

جامعة ابن خلدون - تيارت -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع:



# نور القاضي الإداري في تطوير القانون الإداري

مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: علوم إدارية

إشراف الأستاذة:

بدارنية رقية

من إعداد:

-رمضان نورهان

لجنة المناقشة

الدكتورة مكي الخالدية ..... رئيسا

الدكتور سليمي الهادي ..... مناقشا

الدكتورة بدارنية رقية ..... مشرفا ومقررا

السنة الجامعية: 2015/2014

# شكر و عرفان

باسم الله الرحمن الرحيم قال بما الرحمن والحمد لله قالها شاكر العرفان

والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى نبينا وحبينا الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم ملئ الأحراف  
والصفات.

فأول كلمة شكر موصولة إلى الأستاذ الفاضلة المشرفة "بدارنية رقية".

وثاني كلمة شكر موصولة إلى الأهل والأقارب والخلان.

وثالث كلمة شكر موصول إلى كل من الدكتور "حبشي لزرق" و الأستاذ "عشار غانم".

وأخر كلمة شكر إلى كل من كان له الجهد القليل في هذا العمل المتواضع عرفان بالجميل.

وأخر الكلام راجين من المولى عز وجل الثبات والسداد والتوفيق.

# اهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك.... ولا يطيب النهار إلا بطاعتك.... ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك..... ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك.

إلى حبيبتي الغالية التي تظل دوما شعلة النور التي تأخذ من روحها وتمنح لروحي أمني الغالية، إلى من علمني كفاحا وإرادة.... أبي الغالي.

إلى القلوب الطاهرة والنفوس البريئة إخوتي "محمد" "أنيس" وأختي الحبيبة "خولة".

كما لا يسعني إلا أن أقف وقفة شكر وامتنان ترسل الفكر والعلم والمعرفة، قمة البذل والعطاء

أساتذتي الكرام الذين لم ييخلوا علينا بتقديم ما لهم من علم وخبرة وأخص بالذكر من احيت روح العلم والجد في، فكانت خير مرشد ونعم الموجه الأستاذة "بدارنية رقية" التي تفضلت مشكورة بالإشراف على هذه المذكرة.

كما أتقدم بأسمى معاني الأخوة والمحبة والامتنان إلى أسرتي الثانية: "فودي محمد" "بوطباق لخضر"

"بطيب زينب" "بوجناح خالد" "كنتور فاطيمة" وإلى كل الذين لم ييخلوا علي بمساعدتهم في إتمام هذا العمل.

وإلى كل طالب علم والتمس العذر من كل قارئ وجد فيه تقصير أو ثغرة في جانب من الجوانب لأن الكمال صفة من صفات الله عز وجل.

مقدمة

تتجلى مهمة القضاء بصفة عامة وتتحصر في الفصل في المنازعات المعروضة عليهم بما تقتضيه القواعد القانونية الموجودة، إلا أن القاضي الإداري يختلف دوره حسب ما تثيره الأنشطة والمنازعات الخاصة بها من خصوصية خاصة ما يحمل الأفراد على ضرورة اللجوء إلى القضاء نظرا للمساس بحقوقهم وحررياتهم ومن هنا يظهر دوره الفعال في حماية الحقوق والحرريات وما يحققه من عدالة.

فالقضاء الإداري ليس وليد الصدفة، بل كان حتمية من الحتميات التي فرضتها الضرورة وهي تحول الدور المحصور والمقصور على حماية وحفظ الأمن إلى دور فاعل أقحمها في جميع شؤون حياة الأفراد ذلك لاتساع نشاطها وتشعبه وتوغله فيها، مما زاد في حدة تدخل السلطات العامة في الحياة العامة للمواطنين، وأبرز احتكاك تولد عنه تصادم بين السلطة العامة وحقوق الأفراد انبثق عنه نزاع وخصومة بينما اختلفت طبيعته عن المنازعات العادية التي نعرفها بين الأفراد وذلك لاختلاف أطرافها، أحدهما متميز بما يملكه من سلطات ألا وهو الإدارة العامة المرتبطة بالسلطة السياسية للدولة، والأخر ضعيف لا يستطيع مجابتهها ولا يقدر على انتزاع حقه منها لأنها جرت على قضاء كانت فيه الخصم والحكم في آن واحد فتتولى بنفسها حل منازعاتها مما جعلها تتغول عليه وتضم حقوقه وحرياته الأساسية.

هذا ما دفع بالقضاء الإداري بصفته حامي الحقوق والحرريات، أن يشكل أكبر الضمانات التي تكفل حماية النظام القانوني لحقوق وحرريات الأفراد وتحصينها من تعسف السلطة العامة، وإعمال رقابته المطردة عليها ليحقق ويجسد مبدأ المحاكمة العادلة وإقامة فكرة الدولة القانونية، وكذا إضفاء مبدأ الشرعية على جميع أعمال الإدارة وهذا لا يتأتى إلا بالحماية الفاعلة والمتواصلة لحقوق وحرريات الإنسان في الدولة.

ولعل هذه الخصوصية التي نشأ بها القانون الإداري ساهمت في خصوصيته في حد ذاته، فعلى خلاف القانون المدني الذي نشأ منذ نشأة الأفراد والمنازعات القائمة بينهم، نجد أن القانون الإداري ونظرا لحدائته نشأته وارتباطه بنشأة القضاء الإداري جعل منه كثير الثغرات، ما يلزم هذا الاخير اللجوء والتدخل إلى سد تلك الثغرات والمساهمة في وضع وإنشاء بعض القواعد القضائية، التي تتناسب وطبيعة تلك المنازعات، ومع استمرار القضاء في ممارسة هذا الدور جعل معالم القانون الإداري تتكون في رحمه، وهذا إن رجع فهو راجع إلى عدة اعتبارات.

ونظرا لأهمية القانون الإداري بما يختص به من تنظيم أنشطة الإدارة العامة وسرعة تطورها والمنازعات الناشئة عنها وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، نجد أن القضاء الإداري ينفخ الروح في هذا القانون ببسط رقابته والعمل على تحقيق مبدأ المشروعية والمحكمة العادلة بما يتماشى مع تطورات الأنشطة الإدارية وإلا أصبح هذا القانون مجرد حبر على ورق.

ومن هذا المنطلق يجد القاضي الإداري نفسه عند ممارسته لمهامه أمام منازعة بدون نص يحكمها الشيء الذي يضطره إلى الفصل فيها عن طريق إيجاد حل لها، إذ من الصعب على القانون الإداري مع الإشارة أنه قانون غير مقنن، الإلمام والإحاطة بجميع المنازعات والحالات التي يلتمسها الواقع العملي.

ومن خلال هذا الحل الذي يعلن من خلاله القاضي الإداري بطريقة صريحة وهو بصدد الفصل في المنازعة المعروضة عليه عن القاعدة التي ينوي تطبيقها مستقبلا على المنازعات المشابهة لها، فهو بذلك يتجاوز مهامه التقليدية المنوطة به بنص الدستور والمتمثلة في الفصل في المنازعات وإلا أتهم بإنكار العدالة، ليتحول إلى هيئة تضع القواعد القانونية الملزمة وهنا تكمن أهمية الدور الإنشائي للقاضي الإداري.

والجدير بالذكر أن القضاء الإداري الجزائري ما هو إلا امتداد للقضاء الإداري الفرنسي وهو حقيقة أقرها الدارسون ورجال القانون في هذا المجال، غير أننا لا ننكر إسهامات المشرع الجزائري، وإسهاباته في تدعيم هذا الدور الإيجابي.

وعليه نجد أن طبيعة القانون الإداري كونه كثير الثغرات ساهم في إبراز دوره في إنشاء القواعد القانونية لممارسة مهامه الرقابية والتي من خلالها تكونت القواعد القانونية الإدارية، وارتقت بذلك القواعد القانونية إلى مبادئ دستورية التي لا يجوز مخالفتها.

وإن من المعلوم أن هذه المهمة مهمة تشريعية قد تؤدي بنا إلى الإقرار بنسبية الفصل بين السلطات مما يؤدي إلى طرح الإشكال التالي:

**إلى أي مدى ساهم القاضي الإداري في تطوير القانون الإداري؟**

و للإجابة على هذه الإشكالية، ارتأينا تقسيمها إلى الإشكالات الفرعية التالية:

- فيما تتجلى مبررات الدور الإنشائي للقاضي الإداري خاصة كونه قاضي كغيره من القضاة مهمته الفصل في المنازعة الإدارية؟

- هل هذه المهمة غير المألوفة هي مهمة مطلقة أم تحكمها حدود؟ أو بعبارة أخرى هل يلجأ القاضي الإداري إلى إنشاء القواعد القانونية في مجال معين دون الآخر؟ أم أنه يملك تسيير الخصومة الإدارية من إجراءات شكلية وموضوعية دون قيد؟

وفي صدد توضيح هذا الإشكال، فقد ارتأينا أن نستخدم المنهج التاريخي لسرد مراحل نشأة القانون الإداري في كل من فرنسا والجزائر. والمنهج المقارن للمقارنة بين كل من القضاء الإداري الجزائري والقضاء الإداري الفرنسي، باعتبار أن هذا الأخير هو من بادر وبتفوق بالمساهمة في إنشاء قواعد القانون الإداري إضافة إلى استعمال المنهج الوصفي التحليلي وذلك لاستعراض أسباب و مبررات الدور الإنشائي للقاضي الإداري وأساليب توصله إلى تلك القواعد والمبادئ إضافة إلى تحليل النصوص القانونية من خلال توسيع الدور الإيجابي والإستيفائي للقاضي الإداري حماية في ذلك للمصلحة العامة وتكريس وضمان الحقوق والحريات الأساسية.

وما يمكن الإشارة إليه أن سبب اختيار هذا الموضوع هو الحاجة الملحة لقياس درجة تدخل القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية الإدارية، وكذا لمعرفة مدى تمتع القاضي الإداري بذلك الهامش الواسع والمرن واللامتناهي الحدود في ابتكار قاعدة قانونية من وحي تفكيره بما يتلاءم مع الوضع القائم أي حل قانوني لنزاع معروض عليه، ولهذا كان لابد من تناول هذا الموضوع وإستوضح بعض النقاط التي يشوبها الغموض اتجاه القاضي الإداري والقاعدة القانونية، وكذا لمعرفة تلك العلاقة القائمة بين القاضي الإداري والقاعدة القانونية، وهل هي علاقة مقيدة بمعنى أن القاضي الإداري يطبق القاعدة القانونية على النزاع المطروح دون تجاوز هذا الحد، أم أنه تكمن طبيعة العلاقة بينهما أن القاعدة القانونية هي وليدة تلك الممارسة الطويلة للقاضي الإداري.

وللإجابة عن هذه الإشكالية تم اعتماد الخطة التالية المقسمة إلى فصلين: تناولنا في الفصل الأول الدور الإنشائي للقاضي الإداري لقواعد القانون الإداري، مع إبراز أهم مبررات هذا الدور مع كل ما تحمله طبيعة وخصوصية القانون الإداري كونه قانون ذو طابع قضائي وتميز قواعده بالمرونة وسرعة التطور مع إبراز أساليب القاضي الإداري في حالة غموض النص وفي حالة عدم وجوده.

أما في الفصل الثاني تناولنا مجال هذا الدور من إنشاء القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم القواعد القانونية الإدارية مع إبراز أهم القيود على دور القاضي الإداري.

وأخيرا ختمنا بحثنا هذا متوصلين إلى أهم النتائج مشتملة على أهم الاقتراحات والتوصيات التي من شأنها تعزيز دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية بجرية أكبر دون قيد أو شرط وهذا ما يجعل مجموع هاته القواعد تتميز بالمرونة والسهولة في تطبيقها وابتعادها الكامل عن الغموض والإبهام مما يحول بذلك إلى تطبيقها دون الحاجة الماسة إلى تفسيرها أو محاولة التنبأ بما تتمحور حوله، وهذه هي الميزة الحقة لمجموع قواعد القانون الإداري.

## الفصل الأول

المور الإسلامي القاضي الإداري لقواعد القانون الإداري

## الفصل الأول: الدور الإنشائي للقاضي الإداري لقواعد القانون الإداري:

القضاء الإداري هو جهة الرقابة لتصرفات الإدارة، غير أن الإدارة بحكم ما تقدمه للمجتمع وفلسفة وجودها المتمثلة في خدمة المنفعة العامة غالباً ما تحيد عن الهدف الذي وجدت من أجله، ولهذا لا بد من قيود تحد من حريتها وتردها إلى حظيرة القواعد التي تكفل حريات المواطن وقيمهم الاجتماعية، وما تثيره الأنشطة من المنازعات والدعاوى المرفوعة بشأنها خاصة مع الأشخاص الطبيعية والمعنوية من أشخاص القانون العام كدعوى الإلغاء والتعويض، ما يحمل الأفراد على ضرورة اللجوء إلى مرفق القضاء في حالة المساس بحقوقهم وحرياتهم لما له من دور فعال في حماية الحقوق والحريات، وما يحققه من عدالة بين الأفراد وفيما بينهم وبين الأشخاص الاعتبارية، حيث تتجسد هذه العدالة في القاضي الذي يمثل أحسن تمثيل باعتباره حامياً للحقوق والحريات في المجتمع بأسره، وهو ما نصت عليه المادة 139 من دستور 1996 حيث جاء فيها "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

فالقاضي الإداري هو القاضي الطبيعي للإدارة إذ يستمد اختصاصه من الدستور ومن جميع القوانين المنشأة له والمتمثلة في رقابة مشروعية أعمال السلطة الإدارية وبإلزامية التعويض عن الأضرار الملحقه بالأفراد إلا أن مهمته الخاصة تكمن في حالة عدم وجود نصوص قانونية أو غموضها للفصل في تلك المنازعة، فيستخلص الحلول التطبيقية على الوقائع المطروحة بابتكار المبادئ وإرساء النظريات من تلك الوقائع ومن الظروف المعاصرة للنزاع المعروض أمامه<sup>1</sup>.

فالقاضي الإداري لا ينتظر وجود النص القابل للتطبيق على المنازعة حتى يمكنه الفصل فيها بل يبحث دائماً عن الحلول المتوازنة التي تراعي خصوصية العمل الإداري دون التغول على حقوق ومصالح الأفراد الخاصة، فلم يوجد القضاء الإداري لمحاباة الإدارة وإنما مراعاة طبيعة نشاطها وما تستلزمه هذه الطبيعة من وجود قاض ذي تكوين قانوني خاص جرى اكتسابه على وجه معين مغاير لذلك التكوين الذي اكتسبه القضاة الآخرون.

<sup>1</sup> - طحين سعاد، إجتهدات القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، مذكرة ماستر، جامعة بسكرة، دفعة 2013-2014 ص أ.

من هذه الخصوصية للقاضي والقانون الإداري جاءت التطورات الكبرى لنظريات القانون الإداري باجتهادات لم تجد لها أصلا في نصوص مكتوبة<sup>1</sup>، ما دفع الفقه إلى محاولة إيجاد المبررات لهذا الدور التشريعي الذي يمارسه القاضي الإداري على غرار غيره من القضاة خصوصا في دول النظام القانوني والقضائي المزدوج<sup>2</sup> وهذا ما سيتم دراسته في (المبحث الأول) مع بيان الأساليب المتبعة من القاضي الإداري في استخلاص هذه المبادئ في (مبحث ثاني).

---

<sup>1</sup> - رجب محمود طاجه، مبدأ تجرد القاضي الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 84، سنة 2011، ص 3.

<sup>2</sup> - رياض عيد عيسى الزهري، رأي في مبررات الدور التشريعي للقاضي الإداري "دراسة مقارنة" الحوار المتمدن، العدد 2794، 2009/10/9، ص 1.

المبحث الأول: مبررات الدور الإنشائي للقاضي الإداري لقواعد القانون الإداري.

كان لابد للحديث عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري لمجموعة قواعد القانون الإداري، التطرق إلى تعريف جامع مانع لمجموع هذه القواعد للتعرف على مدى قابليتها للإنشاء من طرف القاضي الإداري ومدى توافرها على مجموعة الخصائص التي تجعلها قضائية النشأة، وعليه تعددت التعاريف وتنوعت في هذا الإطار، حيث يعرف الفقيه أندرو القانون الإداري بأنه "ذلك الفرع من القانون العام الداخلي الذي يتضمن تنظيم نشاط الإدارة التي تعمل من قبل السلطة السياسية لتضمن تحقيق أوجه تدخل الدولة الحديثة" وأضاف قائلاً "إن هذا المعنى سيجعل القانون الإداري مشتملاً على أربعة مجالات

1- تنظيم الإدارة العاملة.

2- نشاطها.

3- وسائلها.

4- الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية<sup>1</sup>.

وفي هذا السياق يعرف الفقيه فالين أيضاً القانون الإداري " بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة العاملين فيها، وتحدد نطاق وحدود صلاحياتها سواء في مواجهة المحكومين أو في مواجهة بعضها البعض".

في هذا الصدد يتضح أن القانون الإداري هو قانون الإدارة العامة، ولكن الاختلاف يظهر في تحديد مجموع الموضوعات التي يشتمل عليها القانون الإداري<sup>2</sup>.

ولذا يمكن تعريف القانون الإداري أنه مجموع القواعد القانونية غير المألوفة المتميزة عن قواعد القانون الخاص، والتي تتعلق بالإدارة العامة فيمت تتصرف كسلطة عامة<sup>3</sup>.

ومن خلال تعريف القانون الإداري يتضح وجود مبررات تميزه عن القانون الخاص، وباعتبار القاضي الحامي لمبدأ المشروعية التي يختلف دوره باختلاف القواعد القانونية المطبقة، ونظراً لطبيعة وخصوصية القانون الإداري نجد القاضي يكتسب صفة القاضي الإنشائي بالمقارنة مع القاضي الجزائي والمدني، إذ لا يقتصر

<sup>1</sup> - عصام علي الدبس، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2014، ص 25.

<sup>2</sup> - مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 2014، ص 18، 19.

<sup>3</sup> - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2002، ص 8 .

دوره على مجرد تطبيق النصوص المكتوبة أو تفسيرها في حالة غموضها ومن ثم تطبيقها، وإنما يتمثل في الدور الإنشائي والإبتداعي للقاعدة القانونية التي يفصل بمقتضاها في النزاع<sup>1</sup>.

إذ بدا الأمر على هذا النحو لساغ القول أن طبيعة وخصوصية القانون الإداري تبرر منح القاضي الإداري هذا الدور، حيث تم استخلاص هذه المبررات من خصائصه التي تتمثل أساسا في عدة جوانب أهمها اعتباره قضائي النشأة، وتميز قواعده بالمرونة وسرعة التطور، وهذا ما سيتم بيانه في المطالب التالية على الترتيب.

### المطلب الأول: قضائية القانون الإداري:

الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في المنازعات المعروضة أمامه ، فهو ملزم قانونا في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكرا للعدالة، لذلك رسم المشرع للقاضي العادي الأسلوب الذب يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية القائمة لحل النزاع، وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدرا رسميا للقانون لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع.

إلا أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنينه، وظروف نشأته، وتعدد مجالات نشاطاته، أدى إلى تجاوز القضاء الإداري دور القاضي العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية ويصبح القضاء مصدرا رسميا للقانون الإداري بل ومن أهم مصادرها الرسمية ويتعدى دوره التشريعي في كثير من الأحيان<sup>2</sup>.

فوجود القانون الإداري يرتبط اليوم بضرورة التأسيس لدولة القانون أين فعالية قواعد القانون مضمونة حتى في مواجهة الإدارة فيفرض احترامها ويرتب جزاء عن مخالفتها من قبل قاضي مستقل.

فمن الناحية التاريخية، القواعد المطبقة على الإدارة صقلها قضاء متميز عن القضاء العادي، قضاء ولد من رحم الإدارة، موظفون إداريون لا قضاة محترفون، تلك هي الميزة الفرنسية لازدواجية القضاء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - رياض عيد عيسى الزهري، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> - مازن ليلو راضي، القضاء الإداري "دراسة مقارنة ومبادئ القضاء الإداري في العراق" غير منشور، ص 15.

<sup>3</sup> - بن عبد الله عادل، ميزة وطابع القضاء الإداري في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 30 مايو 2013، ص 235.

فمن الصعب فهم التمييز القائم بين القضاء العادي والقضاء الإداري إلا بالرجوع لتاريخ القانون الإداري الفرنسي أين تم إبعاد نزاعات الإدارة عن القاضي العادي، وفيما يلي سنتطرق وباختصار لنشأة هذا القانون في النظام الفرنسي والنظام الجزائري على حد سواء.

### الفرع الأول: نشأة القضاء الإداري في فرنسا:

إن نشأة مجلس الدولة الفرنسي وقربه من الإدارة ومساهمته في الوظيفة الاستشارية أعطى له خبرة ملموسة في شؤون الإدارة الذي كان لها الأثر الكبير في تطور القانون الإداري المعروف اليوم بقيمته وطابعه القضائي، فالمفاهيم والمبادئ الأساسية والحلول في تفاصيلها هي عمل مجلس الدولة أساسا الذي كانت له مساحة كبيرة للحل لأن قواعد القانون المكتوبة قليلة وتطبيق القانون المدني مستبعد<sup>1</sup>.

ترجع الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري المتميزة عن قواعد القانون الخاص إلى نشأة القضاء الإداري بعد الثورة الفرنسية سنة 1789، حيث لعبت الظروف التاريخية ومراحل تطور القضاء الإداري في فرنسا الدور في بدء إرساء مبادئ ونظريات القانون الإداري التي تتلاءم وطبيعة ما يعرض أمامه من نزاع حيث أن هذه المبادئ والنظريات لم تنكسر إلى في القرن 20 نتيجة للجهود القضائية والفقهيّة<sup>2</sup>، ولعل هذه الحداثة في النشأة ساهمت إلى حد بعيد في فسح المجال للقاضي الإداري و إجباره إن صح القول إلى ابتكار حلول ونظريات إزاء عدم وجود نص قانوني يحكم المنازعات الإدارية.

فبعد مراحل طويلة بدأت مع الثورة واتبعت بتعديلات حاسمة، نشأ القضاء الإداري الفرنسي. فمنذ البداية رفضت فكرة إسناد نزاعات الإدارة إلى محاكم عادية خوفا من استمرار التعدي على صلاحياتها لذلك منعت المحاكم من النظر في مسائل الإدارة، وكانت النتيجة الطبيعية لذلك معالجة الإدارة لنزاعاتها مع الأفراد بذاتها فنشأ نظام الإدارة القاضية وإن كان يتعارض مع فكرة العدالة كون الإدارة قاضي وخصم في آن واحد إلا أنه لم يظهر بأنه يتناقض مع مبدأ الفصل بين السلطات<sup>3</sup>.

ومع نشوء مجلس الدولة الفرنسي في 12 ديسمبر 1797 في نفس وقت إنشاء المحاكم والمجالس الإقليمية، كان عمله يقتصر على فحص المنازعات الإدارية وإعداد مشروعات الأحكام، فلم يكن يملك

<sup>1</sup> - بن عبد الله عادل، المرجع السابق، ص 236.

<sup>2</sup> - علي عبد الله العراي، ورقة عمل حول دور الإجتهد القضائي الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري، المشاركة في المؤتمر

الأول لرؤساء المحاكم العادية، بيروت، 20-21 يونيو 2011، مجلس الشورى مجلة البحرين، 8 يونيو 2011، ص 2.

<sup>3</sup> - بن عبد الله عادل، المرجع السابق، ص 236.

سلطة القضاء وإصدار الأحكام ولذا سمي قضاؤه في هذه المرحلة بالقضاء المقيد، إلى حين صدور قانون 24 مايو 1872 الذي منح مجلس الدولة الاختصاص البات في المنازعات الإدارية، وبالرغم من هذه السلطة فإنه أبقى على اختصاص السلطة القضائية إذ لا يملك الأفراد اللجوء إلى مجلس الدولة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، واستمر هذا الوضع حتى تاريخ 13 ديسمبر 1889 عندما قبل مجلس الدولة دعوى قدمها أحد الأفراد مباشرة دون المرور على الإدارة في قضية « cadot » أمامها فترتب على حكمها فيها أن أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعة الإدارية<sup>1</sup>.

وهكذا تحقق مع قضية « cadot » الفصل بين الأعمال القضائية وبالتالي السلطة القضائية والأعمال الإدارية أي السلطة الإدارية.

### الفرع الثاني: نشأة القضاء الإداري في الجزائر:

مر النظام القضائي الإداري في الجزائر بمراحل عديدة حيث تطورت وتغيرت تشكيل الهيئات القضائية المختصة بالنزاعات الإدارية خلال الفترة الاستعمارية ما بين 1830-1962 حسب تطورات الأوضاع في فرنسا مع انخيازها وانقيادها لخدمة الاستعمار على حساب العدل وحقوق وحرريات الجزائريين ويمكن تقسيم هذه التطورات إلى ثلاث مراحل:

-أولاً: مرحلة الخلط بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية: و تظهر في هذه المرحلة ثلاث محطات رسمية:

1-فترة مجلس الإدارة: لم يظهر مجلس الإدارة إلا في 1834 بعد فشل اللجنة الإدارية الملكية كجهة قضائية مختصة بالفصل في النزاعات الإدارية، حيث كان آنذاك مجلس الإدارة يلعب دور المستشار للمحافظ، إضافة إلى الفصل في جميع المواد المخولة للمجالس الولائية في فرنسا، وإصداره لقرارات قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة بباريس. وقد عدل عن هذا التنظيم بتأسيس مجلس المنازعات<sup>2</sup>.

2-مجلس المنازعات: أسس بموجب الأمر الملكي المؤرخ في 15/04/1845، والذي اعتبره هيئة قضائية شبه مستقلة عن الإدارة من حيث التشكيلة والصلاحيات الموكلة له وخاصة من حيث بعض القرارات الصادرة عنه.

<sup>1</sup> - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 6.

<sup>2</sup> - السايح صلاح الدين، تطور القضاء الإداري في الجزائر، مذكرة ماستر، جامعة ورقلة، 2013، ص 15.

ولأول مرة ينظم هذا الأمر قواعد إجرائية متعلقة بالنزاعات الإدارية من إجراءات التحقيق وتبليغ القرارات الصادرة عنه....

إلا أنه تم حل هذا المجلس سنة 1847 بحجة أنه لا يتطابق تنظيمه مع التقسيم الإقليمي الذي أسس ثلاث مقاطعات المتمثلة في الجزائر، وهران، وقسنطينة<sup>1</sup>.

إلا أن بعض الفقهاء بيّن حقيقة حل مجلس المنازعات بقوله "لأول مرة فلتت المنازعات الإدارية من سلطة و قبضة الإدارة بحيث قام مجلس المنازعات لمهمته القضائية بجدية حيث حاول في عدة مرات مراقبة تجاوزات الإدارة الاستعمارية وتعسفاتها"<sup>2</sup>.

3-فترة مجلس المديرية: حيث تشكلت ثلاث مجالس على مستوى المقاطعات الثلاث المذكورة سابقا وتختص هذه المجالس في الفصل في المنازعات المخولة لمجلس المنازعات والمجالس الولائية في فرنسا، حيث لعبت هذه المجالس دورا في تدعيم الإدارة على حساب المواطنين. ويعتبر عهد مجلس المديرية آخر محاولة من الإدارة الاستعمارية هيمنتها على الهيئات القضائية الإدارية والتحكم فيها.

