لا يؤثر كما يرى الباحث في ضرورة التأكيد على أنه من الضروري أن يبقى للقاضي أثر في بناء أفكار ونظريات القانون الاداري خاصة، وحتى القانون عامة.

حيث على الرغم من وجاهة النظرة النقدية لقضائية القانون الاداري، الا أنه يمكن الوصول بنتيجة بناء على مبررات بقاء القانون الاداري. أن دعائم تعزيز سلطة القاضي الفاصل في المادة الادارية تحتم عليه التمسك بدوره وأثره البنائي للنظرية القانونية الادارية اليوم.

يرى الباحث أن المقارنة بين الفعل القضائي داخل المحاكم أقرب من الفعل التشريعي داخل قبة البرلمان في ابتداع الحلول القضائية أولا وبناء أسس القواعد القانونية ثانيا. غير أن ذلك لا يعني نفي سلطة البرلمان في تشريع النصوص القانونية كسلطة أصيلة.

وتبعاً لذلك يمكن الوصول الى ضرورة:

تعزيز استقلال السلطة القضائية الفاصلة في المادة الادارية، عضويا ووظيفيا، من خلال تأطير أمثل لقضاة المحاكم الادارية بما يناسب المادة الادارية، تطبيقا لتوجهات الاصلاحات القضائية التي تدعو اليها وزارة العدل الجزائرية، وتطبيقها.

تعزيز النظام القانوني لنظام الغرف المجتمعة في مجلس الدولة الجزائري، من خلال اضفاء طابع أكثر رسمية وفاعلية بخصوصه، من خلال تنظيم الغرف المجتمعة في دائرة تسمى "دائرة الغرف المجتمعة بمجلس الدولة"، موازاة مع ما هو معمول به في النظم المقارنة، تحظى بنظام قانوني مستقل عن النظام المتعلق بمجلس الدولة، تحت قانونه العضوي. حيث يكون دورها الأساسي تقويم العمل القضائي للقضاء الاداري، وبعث حركة الاجتهاد الأصيل، واقتراح القواعد اللازمة في كل ما لم ينظمه المشرع سلفا.

وفي آخر المطاف، كل ما ذكر في البحث هو مجرد اجتهاد قابل للنقد والاثراء، وهو في حقيقته فتح لقضية يعتقد الباحث أنها لم تغلق بعد، ومازالت تحتاج إلى اثراء وبحث وتقويم من الفاعلين في المجال القانوني.

## الهوامش:

- (1) غنام محمد غنام، القانون الاداري الجنائي، دار النهضة العربية، 1996، ص 3.
- (2) أنظر: محمد النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 56. ومحمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الاداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص 368.
- (3) أمين مصطفى محمد، علم الجزاء الجنائي، الجزء الجنائي بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 227.
- (4) عبد المنعم عبد العزيز خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الادارية العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 2008، ص 12.
- (5) أنظر في ذلك: عماد بوقلاشي وعادل مستوري، "تطور سياسات وأليات حماية المستهلك من مظاهر الغش التجاري في الجزائر"، رؤية تحليلية خلال الفترة 1990 الى 2014، مجلة المناجير، المدرسة التحضيرية في العلوم الاقتصادية، الجزائر، ع 02، جوان 2015، ص 105.
- (6) منيرة بروغلي، "حركة حماية المستهلك في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 4، أبريل 2017، ص 181-182.
- (7) نهلة أحمد قنديل، حماية المستهلك، رؤية مستقبلية، دار الهاني للطباعة والنشر القاهرة مصر، 2004، ص 20. نقلا عن: عمار زعي، "حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة"، أطروحة دكتوراه علوم قانون أعمال، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012-2013، ص 6.
- (8) قانون رقم: 03/09 الصادر بتاريخ: 25-02-2009 في الجريدة الرسمية الصادرة في: 08-03-2009، ع 15، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- (9) عمار زعي، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، رسالة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص 05.
- (10) أنظر: عبد الوهاب مخلوفي، زهور دقايشية، "قصور أحكام القانون 03-09 في تحقيق الأمن القضائي في نزاعات الاستهلاك"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 14 أبريل، 2017، ص 596.
- (11) المرجع نفسه، ص 596.
- (12) المرجع نفسه، ص 601.
- (13) حيث تم تعديل هذا النص الدستوري في تعديل 06 مارس 2016 والذي ادرج في نص المادة 171 حيث قالت: "... يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الاداري..".
- (14) Voir: Laggoune Walid, "La conception du contrôle constitutionnalité en Algérie, Revue IDARA, N 02, 1996.
- (15) لباس علام، "مجلس الدولة في النظام القضائي الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2209، ص 09.
- (16) أنظر: رشيد خلوفي،: الاجتهاد القضائي الاداري في النظام القانوني الجزائري، دور غير مكتمل"، مجلة الادارة الجزائرية..
- (17) أنظر، عمار بوضياف، "مجلس الدولة الجزائري بين وظيفة الاجتهاد وتعددية الاختصاصات القضائية"، مجلة الاجتهاد القضائي، ع 2، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 98.
- (18) أنظر على سبيل المثال: القانون الاداري لعمار بوضياف، عمار عوابدي، بعلي محمد الصغير، رشيد خلوفي، -ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000 ص 54.
- محمد الشافعي أبو راس، القانون الاداري، مطبوعة منشورة على شبكة الانترنت، ص 20.
- (19) J.Vedel, , " Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", ECDE, 1979-1980, n° 31, p.32..
- (20) محمد الصغير بعلي، القانون الاداري، التنظيم الاداري، دارالعلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، ص 19.