-ثانيا: مرحلة تأسيس قضاء إداري مستقل عن الإدارة سنة 1849.

أين تم وضع هياكل قضائية مستقلة عن الإدارة تمثلت في:

1-المجالس الولائية: في هذه المرحلة أصبحت المقاطعات تسمى الولايات وتستشار من طرف الوالي يساعده مجلس عام منتخب ومجلس ولائي، حيث نصبت هذه المجالس في 1849/2/8، بينما المجالس الولائية في فرنسا أسست خلال الثورة الفرنسية سنة 1789<sup>3</sup>.

-ثالثا: تأسيس قضاء إداري بعد الاستقلال:

في هذه المرحلة عرف القضاء الإداري في الجزائر ثلاث مراحل، امتدت الأولى من 1962/7/5 يوم استرجاع السيادة الوطنية أين أبقى النظام الجزائري على العمل بالنظام الإداري المزدوج الموروث على الاستعمار الفرنسي وذلك للانعكاسات والاضطرابات التي تشل النشاط الإداري بعد الاستقلال مباشرة

<sup>1</sup> - رشيد خلوي، قانون المنازعات الإدارية "تنظيم واختصاص القضاء الإداري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة 2007 ص 69.

<sup>2</sup> - تعريف الأستاذ بنطان « bontens ». مشار إليه في رشيد خلوي، المرجع السابق، ص 71،

<sup>3</sup> - السايح صلاح الدين، المرجع السابق، ص 18.

لعدة اعتبارات. إلى غاية 1963 أين تم تأسيس أول هيئة قضائية جزائرية هي المجلس الأعلى أي المحكمة حالياً، وقد انتهج النظام القضائي الجزائري بعد ذلك لنظام وحدة القضاء والقانون إلى حين صدور دستور 1996 الذي وضع قواعد جديدة متعلقة بالقضاء الإداري وأنشأ مؤسسات جديدة متعلقة بالسلطة القضائية وخاصة بالقضاء الإداري<sup>1</sup>.

والعبرة من تناول نشأة القضاء الإداري في كل من فرنسا باعتبارها الدولة الأم لنشوء القانون الإداري، والجزائر باعتبارها أحد الدول التي انتهجت نهج النظام القضائي الإداري في فرنسا، إنما يتجلى في ارتباط المنازعة الإدارية والقانون الإداري بفكرة القاضي المتميز<sup>2</sup>.

فالقانون الذي يصنعه القاضي يساوي ما يساويه القاضي الذي صنعه، وتعود قيمة القانون الإداري إلى ما صنعه مجلس الدولة، أي إلى جهاز له تقليد سام في العلم والاستقلال والإحساس بالدولة والتعلق بالحريات. ومجلس الدولة قاضي شجاع اتجاه الإدارة التي يعترف بها والتي يخرق اختصاصاتها إلى أقصى حد ذلك بأن أعضائها خبرة الحياة الإدارية، وهو شجاع أيضا اتجاه المشرع مع أنه يؤكد خضوعه للقانون إذ أنه تحت غطاء تفسير القانون قد يحدث له أن يحول القانون إلى اتجاه يرى أنه أكثر توافقا مع المصلحة العامة بشجاعة ليست للقاضي المدني عموماً<sup>3</sup>.

ولعل من أهم وأبرز وأشهر الأحكام القضائية الفرنسية التي ساهمت في وضع معالم القانون الإداري واعتبرت حجر الزاوية في القانون الإداري كله هو حكم « blanko » الصادر في 8 فبراير 1873 والذي كان حلقة ربط القضاء الإداري بالقانون الإداري. فبمقتضى هذا الحكم تم الإقرار بمعيار المرفق العام كمعيار الاختصاص الإداري وأكد على إطلاق الاختصاص الإداري في أنزعة المسؤولية لصفة خاصة حيث جاء فيه ما يلي: " وفيما يتعلق بجوهر القانون يذهب إلى ما هو أبعد من موضوع مسؤولية الدولة حيث تسري حيثياته في شأن القانون الإداري في مجموعته فهي من ناحية تستبعد المبادئ التي وضعها التقنين المدني، ومن ناحية أخرى تؤكد الطبيعة الخاصة للقواعد التي تسري على المرافق العامة.

<sup>1</sup> - رشيد خلوي، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> - بن عبد الله عادل، المرجع السابق، ص 241.

<sup>3</sup> - جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان الطبعة 01، 2001، ص 63.

ويلاحظ في شأن النقطة الأولى جراءة القاضي في استبعاد تقنين وضعه المشرع. فإذا كانت الصيغة يمكن أن تستند إلى تقليد تاريخي كامل، فيظل التأكيد مع ذلك قضائياً وحاسماً. وتتضمن ذات الطبيعة الخاصة للقواعد المطبقة على المرافق العامة مظهرين:

- يتعلق الأول بذاتية القانون الإداري، وتقوم ليس فقط في خروجه على القانون المدني، ولكن كذلك في أنه يكون نظاماً ذاتياً خاصاً بمنطقة وحلوله.....".

وهذا حكم بلانكو علامة تحول في القضاء الإداري، إذ لم تعدل مبادئه بصفة أساسية رغم ما أدخل عليها فيما بعد من تنوع، وهكذا فلا زال يمكن ترديد حيثياتها عند اللزوم<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق ذكره، نجد أن الفضل يعود لمجلس الدولة الفرنسي الذي أثر وساهم بشكل كبير في إيجاد المبادئ العامة واجبة التطبيق فقد تجاوز أهميته كونه قضاء يفصل في المنازعات ويسعى إلى تطبيق القوانين حرفياً إلى الاستناد إليه كمصدر من مصادر القانون الإداري وكأحد الخاصيات التي تتميز بها مجموعة قواعد القانون الإداري، وامتد دوره إلى تطوير التشريعات الإدارية وسد النقص متجاوزاً بذلك دور القاضي العادي الذي يقتصر دوره على تفسير وتطبيق النص، ومهما كان من شأنه تقرير دور القضاء الإداري في تطوير وإنشاء مجموعة القواعد القانونية الإدارية هو أن هذه الأخيرة لم تحط جميع موضوعات القانون الإداري<sup>2</sup>.

وإن كان المشرع ينهض في الحقيقة ببعض مواضيع القانون الإداري، خاصة ما يتعلق ببعض النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية التي تحكم جوانب مهمة من علاقات الإدارة العامة مثل قانون الخدمة المدنية، وقانون انضباط موظفي الدولة، فإن التشريع لازال قاصراً عن مجالات أخرى كثيرة من قبل قواعد القرار الإداري، قواعد المسؤولية الإدارية وشروط الطعن بالإلغاء، وما إلى ذلك من مجالات لازال القضاء يمثل المصدر الرسمي لأحكامه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محكمة التنازع، 8 فبراير 1873، حكم بلانكو، مجموعة الملحق الأول ص21، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة أحمد يسري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة 10، 1995، ص22.  
المشار إليه أيضاً في:

M.long/P.weil/ G. braibant/P.delvolvé /B gemevois , Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,Dalloz,Paris, 13 ème édition ,2001, page 1

<sup>2</sup> - مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص 24، 25.

<sup>3</sup> - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص11.

فالقول بأن القانون الإداري ذو طابع قضائي لا يعني إغفال المصادر الأخرى التي ترفده كقانون منها التشريع والعرف... الخ إلا أن القضاء يكون مصدرا متفوقا على تلك المصادر لأنه صاحب الفضل في تشييد مبادئ هذا القانون ، كما أن المشرع قد يستلهم في كثير من الأحيان ما توصل إليه القضاء من مبادئ فيصوغ تشريعه على هذا الأساس فالقاضي عندما يطبق القانون لا يتقيد بالمعنى الحرفي للنص بل يتمتع بقدر من الحرية في تفسير النصوص وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة أمامه، وعندما لا يوجد نص أو عندما يكون غامضا.، فإن القاضي يضطر إلى ابتداء الحل الذي يحسم النزاع، فهو يقوم بخلق القاعدة من عنده<sup>1</sup>.

ويقودنا القول من خلال هذا أن القضاء أساس إرساء المبادئ والأحكام العامة وبالتالي القانون الإداري هو قانون ذو طابع قضائي وليس قانون قضائي، ذلك لأن السلطة القضائية لا تملك اختصاصا وصلاحيات التشريع لان هذا الأخير هو من صلاحية و اختصاص السلطة التشريعية، ولا بد من التنويه أن القضاء الإداري عند إعلان عن وجود المبادئ العامة للقانون التي تشكل أحد مصادر القانون الإداري لا يقوم بخلقها وإنشائها من العدم على قدر ما يقوم بالكشف عنها باعتبار أنها مبادئ موجودة وراسخة في ضمير الجماعة أو المشرع الذي لم يعمل على تدوينها كقواعد تتماشى مع نشاط الإدارة، أي أن القضاء الإداري يقوم باستنباط واكتشاف المبادئ القانونية العامة والإعلان عن إلزاميتها.

وفي هذا يملك القضاء الإداري حق الرجوع والعدول عن المبادئ القانونية التي اكتشفها كما يمكنه تطويرها أو تطبيقها أو عدم تطبيقها على أي خصومة إدارية كانت. لكن على غرار هذا، المشرع حين إصداره لقاعدة قانونية عامة فإن القضاء ملزم بتطبيقها على مجموعة الدعاوى الإدارية المرفوعة والمنظورة لديه، وهنا تتقيد سلطة القاضي الإداري اتجاه هذه القواعد كونها أصبحت قواعد قانونية يتضمنها تشريع قائم<sup>2</sup>.

بالتالي يتقيد القضاء في أداء مهامه وابتداعه لهذه المبادئ، بعدم مخالفة للنصوص التشريعية القائمة على أساس أن القضاء إنما يعبر عن إرادة مفترضة للمشرع، أما إذا أفصح عن إرادته تلك بنصوص تشريعية، فإنه يلتزم بتطبيق تلك النصوص في أحكامه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - خلف محمود الجيوري، دور القاضي في سد القصور في القانون الإداري، غير منشور، ص2.

<sup>2</sup> - عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص95.

<sup>3</sup> - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص11.

في الأخير ما يسعنا القول الا أن القضاء الإداري وخاصة الفرنسي من ساهم في استنباط واكتشاف وتقرير المبادئ القانونية العامة بحيث تصبح قواعد ملزمة يتعين على الإدارة إتباعها. فإنه يحق لنا أن نتساءل من أين استنبط القضاء هذه المبادئ؟ ومن أين اكتشفها حتى اكتسبت هذه القيمة عن باقي القواعد القانونية الأخرى؟

فلا جدال أن القضاء لا يمكنه الخروج عن اختصاصه الحقيقي والاعتداء على مهمة واختصاص المشرع. فالقاضي ليس بمشرع حتى يمكن له أن يقوم بذاته بوضع وإنشاء القواعد القانونية وعلى ذلك فمهمة القضاء هنا إنما تتمثل في مجرد الكشف واستنباط قواعد ومبادئ قانونية موجودة وكائنة أصلاً، فهو يعمل على مجرد الكشف والإعلان عن وجودها وعلى ذلك يتضح أن المبادئ العامة للقانون إن لم يكن لها وجود في النصوص التشريعية المكتوبة، فإن لها الوجود والكيان الأصيل في مكان آخر فكل ما يقوم به القاضي هنا هو الكشف عنها والإتيان بها إلى عالم القواعد القانونية الملزمة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: مرونة قواعد القانون الإداري وسرعة تطوره:

إن ارتباط خصائص القانون الإداري تجعل منه قانون متميز، فتواجد خاصية أنه حديث النشأة تساهم في خلق وإبراز خاصية أنه من صنع القضاء، وكذا الشأن في سرعة تطوره، فتميز عدم تقنين قواعد القانون الإداري تؤدي إلى مرونة وعدم جمود قواعده، مما يرتب كنتيجة عملية هو إمكان مواجهته للتغير والتطور للظروف والأحوال السياسية والاقتصادية والاجتماعية في مجموعة الدول فيما يتلاءم معها، ومادام أن القانون الإداري غير مقيد بنصوص قانونية يدفعه إلى التميز بعدم المرونة ارتباطاً في ذلك إلى طبيعة الروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد وسرعة تطورها عن تلك الروابط التي تنشأ بين الأفراد في بعضهم البعض وهذا ما يدفع القاضي الإداري والقضاء الإداري على حد سواء إلى إيجاد حلول تتلاءم وطبيعة الروابط المستجدة<sup>2</sup>.

ضف إلى ذلك أن سرعة التطور ترجع إلى طبيعة الموضوعات التي يعالجها القانون الإداري وارتباطه الوثيق بالإدارة العامة، لأن قواعد القانون الإداري تحكم أداء الإدارة العامة بوظيفتها ونشاطها، فالتطور الحاصل في مختلف المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية أدى بالضرورة إلى حصول التطور

<sup>1</sup> - هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 2014، ص 97.

<sup>2</sup> - هاني علي الطهراوي، المرجع نفسه، ص 97.

السريع وإن صح القول المتسارع، فما يمكن ملاحظته مثلا من ظهور فكرة الحكومة الإلكترونية كتعديل حاصل على مستوى الإدارة أدى بالضرورة إلى إيجاد ترسانة قانونية تتواكب مع هذا التعديل<sup>1</sup>.

في هذا السياق يقول العلامة فالين « **waline** » أن تطور القانون الإداري يسير في اتجاهين أحدهما يتعلق بنطاق تطبيقه وذلك نتيجة اتساع نشاط إدارة الدولة الواحدة ذلك لأن الدولة انفتحت على العديد من المجالات متخفية في ذلك عن الدور التقليدي لها من دولة متدخلة إلى دولة حارسة، وكذا تغييرها من اعتمادها للمرافق التقليدية كالأمن والدفاع والقضاء لتشمل بذلك كل المجالات هذا من جهة، ومن جهة أخرى ازدياد عدد السكان دفع الدولة إلى زيادة عدد المرافق تماشيا في ذلك مع تقديم الخدمات اللازمة لكل المواطنين دون نقصان مؤديا بذلك إلى ظهور اللامركزية سواء كانت إقليمية أو مرفقية، كل هذا أدى على ظهور مجموعة من القواعد تواكب هذا التطور الحاصل مما يقضي إلى جمود قواعد القانون الإداري تؤدي بالضرورة إلى تعطيل عجلة النمو الحاصل والخارج عن إرادة الدولة ويجعلها بذلك ملزمة لإيجاد حلول عملية وبالتالي الحل هو خلق قاعدة قانونية تتماشى مع الظرف القائم. أما الاتجاه الثاني الذي قال به فالين هو تعلقه بمضمون القانون الإداري وذلك لارتباطه كما سبق القول بمجموعة المرافق المنشئة<sup>2</sup>.

بالتالي فالطبيعة القضائية لهذا القانون تنعكس على طبيعة قواعده من حيث المرونة وسرعة التطور ذلك أن الحكم القضائي في نطاق القانون الإداري يكون وليد الظرف الواقعي ويتجاوب مع مستجدات الحياة اليومية في نشاط الإدارة، ومن هنا تكون قواعد القانون الإداري ذات طبيعة مرنة لأنها لا توجد دائما في نصوص تشريعية ولا تتقيد بسوابق قضائية. فقسم كبير من القانون الإداري غير تشريعي، حيث يضع المشرع في بعض الحالات مبادئ عامة إلى درجة أن محتواها يحدده القاضي في الحقيقة، وفي حالات أخرى لا يضع سوى فرضيات خاصة. وأن كتلة كبيرة من الحالات المتنازع فيها خارج حقل تطبيق النصوص.

إذا كان المشرع قد نظم حالات خاصة بمسؤولية الدولة طوال القرن 19، فقد أهمل تنظيم المشكلة العامة لمسؤولية الأشخاص العامين، فكننتيجة نجد أن القواعد الأهم في القانون الإداري وضعها القاضي إما لأنه ربط حينها إلى حد ما هذه القواعد بنص ما، أو لأنه أكدها بمبادرة منه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص 23-26.

<sup>3</sup> - جورج فوديل، بيار دلفولفيه، المرجع السابق، ص 62.

القضاء الإداري المتخصص والمختص بتطبيق القانون الإداري هو الكفيل بابتكار النظريات والقواعد فهو القادر على خلقها لتحقيق مركز التوازن بين امتيازات ومقتضيات الإدارة العامة وبين ضرورة تحقيق الحماية لحقوق وحريات الأفراد، فانعدام وجود هذا القضاء يجعل نظرية القانون الإداري تصاب بالجمود عن التطور وملاحقة التطورات والمعطيات الإدارية المتجددة والمتلاحقة، ومن ثم فلا وجود لنظرية القانون الإداري في مفهومه ومدلوله الفني والضييق، إلا بوجود نظام القضاء الإداري. إذ تعتبر هذه مقومات وشروط نظرية القانون الإداري في مدلوله الفني<sup>1</sup>.

المشروع والقاضي وفقا لهذا لتصور، ووفقا لطبيعة هذا القانون يعمل كلاهما وفقا لنظرية الامتداد والتكامل<sup>2</sup>، فإذا كان التشريع يعبر عن اختيارات الأمة ومصالحها العامة فإن القاضي الإداري يضمن استمرارية هذه القواعد التشريعية، فالتشريع ما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولاً وسطى هذا ما يجعل من القضاء مصدرا مستقلا ومساويا لباقي مصادر القانون الإداري، فهو يخص القاعدة القانونية ويقوم بتحيينها إذ بدونه لا يمكن للتشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية، فالقاعدة القانونية تضمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة وذلك بخلق روح جديدة لهذه النصوص<sup>3</sup>.

إن مرونة القانون الإداري جعلت منه قانونا شديدا الحساسية للسياسة العامة في الدولة والتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فهو سريع الانسجام والتلاءم مع التطورات المختلفة ففكرة كونه قانون ذو طابع قضائي غير مقنن يساعده على هذه المرونة. فبالرجوع إلى أسباب عدم التقنين نجد أن نشأة وتطور القانون الإداري تدريجيا وبانتظام جعلت كتابته وتقنينه أمرا غير منطقياً، ضف إلى ذلك حتمية الاعتراف للقاضي الإداري بالسلطة التقديرية والحرية اللازمة لخلق وابتكار الأحكام والحلول والنظريات القانونية اللازمة والملائمة للنشاط الإداري إلا أن عدم التقنين لا ينفي وجود التقنين الجزئي لبعض موضوعات وقواعد القانون الإداري مثل قانون الولاية، قانون البلدية، قانون الوظيفة العامة... الخ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1990، ص 13.

<sup>2</sup> - حبير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، غير منشور، ص 244.

<sup>3</sup> - طحين سعاد، اجتهادات القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، مذكرة ماستر، جامعة بسكرة، 2013-2014 ص 6.

<sup>4</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 11.

بالرغم من حداثة وفتوة القانون الإداري لم يمنعه من أن يكون قانون متغير بعمق في نظرياته ومبادئه ومن ذلك مثلا تطور نظرية المسؤولية الإدارية بالمقارنة مع ما كانت عليه. حيث أصبحت تقوم أحيانا على أسس مجردة كالفعل الضار والمخاطر، وكذلك النظريات المتعلقة بال عقود الإدارية ونظرية المرافق العامة والسلطة العامة والنفع العام والتي أصبحت تشكل الإطار العام للقانون الإداري. فالتغيرات المعيقة والجذرية في النظريات الكبرى لقانون ما تعكس مدى قابليتها للتطور.

وبجانب هذا التطور الفني في تطور القانون الإداري هناك سبب عميق لهذه الخاصية، وذلك راجع إلى طبيعة الروابط التي ينظمها هذا القانون والقائمة بين الدولة والأفراد والمتميزة بالتغير وعدم الاستقرار فمرونة القانون الإداري تلزم القاضي الإداري إلى الاستناد إلى مبادئ القانون، فيتقيد في استلهام العدالة الموضوعية فيتحرر إلى خلق الطريقة التي يتوصل بواسطتها إلى تلك العدالة.

المعطيات اليومية تتطور بسرعة أكثر من وسائل تنظيمها القانوني، لذلك فإن هناك فجوة سوف تظهر في النظام القانوني للدولة خاصة في العلاقة بين الإدارة والأفراد، فإذا كانت المرونة في قواعد القانون الإداري قد سمحت له بالتطور خلال قرن من الزمان ففكرتي الحرية والسلطة أيضا في تغيير مستمر وغير خاضعين لضوابط محددة، ولذلك فإن البحث عن وسائل لسد هذه الفجوة يجب أن لا يتعد عن القيم الجوهرية والضمانات التي توفر حماية الأفراد وسد الفراغ القانوني بين حين وآخر<sup>1</sup>.

وتبقى ضرورة توافر قواعد القانون الإداري على هذه الخاصية ضرورية لأنه قواعد القانون الإداري تحكم الإدارة العامة التي تقوم بخدمات تسعى من خلالها إلى تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة دون تحيز فإذا امتازت هذه القواعد بالجمود كان كنتيجة عملية جمود الإدارة وبالتالي التأثير السلبي على هدفها الأسمى المتمثل في تحقيق المنفعة العامة، وبالتالي معاناة المواطن من نقصان في الخدمات التي يحتاج إليها وهذا ما دفع القائمين على الأمر إيجاد حل عملي هو عدم التقنين الكلي لقواعد القانون الإداري تماشيا مع الواقع الراهن.

لكن ما يجب الإشارة إليه هو أن هذه المرونة وسرعة التطور تؤدي إلى أمر سلبي آخر رغم إيجابياتها الكبرى هو عدم توافر الأمن القانوني في المراكز وعدم الطمأنينة والخوف الدائم من الموظفين من فقدان مناصبهم، كما أنه يتعدى الأمر ذلك كون هذه القواعد تتمتع بالسرية ولا يعرف خباياها إلا المتعاملين معه.

<sup>1</sup> - خلف محمود الجيوري، المرجع السابق، ص 7.

## المبحث الثاني: أسلوب القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية:

يقصد بالقضاء في مدلوله الموضوعي الأحكام الصادرة بالفصل في المنازعات الإدارية واطراد هذه الأحكام واستقرارها في اتجاه معين والذي يختلف عن المدلول الشكلي العضوي الذي ينصرف إلى أعضاء الهيئات القضائية، وعليه يقصد بالقضاء استنباط المبادئ والأحكام القضائية أو استخلاصها من النصوص أو إنشائها بداية بواسطة محاكم القضاء الإداري<sup>1</sup>.

لهذه الأحكام معنيين الأول ما تصدره المحاكم من أحكام، والثاني ما استقرت عليه أحكام المحاكم في شأن مسألة معينة، فالقضاء في المعنى الأول يعتبر مصدرا رسميا للقانون الإداري بينما لا يعتبر ذلك في المعنى الثاني، لأن المحاكم الإدارية لا تكون ملزمة بإتباع ما استقرت عليه أحكام المحاكم الإدارية العليا، وحتى هذه الأخيرة ليست ملزمة بإتباع أحكامها السابقة في القضايا المستجدة أمامها، وهذا نابع من طبيعة القانون الإداري غير الساكنة و ذات الطبيعة المرنة، لذلك نجد القاضي الإداري عندما يصدر حكمه فإنه لا يتقيد بعبارات أو بمعاني لا يجوز لمن بعده الخروج عنها<sup>2</sup>.

باعتبار أن القضاء من أهم مصادر القانون الإداري يعود له الفضل في إرساء مبادئ قواعد هذا القانون نظرا لتعدي دوره في تطبيق القواعد القانونية إلى إنشاء وخلق المبادئ العامة والقواعد القانونية في فترة لم تكن فيها التشريعات الإدارية تعطي جميع موضوعات القانون الإداري، فالقواعد الموجودة حاليا والتي تطلق عليها التشريعات الإدارية هي في معظمها قواعد أنشأها القضاء الإداري وطبقها في أحكامه، يضاف إلى ذلك أنه رغم تطور التشريعات بما ينسجم مع متطلبات المصلحة العامة و ضمان سير المرافق العامة التي ترتبط بحاجات المجتمع وما تحتاجه من تغيير وتطوير بصفة دائمة ومستمرة وهو ما يعزز دور القاضي الإداري الذي يساهم إلى جانب المشرع في متابعة تطوير قواعد القانون الإداري<sup>3</sup>. فالأصل في النص القانوني أن يكون واضح الدلالة فلا يحتاج القاضي إلى اجتهاد في البحث عما يرد من النص لأن المشرع يبين بوضوح ما يقصده وما يريد من خلال إصداره له غير أن هناك نصوص قانونية تتميز بالخفاء والغموض فيتعين على من يطبقها السعي إلى إزالة ذلك الغموض<sup>4</sup>، فلعل من أنجع الوسائل التي استعملها

<sup>1</sup> - علي خاطر الشطنأوي، دور القضاء الإداري في ابتداء القواعد القانونية، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29 العدد 1، 2002، ص 100.

<sup>2</sup> - خلف محمود الجيوري، المرجع السابق، ص 4.

<sup>3</sup> - مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص 44.

<sup>4</sup> - طحين سعاد، المرجع السابق، ص 48.

القضاء في بسط رقابته على أعمال الإدارة حتى عند وجود النص القانوني الذي يمنعه من ذلك هو تمسكه بفكرة المبادئ العامة في القانون التي استخدمها في تفسيره عندما ينظر في نزاع ما<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: أسلوب القاضي الإداري في حالة غموض النص القانوني:

لاشك أن قيام القضاء الإداري بدوره الإبداعي في خلق القاعدة القانونية الإدارية يقتضي التحرر من عقلية القضاء النظامي، فيجب أن تكون عقلية القضاة الإداريين متحررة من التفكير المدني والجزائي وخصوصا من القاعدة القائلة "لا اجتهاد مع مورد النص"<sup>2</sup>.

فانطلاقا من مقولة الأستاذ أحمد محيو "أن القاضي الإداري يقوم بعمليتين ذهبيتين: التفسير والتكييف" ومن المبدأ القائل "لا تطبيق من دون تفسير" يتضح أن التفسير هو اختصاص أصيل للقاضي الإداري<sup>3</sup>.

قد يتبادر إلى الذهن أن القاضي الإداري لا يتدخل لإنشاء قاعدة قانونية إلا عند عدم وجود نص تشريعي يحكم النص المعروض عليه، إلا أن هذا القول تعوزه الدقة إزاء كشف الدور الإيجابي للقاضي الإداري حتى في حالة وجود نص، فقد يكون النص غامضا وهنا تبدو الحاجة ملحة لتدخل القاضي لإزالة هذا الغموض، وقد يكون النص واضحا ولكن يحتمل أكثر من معنى وهنا تبدو الحاجة أكثر إلحاحا من ذي قبل لتدخل القاضي الإداري لبيان المعنى المقصود حيث يملك القاضي الإداري تحت ستار التفسير أن يفسر القاعدة القانونية تفسيرا واسعا أو تفسيرا ضيقا حتى يتفق النص التشريعي مع المبادئ العامة أو مع إرادة المشرع الضمنية حسب الأحوال دون الخروج عن النص أو معارضته وغالبا ما ينتهي هذا إلى خلق قانون جديد يختلف عن القاعدة الأصلية. وبالتالي يلجأ القاضي الإداري إلى تطوير مضمون القاعدة القانونية تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية مستهدفا استمرارية المبادئ العامة<sup>4</sup>.

إن محاولة تحديد مصطلح التفسير يركز على التفسير القضائي لأن التطبيق الصحيح للقانون الصحيح يتطلب تفسيره إذا كان هناك غموض أو إبهام، فاضطلاع القاضي الإداري لسلطات التفسير

<sup>1</sup> - خلف محمود الجيوري، المرجع السابق، ص 5.

<sup>2</sup> - علي خاطر الشطناوي، المرجع السابق، ص 101.

<sup>3</sup> - كريباطو عز الدين، سلطات القاضي الإداري في عملية التفسير، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 15، ص أ.

<sup>4</sup> - حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، 2005 ص 253، 263.

ومباشرة لهذا الاختصاص الاعتيادي ليس بالأمر الهين، كون التفسير يندرج ضمن الإطار المنهجي لعمله لأنه مبني على أسس ومناهج معينة أوجدها الفقه<sup>1</sup>. ولذا يتعين أن تتوفر في قاضي الإدارة شروط وصفات ذاتية من قواعد القانون الخاص وبالتالي قادرا على ابتداء القواعد القانونية المناسبة، وذلك بالإلمام بالإدارة العامة ومشكلاتها وخصوصيتها ومنازعاتها مع القدرة على ابتداء سياسات قضائية بالتححرر من عقلية القضاء النظامي وتفكيره. ومما لاشك فيه إن اكتساب هذا التكوين القانوني والإداري أمر ضروري ولازم لقيام القاضي الإداري بدوره الإبداعي فمهمته تنطوي على صعوبات حمة خاصة وأنه يفصل في منازعات ناشئة عن علاقات ناشئة بين أطراف ليسوا على قدم المساواة ولذا يتوجب عليه البحث عن نقطة التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة<sup>2</sup>.

يمكن القول أن طريقة إخطار القاضي الإداري بمسألة التفسير تختلف باختلاف المجال المناط به عموما هناك طريقتين:

- بطريقة مباشرة بواسطة دعوى التفسير الإدارية للمطالبة بإزالة غموض عمل قانوني إداري أو حكم قضائي إداري.

- بطريقة غير مباشرة بإثارة مشكل تفسير النصوص القانونية بواسطة القرارات التفسيرية القضائية التي يلتزم فيها القاضي بالإجابة عن المشكل القانوني المطروح عليه، على أن يفسر بمقتضاها النصوص القانونية الغامضة<sup>3</sup>.

مع امتياز عملية التفسير في القانون الإداري بالحتمية الحيوية، جعل تنوع وتعدد أساليب تحقيقها حسب كل مرحلة تماشيا في ذلك مع خصوصية وطبيعة القانون الإداري ومع طبيعة القضاء الإداري وخصائص دوره ووظائفه في تفسير وتطبيق قواعد القانون الإداري، والتي يمكن تحديدها في قسمين: وسائل داخلية ووسائل خارجية.

### الفرع الأول: الوسائل الداخلية:

يمر القاضي الإداري في عملية التفسير بعدة مراحل مترابطة ومتسلسلة فيما بينها حيث تختلف أساليب ووسائل التفسير فيها حسب كل مرحلة.

<sup>1</sup> - كريباطو عز الدين، المرجع السابق، نفس المكان.

<sup>2</sup> - علي خاطر الشطناوي، المرجع السابق، ص 101.

<sup>3</sup> - كريباطو عز الدين، المرجع السابق، ص 43.

ويقصد بالوسائل الداخلية تلك الوسائل التي يلجأ إليها القاضي الإداري لتفسير النص القانوني أو العمل الإداري أو الحكم القضائي، فيحلل النص ذاته تحليلاً منطقياً ويستنتج من عباراته وألفاظه الحكم واجب التطبيق بصفة مباشرة دون الالتجاء إلى الوسائل الخارجية<sup>1</sup>. ومن بين هذه الوسائل التفسير الحرفي وتفسير مضمون النص والتي سيتم التطرق لها على الترتيب.

**أولاً: التفسير الحرفي:** ويستنبط فيها القاضي الإداري المعاني والدلالات اللغوية والاصطلاحية لمضمون النص القانوني أو العمل الإداري، ويلجأ القاضي الإداري إلى أسلوب الاستنباط بعد تحديده العمل القانوني محل وموضوع التفسير وجمع كافة مصادر النظام القانوني المختلفة التي تحكمه وتشكل مصدر شرعيته وفشله، لأن واضح هذا النص ينتقي ويختار ألفاظ ومصطلحات ذات دلالات ومعاني محددة ومضبوطة، وفي مجال العمل القانوني غالباً ما ينتقي صاحب العمل الإداري القانوني اصطلاحات قانونية لها معاني محددة ومضبوطة<sup>2</sup> وإذا ما صعبت على القاضي الإداري عملية التعرف على المعنى الحقيقي والصحيح للتصرف من خلال النصوص القانونية كمرحلة أولية، ولاحت أسباب ومظاهر الشك والغموض والإبهام حوله، يلجأ القاضي إلى أسلوب استنباط المعاني والدلالات اللغوية معاً لغاية استخلاص المعنى الحقيقي والصحيح للتصرف القانوني، فإذا وفق في هذه العملية وفق في هذا الأسلوب تنتهي عملية التفسير، وفي حالة العكس يلجأ إلى مرحلة أخرى بواسطة أسلوب جديد وهو التفسير الضمني<sup>3</sup>.

**ثانياً: تفسير مضمون النص أو العمل الإداري أو الحكم القضائي جملة مجمولاً:** وذلك بتقريب ألفاظ ومفردات ومصطلحات النص القانوني الواحد والمتعلقة بموضوع واحد وتنسيقها وفهم معاني ودلالات كل لفظ من أجل استخراج المعنى الحقيقي والصحيح والمقصود بالتفسير<sup>4</sup>.

فهناك من يرى أنه إزاء النص يمكن الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع باستخدام التفسير اللفظي أي باستخدام التفسير المسند إلى المعنى اللغوي أو الاصطلاحي بشرط أن يغلب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي إلا إذا انصرفت نية المشرع الحقيقية إلى تبني المعنى اللغوي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - كريباطو عز الدين، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - كريباطو عز الدين، المرجع نفسه، ص 59.

<sup>3</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 184.

<sup>4</sup> - عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص 184.

<sup>5</sup> - رأي علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مشار إليه في مذكرة غنيمي نور الهدى، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة ماستر، جامعة بسكرة، 2012-2013 ص 65.

مثال ذلك القرارات التفسيرية التي يفسر بمقتضاها القاضي الإداري قاعدة قانونية موجودة والتي تكون غامضة، أو تختلف بشأنها الغرف الإدارية سابقا بالمجالس القضائية، خاصة وأن مصير القضية المطروحة على القاضي الإداري مرتبطة بالتفسير المعطى من طرف ذلك القانون ويتوقف على ذلك مصير القرار الإداري أو التعويضات الممنوحة. إذن يكمل عملية التفسير القضائي في هذا المجال في تقريب المعنى الحقيقي والصحيح المقصود والتي تعتبر وسيلة فنية من وسائل التفسير الداخلي<sup>1</sup>.

إذا كانت العبارات والمصطلحات اللغوية للنص غامضة ومبهما يلجأ القاضي الإداري إلى التفسير المنطقي كمرحلة ثالثة.

**ثالثا: التفسير المنطقي:** يلجأ القاضي الإداري إلى هذا النوع من التفسير عندما تكون الألفاظ والعبارات والمصطلحات غامضة ومبهما لا يمكن استخراج معناها اللغوي والاصطلاحي، أو كانت المعاني المستخرجة متناقضة بعد عملية تقريب وتنسيق الألفاظ والمصطلحات والجمل وال فقرات التي يتألف منها النص التي تدور جميعها حول موضوع واحد، في هذه الحالة لا بد من الانتقال إلى مرحلة استعمال التفسير المنطقي ووسائله المعروفة وهي القياس العادي والقياس من باب أولى والاستنتاج بمفهوم المخالفة وبمفهوم الموافقة<sup>2</sup>.

**1- الاستنتاج بمفهوم الموافقة:** يقصد به إعطاء واقعة سكت عنها المشرع بحكم واقعة أخرى منصوص عليها قانونا لآحاد العلة في الواقعتين، ويطلق على الاستنتاج بهذه الطريقة بالاستنتاج القياسي الذي يقوم على فكرة أن ما يتشابه من المسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة<sup>3</sup>. و القياس بالتفسير نوعان

**التفسير بطريق القياس العادي:** ويتم القياس عن طريق استنباط حكم غير منصوص عليه بالقياس إلى حكم منصوص عليه لآحادهما وتطابقهما في العلة، فالحكم يوجد حيث توجد علته، ويلجأ القاضي الإداري للقياس في حالة نقص التشريع عادة أي عندما تعرض عليه حالة لم يرد بشأنها نص خاص في

<sup>1</sup> - غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 185.

<sup>3</sup> - غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، ص 66.

التشريع فيطبق عليها نص قانوني مقرر لحكم حالة أخرى إذا ما وجد أن الحالتين متشابهتين تماما وأنهما متحدان في السبب أي في العلة<sup>1</sup>.

**التفسير بطريق القياس من باب أولى:** ويتحقق هذا النوع من القياس في حالة وجود حالة منصوص على حكمها وتكون علة هذا الحكم متوفرة بشكل واضح في حالة أخرى غير منصوص عليها، فيثبت لها الحكم من باب أولى<sup>2</sup>، فيلجأ القاضي الإداري لهذه الطريقة لأنه العلة في الحالة التي لم يرد النص بشأنها أكثر توافر منها في الحالة التي ورد النص في شأنها<sup>3</sup>.

**2- الاستنتاج بمفهوم المخالفة:** وهو عكس الاستنتاج بطريق القياس، ويكون بتطبيق عكس الحكم بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها القانون، ولكنها تختلف عنها بحيث تعتبر عكسها تماما، فمثلا حين نص القانون على أن هلاك المبيع قبل تسليمه يؤدي إلى فسخ العقد و استرداد الثمن من قبل المشتري نستطيع أن نستنتج بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد تسليمه للمشتري لا يمكن فسخ العقد ولا استرداد المبيع حتى مع هلاكه<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: الوسائل الخارجية:

إذا تغيب النص يعيب أكثر من النقصان أو الغموض أو التناقض التي يمكن معالجتها بالوسائل الداخلية، ليس معنى ذلك عدم إمكانية تفسيره، بل يسلك المفسر وسائل متعددة لرفع هذا العيب<sup>5</sup>. وتتمثل في الوسائل الخارجية التي تحتوي على مجموعة الأدوات والوسائل من أهمها:

- الاسترشاد بالأعمال التحضيرية.
- الوقوف على حكمة التشريع.
- الرجوع إلى المصدر التاريخي للنص.
- تحليل ومعرفة الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

<sup>1</sup> - كرباطو عز الدين، المرجع السابق، ص 60.

<sup>2</sup> - غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، ص 67.

<sup>3</sup> - كرباطو عز الدين، المرجع السابق، ص 60.

<sup>4</sup> - طحين سعاد، المرجع السابق، ص 52.

<sup>5</sup> - commerce .menofia.edu .eg / openneu/ newbooks/ law.pdf. تاريخ الإطلاع 22 مايو

2015 الساعة 15:32 ص 136.

إذن هي الوسائل التي يلجأ إليها القاضي أي الوثائق أو الدلائل التي يستعين بها القضاة لتفسير النصوص التشريعية وبيان معناها ومضمونها كلما كانت الوسائل أو الوثائق أو الدلائل خارج عن النص ذاته<sup>1</sup>.

ومن خلال ما يأتي سيتم التطرق إلى أهم طرق التفسير الخارجية:

**أولاً: الاسترشاد بالأعمال التحضيرية:** تعرف الأعمال التحضيرية أنها مجموعة الوثائق الرسمية والمعترف بها بحجية، والتي تتضمن التقارير والمناقشات وعرض و بيان الأسباب ومحاضر الجلسات، وكذا وقائع ونتائج عمليات الخبرة والتحقيقات الفنية والقانونية والإجرائية الخاصة، وكذلك حيثيات الأحكام القضائية وقرارات العقوبات الإدارية وسلبات القرارات الإدارية، فعملية الرجوع الجوازية لهذه الأعمال لتكوين وإصدار وإبرام التصرفات القانونية، تساعد على إنجاز العملية التفسيرية ما دامت هذه الأعمال هي التي كونت وحققت الوجود المادي والفني والنهائي للتصرفات القانونية، وحضرت لعملية الإصدار والوجود القانوني لهذه التصرفات القانونية<sup>2</sup>.

يلاحظ أن الأعمال التحضيرية لا تعتبر جزء من التشريع، فهي ليست ملزمة للقاضي، فلا ترقى مطلقاً إلى درجة التشريع المفسر الذي يعتبر تشريعاً فعلياً<sup>3</sup>.

كما يجب التحرر من الاعتماد عليها اعتماداً كاملاً وذلك من ناحيتين:

- الأولى: أنه لا يجوز الاستناد إلى ما ورد بالأعمال التحضيرية لنص معين، إذا كان مفادها يعارض مع ما جاء في نص صريح من نصوص القانون.

- الثانية: أن المذكرة الإيضاحية قد تتضمن ما يعكس آراء شخصية لواضعها وقد تكون هذه الإرادة أبعد ما تكون عن قصد المشرع<sup>4</sup>.

**ثانياً: الرجوع إلى المصدر التاريخي:** ويقصد به الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع النص فقد يكون الشريعة الإسلامية أو قانون أجنبي، فمثلاً يعتبر القانون المدني المصري والفرنسي مصدران تاريخيان لكثير من نصوص القانون المدني الجزائري، فالقاضي الإداري غالباً ما يلجأ للنص الفرنسي، لكون القانون وضع في الأصل بتلك اللغة ثم ترجم إلى العربية، حتى لو اعتبر النص العربي هو الرسمي إلا أن

<sup>1</sup> - غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، ص70.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص187، 188.

<sup>3</sup> - كرباطو عز الدين، المرجع السابق، ص62.

<sup>4</sup> - commerce .menofia.edu .eg / openneu/ newbooks/ law.pdf. ص137.

القاضي الإداري لا يتقيد بالصفة الرسمية بل عليه البحث عن النية الحقيقية للنص القانوني، حتى لو وجدها في النص المترجم إلى الفرنسية ما دام أن هذا الأخير منشور في الجريدة الرسمية<sup>1</sup>.

بالتالي عملية الاستعانة بالمصادر التاريخية تساعد كثيرا على معرفة إرادة وقصد مصدر هذا التصرف وتساعد في بيان معنى هذا التصرف لتطبيقه بعد ذلك على الوقائع المادية أو القانونية كسبب ومحل النزاع فكثيرا من النصوص والأعمال القانونية لها مصدر وسوابق تاريخية، ومعرفتها تزيد من تحديد وتوضيح المعنى الصحيح لهذه النصوص والأعمال القانونية. ومن ثم كانت هذه العملية وسيلة من الوسائل الفنية الخارجية للتفسير وعملية الاستعانة بالمصادر التاريخية وكذا عملية تحليل ومعرفة الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تكون في مجموعة البنية المحيطة والمتفاعلة مع النص القانوني أو التصرف القانوني<sup>2</sup>.

**ثالثا: الوقوف على حكمة المشرع:** ويقصد بحكمة التشريع الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع فهي الغاية المقصودة من الحكم، سواء كانت هذه الغاية اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية<sup>3</sup>.

فمادام لكل تصرف أو عمل قانوني، أو تشريع أو حكم قضائي أو قرار إداري أو عقد أو معاهدة أو وصية أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون، هدف عام، فإن عملية البحث والتعرف عن غاية أو حكمة التصرف القانوني بدقة تساعد على تفسير هذا النص واستخراج معناه الحقيقي والأصيل والرسمي لتطبيقه على الوقائع المادية أو القانونية محل النزاع، لذا كانت عملية التعريف على الحكم من إصدار ووجود التصرف القانوني وسيلة وأداة فنية من وسائل وأدوات التفسير بصورة عامة<sup>4</sup>.

نورد في هذا الصدد ملاحظة جد مهمة إذ أن الأحكام القضائية الصادرة من مختلف درجات التقاضي في النظام القضائي الجزائري، سواء كان في القضاء الإداري أو القضاء العادي بصيغة مقتضية وقصيرة مكثفة غالبا بإشارات بسيطة وسريعة وخاطفة إلى المبدأ أو الأساس القانوني دون شرح وتحليل واقعي يقنع المخاطب به أو قارئه بالكيفية التي ينمي عليها ذلك القضاء.

إن الأمر بهذا الشكل يحقق نتيجتين سلبيتين هما:

<sup>1</sup> - غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، ص 65، 71.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 188.

<sup>3</sup> - commerce .menofia.edu .eg / openneu/ newbooks/ law.pdf ص 139.

<sup>4</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 187.

- عدم إدراك المرجع القانوني المستند إليه والتحليل الذي يبرر هذا التأسيس.

- تشتت الاجتهاد القضائي وعدم اتخاذ موقف موحد مما يؤدي إلى تطبيقات عديدة بعدد التفسيرات والتأويلات للمبادئ القانونية، إذ أن هذه النتائج السلبية تظهر في إطار نشاط القضاء الإداري بحدّة أكبر ذلك أنه إضافة إلى ما سبق فإن عدم شرح ومناقشة الأسس القانونية المرجعية يجعل محاولة معرفة موقفه أمر في غاية الصعوبة<sup>1</sup>.

**رابعا: عملية تحليل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية:** تطبيقا لمبادئ وجود النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، وانبثاقه من العوامل والظروف والحوادث والظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة به، وتكييف وتفاعل النظم مع هذه العوامل والظواهر السائدة، فإن النظام القانوني في الدولة وكافة التصرفات والأعمال القانونية التي تصدر وتفسر وتطبق في بطاقة، لا بد من أن يستمد هذا النظام القانوني وجوده من العوامل، والعوامل والظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المعتمدة والمتطورة، فعملية تحليل هذه الظروف المستجدة تساعد على تفسير التصرفات القانونية تفسيراً حقيقياً وواقعياً وعاجلاً وفعالاً<sup>2</sup>.

في الأخير وما سبق ذكره، يمكن القول أن القاضي يقوم بدور هام لا يمكن إغفاله في مجال القانون بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة، فهو الذي يفسر النص الغامض و يوفق بين النصوص المتعارضة ويقيس عند عدم وجود نص، فهو أمر له خطورته لكثرة النصوص الإدارية وتشعبها وتعدد مواضيعها وتباين أدواتها<sup>3</sup>.

فالدور الذي يضطلع به القاضي في التعامل مع هذه النصوص أصعب مسارا واشق تحديداً، وذلك إذا أخذنا في الاعتبار الوضع الخاص للقانون الإداري كونه غير مقنن، وعدم ارتباط نصوصه وأحكامه المتفرقة، ابتداءً من القاضي مبادئ ونظريات عامة تجمع نشأتها وتبعث فيها روحاً من الانسجام والوحدة فالنصوص التشريعية كثيراً ما تكون في شكل الصياغة وتركيب الجمل واستعمال المصطلحات، مما يجعل تطبيقها يحتاج إلى عناية خاصة من ناحية تفسيرها والوصول بشأنها إلى نية المشرع الحقيقية، الأمر الذي

<sup>1</sup> -مجلة مجلس الدولة، العدد 06، منشورات الساحل، الجزائر، 2005، مشار إليه في: غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، ص72.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص188، 189.

<sup>3</sup> - فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمائنه تحقيقه، رسالة ماجستير، جامعة نابلس، فلسطين، 2011، ص44.

يجعل عملية التفسير لا تتم بطريقة واحدة أو أسلوب واحد، بل تتنوع الأساليب والإجراءات بحسب نوع الغموض وأسبابه، فيعد التفسير من أخص وظائف القاضي خاصة عندما يجد نفسه مضطرا لإيجاد حلا للنزاع المعروض عليه، وذلك برفض الغموض الذي يصادفه ليصل إلى التفسير الذي يراه متفقا مع نية المشرع الحقيقية<sup>1</sup>.

نستوضح أن جهات القضاء الإداري بمن مثلها من قضاة، تستخدم مناهج البحث العلمي في تفسير وتطبيق مضمون مذاهب كل من مدرسة البحث الحر والمدرسة الاجتماعية والمدرسة التاريخية واستعمال كافة وسائل وأدوات التفسير وأنواعها في مراحل متدرجة ومتسلسلة ومتنوعة حسب كل حالة من حالات تفسير وتطبيق قواعد القانون الإداري على المنازعات والدعاوى الإدارية، لذا وجب أن تمتلك هذه الجهات القضائية القدرة الكافية لممارسة حرية التفسير واستخدام مناهج ووسائل وأنواع عمليات التفسير في القانون الإداري بمهارة و بصورة صحيحة و فعالة و شرعية و معقولة و ملائمة. فأساس و منهجية عملية التفسير في القانون الإداري تتطلب وجود جهات قضائية متخصصة علميا وقانونيا ومهنيا وعمليا في القانون الإداري والعلوم الإدارية وعلى دراية بمعطيات واقع الحياة الإدارية المختلفة، ونظرا لأهمية التفسير القضائي فإن بعض الفقهاء يرون بأن هذه العملية التي يقوم بها القاضي بما فيها الخلق والإنشاء تجعل القضاء مصدرا رسميا للقانون<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أسلوب القاضي الإداري في حالة انعدام النص:

إن القضاء الإداري بحسب طبيعة الاختصاصات المسندة إليه قضاء متطور بشكل ملحوظ عن غيره من صور القضاء الأخرى، فمهمة الفصل في المنازعة الإدارية إضافة إلى تقديم النصح لها ترتبط بالنشاط الإداري المتطور بشدة في ظل الانفتاح المحلي والإقليمي والدولي والمؤثر في آليات وصور العمل الإداري بطريقة دفعت إلى إنجاز العديد من الدراسات في مجال تدويل القانون الإداري<sup>3</sup>. إذ لا احد ينكر الدور الذي يلعبه القضاء بالنسبة إلى هذا الأخير، فهو إلى جانب تطبيقه لقواعد القانون الإداري وتفسيره لهما بما يناسب النزاع المطروح أمامه فهو يؤدي دورا إيجابيا أكثر جدية وجرأة في مجال صناعة القاعدة القانونية ذاتها في حالة انعدام النص التشريعي، وفي هذا الصدد فإن طبيعة القانون الإداري تجعل هذا النقص

<sup>1</sup> - حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 275.

<sup>2</sup> - غنيمي نور الهدى، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup> - رجب محمود طاحنة، المرجع السابق، ص 3.

في مجال القاضي الإداري أمر محتواه بروز دوره بالرغم من عدة المجالات التي تناولها المشرع بالقوانين المتفرقة إلا أنه وجب إعمال اجتهاده ودوره خاصة في حالة غياب قاعدة أو نص قانوني<sup>1</sup>.

إذا كان الدستور لم يشر صراحة إلى إمكانية قيام القاضي الإداري بإنشاء أو صياغة القواعد القانونية، لهذا يفترض أن تكون أمامه قواعد قانونية تنطبق على الحالة المعروضة عليه التي بواسطتها يستطيع الفصل في المنازعة المعروضة عليه، فإن لم يجد مثل هذه النصوص فإنه مطالب، بل ملزم بتكملة النقص الموجود في التشريع، وإذا كان من المعترف به في المادة الأولى من القانون المدني على إعتناق المشرع لنظرية نقص التشريع فعلى القضاء أن يكمل هذا النقص، فإن هذه النتيجة تعتبر أول خطوة في سبيل الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القاعدة القانونية، وأول خطوة كذلك في تأكيد نسبية مبدأ الفصل بين السلطات.

إذا كانت مهمة القضاء بصفة عامة تنحصر في الفصل في المنازعات المعروضة عليه بما تقتضيه القواعد القانونية الموجودة، فإن القاضي الإداري كغيره من القضاة، قد يجد نفسه أمام منازعة بدون نص يحكمها الشيء الذي يضطره إلى الفصل فيها عن طريق إيجاد حل لها، إما عن طريق حكم فردي لا ينوي التمسك به مستقبلا، وإما عن طريق قرار مبدئي ويعتبر هذا الأخير في المجال الإداري بصفة عامة، ذلك أن الحل الذي يعلن من خلاله القاضي الإداري بطريقة صريحة وهو بصدد الفصل في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق الأمر بمسألة جديدة أو تعديل في مسألة سابقة عن القاعدة التي ينوي تطبيقها مستقبلا على المنازعات المشابهة لها، فالقاضي من خلال هذا القرار قد تجاوز مهامه التقليدية المنوطة به بنص الدستور ليتحول إلى هيئة تضع القواعد القانونية الملزمة<sup>2</sup>.

لذلك كان ولا يزال القاضي الإداري منشئ للقواعد القانونية في مجال القانون الإداري بحيث أنه في المادة الإدارية هناك الكثير من الحلول المقدمة من القضاء الإداري في غياب أي نص وهي أكثر وأبعد من مجرد تفسير النص<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - طحين سعاد، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup> - مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2009، ص 165-167.

<sup>3</sup> - طحين سعاد، المرجع السابق، ص 44.

الوسائل القضائية التي يعتمد عليها القاضي الإداري في ابتكار هذه المبادئ والقواعد لا تستمد قوتها من أي نص دستوري أو تشريعي بشكل مباشر، فهي لا تنتمي إلى النصوص بل على العكس تعتبر واجبة التطبيق حتى بدون النص، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه القديمة وبالذات قبل 1954 يحاول عدم التصريح بسلطته في ابتداء الحلول من خلال المبادئ العامة للقانون، وإنما يحاول إخفائها بربط هذا المبدأ أو ذلك بأحد النصوص، فهي حيلة قضائية اتبعتها مجلس الدولة الفرنسي آنذاك لكي يسلم من النقد الذي يمكن أن يوجه إليه لأنها لا تتضمن فقط الحكم بالحالة المتنازع عليها وإنما تتضمن كذلك قواعد جوهرية ألغى بموجبها القضاء الإداري قرارات إدارية بدرجة مراسيم صادرة من رئيس الدولة<sup>1</sup>. ولكن بعد عام 1954 صرح المجلس الفرنسي بقيمتها على نحو مستقل واعتبرها واجبة التطبيق دون أن يستند إلى أي نص تشريعي إنما تعتبر مستندة إلى ما يوصف به القضاء في مجال القانون الإداري بأنه مصدرا رسميا لهذا القانون<sup>2</sup>.

يرى عدد كبير من الفقهاء أن وسائل إنشاء المبادئ العامة للقانون من خلال تحليل أحكام مجلس الدولة الفرنسي وتقارير مفوضي الدولة فيه تتمثل في أربعة أساليب وهي:

#### الفرع الأول: أسلوب إنشاء المبدأ العام بطريق التعميم ابتداء من نصوص قانونية جزئية:

ويتمثل هذا الأسلوب في تعميم أحد الحلول أو أحد القواعد الجزئية التي قررتها نصوص متفرقة في حالات خاصة، فمجلس الدولة الفرنسي، يرى في الحل الذي قرره هذه النصوص الخاصة مجرد تطبيقات جزئية لقاعدة أعم وأشمل تتعدى تلك النصوص لتطبق خارجها على حالات جديدة غير محددة النطاق فإن المبدأ العام كان محتفيا في طيات التطبيقات التشريعية فيقوم القاضي بالكشف عنه ليحي حياة جديدة مستقلة عن النصوص وتتعدى إطارها، ويبدو هذا الأسلوب هو الأسلوب الأمثل للكشف عن المبادئ العامة في نظر الفقه حيث يقرر الأستاذ « vedel » بشأن إنشاء المبادئ العامة أن المبدأ العام ينشأ لا بطريق الابتكار والاختراع ولكن بطريق الاكتشاف بواسطة القاضي<sup>3</sup>. وهكذا فإن القضاء يسير بطريقة استقرائية من خلال جمع أحكام جزئية تكون واردة في النصوص، وبعد ذلك يحاول معرفة مدى إمكانية

<sup>1</sup> - محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون "كمصدر للمشروعية في القانون الإداري" مطبوعات الدار الجامعية مصر، 1996، ص76.