(21) أنظر في تبرير قضائية القانون الاداري على سبيل المثال: صالح جابر، " من منع ويمنع القاضي الفاصل في المادة الادارية في الجزائر من تشريع القاعدة القانونية الادارية؟"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة حمة لخضر الوادي، المجلد 15، ع 02، صيف 2018، ص 221 الى 240.

(22) C. Debbasch, F. Colin, Droit administratif, Ed. Economica, Paris, 2004, p97.

(23) G. Vedel, Art- op cit, p. 34.

(24) Idem.

(25) عزري الزين، " القاضي الاداري يصنع القاعدة القانونية الادارية، مجلة الاجتهاد القضائي، ع 2، ص 108.

(26) أنظر: نص المادة 4 من القانون المدني الفرنسي.

(27) علي عبد الحميد تربي، "التزام القاضي بالفصل في النزاع، دراسة تحليلية في ضوء نصوص القانون الفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء،

(28) المادة 62 من القانون العضوي: 11-04 المؤرخ في: 06-09-2004، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 57، الصادرة بتاريخ: 08-09-2004، المتضمن القانون الاساسي للقضاء.

(29) المادة 63 من القانون العضوي: 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 57 بتاريخ: 08 سبتمبر 2004.

(30) Y. Gaudemet Traité de droit administratif, LGDJ, Paris, Tome 1, 16<sup>ème</sup> édition, 2001, pp. 3-5.

(31) G. Vedel, art, op cit, p 37.

(32) Jean Boulouis, Supprimer le droit administratif ?, Revu Pouvoirs, n 48, 1988, 6 et .

(33) Favoreu, L: Le drit de constitutionnelle droit de la constitution et constitution du droit, RFDC, n 1, 1990 definition .

(35) في بحث فكرة دسترة القانون الاداري انظر: أحمد دخينسة، دسترة القانون الاداري، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2015.

(36) المرجع نفسه، ص 10.

(38) أنظر: علي ابراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص 162-163..

(39) المرجع نفسه، ص 13.

(40) المرجع نفسه، ص 65.

(41) محمد منير حساني، "أثر الاجتهاد الدستوري على البرلمان"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2016-2015، ص 160.

(42) أحمد محيو، المنازعات الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

مصطفى بن جلول، مرجع سابق، ص 61.

(43) أحمد محيو، المرجع سابق، ص 61.

(44) عيسى رياض، "ملاحظات حول تعديل قانون الاجراءات المدنية وأثرها على طبيعة الغرفة الادارية في التنظيم القضائي الجزائري، ملتقى قضاة الغرف الادارية، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 79.

(45) عصام نجاح، يحي وناس، القانون الاداري في الجزائر، قضائي أم تشريعي، ص 22.

(46) أنظر: يحي وناس، عصام نجاح، المرجع نفسه.

(47) أنظر: المرجع نفسه.

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

(49) عادل بين عبد الله، المرجع نفسه، ص 130-131.

(50) عادل بين عبد الله، المرجع نفسه، ص 132.

(51) دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 03-02 والقانون رقم: 19-08 والقانون 01-16.

(52) المرجع نفسه،

(53) القانون العضوي رقم: 11-04 المؤرخ في: 06-09- المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء.

(54) رمزي طه الشاعر، الرقابة على أعمال الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 17.

- (55) أنظر: ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص 18
- (56) أنظر: كمال دريد، القانون الاداري في الجزائر: قضائي أم تشريعي؟، مداخلة في: ملتقى الوطني حول: تأسيس نظرية القانون الإداري في تجربة القضاء الجزائري، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة.
- (57) أنظر: عبد الحفيظ مختاري، "التعليق على قرار 1972/12/7 صمت القانون التفسيري، دور القاضي"، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص 59-64.
- (58) لحسين بن الشيخ اث ملويا، "نظام المسؤولية في القانون الإداري"، دار الهدى، عين مليلة، 2013، ص 31-80.