<sup>2</sup> - خلف محمود الجبوري، المرجع السابق، ص14.

<sup>3</sup> - محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص82.

انتماء تلك الأحكام إلى جنس معين من القواعد مع وجوب وجود ذلك الجنس بالذات، فتتكاثر النصوص القانونية بالمبادئ المشتقة منها بمرور الزمن<sup>1</sup>.

لعل المثال النموذجي الذي يفرض نفسه هو استخلاص مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ احترام حقوق الدفاع<sup>2</sup>، فقد حقق القضاء تقدماً حاسماً في هذا الطريق حين جعل مجلس الدولة من احترام حقوق الدفاع مبدأً من المبادئ العامة للقانون يطبق حتى عند عدم وجود نص يقرره صراحة ولا أهمية لما إذا كان القرار إدارياً أو قضائياً أو يتعلق بموظف أم لا، فبمجرد ما يمس مركز فردي وتكون له صفة الجزاء يجب على الجهة التي تتخذه احترام حقوق الدفاع<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: أسلوب استخلاص المبدأ العام من روح نص قانوني معين أو مجموعة من النصوص:

يتفق هذا الأسلوب مع الأول أن النصوص كانت مادة أولية ساعدت القاضي الإداري في إدراك المبدأ العام واستخلاصه، ويختلفان كون الأول يتحقق فيه المبدأ وفق ما هو مقرر في النصوص لا خلاف في معناها فهو تعميم حكم قاطع تقرر بظاهر النصوص، أما هذا الأسلوب يرتقي فيه القاضي إلى تفسير النص أو النصوص على نحو خلاق واستنباط المبدأ العام من روحها وجوهرها، فهو يتعلق بالبحث في باطن النص أو النصوص فقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى هذا الأسلوب في شأن المبادئ الذي استعارها القاضي الإداري من نصوص القانون الخاص<sup>4</sup>.

ومن المبادئ التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي من روح نص واحد نجد، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية<sup>5</sup>، والتي استنبطها من مبادئ القانون العام حيث لم يتقرر هذا المبدأ، وإنما استخلصه القضاء الإداري من روح المادة 2 من القانون المدني الفرنسي، إضافة إلى مبدأ قوة الشيء المقضي به<sup>6</sup>. ومن

<sup>1</sup> - خلف محمود الجيوري، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> - محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 84.

<sup>3</sup> - حكم تيري « téry » تاريخ 20 يوليو 1913، مجموعة 736، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 211.

<sup>4</sup> - محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 91.

<sup>5</sup> - حكم مجلس الدولة، مشار إليه في: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 92.

<sup>6</sup> - قضية « botta » تاريخ 8 يوليو 1904، مجموعة 557، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 113.

بين المبادئ التي استلهمها من روح مجموعة من النصوص نجد مبدأ علنية الجلسات<sup>1</sup>، أو طبقاً لعبارة مبدأ علنية المناقشات القضائية، إضافة إلى مبدأ حق الأجانب المقيمين في فرنسا في حياة عائلية عادية<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: إنشاء المبدأ من جوهر النظام القانوني المعين أو من طبيعة الإنشاء:

في الأسلوبين السابقين في إنشاء المبادئ العامة، يبدو وكأن المبدأ ثمرة تفسير النصوص المكتوبة تكشف عن المبدأ وتعبّر عنه كما رأينا على سبيل المثال بالنسبة لاستخلاص القاضي الإداري لمبدأ احترام حقوق الدفاع، ولكن هناك عددا هاما من المبادئ العامة للقانون ليس لها علاقة مباشرة أو حتى غير مباشرة بالنصوص المكتوبة، وإنما ينشؤها القاضي الإداري من طبيعة الأشياء أو جوهر النظام القانوني، والمقصود هنا ليس النظام القانوني العام للدولة في مجموعه بل النظام القانوني في مجال معين بالذات<sup>3</sup>.

قد طبق القضاء هذه الفكرة ووضع مبادئ عامة للقانون في عدة مواضيع منها:

- عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة والمتولدة عن القرارات الإدارية الفردية حيث استخلص هذا من طبيعة نظام القرار الإداري الفردي<sup>4</sup>.

- مبدأ وجود الرقابة الرئاسية والذي استخلصه من طبيعة النظام الإداري المتعلق بالإدارة المركزية دون الاستناد إلى نص<sup>5</sup>.

- مبدأ التفرقة بين الخطأ المرفقي المصلحي والخطأ الشخصي ومسؤولية الدولة دون الموظف عن الأخطاء المرفقية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - حكم « dame david » تاريخ 4 أكتوبر 1974، مجموعة 464، مشار إليه في أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي المرجع السابق ص 216.

<sup>2</sup> - حكم مجلس الدولة الفرنسي، « C .G.T/ C.F.D.T / G.I.S.T.I » 1978، مجموعة 493، أحكام مبادئ في القضاء الفرنسي، المرجع السابق، ص 857.

<sup>3</sup> - محمد احمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 102.

<sup>4</sup> - C.E, 3 novembre 1922 ,dame cochet , rec 790, les grands arrêts de la jurisprudence administrative . op.cit.p241 .

<sup>5</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، 30 يونيو 1950، قضية **Quéralt**، مشار إليه في: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 104.

<sup>6</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، قضية « **pelletier** » 30 جويلية 1873، مجموعة الملحق الأول ص 117 ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ص 31.

#### الفرع الرابع: إنشاء المبدأ من المعتقدات الدفينة التي تستقر في ضمير الأمة:

والمقصود بالمعتقدات المستقرة، الأفكار الفلسفية والسياسية التي استقرت في ضمير المجتمع المتمثل في أمة من الأمم، فمن الطبيعي القول أنه ليس كل المعتقدات والأفكار السائدة في أمة من الأمم يمكن الاستناد إليها وتكوين حكم بناء عليها، وإنما المعتقدات والأفكار المستقرة والمعبرة عن إرادة الأمم المتمدنة هي الأمم التي تساهم في بناء حضارة إنسانية واجتماعية من خلال قيم العدالة والحرية والمساواة، وتتمثل في إعلان حقوق الإنسان لعام 1948، وإعلانات حقوق الإنسان في الدول التي تقدر هذه القيم في العصر الحديث باعتبارها معطيات موضوعية تفرض نفسها على القاضي، فالقضاء بهذه الطريقة يستنتج المبدأ من واقعة و رسوخه في ضمير الأمة و انتسابه إلى حالتها الحضارية لدولة قانونية، وذلك لا يتم إلا بعد تمحيص عقلايين خلاق<sup>1</sup>، فمن المبادئ التي استقاها مجلس الدولة من إعلانات الحقوق ومقدمة الدستور، نذكر منها المبادئ العليا التي ترتبط بفكرة المساواة أو فكرة الحرية والتي سماها الأستاذ « letourneur » "المبادئ الكبرى"<sup>2</sup>.

نذكر منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر بعض المبادئ المتصلة بالحرية:

- مبدأ ضرورة احترام الحريات العام للأفراد<sup>3</sup>.

- مبدأ الحرية الشخصية.

- مبدأ حرية الرأي<sup>4</sup>.

من المبادئ المتصلة بفكرة المساواة هو مبدأ المساواة أمام القضاء، ومن المبادئ المتفرعة عن هذا الأخير والتي يتضح فيها الدور الإنشائي بصورة أقوى والتي تعبر عن العمل الابتكاري والخلاق لمجلس الدولة الفرنسي، تدعيما في ذلك لمبدأ المشروعية إلى أقصى حد<sup>5</sup>. ومن أهم هذه المبادئ، مبدأ المساواة أمام المرافق

<sup>1</sup> - خلف محمود الجيوري، المرجع السابق، ص 6 .

<sup>2</sup> - محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 116.

<sup>3</sup> - C.E,29 juillet, comité de fense des libertés professionnelles des experts comptables, les grands arrêts , op ,cit,p354 .

<sup>4</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، قضية « teissier » تاريخ 13 مارس 1953، مجموعة 133، أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي، المرجع السابق، ص 627.

<sup>5</sup> - محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 117.

المرافق العامة<sup>1</sup>، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة<sup>2</sup>، ومبدأ المساواة أمام الوظائف العامة، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة<sup>3</sup>.

من المبادئ الأخرى التي تعبر عن المعتقدات الدفينة في ضمير الأمة، نجد مبدأ خضوع كل قرار إداري للطعن بالإلغاء بمقتضى الحكم الشهير « dame lamotte » وكذا مبدأ دوام سير المرافق العامة<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، بالرغم من عدم تصريحه وتحديده للأسلوب المتبع في استنباطه للمبدأ العام كما أشرنا آنفا ما جاء في منشورات الساحل، إلا أن مجلس الدولة لا يزال يتابع تطورات قانون المنازعات الإدارية في فرنسا كما هو ثابت من محتوى بعض القرارات القضائية<sup>5</sup>.

من التطبيقات القضائية لمجلس الدولة التي تدخل من خلالها مغتنما فرصة سكوت المشرع ليساهم في سد النقص وتداركه، ومثال ذلك ما جاء في قرار له بتاريخ 2006/06/28 لتغطية سكوت المشرع في نص المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية على حالة امتناع الإدارة تسليم القرار المطعون فيه لإرفاقه بعريضة دعوى الإلغاء، ما شكل فراغا قانونيا تستغله الإدارة في مواجهة الطاعنين في قراراتها حيث جاء فيه ما يلي: ".... ليس كل دعوى أمام القضاء الإداري تستوجب وجود قرار إداري، فكثير من الدعاوى يصعب على المدعين الحصول على القرارات الإدارية المطعون فيها ما دامت تلك القرارات من إنشاء الإدارة المدعى عليها. وبالتالي لا يمكن إلزام مدعى بتقديم سند لم يتمكن منه ولم تسلمه إياه الإدارة التي أصدرته ولذلك استقر قضاء مجلس الدولة على عدم إلزام المدعين الطاعنين بأن يرفقوا القرار المطعون فيه بعريضة افتتاح الدعوى إذا لم يبلغوا بها."<sup>6</sup>

<sup>1</sup> C.E , 9 mars 1951, société des concerts du conservatoire, rec151 , les grands arrêts , op ,cit,p440 .

<sup>2</sup> C.E,3 juillet 1936, demoiselle bobard et autres, rec 721, les grands arrêts , <sup>3</sup> ibid,p322.

<sup>3</sup> C.E, 30 novembre 1923, couitéas, rec 789, les grands arrêts ,ibid,p260 .

<sup>4</sup> - قرار مشار اليه في :محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص123.

<sup>5</sup> - بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، ص44.

<sup>6</sup> - مجلس الدولة الجزائري، ملف رقم 024638، بتاريخ 28-06-2006، مجلة مجلس الدولة، 2006\_8، مشار اليه في ايت ايت عودية بلخير محمد، ضمانات الامن القانوني في القانون الاداري، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة، 2013، ص 51، 52.

يبدو أن المشرع أخذ هذه الحالة بعين الاعتبار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نص المادة 819. وفي مثال آخر فإنه تغطية لعدم نص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالات قطع الميعاد، تدخل القاضي الإداري معتبرا أن حالة الطعن القضائي أمام جهة قضائية غير مختصة يعد سببا في قطع الميعاد، فجاء في منطوق قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/12/17: "... نظرا للاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية للمحكمة العليا الذي كرس المبدأ التالي أن أجل الطعن القضائي أمام الجهات القضائية الإدارية قائم طوال المدة التي تستغرقها الدعوى الموجهة أمام الجهة القضائية غير المختصة حتى ولو انتقلت إلى الاستئناف شريطة أن ترفع الدعوى أمام جهة قضائية غير مختصة"<sup>1</sup>.

ليتدارك المشرع في حالة الفراغ هذه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنص المادة 832<sup>2</sup>، ومن نافلة القول أن دور القضاء الإداري في استنباط المبادئ وتولي توضيحها وتحديد ماهيتها وبيان حدودها ومعالمها تدريجيا وإنما مرده النقص التشريعي للقواعد الإدارية، لذا يجب أن تتوافر في القاضي الإداري شروط خاصة تؤهله لأداء هذا الدور<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى التعديل الدستوري لسنة 1996، نجدته تبني ازدواجية القضاء باستحداث هيئات تجسيد القضاء الإداري، ومن أهم هذه الهيئات مجلس الدولة طبقا لنص المادة 152 من الدستور المعدل والمتمم<sup>4</sup>، واعتبره هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، ويضمن بذلك الاجتهاد القضائي الإداري الإداري في البلاد ويسهر على احترام القانون طبقا لأحكام المادة 2 من القانون العضوي 98-01 المنظم لمجلس الدولة الجزائري<sup>5</sup>، كما أكدت المادة 1 من القانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية<sup>6</sup> على اعتبار الجهات القانونية للقانون العام وصاحبة الولاية العامة.

<sup>1</sup> - مجلس الدولة، ملف 004945، بتاريخ 2002/12/17، مجلة مجلس الدولة، 3-2003، مشار إليه في: ايت عودية بلخير محمد، مرجع سابق، ص 53.

<sup>2</sup> - ايت عودية بلخير محمد، مرجع سابق، ص 53.54.

<sup>3</sup> - علي خاطر الشطناوي، المرجع السابق، ص 99-104.

<sup>4</sup> - القانون 08-14 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1429 الموافق 15 نوفمبر 2008 المتضمن تعديل دستور 1996، الجريدة الرسمية عدد 63.

<sup>5</sup> - القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 4 صفر 1419 الموافق 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 37.

<sup>6</sup> - القانون 98-02 المؤرخ في 4 صفر 1419 الموافق 30 مايو 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 37.

والاجتهاد القضائي ليس حكرا على قضاة مجلس الدولة، بل إن هذا الأخير يضمن توحيده، وفي هذا الشأن يجتمع المجلس مشكلا من كل الغرف مجتمعة، لاسيما في القضايا التي يكون القرار المتخذ في شأنها يمثل تراجعا عن اجتهاد قضائي وهكذا يكون للقاضي الإداري في كل مستويات أعمال الاجتهاد فيما لا نص فيه<sup>1</sup>. و ليصل القاضي إلى هذا الحل، فإنه يتقمص بذلك دور المشرع والقاضي في ذات الوقت فيكون إنشاء القاعدة القانونية بإتباع المراحل التالية:

**-مرحلة الاكتشاف المزدوج** وذلك نسبة إلى الدور المزدوج الذي يقوم به القاضي الإداري<sup>2</sup>، في المرحلة فيسميها البعض بمرحلة الملاحظة والتفكير في القاعدة القانونية الجديدة إذ يلاحظ القاضي في هذه المرحلة أن المسألة المعينة لم تعالج من أي مصدر من مصادر القانون أو أن معالجتها كانت ناقصة، ثم يقوم بعد ذلك بالتفكير في الحل الذي يمكنه أن يعالج تلك المسألة على أن تتم هذه العملية الذهنية في سرية وأن تكون نتيجة الخبرة وإحاطة كبيرة بالنظام القانون للدولة.

ثم تلي هذه المرحلة **مرحلة التلميح** أين يخرج القاضي من السرية إلى العلنية وهنا يقوم بالإعلان عن القاعدة القانونية الجديدة ويلمح بميلادها من خلال الفصل في المنازعة المعروضة عليه بتطبيق وتجريب الحل الذي فكر فيه بغية التطلع على رأي المتخصصين منه ليتأكد من سلامته، وبعد التأكد من ذلك يخرج القاعدة القانونية الجديدة إلى حيز الوجود حتى يتلقى آراء المختصين من رجال القانون والتعليقات الواردة في الكتب والمجلات القانونية فإذا ما تعرض لانتقاد فإنه يعدل عنها، وبالتالي نكون بصدد قرار فردي وليس مبدئي، وفي حالة العكس تنتهي عملية صناعة وابتداع القاعدة القانونية بإدماج هذا الحل إلى حيز النظام القانوني القائم<sup>3</sup>. فالبعض يكتفي بهذه المراحل الثلاث، والبعض الآخر يجعل من **إدماج القاعدة القانونية** حيز النظام القانوني مرحلة أخيرة ومستقلة عن باقي المراحل<sup>4</sup>. والبعض الآخر يجعل من وضع قاعدة قضائية عملية طويلة ومعقدة تمر بمراحل متعددة يمكن حصرها في ستة مراحل:

<sup>1</sup> - قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، شهادة ماجستير، جامعة قسنطينة منتوري 2009-2010 ص175.

<sup>2</sup> - طحين سعاد، المرجع السابق، ص45.

<sup>3</sup> - مراد بدران، المرجع السابق، ص169-170-171.

<sup>4</sup> - طحين سعاد، مرجع سابق، ص45.

- المرحلة الأولى: إدراك غياب القاعدة المكتوبة أو عدم كفايتها.
  - المرحلة الثانية: التفكير بسد القصور التشريعي.
  - المرحلة الثالثة: تقديم الحل القضائي.
  - المرحلة الرابعة: مرحلة التقييم.
  - المرحلة الخامسة: مرحلة التوضيح وتحديد الماهية.
  - المرحلة السادسة: مرحلة الإلزام<sup>1</sup>.
- بناءً عليه يستقي القاضي الإداري قواعده من مصادر متعددة، فهناك مصادر تساهم مباشرة في خلق وإنشاء قاعدة لتدخل ضمن قواعد القانون الإداري، وهناك مصادر أخرى لا تتدخل في إنشائها ولكنها تكون بمثابة المادة الأولية للقاعدة. ويمكن تقسيم هذه المصادر إلى:
- مصادر مكتوبة: وفي مقدمتها الدستور، إضافة إلى التشريع العضوي والعادي اللوائح والتنظيمات والقضاء والفقهاء.
  - مصادر غير مكتوبة: وتتمثل في العرف الإداري والمبادئ العامة<sup>2</sup>.
- والبعض من الفقهاء يرد هذه المصادر إلى أربعة مصادر أساسية:
- وثائق الدولة العليا من إعلانات الحقوق، والمواثيق الوطنية، والديساتير المكتوبة....
  - القوانين الأخرى من قانون مدني وقانون جزائي....
  - حتمية الحياة الاجتماعية والإدارية كمصدر لابتداع المبادئ والقواعد القانونية...
  - قواعد المنطق والعقلانية كالصدق والأخلاق الحسنة<sup>3</sup>. إضافة إلى الأحكام القضائية كمصدر تفسيري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - علي خطار الشطناوي، مرجع سابق، ص 106.

<sup>2</sup> - طحين سعاد، المرجع السابق، ص 33.

<sup>3</sup> - علي خاطر الشطناوي، المرجع السابق، ص 104.

<sup>4</sup> - فادي نعيم جميل علاونة، المرجع السابق، ص 46.

## ملخص الفصل الاول:

و من خلال ما تم التطرق له في هذا الفصل من مبررات الدور الإنشائي للقاضي الإداري لقواعد القانون الإداري نجد أنه لعب دورا كبيرا في ابتداع القواعد الإدارية نظرا لارتباط نشأته بنشأة القانون الإداري، فهو مصدر العديد من النظريات والقواعد الإدارية. لهذا وصف القانون الإداري بأنه قانون ذو مصدر قضائي وهذا راجع إلى طبيعته وخصوصيته، وما يميزه من خصائص كونه قانون مرن وسريع التطور.

وهذا ما دفع إلى البحث في حالات استنباط القاضي الإداري لتلك القواعد والأساليب التي اعتمدها لإبرازها وإضفاء القيمة القانونية على مبادئها.

ومما لا شك فيه أن هذه القواعد التي ابتدعها لم يبتدعها من الفراغ أو العدم بل استقاها من مختلف المصادر سواء إعلانات حقوق الإنسان، أو مقدمات الدساتير، الفقه، أو النصوص القانونية... الخ.

## الفصل الثاني

# مجال الدور الإنشائي للقاضي الإداري

## الفصل الثاني: مجال الدور الإنشائي للقاضي الإداري:

يمارس القضاء الإداري دورا بارزا في عملية الخلق القانوني لفرع القانون الإداري وذلك نظرا لعدم تقنين الكثير من أحكام القانون الإداري، بالإضافة إلى ما يتمتع به هذا القانون من خصائص تميزه عن باقي فروع القانون، لذلك فقد عمل القضاء الإداري على إنشاء الكثير من المبادئ القانونية التي تشكل مبادئ عامة تحكم سير عمل الإدارة، حيث تواترت أحكام القضاء على تقرير وتطبيق هذه المبادئ مما جعلها تتمتع بقدر كبير من الاحترام من قبل مختلف درجات القضاء والإدارة، بالإضافة إلى المشرع حيث أنه قد توصف تشريعاته بعدم الدستورية، إذا ما خالفت المبادئ العامة التي قررها القضاء، وأضحت بعضها في مرتبة المبادئ الدستورية بحسب طبيعتها، حتى عمل المشرع التأسيسي والمشرع العادي على تسطيحها في الدساتير والقوانين<sup>1</sup>.

وإذا كان القضاء الإداري يبتدع القواعد القانونية التي تجبر الإدارة على احترامها عن طريق إلغاء أي قرار مخالف لها، فالقيمة القانونية لتلك القواعد القضائية ليست محل إجماع الفقه<sup>2</sup>، إلا أن تلك القواعد والمبادئ العامة تعد نموذجا حيا متجددا يضاف لمجد مجلس الدولة الفرنسي، وتمثل دليلا جديدا مستمرا على إيجابية وفعالية القضاء الإداري في حماية حقوق وحرية الأفراد تحت كل الظروف، حتى مع غياب التشريع بإعتباره المصدر التقليدي لقواعد المشروعية<sup>3</sup>.

ومع نجاح مجلس الدولة في بناء صرح القانون الإداري بوصفه علما وتنظيما مستقلا عن القانون المدني، له أصوله وقواعده المستمدة من حاجات الإدارة، وقد التزم في ذلك جانب الحكمة والحذر وعدم

<sup>1</sup> - علي عبد الله العرادي، ورقة عمل حول دور الإجهاد القضائي الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري، المشاركة في المؤتمر الأول لرؤساء المحاكم العادية، بيروت، 20-21 يونيو 2011، مجلس الشورى بمملكة البحرين، بتاريخ 8 يونيو 2011، ص 1.

<sup>2</sup> - علي خطار شطناوي، دور القاضي الإداري في ابتداع القاعدة القانونية، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29، العدد 1، 2002، ص 99.

<sup>3</sup> - محمد احمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون "كمصدر للمشروعية في القانون الإداري"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 7.

التقيد بالنصوص تطبيقاً من كل قيد، إلا أن هذا لم يمنع مجلس الدولة من وضع قيود تحد من سلطته الرقابية تحقيقاً في ذلك للصالح العام واحتراماً لمبادئ العدالة<sup>1</sup>.

وبناء على ما تم ذكره، سنتناول في هذا الفصل دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية في المبحث الأول، حيث سيتم إبراز دور القاضي الإداري في خلق كل من القاعدة الإجرائية التي تحكم سير الدعوى وتحضيرها إضافة إلى دوره في خلق القاعدة الموضوعية وما تقوم عليه من مبادئ قانونية عامة وأنظمة قانونية، مع بيان دور القاضي الإداري في استنباط القرائن القضائية التي يبني عليها قناعاته.

أما في المبحث الثاني ستركز الدراسة على أهم الحدود الواردة على دور القاضي الإداري اتجاه الإدارة، و نظراً لاتساع هذا المجال سيتم التطرق إلى أبرز وأهم هذه الحدود بدءاً بالحدود السياسية وصولاً إلى الحدود القضائية.

<sup>1</sup> - حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر 2005، ص 62.

## المبحث الأول: دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية.

تختلف القواعد القانونية الإدارية عن بقية القواعد القانونية الأخرى لكونها قواعد غير مقننة، فلا زال القانون الإداري في مقتبل نشأته، يكتنفه فراغ كبير وواضح في مجال النصوص المكتوبة، فالوضع الغالب هو غياب النصوص المكتوبة التي تحكم المنازعات الإدارية، لهذا تدخل القضاء الإداري ملء هذا الفراغ التشريعي، وابتدع العديد من القواعد والمبادئ التي شكلت معظم قواعد القانون الإداري ونظرياته<sup>1</sup>.

ونظرا لطبيعة وخصوصية قواعد القانون الإداري، أتاحت الفرصة لمجلس الدولة في الإضطلاع بدوره الأصيل في إرساء مبادئ القانون الإداري وتوحيدها، و تماثل محاكم مجلس الدولة مع تشكيل المحاكم العادية، وإن تفوق القاضي الإداري من ناحية الخلق والإبداع، و لم يقف أسير النصوص كالقاضي المدني، وإنما تفوق على نفسه فحكم مع وجود نص وحكم مع عدم وجوده إلا ما تعارض في ذلك مع مبادئ العدالة ورعاية الصالح العام<sup>2</sup>.

ولذا سنتطرق في هذا المبحث، إلى أهم المبادئ الإجرائية التي قررها الإجتهد القضائي الإداري ودور القاضي في تحضير الدعوى وإجراءات التحقيق فيها، ودوره الإنشائي للقواعد الموضوعية والتي من أهمها المبادئ العامة والأنظمة القانونية.

<sup>1</sup> - علي خطار شنتاوي، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 410.

## المطلب الأول: دور القاضي الإداري في خلق القاعدة الإجرائية:

تماشياً مع أحكام الدستور والنصوص القانونية الأخرى وما تبنته من مبادئ الشرعية والمساواة، وجعلت منه أساساً للقضاء<sup>1</sup>، جاء قانون إجراءات المدنية والإدارية ليوّسع من سلطات القاضي الإداري من جهة لحماية المصلحة العامة، ومن جهة أخرى لحماية الحقوق والحريات من تعسف الإدارة وتوجيهها، بدءاً بالتحقق من شروط رفع الدعوى ومراقبة صحتها، ومحاولة إجراء الصلح، وسلطاته في التحقيق في الدعوى<sup>2</sup>.

فوجود هيئات للقضاء الإداري متميزة عن هيئات القضاء العادي، يفرض بالضرورة وجود إجراءات خاصة واجبة الإلتزام أمام هذه الهيئات لمعرفة منظومة الإجراءات الإدارية باعتبار أنها مسألة في غاية الأهمية، فهي التي تبين طريقة استخلاص الحقوق الموضوعية وتحمي المتقاضين من الأخطاء القضائية المحتملة<sup>3</sup>.

وباعتبار الدعوى الإدارية كباقي الدعاوي القضائية، وسيلة قضائية يلجأ من خلالها صاحب المصلحة إلى السلطة القضائية للمطالبة بحقه أو حمايته. فعلى القاضي الإداري التطرق للدعوى الإدارية في جانبها الموضوعي، والتأكد من مدى وقوع اعتداء من عدمه على الحق الموضوعي والنظر في إمكانية منح الحماية القضائية لهذا الحق، يجب دراسة الدعوى في شقها الشكلي أولاً<sup>4</sup>.

ولذا خصص المشرع في أحكام و نصوص قانون 08-09 كتاباً خاصاً فصل فيه مجموعة الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، والتي وسع فيها من سلطات القاضي الإداري، وأكد على

<sup>1</sup> - المادة 139، من دستور 1996 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - المادة 24 من قانون 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية ج. ر. 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

<sup>3</sup> - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 97.

<sup>4</sup> - أمال الله منصور، شروط قبول الدعوى الإدارية، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2006، 2009، ص أ.

دوره الإيجابي وملكيته لخصومته، بحيث يسيرها بالوجه الذي يراه مناسباً للوصول إلى النزاع وإقامة التوازن المطلوب منه، بين إدعاء المدعي ودفع المدعى عليه، وذلك منذ تسجيل الدعوى إلى غاية تنفيذ الحكم أو القرار الصادر منه<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: المبادئ الإجرائية المقررة بحكم الاجتهاد القضائي:

يقصد بإجراءات التقاضي، مجموعة القواعد القانونية التي تنظم القضاء، والتي تتناول كيفية رفع الدعاوي والطعون، ولقد سار مجلس الدولة الفرنسي في بداية نشأته على تطبيق قواعد القانون المدني على إجراءاته، وذلك بسبب حداثة عهده وسيطرة فقه القانون الخاص على أفرع القانون عموماً، ثم ظهرت عدة عوامل أوجبت قيام قواعد جديدة مستقلة عن القواعد الأصلية وترجع هذه أساساً إلى:

- طبيعة الولاية القضائية الإدارية، طبيعة التنظيم القضائي الإداري، طبيعة مراكز الخصومة الإدارية، طبيعة المنازعات المرفوعة أمام القضاء، طبيعة القواعد القانونية واجبة التطبيق حسب خصوصية النزاع وحسب طبيعة الغاية من التقاضي<sup>2</sup>.

و بالرجوع إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، فإن مجلس الدولة الفرنسي توصل إلى سابقة قضائية تنطبق على الإجراءات الإدارية، وإجراءات المنازعة، وهكذا تم إنشاءها وتطويرها في المبادئ العامة للقانون التي تشكل إستجابة قضائية تركز على المبادئ التقليدية المكتوبة، وغير المكتوبة التي ترتبط إلى حد ما بالقانون العام والإداري على حد تعبير « Lafferiére » في بحثه حول القضاء الإداري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مداخلة من طرف السيدة بن صالوة شفيقة "مستشارة دولة لمجلس الدولة"، بمناسبة الملتقى الوطني المنعقد بجامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 28،29/04/2009، ملحقه بمركز البحوث القانونية و القضائية، ص 4.

<sup>2</sup> - عمرو عماد عبد المنعم، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، ص 3.

<sup>3</sup> - فريدة أبركان، القاضي والحريات العامة، أعمال الملتقى الدولي، ص 277.

فكان من المناسب أن يقوم القاضي الجزائري بإدماجها في القانون الوضعي، ولعدم كفاية النصوص التشريعية استخلص القضاء الإداري المبادئ العامة للإجراءات القضائية الإدارية بما يتلاءم وطبيعة الدعوى الإدارية، وروابط القانون العام التي تقوم عليها، واستخلص القضاء هذه المبادئ من مصادرها المختلفة، من قانون المرافعات المدنية، وتميزها عن النصوص الأخرى، أو من مبادئ العدالة والمنطق القانوني السليم الذي أقيم على أساسه إجراءات قضائية إدارية كاملة، وقد استهدف القضاء الإداري في مباشرته لدوره الإيجابي الفعال في الدعوى الإدارية وفقا لهذه الإجراءات الموجهة، و تحقيق أكبر قدر من الضمانات والرعاية للمتقاضين وتسيير سبل الوصول إلى الحق، فقد وضع القاضي نصب عينيه موقف الفرد والإدارة من الدعوى وطبيعة كل منهما.

وباعتبار أن المبادئ العامة للقانون مصدرا مكتوبا للإجراءات الإدارية، نظرا لدور القاضي الإداري في اكتشافها، واستنباطها من خلال ما يصدره من قرارات وأحكام<sup>1</sup>، فقد ساهم بالرغم من التحديد التشريعي لهذه المبادئ، أن يضيف عليها خصائص دعوى الإلغاء<sup>2</sup>، ومن خلال ما يأتي، سيتم التطرق إلى بعض هذه المبادئ بدءًا بمرحلة حكم Téry الصادر في 20 يولييه 1913<sup>3</sup>، الذي كان مصدرا هاما في تطور حماية مجلس الدولة لحقوق الأفراد، بتقرير حقوق الدفاع أمام الجهات القضائية الإدارية، وبيان بعض قواعد العمل والإجراءات التي يجب على هذه المحاكم احترامها، وقد صنف ضمانات القواعد العامة للمتقاضين، وهي التكليف بالحضور، وبميعاد الحضور، وحقوق الدفاع، والتي يقتضي:

- حضور جميع الأعضاء.

- تضمين الحكم بالأسماء.

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 116.

<sup>2</sup> - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية "الجزء 1"، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 117.

<sup>3</sup> - مجلس الدولة، 20 جوان 1913، قضية téry، مجموعة 736، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص 211.

– إحترام الترتيب المنطقي.

– مبدأ تسييب الأحكام.

– سماع المتهم.

– مبدأ الاختصاص<sup>1</sup>، الذي يتضمن كقاعدة عامة ما يلي:

– وجوب إخطار أصحاب الشأن من إيداع الصحيفة.

– إخطار الطرفين بمختلف الأوراق التي تودع الملف في وقت مناسب بتاريخ الجلسة.

– منح الخصوم المدة اللازمة لتقديم ملاحظاتهم، مع إخطارهم في وقت مناسب بتاريخ الجلسة... إلخ

وقد أضيفت لمبدأ الاختصاص عدة مبادئ، منها مبدأ علنية الجلسات في حالة عدم مساس هذا المبدأ بالنظام العام والآداب العامة.

وعلى يد القاضي، وعلى غرار باقي المبادئ، استخلص مجلس الدولة الفرنسي من النصوص التي تقرر حجية الأحكام القضائية، فيما فصلت فيه بين الخصوم، ومن فكرة استقرار الحقوق واحترام قوة الأحكام، مبدأ قانوني عام تمثل في مبدأ قوة الشيء المقضي به، الذي يعبر عن وجوب احترام الأحكام، وما لها من قيمة قطعية فيما فصلت فيه. وقد رتب القاضي الإداري على هذا المبدأ نتيجتين أو بالأحرى التزامين على عاتق الإدارة، يكشفان عن القدر الكبير من الأصالة لهذا المبدأ عن الفكرة الضيقة لحجية الأحكام:

1- التزام الإدارة بألا تصدر قرارا مخالفا لمضمون الحكم النهائي، وإلا كان قرارا غير مشروعاً.

2- التزام الإدارة بمساعدة المحكوم لهم بالذات في المسائل المدنية، بتنفيذ الأحكام الصادرة لمصلحتهم ولو بالقوة الجبرية إذا تطلب تنفيذ ذلك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> – جمعية 12 أكتوبر 1979، تجمع محامي فرنسا الجدد، مجموعة 37، مشار إليه في أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص 214.

ومن خلال ما تم ذكره عن دور مجلس الدولة الفرنسي في إبداء مبدأ المساواة، تؤكد هذا الدور من خلال عمله الإبتكاري الخلاق بدعم مبدأ المشروعية، إلى أقصى حد ما أنشأه من مبادئ فرعية عن مبدأ المساواة، وأضفى عليها قيمة دستورية من بين هذه المبادئ:

- مبدأ المساواة أمام المرافق العامة.
- مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة...إلخ.

وقد أدت هذه التطورات في سلطة القاضي الإداري إلى ظهور مصطلح *Office du Juge* في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والذي يحمل في ذات الوقت مضمونا تقليديا ومدى جديدا، يرجع إلى التوسع الكبير لسلطات وواجبات القاضي في الدعوى الإدارية، بما يتجاوز الإطار التقليدي لهذه السلطات والواجبات، ويشير هذا المصطلح إلى العلاقات الناشئة في إطار الدعوى الإدارية بين القاضي الإداري وإجراءات الفصل في الخصومات أثناء نظر الدعوى التي يختص بها، والتي بالاستناد إليها يباشر الصلاحيات المرتبطة بإسباغ صفة القضاء في إطارها الصحيح، وطبقا لمقتضيات حسن سير العدالة<sup>2</sup>.

فقد أصبح هذا المصطلح دارجا في الأحكام في الوقت الحالي للتعبير عن سلطات القاضي الإداري، ونطاقها والذي يستخلصه من النظام القانوني في مجموعه، ويتضمن جوانب أربعة:

- الفصل في الخصومة
- إنهاء النزاع
- تطبيق قواعد القانون
- تحقيق العدالة النموذجية، والتي من خلالها يتجاوز القاضي الإداري إطار المنازعة الإدارية بمفهومه التقليدي إلى الإهتمام بالحكم الذي أصدره.

<sup>1</sup> - مجلس الدولة، 8 يوليو 1904، قضية « botta » مجموعة 557، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص113.

<sup>2</sup> - رجب محمود طاجة، مبدأ تجرد القاضي الإداري، مجلة القانون الإقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 84، سنة 2011، ص 664.

إذ لا يكرس هذا المصطلح فقط سلطات وواجبات القاضي الإداري في الدعوى الإدارية من خلال تطبيق قواعد القانون، بل يشير كذلك إلى قدرة هذا القاضي على خلق قاعدة قانونية قادرة على معايشة الواقع المعروضة في الخصومة، بهدف الوصول إلى العدالة المثالية، والتي من مقتضاها متابعتها للحكم الذي أصدره<sup>1</sup>.

ونظرا لاعتماد القضاء الجزائري بعد الاستقلال مباشرة على القوانين الفرنسية كمصدر مؤقت، عملا بالقانون 157/62 المؤرخ في 1962/12/31، إلا أن القضاء الإداري في الجزائر بقي يتابع تطورات قانون المنازعات الإدارية في فرنسا، ولا يزال يأخذ منه بعض المسائل كما هو ثابت من محتوى بعض القرارات الإدارية الصادرة عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، ومن بين هذه التطبيقات:

قرار بتاريخ 2000/03/27 الذي كرس في ذلك مبدأ المساواة<sup>2</sup>.

إضافة إلى قرار الغرفة الأولى لمجلس الدولة في سنة 2000 الذي كرس وفرض مبدأ التسبب في الحكم القضائي<sup>3</sup>.

والملاحظ أن القضاء الإداري من استنباطه العديد من المبادئ العامة للقانون عن ما توصل إليه مجلس الدولة الفرنسي، التي ارتقت بذلك من مصاف المبادئ العامة إلى المبادئ الدستورية التي تضمنها دستور 1996، والتي لا يجوز مخالفتها بأي نص قانوني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - رجب محمود طاجة، المرجع السابق، ص 664.

<sup>2</sup> - مجلس الدولة الجزائري، 2002/01/28، ملف رقم 23957، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، سنة 2002، مشار إليه في بشير محمد، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> - قرار 203106، الغرفة الأولى، مجلس الدولة، بتاريخ 2000/06/12، قضية (ب،س) ضد والي الولاية بجاية ومن معه، قرار مشار إليه في طجين سعاد، المرجع السابق، ص 32.

<sup>4</sup> - بشير محمد، مرجع سبق ذكره، ص 74.

## الفرع الثاني: الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مجال الإثبات:

إن تسيير الخصومة الإدارية يعتمد بالأساس على دور القاضي الإداري، سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية، والهدف من هذا التدخل في الخصومة القضائية، هو تحقيق التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية بما يتلاءم مع طبيعة القانون الإداري بصفة عامة، إذ يتعلق الدور الإجرائي الذي يضطلع به القاضي الإداري في مجال إثبات الدعوى الإدارية بتحضير تلك الدعوى ومباشرة وسائل الإثبات العامة والتحقيقية فيها، فهذا الدور يمثل المحور الرئيسي الذي يقوم عليه الإثبات الإداري<sup>1</sup>.

وقد تبنى القانون الجزائري كغيره من الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي، والإيطالي، والبلجيكي بموجب القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية بالنظام المختلط للإثبات<sup>2</sup>، والذي مفاده تحديد أدلة الإثبات، وتعيين قيمة بعضها أمام القضاء، مع تحويل القاضي سلطة تقدير قيمة ما لم يحدد القانون قيمته من الأدلة، بالإضافة إلى تزويده ببعض السلطات الإيجابية في تحضير الدعوى، وبذلك يتحصل دور القاضي وفقا للمذهب المختلط في الإثبات بنوع من الحياد، يؤدي إلى توفير الثقة، والإستقرار في المعاملات مع العمل على تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية<sup>3</sup>.

وللدور الإجرائي للقاضي الإداري خصائص عامة تتصل بحق القاضي في اختيار وسيلة الإثبات وتقدير كفايتها، والافتناع بها، وكذلك التزامه باحترام مبدأ المواجهة، باعتباره من الأصول العامة للتقاضي إلى جانب ذلك يباشر القاضي الإداري وسائل الإثبات المختلفة، والتي يتركز فيها أساس الدور الإجرائي للقاضي، وهي إما وسائل عامة يصدر بها قرار، أو أمر من القاضي، وإما وسائل تحقيقية، يقررها بموجب حكم إجرائي سابق على الفصل في الموضوع، وبالتالي فإن الدور الإجرائي للقاضي الإداري يعتمد على

<sup>1</sup> - شتيوي زهور، الإثبات في المادة الإدارية، شهادة ماستر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014، 2013، ص 38.

<sup>2</sup> - لحسين بن شيخ آت، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 28.

<sup>3</sup> - أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، بدون مكان النشر، 1977، ص 33.

دراسة الوسائل الإثبات عامة كانت أم تحقيقية والتي تتضمن في نفس الوقت طرق الإثبات في الدعوى الإدارية<sup>1</sup>.

يقصد بتحضير الدعوى، مجموعة الوسائل التي تتخذ اعتباراً من تاريخ إيداع عريضة الدعوى بقصد تهيئتها للحكم فيها، إذ تعتبر هذه العملية أساس الإثبات أمام القضاء الإداري لكونها الوعاء الذي تجتمع فيه عناصر الإثبات، وتتضح من خلال اتجاهات القاضي الإداري بخصوص تنظيم عبء الإثبات، ووسائله ومدى تحمل كل طرف، حيث يفصل في النهاية على أساس ما تجمع في الملف من المستندات والأوراق ولأن الدور الإجرائي للقاضي الإداري في الدعوى يستهدف الوصول إلى الحقيقة، فإنه يتعين توافر الشروط الواجبة في الواقعة المراد إثباتها على أن تكون محددة، ومحل النزاع، والمتعلقة بالدعوى، ومنتجة ومما يجوز إثباته قانوناً، وكأثر لالتزام القاضي بالفصل في الدعوى بصورة عادلة، فإنه يلتزم بإجراء تحضير كامل في المواجهة الطرفين حيث يكتمل هذا التحضير بانتهاء الأطراف من تقديم الإدعاءات، والملاحظات، والردود اللازمة، ومناقشة جميع الدفوع<sup>2</sup>.

يتولى القاضي الإداري بمقتضى دوره الإيجابي بعملية التحضير، بالاستعانة بالوسائل العامة للإثبات التي تتضح أبرز سماتها تميزاً في ذلك عن طرف التحقيق، ويمكن اختصار ذلك في ما يلي:

- 1- تحضير الدعوى الإدارية بناء على التعاون التام بين القاضي الإداري، والإدارة العامة فيلتزم القاضي بإجراءات التحضير كامل للدعوى في مواجهة الخصوم، في المقابل تلتزم الإدارة بالمشاركة الإيجابية في هذه العملية، والإستجابة لتعليمات القاضي الإداري بهذا الخصوص، وهو إلتزام قانوني يقدر القاضي آثار الإخلال به أو مسلك الإدارة حياله.
- 2- إن الوسائل العامة للإثبات تنطوي على إيجابية محسوسة من جانب القاضي الإداري، وهيمنة كاملة عليها ابتغاء تحقيق التوازن العادل بين الطرفين، وبذلك تتضح بصورة ملموسة الصفة الاستيفائية أو الإيجابية لإجراءات القضاء الإداري، فالقاضي في شغله يساند الفرد الضعيف

<sup>1</sup> - شتيوي زهور، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> - شتيوي زهور، المرجع السابق، ص 39.

وهو المدعى عادة، في موقفه الصعب، الأمر الذي يؤثر تأثيرا كبيرا في تنظيم عبء الإثبات وفي التيسير على المدعى بصفة خاصة<sup>1</sup>.

ومن أبرز هذه الوسائل التي تساعد على استيفاء ملف الدعوى ما يحوزه من عناصر الإثبات نجد وسيلتين:

### أولا: التكليف بإيداع المستندات.

طبقا لسير الدعوى أمام المحكمة الإدارية، فعلى كل طرف في النزاع أن يقدم الوثائق والمستندات التي يراها كافية لإثبات إدعاءاته، وإسقاط حجة خصمه وعلى كل منهم تقديم المستندات المعتمدة من أجل الإطلاع عليها<sup>2</sup>، ونظرا لعدم مساواة المراكز القانونية لأطراف العلاقات القانونية الإدارية، كون الإدارة الطرف القوي بالنظر لما تتمتع به من امتيازات قانونية في احتفاظها بالملفات، والوثائق، والأوراق التي تستمد منها الأدلة التي يمكن للمدعي الإعتماد عليها لإثبات صحة دعواه، هذا ما يجعل صحة عملية الإثبات صعبة جدا بل أحيانا مستحيلة<sup>3</sup>.

وفي سبيل مباشرة وسيلة التكليف بالمستندات والبيانات، تطور إتجاه القضاء الإداري خصوصا بعد أن تدعمت وتأكدت بقوة منذ حكم **Barel** المشهور في سنة 1954، وبجانب هذا التطور في شرط مباشر وسيلة التكليف، مع الزيادة المطردة في تطبيقاتها بصفة عامة، سار القضاء الإداري شوطا بعيدا في هذا الشأن، حيث أقر بالإدعاء البسيط لمباشرة وسيلة التكليف عندما يتغير تقديم قرائن مؤيدة، قد جاء تحت السنة مجلس الدولة الفرنسي ما يلي: "للقاضي الإداري لتحقيق قضية ينظرها، أن يطلب من الإدارة المختصة تقديم كل الوثائق التي يعتبر من شأنها أن تسمح بالتحقيق من صحة مزاعم الأطراف المتنازعين." و قد مدّ مجلس الدولة المبادئ التي وضعها حكم **Barel** إلى المجال الاقتصادي وأكد على طبيعة التحقيقية

<sup>1</sup> - أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص 277.

<sup>2</sup> - شتيوي زهور، المرجع السابق، ص 39.

<sup>3</sup> - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 610.

لسلطاته في بحث إجراءات الطعن، وأقر للقاضي الإداري سلطة طلب تقديم الأسباب الواقعية، والقانونية للقرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

ويمتد نطاق المستندات التي يمكن أن يشملها التكليف، إلى جميع المستندات التي في حوزة الإدارة والتي يكون من المفيد الإطلاع عليها، أو الاستئناس بها، وتسمح بتكوين عقيدة القاضي، وتمكين أصحاب الشأن من الدفاع عن حقوقهم، ومراكزهم القانونية، وهي ما تعرف بالمستندات المنتجة في الإثبات دون غيرها من المستندات غير المنتجة، وبهذه الوسيلة يمكن للقاضي مباشرة واجبه في رقابة المشروعية، والفصل في الدعوى بعلم ودراية مع إلزام الإدارة بالاستجابة إلى التكليف، وتبرير تصرفاتها في جميع الدعاوي الإدارية التي ترفع أمامه سواء تعلقت بالإلغاء، أو القضاء الكامل<sup>2</sup>، فمجلس الدولة الفرنسي إجتاز بدوره في هذا الصدد خطوة الرقابة المحددة إلى إمكانية إجراء تقديرات دقيقة تساعده في تكوين قناعاته<sup>3</sup>.

#### ثانيا: الأمر بإجراء بعض التحقيقات الإدارية.

وتتمثل هذه التحقيقات في الانتقال إلى المكان الموجود به المستندات، والوثائق التي تعذر الحصول عليها، وذلك للتحقق منها، والإطلاع على ما يهمه من البيانات بخصوص الدعوى المعروضة، والمثال التقليدي لهذه الوسيلة التي يتميز بها القضاء الإداري نزولا على الصفة الاستيفائية للإجراءات، هو التفويض المقرر في فرنسا في الانتقال إلى مقر الجهة الإدارية المختصة للإطلاع على نصوص النسخة الأصلية للقوانين، أو المراسيم والقرارات التنظيمية العامة، أو التحقيق من توقيعها عند المنازعة، أو الإطلاع على أصل الأحكام القضائية.

<sup>1</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، 28 مايو 1954، قضية باريل Barel، مجموعة 309، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سبق ذكره، ص 654.

<sup>2</sup> - أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص 290.

<sup>3</sup> - مجلس الدولة، قضية باريل، سبق الإشارة إليها، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 660.

و في الواقع العملي لا يستعين القاضي الإداري بهذه الوسائل، إلا في حالات نادرة، وذلك لمخالفتها لمبدأ الجاهية، لذلك كان من غير المرغوب التوسع في طريقة الانتقال فضلا عما تتضمنه من تكاليف وجهد<sup>1</sup>.

رغم قيام مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العامة، ورغم أن الإدارة تقف دائما طرفا في الدعوى الإدارية، فإن ذلك لم يمنع القضاء الإداري الفرنسي من الإستعانة بوسيلة التحقيق الإداري، والتي تحصل في تكليف الجهة الإدارية بإجراء تحقيق لمعرفة، ويودع التقرير بنتيجة يمكن ذوي الشأن الإطلاع والتعقيب عليه، وترتبط الممارسة العملية لهذه الوسيلة بنشأة القضاء الإداري في أحضان الإدارة العاملة واتصاله الوثيق بها، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي من القديم في بعض أحكامه بسلطة القضاء الإداري في الأمر بإجراء تحقيق إداري لإثبات وقائع معينة، بمعرفة موظف مختص من ذات الجهة الإدارية، و على وجه الخصوص بشأن مسائل فنية سواء تعلق الشأن بدعاوى القضاء الكامل، أو بشأن دعاوى الإلغاء، ويراعى في ذلك عدم الخلط بين طريقة التحقيق الإداري التي يأمر بها القاضي، وبين التحقيق الإداري الذي تجربته الإدارة بمعرفتها ومن تلقاء نفسها دون تكليف من القاضي.

ومن الأمثلة الشهيرة للأمر بالتحقيق الإداري، ما تم في قضية **Béaugé** حيث عرض على مجلس الدولة الطعن في قرار توزيع مصاريف النظافة، التي يتحمل بها أصحاب المصانع طبقا للقانون عن المياه المتخلفة عن المصانع، وكانت حالة الملف لا تسمح ببيان ما إذا كانت هذه المياه تسبب رائحة أم لا لذلك قرر المجلس أثناء التحضير أن يجري إشراف وزير الزراعة تحقيق إداري قبل الفصل في الموضوع بمعرفة مهندس متخصص في الشؤون الريفية يعنيه الوزير المذكور للتحقق من ذلك<sup>2</sup>، يجري القضاء الإداري على الأمر بوسائل التحقيق لاعتبارها من الناحية العملية من أهم وسائل الإثبات أما القضاء الجنائي ونظرا للطبيعة التحقيقية للإجراءات الإدارية وبعد قيام المدعي بإخطار القاضي مباشرة بعريضة دعواه، وبعد تسجيلها في كتابة الضبط فإنه ليس للمدعي أن يتخذ أية مبادرة كون التحقيق ملك للقاضي، أو المستشار المقرر الذي

<sup>1</sup> - أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص 314.

<sup>2</sup> - أحمد كمال الدين موسى، المرجع نفسه، ص 317.

تقع عليه مسؤولية التحقيق في القضية<sup>1</sup>، وهذا الأخير ما يعبر عن دور القاضي الإداري في مرحلة التحقيق في الدعوى بما تنطوي عليه من وسائل التحقيق وطرق وأدلة الإثبات المقبولة أمام.

وباعتبار القاضي الإداري المقرر أميناً على الدعوى الإدارية له الحق في اللجوء إلى كافة الإجراءات والوسائل القانونية التي من شأنها إظهار حقيقة النزاع، وتكوين قناعة لديه<sup>2</sup>.

وتبعاً لذلك يستعين القاضي الإداري من جانبه بطرق الإثبات المشار إليها في القانون الخا بمراعاة الإجراءات المرسومة لكل منهما، والإلتجاء إليها في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية وتنظيم القضاء الإداري، والنصوص الخاصة التي تنطبق أمامه، فهو الذي يقدر في ذات الوقت مدى حجية هذه الطرق التي يستعين بها دون أن يكون لطريق معين مرتبة أو قوة أعلى من طريق آخر، حيث تتساوى جميع الأدلة أمام القضاء الإداري ويستخلص عقيدته من أي دليل يطمئن إليه بمراعات حقوق الدفاع<sup>3</sup>.

وتتميز وسائل التحقيق عن غيرها من الوسائل العامة للإثبات في أنه يلزم لتقريرها صدور حكم قضائي طبقاً لإصدار الأحكام الإجرائية الصادرة قبل الفصل في الموضوع، يبين موضوعها وكيفية مباشرتها فهو حكم قطعي إجرائي غير قابل للطعن فيه، إلا في حالة الحكم المنهي للخصومة إذا كان قابلاً للطعن والذي يتميز عن الحكم النهائي في كونه يضع حداً للدعوى، والذي يجوز حجية كاملة، في حين أن الوسائل العامة للإثبات يكفي لتقريرها صدور قرار بسيط من القاضي الإداري، وهو قرار غير قطعي وغير مسبب بعد من قبيل الإجراءات الإدارية للقضاء حتى أنه يمكن صدورها في غيبة الأطراف، ولهذا استقر القضاء الإداري المقارن على إقرار وسائل التحقيق المناسبة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - لحسين بن شيخ آت ملويه، مرجع سابق، ص 108.

<sup>2</sup> - بو الشعور وفاء، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2010/2011، ص 97.

<sup>3</sup> - أحمد كمال الدين موسى، مرجع سابق، ص 35.

<sup>4</sup> - شتيوي الزهور، مرجع سابق، ص 39.

و على ذلك فإن وسائل التحقيق التي يلجأ إليها القاضي لم ترد حصريا، إنما تكتمل في مختلف وسائل الإثبات خاصة الخبرة والمعينة، الشهادة، مضاهاة الخطوط بتقديم المستندات، والوثائق التي برزت جهود القضاء الإداري في اللجوء إليها، والتي تنبأها المشروع ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 في الباب الثالث من الكتاب الثاني

### المطلب الأول: دور القاضي الإداري في خلق القاعدة الموضوعية:

يختلف روابط القانون الخاص في طبيعتها عن روابط القانون العام، فقواعد القانون المدني لا تطبق وجوبا على روابط القانون العام إلا عند وجود نص خاص يقضي بذلك، فإن لم يوجد لا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتما وكما هي، وإنما تكون له حريته واستقلالية في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن لم تكن كذلك، كما له أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم، ومن هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في كونه غير مقنن حتى يكون متطورا وغير جامدا. ويتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي، مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يهدف إلى خلق الحل المناسب، وبهذا أرسى القواعد النظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها وإيجاد مركز التوازن والموائمة بين ذلك وبين المصالح الفردية<sup>1</sup>.

ولذا سنتطرق إلى أهم ما ابتداعه القضاء الإداري وساهم من خلاله في إرساء معالم القانون الإداري.

### الفرع الأول: دور القضاء الإداري في استنباط المبادئ العامة للقانون:

تعد المبادئ العامة للقانون أو كما يسميها البعض المبادئ القانونية العامة من الموضوعات الأكثر جدلا وفضولا في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، وتشكل هذه المبادئ وهيكل القضاء الإداري في فرنسا

<sup>1</sup> - لحسن بن شيخ آث ملوية: دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، دار هومة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2009 ص41.

وركيزة مؤسساتها<sup>1</sup>. وباعتبار القضاء الإداري الجزائري لا يخرج في هذا الشأن عن نهج قضاء مجلس الدولة الفرنسي سنتطرق إلى أهم التطبيقات القضائية التي كرست فكرة المبادئ العامة للقانون.

فقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي اصطلاح المبادئ العامة للقانون في أحكامه المتعددة فجاء في حكمه الصادر في 26 أكتوبر 1945 في قضية « **Aramu** » بقوله "المبادئ العامة للقانون المطبقة حتى في ظل غياب النص"<sup>2</sup>.

وفي قضية « **Sieur Bour droit** » قضى المجلس بأنه " لا يوجد أي نص قانوني أو لائحي أي مبدأ من المبادئ العامة للقانون في هذا الموضوع يلزم الإدارة على..."<sup>3</sup>.

وحكمه في قضية « **Societe des Eiments François** » "...وحيث أنه لا يوجد أي نص أو مبدأ قانوني عام يلزم مصدر القرارات المطعون فيها..."<sup>4</sup>.

وبعد استخدام مجلس الدولة لهذه المبادئ في مناسبات نادرة، قرر في 19 مارس 1951 بمقتضى قرار جمعية حفلات الكونسرت فاتوار الإعلان عن نظرية المبادئ العامة التي التزم استعملها دون ذكرها صراحة إلا نادرا، فقد قرر مفوض الحكومة « **LE TOURNEUR** » أنه يوجد "إلى جانب القوانين المكتوبة مبادئ كبرى لا غنى عن الاعتراف بها لقواعد بها كقواعد قانونية تكمل الإطار القانوني الذي يجب أن تتقدم فيه الأمة على أساس نظمها القانونية و الاقتصادية الخاصة بها و يترتب على مخالفتها ذات نتائج مخالفة القانون المكتوب..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - موسى مصطفى شحاتة، المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الإداري، مجلة الشريعة والقانون العدد 18، 2003، ص 56.

<sup>2</sup> - C.E / 26october/1945 Aramu موسى مصطفى شحاتة المرجع السابق، ص 63.

<sup>3</sup> - CE4 juin 1945 Bour droit موسى مصطفى شحاتة، المرجع نفسه ص 63.

<sup>4</sup> - C.E.22 mars1950 société des Eiments Française موسى شحاتة، المرجع نفسه ص 63.

<sup>5</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، 9 مارس 1951، قضية SOCIETE DES CONCERTS DU COUCERVATOIRE، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 569.

نظرا لأهمية المبادئ العامة للقانون قرر مجلس الدولة معاقبة من خالفها بواسطة دعوى تجاوز السلطة و التي يصعب أحيانا تحديد أصولها ويستحيل إعداد قائمة لها بدقة خاصة مع التوسع المستمر لهذه الأخيرة<sup>1</sup>. ورغم هذا التوسع نجد أن المشرع الجزائري كرس الكثير منها في النصوص الدستورية أو في القوانين<sup>2</sup>.

فبالرجوع إلى دستور 1996<sup>3</sup> : نجد تضمن مجموعة المبادئ القانونية التي رفعها إلى مصاف المبادئ الدستورية والتي نذكر منها:

مبدأ حق اللجوء إلى القضاء بموجب نص المادة 139 من الدستور.

مبدأ تسييب الأحكام القضائية بموجب نص المادة 144.

مبدأ حق الدفاع بموجب نص المادة 151.

المبادئ المتفرعة عن مبدأ المساواة يمكن حصرها فيما يلي:

- مبدأ المساواة أمام القانون بموجب المادة 02 من الدستور.

- مبدأ المساواة أمام تقلد الوظائف العامة بموجب المادة 52 من الدستور.

- مبدأ المساواة في الالتحاق بالتعليم و التكوين المهني بموجب المادة 53 منه.

- مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة بموجب المادة 64 من الدستور.

- مبدأ المساواة أمام القضاء بموجب المادة 140 من الدستور.

المبادئ المتفرعة عن مبدأ الحرية: ونذكر منها.

- مبدأ حرية العقيدة بموجب نص المادة 36 من الدستور.

<sup>1</sup> - لحسين بن شيخ آث ملوية، مرجع السابق، ص 225.

<sup>2</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> - بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94/438 المؤرخ في 07/12/1966، الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 08/12/1996.

- مبدأ حرية التجارة و الصناعة بنص المادة 57 منه.

- مبدأ حرية الابتكار الفكري والفني بنص المادة 38 منه.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية الأخرى نجد أنها تكرس هذه المبادئ القانونية الدستورية فنذكر مثلاً:

قانون 08-09 المتضمن قانون إجراءات المدينة والإدارية<sup>1</sup>، الذي أورد صراحة حق اللجوء إلى القضاء بموجب الفقرة 01 من المادة 03، وفي نفس المادة في فقرتها الثانية يكرس مبدأ المساواة أمام القضاء.

الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية<sup>2</sup> الذي نص صراحة بدوره في المادة 74 منه على مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية كرس لمبدأ الدستوري المنصوص عليه في المادة 52 من الدستور الجزائري.

تكريس مبدأ الحرية ومبدأ المساواة كمبادئ لإبرام الصفقات العمومية، بموجب المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم<sup>3</sup> بقولها: "... يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين والشفافية والإجراءات...".

ضف إلى ذلك المبادئ الإجرائية المقررة بحكم الاجتهاد القضائي و المكرسة بموجب النصوص القانونية والتي تم التطرق لها في المطلب الثاني تحت عنوان دور القاضي الإداري في خلق القاعدة الإجرائية.

ومن تطبيقات القضاء الإداري الجزائري في تكريس هذه المبادئ تذكر ما يلي:

<sup>1</sup> - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

<sup>2</sup> - أمر رقم 06-03، مؤرخ في 03 جمادى الثانية عام 1427 الموافق ل 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 16 يوليو 2006، ص 3.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق ل 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

قرار مجلس الدولة في تاريخ 22-01-2001 المكرس لحق التقاضي<sup>1</sup>، إضافة إلى قرار مجلس الدولة بتاريخ 19-11-2002 الذي يقضي بتعويض بسكوت المشرع في قانون الإجراءات المدنية عن مدى توقيف الطعن بالمعارضة تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه بقوله "حيث أنه وإن كان سكوت القانون هذا يعتبر سهو من المشرع فإنه تسبب في عدم مساواة المتقاضين أمام الضمانات المقررة قانوناً وخلق وضعية قانونية غير عادلة يتعين بالتالي على القاضي الإداري تصحيحها من خلال السماح للطرف الطاعن بالمعارضة أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي وبواسطة عريضة مستقلة مودعة لدى نفس هذه الغرفة بطلب وفق تنفيذ القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

ويبدو أن مجلس الدولة من خلال هذا القرار قد كرس مبدأ من المبادئ العامة للقانون ومبدأ دستوري متمثل في "مبدأ المساواة". وفي الوقت نفسه تولي مهمة توفير الأمن القانوني بسد النقائص في الأحكام التشريعية والتنظيمية النافذة حيث يبدو أن المشرع قد راعى حيث وضعه لقانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا الأمر فنص في المادة 955 على أنه "للمعارضة أثر موقوف للتنفيذ ما لم يؤمر بخلاف ذلك"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في إنشاء الأنظمة القانونية:

اهتم كبار فقهاء القانون العام في فرنسا كديجي وهوريو بمحاولة تأصيل فكرة السلطة العامة في نطاق القانون العام الذي هو أحدث في النشأة و التطور من سائر فروع القانون الخاص فاهتموا بالمراكز القانونية للأفراد والجهات الإدارية على حد سواء وتحديد المراكز القانونية هو أمر أساسي لتأصيل سائر نظريات القانون العام من ناحية وتبرير طبيعة النزاعات الإدارية من ناحية أخرى فإذا أضفنا إلى هذه الظروف الطبيعية القضائية لقواعد القانون الإداري التي أخذ مجلس الدولة الفرنسي على عاتقه مهمة

<sup>1</sup> - طحين سعاد، المرجع السابق، ص 29، مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، بتاريخ 22-01-201، قضية (ب، أ) ضد الوكالة العقارية ما بين البلديات ومن معها.

<sup>2</sup> - آيت عوديه بلخير محمد، ضمانات الأمن القانوني في القانون الإداري الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة بليدة، 2013، 2014، ص 54، مجلس الدولة، بتاريخ 19-11-2002، قضية رقم 013167، مجلة مجلس الدولة 2003-3.

<sup>3</sup> - آيت عودة بلخير محمد، مرجع السابق، ص 54.

إرساءها كانت محاولات الفقهاء في أغلبها محاولة تبرير هذا القضاء أو تأصيل لاستنباط فكرة نظريات قانونية واضحة منه وهذا المدخل يصل بنا إلى محاولة تأصيل فكرة المصلحة في الفقه و القضاء الإداريين. ومن بين هذه النظريات سنتناول نظرية الإلغاء، نظرية المسؤولية الإدارية، نظرية العقود الإدارية<sup>1</sup>.

### أولاً: النظام القانون للإلغاء (قضاء الإلغاء):

من بين المبادئ ذات الأهمية القصوى التي تحكم الدول المعاصرة، نجد مبدأ المشروعية وعلى ذلك يتوافر الأشخاص الذين تعرضت مصالحهم المساس من طرف تصرفات إدارية غير مشروعة ومن وسائل التنديد بعدم المشروعية والحصول على حظر تلك التصرفات نجد دعوى الإبطال<sup>2</sup>.

حيث يحتل بذلك دعوى الإلغاء « **recours en annulation** » أو دعوى تجاوز السلطة « **recours pour excès de pouvoir** » أو دعوى بطلان القرارات الإدارية مكانة هامة من بين الدعاوى الإدارية المتعددة أي كان التقسيم المعتمدة لهذه الدعاوى<sup>3</sup>.

فهي دعوى تنازعية، يستطيع بواسطتها كل شخص مضرور أن يضمن القاضي أن يبطل القرار الإداري بسبب عدم صحته، كانت النصوص المتبناة من طرف الثورة الفرنسية تمنح المحاكم العدية من النظر في المنازعات الإدارية، دون أن تنشئ محاكم إدارية لمعالجة تلك المواد، وكان الاختصاص يعود لفصل النزاعات إلى رئيس السلطة التنفيذية بصفته الرئيس السلمي للإدارة، ولم يتبدل هذا المبدأ في فترة القنصلية أو الإمبراطورية الملكية ولا في عهد الجمهورية الثانية.

وهكذا فإن مصدر دعوى تجاوز السلطة هو النظام الرئاسي، وبقيت دعوى تجاوز السلطة لغاية منتصف القرن 19 أكثر عمومية وذات نطاق محدد، كما لم تكن شروط قبول تلك الدعوى واضحة وكانت الوسائل المقحمة للإبطال محدودة.

<sup>1</sup> - محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية شتات، 1996 ص 363.

<sup>2</sup> - لحسن بن شيخ آت ملوية، دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، ص 7.

<sup>3</sup> - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، ص 93.

وعرفت دعوى تجاوز السلطة تطورا لا مثيل له ابتداء من عهد الإمبراطورية الثانية وتوسعت وسائل إبطال القرارات الإدارية من عدم الاختصاص إلى عيب الشكل إلى الانحراف بالسلطة<sup>1</sup>.

ومن الأحكام القضائية الفرنسية التي ساهمت ابتداء هذه القواعد نذكر ومن حالات رفع دعوى تجاوز السلطة نجد حالة عدم الاختصاص تفتح الباب إلى دعوى تجاوز السلطة والتي استنبطها القاضي تبعا لقرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 مارس 1807 في قضية <sup>2</sup> **dupuy brancé** ويقابله قرار المجلس الأعلى بالجزائر في 1983/10/8<sup>3</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1875/11/26 حيث ألغى بموجبها قرارات إدارية مطبقا بذلك حالة جديدة لحالات طعن تجاوز السلطة وهي الانحراف بالسلطة الذي يرجع ابتداء إلى حكم أصدر الإمبراطور في مجلسه في 25 فيفري 1864، وأصبحت هذه نقطة بدء قضاء يقر الانحراف بالسلطة الذي يقرب من نظرية إساءة استعمال الحق المدنية وانتهى مجلس الدولة في هذا الشأن إثبات الانحراف بالسلطة إلى اللحاق بالنظام العام في الإثبات أمام القاضي الإداري<sup>4</sup>.

ولقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي بعيدا إلى حد اعتبارها من مبادئ العامة للقانون في حكمه في قضية « **LA MOTTE** » واعتبارها طعن مفتوح ضد كل قرار إداري حتى في غياب النص<sup>5</sup>.

ولقد تردد المبدأ الذي تكرس بموجب حكم « **LA MOTTE** » في قضائنا الإداري حيث ذهب المجلس الأعلى إلى أن الطعن بالبطلان من أجل تجاوز السلطة يطعن به في حالة عدم وجود نص قانوني يقضي به في جميع القرارات الإدارية التي تلحق ضررا بالغير<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - لحسن بن شيخ آت ملوية، المرجع السابق، ص8.

<sup>2</sup> - لحسين الشيخ أث ملوية، المرجع السابق، ص69، مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1807/03/28، قضية دي برياس.

<sup>3</sup> - لحسين الشيخ أث ملوية، المرجع السابق، ص74، المجلس الأعلى في 8 أكتوبر 1983 ن قضية (ت، ج) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي في برج الكيفان.

<sup>4</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 26-نوفمبر 1875، قضية بارزية، pariset، مجموعة 934.

<sup>5</sup> - C.E. 17 février 1950 Mintre de l'agriculture. C.E. dame Lamotte les grands arrêts de la juris prudence administrative 13eme Edition dallos, paris, 2001, N=67. page 419

<sup>6</sup> - المجلس الأعلى، 31 يناير 1987، المجلة القضائية، عدد 1، 1990، عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 97.

وتأكد ذات المبدأ بصيغة مماثلة في قضاء مجلس الدولة، حيث تقرر في بعض أحكامه أن الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود حتى ولو لم يكن هناك نص، ويهدف إلى ضمان احترام مبدأ القانونية طبقاً للمبادئ العامة للقانون<sup>1</sup>.

### ثانياً: نظرية المسؤولية الإدارية:

إن من أعقد مواضيع القانون الإداري موضوع المسؤولية الإدارية، وحين نتحدث عن المسؤولية الإدارية فإننا نعني الالتزام الذي يقع نهائياً على عاتق شخص عام بتعويض ضرر أصاب شخص آخر<sup>2</sup>.

فمبدأ مسؤولية الدولة في الجزائر ليس حديث النشأة إذ عرف في التشريعات القديمة أين كان النظام القانوني السائد هو نظام إسلامي ففي قواعد الشريعة الإسلامية يتقرر دفع الأضرار عن الرعية مهما كان مصدر هذا الضرر طبقاً للحديث الشريف "لا ضرر لا ضرار في الإسلام"، ومع التطور التاريخي استوجب الأمر إيجاد نظام قضائي يتولى تطبيق مبدأ المسؤولية ومميز هذه الفترة أن هذا المبدأ عرف بواسطة تقرير قاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة في إطار المسؤولية المدنية وهي قاعدة طبقتها الشريعة الإسلامية قبل أن تعرفها النظم الوضعية. وبدخول الاستعمار الفرنسي تغير النظام القانوني الذي يحكم مبدأ المسؤولية ومرت بذات التطورات التي مرت بها في القضاء الإداري الفرنسي<sup>3</sup>.

وباعتبار هذا الأخير من له الفضل الكبير في إرساء وابتداع قواعد ونظريات ومعالم القانون الإداري كان له الفضل في إنشاء وتطوير مبدأ مسؤولية الدولة أو ما يعرف أيضاً بنظرية المسؤولية الإدارية، فقد كرس مجلس الدولة رفضه لتطبيق قواعد المسؤولية المعروف في القانون المدني، على المسؤولية الإدارية في حكم «rotchild» الصادر في 1855، حيث قرر صراحة أن العلاقات بين الدولة وموظفيها والمرافق العامة من

<sup>1</sup> - مجلس الدولة، 17 يناير 2000، وفي ذات المبدأ مجلس الدولة، 28 يناير 2002، مجلة مجلس الدولة، عدد 2، 2002، أنظر عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 329.

<sup>3</sup> - زياني ميمي، المسؤولية الإدارية في الجزائر، مذكرة التخرج المدرسة العليا للقضاء، 2006/2009، ص أ.

الناحية وبين الأفراد من الناحية الأخرى لا تخضع لنصوص القانون المدني لوحدها وأن مسؤولية الإدارة عن أعمالها وأخطاء موظفيها ليست عامة ولا مطلقة وتتغير تبعا لطبيعة كل مرفق عام<sup>1</sup>.

ثم أيدت محكمة النزاع اتجاه مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار بلانكو الشهير والذي يعد أهم تكريس قضائي للمسؤولية الإدارية المرفق العام الذي تقررت بمقتضاه عدة مبادئ هي:

الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد والتي يسببها والأشخاص العاملين لديها والتي لا تخضع لمبادئ القانون العام. أن هذه المسؤولية ليست مطلقة ولا عامة ولها قواعد خاصة غير مستقرة وثابتة.

أن المحاكم الإدارية من لها الاختصاص بالنظر والفصل في قضايا المسؤولية الإدارية والتعويض عن الأضرار الناتجة عن سير المرافق العامة<sup>2</sup>. ومن خلال حكم بلانكو تم الاعتراف بهذا المبدأ والذي سرعان ما بدأ في الانحسار شيئا فشيئا وعلى فترات متعاقبة لمسؤولية الدولة على أساس الخطأ<sup>3</sup>. ثم على أساس المخاطر بالنسبة للنشاطات التي تتضمن مخاطر ضرر خاص، ولقد بلغ التطور حده حين تقررت مسؤولية الدولة عن القرارات الإدارية المشروعة<sup>4</sup>.

### ثالثا: نظام العقود الإدارية:

ولقد ارتبطت نشأة نظرية العقد الإداري بنظرية السلطة العامة التي ابتدعها الفقيه الفرنسي دكريك\_برتلمي، وسار عليه القضاء الإداري الفرنسي ردحا من الزمن وهو سبيل البحث عن أساس تطبيق

<sup>1</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، 6 ديسمبر 1855، قضية روتشيد، مجموعة 707، مشار إليه أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> - محكمة النزاع، 8 فبراير 1873، قضية « blonko »، مجموعة الملحق الأول، ص 21. أحكام مبادئ في القضايا الإدارية الفرنسي، المرجع السابق، ص 22.

T.C , 8 Février 1873, BLANCO, REC 1<sup>ER</sup> SUPPLT 61, LES GRANDS ARRETS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE. Op. Cir . p.1.

<sup>3</sup> - محكمة النزاع، 30 يوليو 1873، قضية « pelletier »، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 31.

<sup>4</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 331.

القانون الإداري ورسم حدود واختصاص القضاء الإداري<sup>1</sup>، من كثرة تشديد القضاء سابقا في هذا الشأن كان عقبة في سبيل التقدم وحاول مجلس الدولة خلال عدة السنوات تيسيره كما شهد بذلك عدة أحكام صدرت سنة 1900، من بينها حكم « COMMUNE DE MAVOMME » بتاريخ 22 جوان 1990 وبعدها سنة 1902.

بدأ مجلس الدولة بتفسير امتياز الملتزم بالعقد تفسيرا واسعا من خلال حكم « COMPAGNIE » « NOVELLE DES GAZ DE DEVILLE LES ROUEN »، الذي كان بداية قضاء جديد، حيث حرص مجلس الدولة من خلاله الحرص على وضع تفسيره تحت مدلول النية المشتركة للطرفين، وقد أتاح هذا الحكم المجلس الدولة بالاجتهاد في تفسير هذه النية فرصة استكمال قضائية في العقود الادارية حيث جعل العقد الداري ملائما للمصلحة العامة<sup>2</sup>، إلى حين 6 فبراير 1903 عند صدور حكم « TERRIER » الذي أتم فيه مجلس الدولة توحيد قضاء الأشخاص المحلية مع قضاء الدولة التي كانت قبل ذلك الحين العقود التي تبرمها الأشخاص المحلية تعتبر على وجه ما بطبيعتها عقود قانون خاص تختص بنزاعاتها المحاكم العادية. وبطريقة أكثر عموما ظل معيار الاختصاص المستمد من التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة المهجور منذ سنة 1873 بحكم بلانكو بالنسبة للدولة قائما للأقاليم والبلديات.

وقد أوضح مفوض الحكومة « ROUMIO » في تقريره حول حكم « TERRI » وجوب هجر هذا الاختلاف في معاملة بقوله "ففي اللحظة التي يكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبارها إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانوني المدني" وهكذا أدخل حكم « TERRIER » أنزعة عقود الجماعات المحلية نهائيا في القانون الإداري وقدم مفوض الحكومة روميو. من خلاله التفرقة في صورة مبدأ وهو الإدارة العامة يتبعه استثناء هو الإدارة الخاصة<sup>3</sup> ومن المقرر تقليدي أنه لا يجوز الطعن لتجاوز في الأعمال ذات الطبيعة التعاقدية، إلا أنه من خلال حكم « MARTIN » اقترح مفوض الحكومة روميو قبول الطعون المقامة من

<sup>1</sup> - مصطفى سالم النحيفي، العقود الإدارية والتحكيم، ط1، الأفاق المشرقة للنشر و التوزيع، الشارقة، 2010، ص18.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الفرنسي الدولة في 10 يناير 1902، قضية الشركة الحديدية لغاز ديقى \_ليه روان، مجموعة 5. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، 86.

<sup>3</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1903، قضية تيري « TERRIER » مجموعة 94، أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي، المرجع السابق، ص 104.

الغير في القرارات الممكن فصلها عن العقد مع العلم فضلا عن ذلك أن إلغاء هذه القرارات لا يؤدي حتما إلى إبطال العقد وأن على مجلس الدولة أن يسير بعيدا إلى حين الإقرار للغير رفع طعن تجاوز السلطة ضد القرارات الخاصة بتنفيذ العقد إيجابيا أو سلبيا. القرارات الخاصة بنهاية العقد سواء برفض فسخه أو قرار فسخه<sup>1</sup>.

وفي 1912 أتيحت للقضاء الإداري فرصة تحديد مفهوم الشرط غير المألوف ونطاقه من خلال حكم « SOCIETE DES GARAUITS PROPHYROIDES DES VOSGES »، وجاء في تعريفه مايلي "أثره منح الطرفين حقوق أو تحميلها التزامات أجنبية بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبلها برضاء حر أي من كان في إطار القوانين المدنية و التجارية".

وقد وسع معيار النظام غير المألوف بقدر أكبر بالانتقال من النظام الذي يحيل إليه العقد إلى الإجراءات التي أبرم العقد طبقا لها. ومن بين الأمثلة الجارية الشروط غير المألوفة تلك التي تسمح للإدارة المتعاقدة بأن تفسح العقد أو أن تعد أو أن توجه أو تتابع أو تراقب تنفيذه.

أما نطاق الشرط غير المألوف أو بصفة أعلم النظام غير المألوف يجب التفرقة بين ما إذا كان العقد أبرمه شخص عام أم لا، لا أن هذا المعيار ثم يعد شاملا<sup>2</sup> حيث أصبح مجلس الدولة الفرنسي يختص بكل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة بمختلف أنواعها<sup>3</sup>.

واستمر مجلس الدولة في هذا النهج من خلال دوره الإنشائي وابتداعي حيث قرر في نظام العقود الإدارية تطبيق النظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>، ونظرية القوة القاهرة في القانون الإداري مع حرص مجلس الدولة على مراعاة مواثمة المرافق العامة الظروف الاقتصادية و التطور الفني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1905، قضية نيري « martin » مجموعة 749، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 125.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 31 يوليو 1912، قضية شركة الغرانيت لسماقي بفوج المجموعة 909، أحكام المبادئ القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق ص 109.

<sup>3</sup> - مصطفى سالم النحيفي المرجع السابق، ص 35.

## الفرع الثالث: دور القاضي الإداري في استنباط القرائن:

إلى جانب الدور الإجرائي الذي يضطلع به القاضي الإداري في مجال الإثبات، فإنه يقوم بالتوازن معه بدور موضوعي والممثل في استخلاص القرائن القضائية، وذلك لكفاية التوازن العادل بين الطرفين في الدعوى الإدارية، وتنظيم محل الإثبات حيث تعتبر القرائن القضائية من أدلة الإثبات غير المباشرة التي يستنبطها القاضي من خلال وقائع الدعوى المعروضة وظروفها والملابسات المحيطة بها، ويترتب على وجودها تحقيق عبء الإثبات الملقى على كاهل المدعي في الدعوى الإدارية باعتباره الطرف الأضعف والأولى بالرعاية القضائية في إطار ما يتمتع به القاضي الإداري من دور إيجابي في الإثبات.

ولذلك فإن القرينة القضائية عنصرين الأول هو العنصر المادي الذي يتكون وقائع ثابتة في الدعوى تسمى بالدلائل أو الإمارات والثاني وهو العنصر المعنوي الذي يتحصل في عملية الاستنباط أو الاستخلاص التي يقوم بها القاضي ليصل من هذه الدلائل إلى ثبوت الوقائع المجهولة. ويتمتع القاضي في هذا الشأن بسلطة تقديرية مطلقة، فأجمع الفقه منعقدا على أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن ولا يطابقها، وفي وسعه أن يستمد القرينة ليس فقط ما من وقائع وظروف الدعوى بل من خارجها، كما لا يتقيد بقيود الإثبات العادية في تقريره لما إذا كانت الوقائع المشار إليها في الدعوى الثابتة وهذا ما استقر عليه القضاء.<sup>3</sup>

وبالتالي تعتبر القرائن القضائية أحد نتائج الدور الإيجابي للقاضي الإداري في مجال الإثبات. لذلك فهي كثيرة ومتنوعة.<sup>4</sup> ليستعين بها القاضي لأي دعوى قضائية تطرح أمامه ويستلزم الإثبات بها حيث أن

<sup>1</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 3 مارس 1916، قضية الشركة العامة لأثار بوردو، مجموعة COMPAGNE GENERALE D ECAIRAGE DE BORDEAU K أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق ص 235.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 9 ديسمبر 1932. قضية شركة ترام شربورج CE DES TRAMWAYS DE CLIERBCOMPOGNI مجموع 1050، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 356.

<sup>3</sup> - أحمد كمال الدين، نظرية الإثبات في القانون الإداري، 1977، ص 400.

<sup>4</sup> - شتيوي زهور، الإثبات في الدعوى الإدارية، لشهادة الماجستير، جامعة ورقلة، 2013-2014 ص 46.

الإثبات بهذه القرائن في الحالات التي يجبر فيها القانون بالبيئة أي كل ما يقبل إثباته بالبيئة يمكن إثباته بالقرينة القضائية والعكس بالعكس فما لا يقبل إثباته بالبيئة لا يقبل إثباته بالقرائن القضائية<sup>1</sup>.

فمن المؤلف العمل به أمام القضاء سواء في دعاوى الإلغاء أو دعاوى القضاء الكامل، الاعتماد في الإثبات على القرائن القضائية، فمن قبيل هذه الأخيرة التي استقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي سكوت الإدارة عن الرد على ادعاءات المدعى التي لا تنفيها الأوراق، بمثابة قرار ضمني بصحة الوقائع والادعاءات يبرز الاعتداء بها.

ومن مقدمة القرائن التي يستعين بها القضاء الإداري في الإثبات هي القرائن الانحراف بالسلطة وقرائن العلم اليقيني بالقرار الإداري، وقرينة الخطأ المرفق في حالة التعويض عن أفعال الإدارة المادية ولهذا الأخيرة تطبيقات كثيرة في فرنسا على وجه الخصوص وذلك بإضافة إلى أمثلة عديدة والتي لا حصر لها بالقرائن التي استخلصها القضاء الإداري<sup>2</sup>.

وستقتصر هذه الدراسة على أهم هذه القرائن والتي يتم بيانها كالاتي :

#### أولاً: قرينة الانحراف بالسلطة:

ونظراً لما يتسم به عيب انحراف السلطة من صعوبة في الإثبات لطابعه الشخصي حيث يرتبط بنية مصدر القرار، لذلك يجد الإثبات بالقرائن تطبيقاً واسعاً بالنسبة لإثبات هذا العيب من العيوب القرار الإداري، فهدف القاضي الإداري من لجوئه للقرائن لإثبات الانحراف بالسلطة إعلاء مبدأ المشروعية، وليس لهذا العيب علاقة بالنظام العام، وبالتالي يستطيع صاحب الشأن أن يثيره ومن غير الممكن أن يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، فهذا العيب لا يفترض، إذ يتعين على المدعي أن يقدم الإثبات يقع على المدعي أن يقدم الإثبات الكافي على الانحراف فإذا أحقق رفضت دعواه، وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع على المدعي إلا أنه بالنظر إلى صعوبة هذا الإثبات بدليل قاطع فإنه يمكن للمدعي تقديم قرائن قوية ومحددة ومتطابقة حتى يقتنع القاضي بجدية هذا الادعاء وبذلك ينتقل عبء الإثبات بمقتضى هذه القرائن من على عاتق الفرد المدعي إلى الإدارة المدعي عليها، ولأن المدعي هو الذي يقع عليه عبء إثبات انحراف بالسلطة

<sup>1</sup> - الصائم وفاء، القرائن القضائية في إثبات عدم مشروعية القرار الإداري، شهادة ماستر، جامعة بسكرة 2014، 2013، ص 45.

<sup>2</sup> - أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص 405.

الذي يستفاد من ملف الدعوى، فإن القاضي الإداري بموجب دوره الإيجابي وسلطة يتعين عليه تقدير قيمة العناصر المقدمة بجميع الوسائل بما فيها مضمون القرار المطعون فيه.<sup>1</sup>

وللتغلب على صعوبة إثبات الانحراف بالسلطة، اتجه القضاء الإداري منذ وقت طويل إلى استظهار الانحراف في حالة عدم إمكان ذلك من نص القرار ذاته، وعلى أساس التطبيقات العملية للقضاء الإداري ثم استخلاص العديد من القرائن التي تؤدي إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق المدعى إلى المدعي عليه. وبالتالي إعفاء الفرد الضعيف من هذا العبء بصفة مؤقتة، وقد سار مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال شوطاً بعيداً، استنبط خلاله عدداً من القرائن كدليل على الانحراف بالسلطة نجد في مقدمتها، قرينة ظروف وملازمات إصدار القرار وتنفيذه، قرينة التمييز في المعاملة بالحالات المماثلة، قرينة انعدام الدافع المعقول قرينة الموقف السلبي من الادعاء، قرينة عدم الملائمة الصارخة أو قرينة الغلو.

ومن أهم التطبيقات القضائية لهذه القرينة (انحراف بالسلطة) نجد في القضاء الفرنسي قضية « BAREL » الذي بين مجلس الدولة فيا بوضوح حدود السلطة التقديرية والقواعد المتعلقة بعبء الإثبات وسلطة القاضي الإداري في توجيه إجراءات التحقيق.<sup>2</sup>

أما عن القضاء الإداري الجزائري في هذا الشأن نجد حكم المحكمة الإدارية في 04 /03 /2014<sup>3</sup>. وقرار المحكمة العليا بالجزائر في 31/05/2008<sup>4</sup>.

### ثانياً: قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية:

إن الأصل في مجال المسؤولية الإدارية بصفة عامة أن يلتزم الفرد المطالب بالتعويض إثبات ثلاثة عناصر مجتمعة: إثبات الخطأ المنسوب للإصدار ثم إثبات الضرر ثم العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

<sup>1</sup> - شتيور زهور: الإثبات في الدعوى الإدارية، شهادة ماستر، جامعة ورقلة، 2014/2013، ص 47.

<sup>2</sup> - مجلس الدولة، 28 مايو 1954، قضية « BAREL »، مجموعة 308، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق ص 654.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة الإدارية 2014/03/04، الصلح وفاء، المرجع السابق، ص 47.

<sup>4</sup> - مجلة المحكمة العليا، قسم التوثيق، العدد 02، السنة 2010، الصلح وفاء، المرجع نفسه، ص 51.

إلا أنه استثناء من الأصل العام وفي مجال المسؤولية التي تقوم على أساس المخاطر لا يلتزم المدعي بإثبات ركن الخطأ نظراً لصعوبة إثباته في بعض الحالات الناجمة عن الأعمال المادية القائمة على أساس الخطأ، وفي هذا الصدد اتجه القضاء الإداري الفرنسي إلى الاستعانة بالقرائن القضائية لإثبات ركن الخطأ مما يؤدي إلى تحرر المضرور مؤقتاً من عبء الإثبات المنوط به أصلاً ونقله إلى عائق الإدارة المدعي عليها.

ويكتفي عندئذ بإثبات الضرر الذي أصابه وعلاقة السببية بينه وبين تصرفات الإدارة أو أنشطتها التي يفترض فيها الخطأ.

ولقد سار القضاء الإداري الجزائري على هدى أحكام القضاء الإداري الفرنسي الذي سار شوط كبيراً في مجال مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية، باعتبارها المجال الخصب للتطبيقات القضائية لهذه القرينة.<sup>1</sup>

ولعل من أوائل التطبيقات القضائية ولهذه القرينة في القضاء الفرنسي وأهمها التي أقرت لأول مرة إمكان مساءلة الدولة بسبب حادث يرجع إلى خطأ شخصي ارتكبه أحد عاملها خارج المرفق وذلك ما جاء في حكم<sup>2</sup>، « DELL MIMEUR »، إضافة إلى قرار « DEFAUX » و« besthelswer » اللذين صدرا في نفس اليوم التي أضافت بدورها تطوراً جديداً بدأ يجمع بين المسؤوليات.<sup>3</sup>

ومن بين قرائن المسؤولية نذكر على سبيل المثال قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الطبية، ومن بين التطبيقات القضائية الجزائرية لهذه الأخيرة قضية (ب، ر) ومن معها ضد وزير القطاع الصحي هواري بومدين.

<sup>1</sup> - أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 443.

<sup>2</sup> - مجلس الدولة، 19 نوفمبر 1949، الانسة ميمر MIMEUR، مجموعة 492، أحكام المبادئ فير القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 535.

<sup>3</sup> - أحكام مشار إليه في حكم الانسة mimeur، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 536.

## المبحث الثاني: الحدود التي ترد على دور القاضي الإداري

إن دور القاضي الإداري في إطار أدائه لمهمته المتعلقة بخلق القواعد القانونية لا يسير كما ينبغي في سهولة ويسير وإنما قد يواجه بعض الحدود التي تعتبر بمثابة قيود تعترض دوره الإنشائي الذي يسعى به ومن خلاله لتطوير القانون الإداري وهذه الحدود والقيود منها ما هو سياسي يتجلى أساسا في نظرية أعمال السيادة بكل ماتتمتع به من حصانة في مواجهة القاضي الإداري وتعطيل دوره الرقابي إلى جانب ذلك وجدت أيضا حدود قضائية من شأنها هي الأخرى تكريس نوع من القيود تجعل من القاضي الإداري عاجزا إلى حد ما عن القيام بالدور الإنشائي المنوطة به<sup>1</sup>.

وعليه ارتأينا الوقوف على أثر وطبيعة تلك الحدود ودور القاضي في التصدي لها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى الحدود السياسية والحدود القضائية.

## المطلب الأول: الحدود السياسية:

تتجلى الحدود السياسية التي ترد على دور القاضي الإداري في خلق القاعدة الموضوعية فيما أسماه الفقه نظرية أعمال السيادة، إذ تبالغ الحكومة في إصباح هذه النظرية \_ أعمال السيادة \_ على كثير من إجراءاتها بغية النأي بها عن الرقابة القضائية. غير أن القضاء الإداري قد تصدى في كثير من أحكامه لتحديد هذه النظرية وذلك للحيلولة بين الحكومة و التوسع في أعمال هذه النظرية<sup>2</sup>، والتي اعتبرها أغلب الفقهاء قرارات إدارية تحتوي على جميع عناصر القرار الإداري لكن لا يستطيع القاضي إلغائها<sup>3</sup>.

ومرد هذه النظرية \_ أعمال السيادة \_ يعود إلى القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الذي رفض التصدي لبعض الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية وأطلق عليها أعمال السيادة. وقد أرجع جانب من الفقه سر ظهور هذه النظرية إلى السيادة الحكيمة والمرنة التي تمتع بها مجلس الدولة الفرنسي الذي عرف كيف يتخطى الحاجز ولم يجرؤ على إلغاء بعض الأعمال التي صدرت عن الحكومة حفاظا على استمراريته وبقائه. ومن المؤكد أنه لو تصدى مجلس الدولة الفرنسي لكل الأعمال الصادرة عن إدارة خاصة

<sup>1</sup> - حسن محمود محمد حسن ، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص292.

<sup>2</sup> - حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 293.

<sup>3</sup> - رشيد خلوي، قانون المنازعات الادارية، ص40

في قمة هرمها وأخضعها لرقابته دون تمييز من حيث مضمونها وأبعادها، لأدى ذلك حتماً إلى زواله خاصة وأن السلطة في ذات البلد أقدمت على إلغاء البرلمانات القضائية بعد أن أدركت خطورتها.<sup>1</sup>

فالاجتهاد القضائي الفرنسي إذا هو المصدر التاريخي لهذه هو من خلقها وأوجدها بمبادرة ذاتية منه إذ جرى قضاؤه ابتداءً من أوائل القرن 19، على استبعاد طائفة من أعمال السلطة التنفيذية من ميدان ونطاق رقابته القضائية<sup>2</sup>، كما انتقلت هذه النظرية من القضاء الفرنسي إلى القضاء الجزائري وتحلى أول ظهور لها في القضية رقم 36473 بتاريخ 1984/01/07 بين السيد(ي، ج، ب) وزير المالية، حيث أنه بموجب هذه القضية صرحت بوضوح الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقاً عن موقفها اتجاه مسألة تحديد أعمال السيادة<sup>3</sup>.

فالسطة التنفيذية إستناداً إلى مفهوم نظرية أعمال السيادة نوعين من القرارات الادارية ، أعمال يطلق عليها أعمال الحكومة و هي أعمال لا تخضع للرقابة القضائية و القرارات الإدارية العادية التي تخضع للرقابة القضائية، فيمارس القضاء الاداري رقابته على القرارات الادارية التي تندرج ضمن هذه الطائفة الاخيرة فقط، وتفلت أعمال السيادة من هذه الرقابة الاساسية التي تشكل العمود الفقري لدولة القانون<sup>4</sup>. لهذا وجب أن نعرض على المعايير التي نادى بها الفقه لتحديد أعمال السيادة وهي كالآتي:

### الفرع الأول: معيار الباعث السياسي

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في مرحلة أولى أن أعمال السيادة هي الأعمال المستوحاة من باعث سياسي، وطبقاً لهذا المعيار الذي يأخذ بالباعث السياسي في قضية ديك دومال بتاريخ 1867\_05\_09، ثم تحلى عنه في قضية الأمير نابليون بتاريخ 1875\_02\_11.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، المنازعات الادارية ، القسم 01، دار جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 01، 2013، ص 65.

<sup>2</sup> - علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الاداري، ج 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط 1، 2004، ص 85.

<sup>3</sup> - رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 44.45.

<sup>4</sup> - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 88.

وبعد تأثير من الاستاذ la Ferrié الذي حث مجلس الدولة على البحث عن معيار غير معيار الهدف السياسي والأخذ بمعيار يفرق بين الاعمال التي تندرج ضمن الوظيفة الحكومية، والاعمال التي تقوم بها الادارة إثر وظيفتها الادارية.<sup>1</sup>

ويعتبر معيار الباعث السياسي أول وأقدم المعايير التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي إذ يعد القرار عملاً من أعمال السيادة إذا كانت البواعث التي حملت الادارة على إصداره هي بواعث سياسية، ويعتبر العمل إدارياً إذا كانت البواعث التي حملت السلطة التنفيذية على إتخاذها بواعث غير سياسية اي بواعث إدارية بحتة.<sup>2</sup>

وقد تم إعمال هذا الباعث في القضية السالفة الذكر القضية رقم 3647 بين السيد (ي ج ب) والتي جاء في حيثياتها:

"حيث أن الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري على اعمال الادارة لا يمكن أن تكون عامة ومطلقة".

"حيث أن إصدار و تداول وسحب العملة يعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بالسيادة".

"حيث أن القرار المستوحى بالتالي من باعث سياسي غير قابل للطعن فيه بأي من طرق الطعن".  
 "ومن ثم فإنه ليس من إختصاص المجلس الإفصاح عن مدى شرعيتها ولا مباشرة رقابة على مدى التطبيق".  
 وعليه قد أستعملت الغرفة الادارية للمحكمة العليا سابقا معيار الباعث السياسي بوضوح كأساس لتحديد أعمال السيادة"<sup>3</sup>.

وقد تعرض معيار الباعث السياسي لجملة من الانتقادات تتمثل أهمها في:

#### أولاً: نسبية هذا المعيار ومرونة

يعد معيار الباعث السياسي معياراً مرناً ونسبياً وغير محدد ولا يمكن الاعتماد عليه لتحديد دائرة أعمال السيادة بصورة قاطعة، لأنه يمكن وصف العمل الإداري الواحد بوصفين مختلفين تبعاً للبواعث التي حملت السلطة التنفيذية على إصداره.

<sup>1</sup>-رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص42.

<sup>2</sup>-علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص88.

<sup>3</sup>-رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص45.

فيكون إداريا حيناً، وعملاً سيادياً حيناً آخر، وبذا يمكن أن تتسع دائرة أعمال السيادة بصورة لا يمكن توقعها أو التنبؤ بها مقدماً.<sup>1</sup>

### ثانياً: خطورة المعيار

ينطوي معيار الباعث السياسي على خطورة كبيرة على حقوق الافراد وحريرتهم العامة إذ يكفي لإستبعاد الرقابة القضائية أن تدعى الحكومة بأن الباعث الذي حملها على إصدار القرار الإداري وهو باعث سياسي، وبذا يتيح هذا المعيار للسلطة التنفيذية الفرصة للتخلص من رقابة القاضي بأيسر السبل ومن أقصى الطرق.

### الفرع الثاني: معيار طبيعة العمل

مضمون هذا المعيار أن أعمال السيادة هي الاعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية في ممارستها لوضعيتها الحكومية، وفي غير ذلك يعد العمل إدارياً.<sup>2</sup>

وقد أتفق الفقه على ضرورة إيجاد معيار موضوعي محدد وقاطع يمكن أن يصنف أعمال السيادة في طائفة واحدة ويضعها في حيز معقول يتناسب مع مداها وما تقضيه ضرورة إحترام مبدأ المشروعية، فإنهم ذهبوا مذاهب مختلفة حول ماهية هذا المعيار الموضوعي.

فذهب جانب من الفقه إلى القول أن ماهية المعيار المادي المنشود تتمثل في السند القانوني الذي تستند إليه الحكومة فيكون العمل من أعمال السيادة إذا كان تنفيذاً لنص دستوري.<sup>3</sup> كالإدارة الملكية الصادرة بدعوى البرلمان للانعقاد وفض الدورة البرلمانية، وإعلان حالة الطوارئ... إلخ ولكن هناك الكثير من الاعمال المعتبرة من أعمال السيادة لا تجد سنداً أو أساساً دستورياً تستند إليه، وبذا لا تعتبر بأي حال من الاحوال تنفيذاً لنص دستوري، لهذا لا يمكن وصف هذه المحاولة بأنها جامعة ومانعة.

وفضلاً عن ذلك كله لا يتفق التوجه السابق مع الحكمة من الدساتير والغاية من وضعها، فقد ناضلت الشعوب طويلاً من أجل وضع دساتير مكتوبة لحماية حقوقها وحريراتها، وعليه تصبح هذه

<sup>1</sup> -علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص89.

<sup>2</sup> -عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص30.

<sup>3</sup> -علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص89.

النصوص الدستورية أداة وسيلة لاستبعاد الرقابة القضائية بدلا من أن تكون معقلا لحقوق الأفراد و حصنا حصينا لحرياتهم لهذا قيل ان المحاولة فاشلة ولا تصح أن تكون معيارا للتمييز بين أعمال السيدة عن غيرها من الأعمال الادارية الاخرى.

ويرى جانب آخر في المقابل أن ماهية المعيار الموضوعي تتمثل في طبيعة الوظيفة الحكومية و الوظيفة الادارية، فتكون سلطة حكم وتصدر قرارات إستنادا لهذه الصفة وعليه يكون العمل من أعمال السيادة إذا كان صادرا عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم ويكون عملا إداريا عاديا إذا كان صادرا عنها بإعتبارها سلطة إدارية.

ولا شك في أن المحاولة السابقة لا تعتبر معيار للتمييز بين أعمال السيادة عن غير لها من الاعمال الادارية الاخرى إذ أنه تستبدل صعوبة بصعوبة أخرى، إذ يتعين التمييز أولا بين وظيفية السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم ومن تتصرف بوصفها سلطة إدارية لهذا قيل وبحق أن هذا المعيار يتسم بالغموض والابهام.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: معيار القائمة القضائية

وفقا لهذا المعيار فإن أعمال السيادة هي ما يعتبرها القضاء كذلك ويستبعدها من اختصاصه نتيجة لذلك، إذ أن تسمية بعض الاعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بأعمال السيادة لا سند له في الدستور.<sup>2</sup> بعبارة أخرى قد قام هذا المعيار أساسا على إستقرار الاحكام القضائية بقصد حصر أعمال السيادة في قائمة خاصة أطلق عليها إسم القائمة القضائية لأعمال السيادة.

وتتضمن هذه القائمة أساسا مجموعة الاعمال الاتية:

أ\_ الاعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية: كقرار حل البرلمان، اقتراح القوانين، الدعوى إلى الانتخاب.

<sup>1</sup> -علي خطار شنتاوي، المرجع نفسه، ص90.

<sup>2</sup> -حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص302.

ب\_ الاعمال المتعلقة بالشؤون الخارجية للدولة: كإبرام المعاهدات، إنشاء وتنظيم المرافق الدبلوماسية، قطع العلاقات، تطبيع العلاقات.

ج\_ الاعمال المتعلقة بالدفاع الوطني: كقرار إعلان الحرب، تفتيش السفن الأجنبية أثناء الحرب، إبعاد رعايا الدول الأجنبية.<sup>1</sup>

وعليه يبدو أن الفقه قد انتهى بعد فشل جميع المحاولات والجهود السابقة لإيجاد معيار جامع مانع لأعمال السيادة وضرورة ترك تحديد هذه الاعمال إلى القضاء الإداري نفسه فالقضاء هو الذي يحدد ويبينه نطاق هذه الاعمال ومداهها، ويتعين على الفقه جمع هذه الحالات في مجموعات متناسقة يسهل الرجوع إليها ودراستها.<sup>2</sup>

#### الفرع الرابع: معيار العمل المختلط

تميز أعمال السيادة طبقاً لهذا المعيار على أساس أن هذه الأخيرة عمل مختلط يصدر عن السلطة التنفيذية في علاقاتها لسلطة أخرى لا تخضع لرقابة القضاء كالبرلمان أو دولة أجنبية وهذا المعيار لم تأخذ به المحاكم لأن العمل الصادر عن السلطة التنفيذية في علاقاتها مع البرلمان أو مع دولة أجنبية لا يختلف في عناصره عن الأمر الإداري فغالبا ما تكون هذه الاعمال إما قرارات تنفيذية أو فردية أو لائحية.<sup>3</sup>

#### الفرع الخامس: آثار أعمال السيادة

يترتب على تكليف عمل معين على أنه من أعمال السيادة تمتعه بحصانة قضائية ضد رقابة الإلغاء والتعويض وبذا لا يجوز الطعن بعدم مشروعية هذه الاعمال أمام القضاء الإداري بدعوى تجاوز حدود السلطة أو المطالبة بتعويض الأضرار الناجمة عنها أمام القضاة الإداري والعادي، ولهذا قيل أن أعمال السيادة تتمتع بحصانة قضائية كلية و مطلقة ومما لا شك فيه أن نظرية أعمال السيادة تعد وصمة عار في جبين المشروعية وسيادة القانون وتفويض واضح لدولة القانون لهذا بدأ مجلس الدولة يميل مؤخراً نحو تقرير

<sup>1</sup>- عبد القادر عدو، المرجع السابق، المرجع السابق، ص31.

<sup>2</sup>- علي خطار شنتاوي، المرجع السابق، ص91.

<sup>3</sup>- حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص302.

التعويض عن الأضرار الناجمة عن بعض أعمال السيادة خصوصا من المعاهدات والاتفاقيات الدولية إستنادا إلى نظرية المخاطر وتحمل التبعة، وإعمالا لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء و التكاليف العامة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الحدود القضائية

على ما يبدو عليه نظريا، سلطة القاضي الإداري في حمل الإدارة على إحترام الشرعية، والخضوع للقانون، إلا أن هذه السلطة تكون محددة في بعض الحالات ومن عدة زوايا.

فسلطات القاضي في دعاوى الإلغاء محددة مقارنة بتلك التي يملكها في دعاوى القضاء الكامل، فالقاضي في دعاوى تجاوز السلطة لا يمكنه أن يقضي في مواجهة الإدارة ببعض الأعمال بناء على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، تطبيقا لمبدأ الفصل بين الإدارة العامة والقضاء الإداري كما ان ثمة مجالات تخرج عن الرقابة القضائية أصلا يصرح فيها القضاء الإداري بعدم اختصاصه بالبت فيها، مما يشكل حدودا لسلطته كما تم بيانه.<sup>2</sup>

فمن أهم المبادئ القضائية منع القاضي الإداري من إعطاء أوامر للإدارة و الحلول محلها في مجالات اختصاصها كحدود تقليدية، لكن هذا المبدأ يتعارض مع مبدأ سيادة القانون على الجميع خاصة عند محاولة الإدارة الإفلات من الرقابة القضائية، فيجب كغيرها من الأفراد أن تخضع لسيادة القانون ويوقع عليها الجزاء كلما خالفته.<sup>3</sup> إضافة إلى ذلك حدود القاضي الإداري أمام السلطة التقديرية للإدارة العامة في الظروف الاستثنائية حفاظا في ذلك على المصلحة العامة واختصاص القاضي وحدوده أمام سلطتها المقيدة.

وكون القاضي الإداري الأب الروحي للقانون الإداري نجده ابتدع أغلبية النظريات والقواعد الإدارية التي توسع من بسط رقابته والتي تحد منها في آن واحد وإن صح القول ابتدع قواعد يمنع بها نفسه من بسط

<sup>1</sup> -علي خطار شطاوي، المرجع السابق، ص94،95.

<sup>2</sup> - قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2010/2009، ص201.

<sup>3</sup> - أمزيان كريمة، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2011/2010، ص101.

رقابته إحتراما في ذلك لعدة اعتبارات منها إحترام مبدأ الفصل بين السلطات، والحفاظ على المصلحة والمنفعة العامة.

فباستثناء منازعات المادة الانتخابية أين يمكن للقاضي أن يغير من النتائج، وفي مجال البنائيات الآيلة للسقوط، وفي مجال المؤسسات المصنفة، وهي المجالات التي أعتبر القاضي الإداري تقليديا، أن نية المشرع اتجهت لإشراؤه فيها مع الإدارة.

فإن القاضي الإداري برغم توسعه إلا أنه لا يعترف لنفسه سوى بسلطات محدودة كالتصريح بالإلغاء، الحكم على الإدارة بدفع مبلغ من النقود، التخفيض من قيمة ضريبة أو الأشهاد بالتنازل عن الدعوى في مسائل القضاء الكامل.<sup>1</sup>

ولهذا سنتطرق لعوامل معينة إلى بعض أبرز، أهم الحدود القضائية التي تحد من سلطة القاضي الإداري اتجاه الإدارة.

### الفرع الأول: نظرية الظروف الاستثنائية

تعد فكرة الضرورة أو الظروف الاستثنائية من النظم القانونية العامة التي لها الاثر الواضح في إضفاء المشروعية على بعض الاعمال المخالفة للقانون، وهي فكرة قديمة لازمت الفكر القانوني.<sup>2</sup> ويقصد بالظروف الاستثنائية كل إخلال أو تشويش خطير للحياة الاجتماعية، وينتج عن ذلك على الخصوص أنه يستحيل على السلطات العامة إحترام كل متطلبات الشرعية. فإذا كان الهدف من الشرعية هو ضمان النظام في المجتمع المدني، فإنه بإمكان الظروف المضطربة أن تبرز المساس بالشرعية بغية إعادة النظام الاجتماعي كما كان في السابق.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص 201.

<sup>2</sup> - سلام عبد الحميد محمد زكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، المانيا 2008، ص 48.

<sup>3</sup> -حسين بن شيخ آث ملوية، دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، ط 4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 90.

وبمقتضى هذه النظرية يمكن للإدارة التحلل من مبدأ الشرعية من خلال اتخاذ قرارات تتجاوز من خلالها السلطات العادية المخولة لها قانوناً من أجل مواجهة أوضاع معينة. كما أن حدود تدابير الضبط الإداري في مثل هذه الظروف تكون أوسع مما هي عليه في الأحوال العادية، فهذه الظروف هي حدود لمبدأ الشرعية في حد ذاته، وهي بالتبعية تمثل حدوداً لسلطة القاضي الإداري فإن دور القاضي هنا لا يكون لغرض احترام الشرعية، بل بالتصريح إلى أي مدى يمكن للإدارة أن تسير في طريق اللامشروعية.<sup>1</sup>

ويرجع مصدر هذه النظرية إلى القضاء، حيث تقوم إلى جانب أنظمة قانونية تستهدف مواجهة أوقات الإزمات، ونجد أساسها في نصوص دستورية وتشريعية.

ولعل من أوائل أحكام القضاء الإداري الفرنسي التي أقرت بنظرية الظروف الاستثنائية حكم إيريه heyries والذي رفض بمقتضاه مجلس الدولة الطعن وأقرت مشروعية وقف العمل. وقد استند في ذلك إلى فكرة أن مبدأ استمرار المرافق العامة يتضمن متطلبات إستثنائية في زمن الحرب تبرر توسعة إستثنائية لسلطات الحكومة والإدارة.<sup>2</sup>

وكان القضاء السابق على حرب 1914\_1918 يفسح فعلاً مكاناً كبيراً لفكرة الضرورة ويخضع إستعمال السلطة الضبط للظروف وخاصة لطبيعة وجسامته القلائل المتوقعة<sup>3</sup>، إذ يمكن أن تبرر ضرورة التنفيذ المباشر كما جاء في حكم société immobilière de saint Just.

سنة 1913<sup>4</sup>: وقد قرر مفوض الحكومة HELBORONNER في تقريره في قضية النقابة الوطنية لسكك حديد فرنسا والمستعمرات مستنداً في ذلك على فكرة استمرار مرفق النقل بكل الوسائل المشروعة، إذ أن وجود الأمة وأمنها يفوق ويسمو على المصالح الفردية و الجماعية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> -قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص 208.

<sup>2</sup> -مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 28 يوليو 1918، قضية إيريه، مجموعة 651، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة أحمد يسري، الطبعة 10، 1995، ص 245.

<sup>3</sup> -أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع نفسه، ص 247.

<sup>4</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 2 ديسمبر 1902، قضية société immobilière de saint Just، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، نفس المرجع، ص 247.

وبالتالي فحوى ومضمون قرار HEYRIER حول للإدارة في حالة الضرورة اتخاذ قرارات غير مشروعة، أو حتى وصفت بأنها أفعال مادية كفرض ضرائب جديدة للإستلاء على الشحنات، أو الحمولات، المساس بالحرية الفردية.<sup>2</sup>

إذ لا يمكن تبرير المساس بمبدأ دولة القانون والسماح بذلك إلا عند وجود مخاطر جسيمة، وأحسن مثال على فرضية الظروف الاستثنائية نجد حالة الحرب إضافة إلى حالات أخرى اعتبرها القضاء بمثابة ظروف إستثنائية.<sup>3</sup>

الاضراب العام للسكك الحديدية بموجب قرار JORRIGION.<sup>4</sup>

الوضعية الامنية في الهند الصينية سنتي 1951\_1952 بموجب قرار ANDREANI.<sup>5</sup>

الاضراب في مدغشقر سنة 1947 بموجب قرار ANDRE MISEZA.<sup>6</sup>

الاضراب في الجزائر سنة 1960 بموجب قرار RELIQUET.<sup>7</sup>

الاضراب في فرنسا في 18 يونيو 1968 بموجب قرار غرفة التجارة والصناعة لسانت إتيان.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 18 جويلية 1913، قضية النقابة الوطنية لسكك الحديد، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع نفسه، ص 247.

<sup>2</sup> - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع نفسه، ص 250.

<sup>3</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملوية، المرجع السابق، ص 91.

<sup>4</sup> - قرار جمعية مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 18 أبريل 1947 قضية JORRIGION، مشار إليه في لحسين بن الشيخ آث ملوية، مرجع نفسه، ص 91

<sup>5</sup> - قرار جمعية مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 18 أبريل 1947، قضية ANDREANI، مشار إليه في لحسين بن الشيخ آث ملوية، المرجع نفسه، ص 91

<sup>6</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي، قضية ANDRE MISEZA، مشار إليه في لحسين بن الشيخ آث ملوية، المرجع نفسه، ص 91.

<sup>7</sup> - قرار مجلس الدولة الفرنسي، 15 يناير 1955، قضية RELIQUET، لحسن الشيخ آث ملوية، المرجع نفسه، ص 91.

أخطار الحمم البركانية بموجب قرار فليكس رودس.<sup>2</sup>

وقد أجازت حالة الحرب دفع نتائج هذه المبادئ إلى مدى أبعد فكان على مجلس الدولة أن يطبق قضاء heyries تطبيقات عديدة خلال الحرب العالمية الثانية الفترة التي تلتها فوراً ، ويكون بذلك مجموع هذه السوابق فقها حقيقياً عن سلطات الازمة.<sup>3</sup>

ومن بين هذه الاحكام ولعل من أشهرها<sup>4</sup> dames dol et Laurent الذي أتاح لمجلس الدولة فرصة تفسير فكرة "الاجتماع" في مفهوم قانون 8 أغسطس 1849 الخاص بحالة الطوارئ. وارتبط بالنظرية العامة لسلطات الحرب والظروف الاستثنائية التي نشأت في تلك الفترة وطبقت قبل ذلك بعدة شهور في حكم heyries ، ويستعمل مع ذلك اصطلاحات تختلف عن تلك التي استعملها سابقه، فبينها يبرز حكم heyries أن رئيس الجمهورية لم يفعل سوى استعمال السلطات التي يستمدتها من قوانين 25 فبراير 1825 الدستورية على وجه مشروع، يبرز الحكم الحالي أن المدير البحري استعمل استعمالاً شرعياً للسلطات التي عهد بها القانون إليه.

\_\_حدود هذه النظرية

تبعاً لما قرره مفوض الحكومة le tourneur في تقريره في قضية<sup>5</sup> Laugier إدراكاً لخطر تعميم الظروف الاستثنائية اجتماع عدد من الشروط و الضوابط يراقب ويتأكد من خلالها من وقوع الظروف الاستثنائية.

<sup>1</sup> - قرار جمعية مجلس الدولة في 12 يوليو 1969، قضية غرفة التجارة و الصناعة لسانت إيتيان، ، مشار إليه في لحسين بن الشيخ آث ملوية ، المرجع السابق، ص91.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الدولة ، 18 مايو 1983، قضية فليكس رودس، ، مشار إليه في لحسين بن الشيخ آث ملوية ، المرجع السابق، ص91.

<sup>3</sup> - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 247.

<sup>4</sup> - مجلس الدولة، 28 فبراير 1919، قضية السويتان دول ولوران، مجموعة 208 ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص263.

<sup>5</sup> - مجلس الدولة، 16 أبريل 1948، قضية Laugier أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق، ص 251.

1- طرء حوادث جسيمة وغير متوقعة بصفة فجائية وهو ما يميز الظروف الاستثنائية عن مجرد حالة الاستعجال.

2- استحالة تصرف الجهة الادارية على وجه مشروع.

3- استمرار وجود الظروف الاستثنائية في تاريخ القرار المتنازع فيه.

4- صفة المصلحة العامة في العمل المتخذ الذي لا يكون جائز إلا لمواجهة ضرورات الوقت

وبمقتضى هذه الضوابط نجد أن القضاء الاداري أخضع الاجراءات والاعمال المتخذة من جانب الادارة استناد إلى سلطتها الواسعة لمواجهة الظرف الاستثنائي لرقابة حتى التأكد من توافر التلازم و التناسب بين الاجراءات المتخذة والظرف الاستثنائي. فإتساع مجال المشروعية في الظروف الاستثنائية لا يعني خروج أعمال الادارة أثناء هذه الظروف من نطاق القضاء الاداري على عكس أعمال السيادة التي لا تدخل في اختصاص القضاء الاداري أصلا. وعليه يملك الافراد الطعن بالإجراءات والتدابير الاستثنائية بدعوى الالغاء أمام القضاء الاداري الذي لم يتردد مطلقا في إلغاء القرارات غير المشروعية خصوصا إذا تبين له تخلف أحد شروط تطبيق هذه النظرية، بهذا لا تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية مكملة لمبدأ المشروعية وليس استثناء عليه.<sup>1</sup>

بموجب هذه النظرية فإن القرارات الإدارية التي تكون غير مشروعة في الحالات العديدة تصبح مشروعة في الحالات الاستثنائية طالما أنها ضرورية للحفاظ على النظام العام ولسير المرافق العامة.<sup>2</sup>

ولقد أخذ بهذه الفرضية القضائية بعض النصوص القانونية تحت أشكال عديدة من بينها حالة الحصار، الحالة الاستثنائية، تنظيم الامة في حالة الحرب... إلخ.<sup>3</sup>

فبالنسبة للنظام الجزائري، فإن الدستور حول رئيس الجمهورية الحفاظ على أمن الدولة وله أن يتخذ في سبيل ذلك الاجراءات الكفيلة بحفظ الاستقرار الوطني، والحفاظ على النظام العام، ويتم ذلك بواسطة

<sup>1</sup> -فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الاداري وضمانات تحقيقية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين 2011، ص 77.

<sup>2</sup> -عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص33.

<sup>3</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملوية، المرجع السابق، ص91.

الوسائل القانونية الموافقة لظروف إستثنائية قد تحدث والمتمثلة في حالة الحصار وحالة الطوارئ والحالة الاستثنائية وحالة الحرب.

وتعلن هذه الحالات بموجب مراسيم رئاسية لا تخضع للرقابة القضائية، على اعتبار أنها من أعمال السيادة، ولكن يخضع إعلان هذه الحالات لإجراءات حددها الدستور فإذا كانت الحالة الاستثنائية مبدئياً غير محدود المدة و فيحالة الحرب تستمر إلى غاية نهاية الحرب، فإن حالي الحصار والطوارئ يجب أن تكون محدودة المدة ولا يمكن تمديد إحدهما إلا بموافقة البرلمان، وقد أحال الدستور تنظيم هتين الحالتين نظراً لأهميتها على قوانين عضوية لم تصدر بعد.

وقد عرفت البلاد حالة الحصار دامت 4 اشهر، كما أنها عرفت حالة الطوارئ منذ 1992، ولكن لم يتح لمجلس الدولة أو الغرفة الادارية للمحكمة العليا على الاقل فيما يخص القرارات المنشورة، فرصة النظر في الطعون ضد قرارات الضبط كالقرارات المتعلقة بحل الاحزاب والجمعيات أو رفض اعتمادها، وحل المجالس المنتخبة والتضييق على حرية التجمع ومنع المظاهرات، وتحديد أو منع مرور الاشخاص والسيارات، إلا في حدود ضيقة ومنعزلة لا تؤسس لاجتهاد قضائي ثابت<sup>1</sup>، ومن ذلك على سبيل المثال حالة الطعن بالإلغاء ضد قرار أحد الولاة بإقالة منتخب محلي من عضوية مجلس شعبي بلدي.

وبناء على ما تقدم يشيد الفكر القانوني السديد نظرية عامة امتدت إلى كافة فروع القانون و سميت بنظرية الضرورة ووظيفتها حماية مبدأ المشروعية من ظروف إستثنائية ومن خلال هذه النظرية حددت الضوابط المختلفة التي تضمن التوازن الدقيق بين الظروف المستجدة وما يبرر من أعمال تحت رقابة القضاء.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: نظرية السلطة التقديرية

مدلول السلطة التقديرية للإدارة بمعناها الواسع هي تمتعها بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، أو اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف أو السبب الملائم أو تحديد محله.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> -قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص 209.

<sup>2</sup> -فادي نعيم جميل علاونة، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup> -سلام عبد الحميد محمد زنكية، المرجع السابق، ص 42.

ويحدد المشرع عند تقرير إختصاصات الادارة أحد السبيلين:

إما أن يمنحها اختصاصا أي سلطة مقيدة، وقد يمنحها اختصاص أي سلطة تقديرية<sup>1</sup> ولعل من المبررات والتي تركز عليها الادارة في ممارستها للسلطة التقديرية تقوم على أن المشرع وهو يسن القوانين إنما يضع قواعد عامة مجردة لا يمكن من خلالها أن يتصور جميع ملابسات وظروف الوظيفة الادارية بحيث يضع لكل حالة حكمها الخاص بها وأن يرسم للإدارة المواقف الذي يجب عليها إتخاذها عن كل حالة أو التعامل معها كأنها مجرد أداة لتنفيذ القانون حرفيا، بينها هي وسيلة تتيح للإدارة القيام بمهام وظيفتها والوفاء عن الحاجات العامة للأفراد، بمقتضى سلطتها عن طريق اختيار أنسب الوسائل وأفضل الاوقات لكي تقدم على العمل وتتخذ القرارات والملائمة وتحقيق النفع العام لهم.<sup>2</sup>

إن عدم تقييد الادارة من قبل المشرع في بعض الحالات وفتح المجال لها لكي تصول وتحول دون قيد أو شرط كان سعيها منه لتمكينها من تحقيق المصلحة العامة، كما أن هذا كله لا يعني أن للإدارة أن تفعل ما تشاء متسلطة بما منحها المشرع من صلاحيات وسلطات في تقدير الظروف في الوقت المناسب لمواجهة الحالة المعروضة عليها.

فالمبدأ المستقر عليه في معظم الدول الديمقراطية هو خضوع الادارة لرقابة القضاء رغم ما تقضي به من مستلزمات المصلحة العامة بالتخفيف من صرامة هذا المبدأ. كون أن الرقابة القضائية التي تستهدف حماية الحريات الفردية لا يجب أن يحجب عن الابصار حاجة الادارة على قدر من الحرية تضمن حسن سير الادارة. وذلك أنه كان من اللازم استبدال الادارة، فيجب أن لا يؤدي ذلك بنا إلى إغلال أيدي رجالها وكبت روح الابتكار فيهم ولذلك يجب أن تمارس في إطار رقابة قضائية تتسم بالموضوعية وتراعي بذلك روح المصلحة العامة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-فادي نعيم جميل علاونة،مرجع سابق،ص52

<sup>2</sup>-سلام عبد الحميد محمد زكنة، المرجع السابق، ص44.

<sup>3</sup>-أمزيان كريمة، دور القاضي الاداري في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2011/2010، ص101.

وبهذه المناسبة أقر مجلس الدولة الفرنسي من خلال حكم COMEL<sup>1</sup>، لنفسه بسلطة رقابة  
وبحث في المسائل المتعلقة بالوقائع حيث لم يكن حتى ذلك الحين أقره إلا في حالات إستثنائية مثل حكم  
2. DESSAY.

ويعتبر حكم GOMEL نقطة بداية قضاء وفير يتعلق برقابة قاضي تجاوز السلطة والتكييف  
القانوني للوقائع، وهو يسمح بتحديد مقومات الرقابة إلى أي حد تمتد كأصل عام، وتكييف الوقائع محل  
البحث والإقرار بها ثابت للإدارة و حدها وليس لقاضيها، إلا أنه ولظروف معينة يقع إستثناء على الاصل  
العام، حيث أصبحت المسألة من مسألة واقع إلى مسألة قانون ترد عليها رقابة القاضي.

فعندما تخضع الإدارة في ممارستها لإحدى سلطاتها لوجود عناصر واقع ذات تكييف محدد، يتفق قاضي  
تجاوز السلطة من توافر هذه الشروط فعلا، وخاصة ما إذا كانت الوقائع ذات طبيعة من شأنها أن تبرر  
القرار المتخذ.

وعلى هذا الوجه يبحث مجلس الدولة في امتداد حكم جومل استيفاء أحد المعالم أو المواقع أو الخصائص  
التي تبرر إدراج القرار وتستبدل في ذلك بالصيغ التي تتضمنها النصوص واجبة التطبيق.<sup>3</sup>

وإذا كانت القاعدة العامة في مجال القضاء الإداري تقضي بأن رقابة القاضي الإداري هي رقابة  
مشروعية أصلا وملائمة إستثناء، دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، فإنه لا يمكن أن نقول أن  
القاضي الجزائري لم يتدخل لرقابة ملائمة السلطة التقديرية للإدارة بصفة مطلقة وإنما كان تدخله كلما  
اقتضت ضرورة المصلحة العامة وحماية حقوق وحريات الافراد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - مجلسي الدولة الفرنسي، 4 أبريل 1914، قضية COMEL أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق،  
ص218.

<sup>2</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، 13 ماي 1910، قضية DESSAY، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع السابق،  
ص219.

<sup>3</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، قضية Gomel، 4 أبريل 1914، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، المرجع نفسه،  
ص218.

<sup>4</sup> - أمزيان كريمة، المرجع السابق، ص107.

## الفرع الثالث: عدم توجيه أوامر للإدارة وسلطات القاضي فيها

اعتباراً من كون الإدارة ليست تابعة للقضاء، ولأنها تشكل متقاضياً ذو طابع خصوصي، يتمتع قاضي تجاوز السلطة القضاء على الإدارة بالالتزام بعمل أو الامتناع عنه.

ففي مرحلة أولية كان القاضي الإداري الفرنسي يعتبر "بأن لا صفة له لإصدار أوامر للإدارة وهذا تبعا لقرار مجلس الدولة بتاريخ 23 يناير 1970 في قضية وزير الدولة المكلف بالشؤون الاجتماعية ضد أموروس، أو للحكم عليها بغرامات تهديدية إلا في حالة وجود مقتضيات قانونية مخالفة وصرحة في هذا الاتجاه.<sup>1</sup>

لعل من مبررات هذا المبدأ، مبدأ الفصل بين السلطات إضافة إلى النصوص التشريعية التي يتخذها الفقه الفرنسي كذريعة لتدبير الحظر المفروض على القاضي الإداري في توجيه هذه الأوامر.<sup>2</sup>

ومع ذلك يلجأ القاضي الإداري إلى تدابير مشابها منها:

— توجيه الإدارة إلى المقتضيات الواجب عليها إتباعها حتى يكون تصرفها مطابقاً للقانون.<sup>3</sup> ويكون ذلك إما:

— بإحالة العارض على الإدارة العاملة حتى تستجيب لمطالبة، ويشكل هذا الأمر أمراً غير مباشراً موجهاً للسلطة الإدارية لتنفيذ قرار القاضي، أو توجيه إرشادات لها من أجل التنفيذ الجديد والصحيح للحكم أو القرار.

— وإما بتوجيه ما يسمى بالأوامر المموهة التي تقضي بإبطال القرارات السلبية فتلتزم الإدارة بموجب هذا الإبطال بمأى الفراغ القانوني الناتج باتخاذ قرار إيجابي، إلا أنه قد يحدث إستثناء، أن يترك القاضي الخيار للإدارة ما بين تنفيذ قرار الإبطال في مدة محددة أو العقوبة المالية. وقد أشار أحمد محيو في هذا الصدد "من المسموح به التساؤل عما إذا كان هذا الحظر مؤسس من الناحية القانونية، فلا يوجد ما يعارض واقعياً على أن يقوم القاضي بإصدار أوامر في بعض الحدود، تتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل...، ونعرض

<sup>1</sup> - الحسين بن الشيخ آث ملوية، المرجع السابق، ص 438.

<sup>2</sup> - أمزيان كريمة، المرجع السابق، ص 125.

<sup>3</sup> - قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص 202.

أيضا أن القاضي الإداري له السلطة في حالة التعدي أو الإستيلاء وفي الجزائر تخضع تلك النزاعات للقاضي الفاصل في المواد الادارية".<sup>1</sup>

فالفقه الاداري اتفق على أن الاستثناءات الواردة على مبدأ حظر توجيه الاوامر وتتمثل في:

\_\_ حالة التعدي، حالة الاستلاء، حالة الغلق الاداري.

\_\_ إصدار اوامر للإدارة تتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل عندما ينص المشرع على ذلك صراحة.

\_\_ أن يتعلق الامر بالالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل منبثق من عقد أو اتفاق تكون الادارة طرفا فيه.

\_\_ في حالة إبطال القاضي لقرار سلمي.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للقضاء فقد تناول ثلاث إستثناءات عن هذا المبدأ:

\_\_ حالة التعدي والتي طبقها مجلس الدولة الفرنسي في قراراته نذكر مثلا قرار <sup>3</sup>carlier إلا أن القضاء الجزائري لم يعرف حالة التعدي، ولكن بعد تيقنه بوجودها فإنه أمر باتخاذ التدابير التالية:

وضع حد للتعدي، إرجاع المحلات إلى حالتها الاولى السابقة، او وضع المحلات تحت تصرف المدعية.

حالة الالتزام القانوني والذي يتمثل في توجيه القاضي الاداري أوامر مموهة والتي سبق الاشارة لها أعلاه.

حالة الالتزام التعاقدية ويكون في حالة إحجام الادارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية،

فيكون باستطاعة القاضي الاداري إذا رفع النزاع إليه أن يأمرها بتنفيذ تلك الالتزامات.<sup>4</sup>

وفي الأخير عرف مبدأ حظر توجيه الاوامر إستثناء يقضي بمنح القاضي سلطة إصدار أوامر وقائية مقصورة على الشيء المقضي فيه، وعلى الهيئات القضائية في هذا الشأن النطق بالأمر المطلوب في حالتين:

<sup>1</sup> -سكاكني باية، دور القاضي الاداري في حماية الحقوق و الحريات الاساسية، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2011، ص237.

<sup>2</sup> -أمزيان كريمة، المرجع السابق، ص131.

<sup>3</sup> - مجلس الدولة الفرنسي، 10 نوفمبر 1941، قضية carlier، أمزيان كريمة، المرجع السابق، ص132.

<sup>4</sup> -أمزيان كريمة، المرجع السابق، ص100.

الحالة الأولى: تكون عندما يتوصل بالضرورة الحكم القاضي بإبطال القرار الإداري إلى ضرورة إصدار قرار بالتنفيذ من الإدارة أو قرار في اتجاه معين، ويقوم القاضي بذلك بأمر الإدارة باتخاذ ذلك الاجراء ويحدد لها عند الاقتضاء مهلة تنفيذه.

الحالة الثانية: وتكون عندما يتوصل الحكم القضائي إلى وجوب إصدار الإدارة لقرار جديد، ويأمر القاضي الإدارة بأن عليها إصدار قرار في مهلة محددة وللقاضي في الحالتين خيار تضمين حكمه بغرامة تهديدية بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه.<sup>1</sup>

وقد تأثر القضاء الإداري الجزائري بما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي في إتباع سياسة عدم توجيه أوامر للإدارة، رغم أن هذا الحظر لم يكن ناتجا عن نصوص صريحة في منظوماتها القانونية، ولكنه ثابتة بالطريق القضائي حيث إستند في ذلك على النص الدستوري الذي يقرر إستقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية.<sup>2</sup>

وهنا ما يتضح جليا من خلال ما جاء في قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 18\_03\_1978، حيث قررت " إن القضاء الإداري ليس له سلطة إصدار أمر إلى الإدارة وعليه فهذا الوجه لا أساس له...".<sup>3</sup>

ولقد أكد مجلس الدولة على هذا الموقف في قراره الصادر في 08\_03\_1999 في قضية بورطل رشيد ضد والي ميلة ومن معه.<sup>4</sup>

وعلى خلاف ما هو مستقر قضائيا، تظهر أوامر القاضي الإداري الموجهة ضد الإدارة، ولكن في إطار ضيق وفي تطبيقات محدودة، ومن ذلك مثلا: إلزام الإدارة بتقديم القرار المطعون فيه إذا رفضت تسليمه للعارض، أو في حالات التعدي والالتزامات القانونية أو التعاقدية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - الحسين بن الشيخ آث ملوية، المرجع السابق، ص 441.

<sup>2</sup> - أمزيان كريمة، المرجع السابق، ص 125.

<sup>3</sup> - المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 08\_03\_1978، مشار إليه في: سكاكي باية، مرجع سابق، ص 235.

<sup>4</sup> - مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، بتاريخ 08\_03\_1999، قضية (ب، ر، ضد والي ولاية ميلة) ومن معه، سكاكي باية، المرجع السابق، ص 235.

ويبدو أن قانون إجراءات المدنية و الإدارية، الجديد قد نص صراحة على أن القاضي المقرر للجهة الادارية التي تنظر الدعوى يمكنها أن تأمر الادارة مصدرة القرار بتقديم قرارها في أول جلسة، إذا امتنعت عن تسليمه للعارض،<sup>2</sup> كما نص أيضا على أنه للجهة القضائية الادارية التي تنظر الدعوى أن تأمر بالتدبير المناسب في إطار تنفيذ الحكم القضائي.<sup>3</sup> وهكذا التحق المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي في هذا الصدد.

---

<sup>1</sup> -قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> -المادة 819 من قانون 08\_09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

<sup>3</sup> -المواد المتعلقة بتنفيذ أحكام الجهات القضائية الادارية من المادة 978 إلى 986 من قانون 08\_09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

## ملخص الفصل الثاني

ومن خلال ما تم التطرق له في الفصل الثاني من أبرز دور القاضي الإداري في خلق القواعد الإجرائية و الموضوعية التي يقوم عليها القانون الإداري، والذي يمكن القول إن صح التعبير أن القضاء الإداري بصفة عامة والقضاء الإداري الفرنسي بصفة خاصة كونه صاحب الفضل في إرساء المبادئ العامة التي تحكم القواعد الإدارية نجد أنه، نجح وبتفوق في إبراز هذه الأخيرة تحقيقاً في ذلك التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. وحماية الحقوق والحريات في مواجهة ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة.

ورغم هذا التوسع إلا أن هذا لم يمنع القاضي الإداري من منع نفسه من بسط رقابته بوضع حدود على هذه الأعمال منها السياسية و القضائية مراعاة في ذلك مبادئ العدالة وخاصة تحقيق المصلحة العامة.

خاتمة

## خاتمة:

تحتل الجهود القضائية الإدارية الدور الرئيسي في وضع نظريات القانون الإداري ومبادئه، حيث كان للقضاء الإداري المتخصص والمستقل في فرنسا ومن بعده مختلف الدول جهوده البارزة في إنشاء قواعد القانون الإداري كقانون مستقل و متميز عن قواعد القانون المدني، وذلك مراعاة للطبيعة الخاصة لروابط القانون الإداري، ومهما كانت الجهود القضائية، فيما تعنيه في بذل الجهد في استنباط الأحكام القانونية والذي يمارسه القاضي الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري بصفة مستمرة، حيث أن القضاء الإداري لا ينهض بسبب غموض وعدم وضوح النصوص القانونية مما يستلزم أعمال الفكر والمنطق القانوني للوصول إلى أبعاد النص وحدوده وما ينطبق على وقائع النزاع.

قد يتدخل القاضي بدوره بسبب عدم وجود النص القانوني الذي يحكم الواقعة، فيجتهد القاضي حينها ليصل إلى الحكم القانوني الذي ينظم الموضوع، عبر الإستعانة بمختلف أدوات الإجتهد القضائي من طرق التفسير والقياس والإستنتاج بمفهوم المخالفة... الخ، وهو الإجتهد الذي يساهم في وضع نظريات ومبادئ القانون الإداري.

فوظيفة القاضي الإداري هي تفسير النص القانوني، حيث لا يكون للقانون مفعول إلا من خلال تفسيره وإسقاط تدابير على الوقائع، لأن المشرع يحدد بواسطة القانون الأطر العامة لمسألة معينة، ولا يتصور عند إصدار القانون التنبأ بالمشاكل والمنازعات التي تثور بخصوص هذه المسألة، ولذلك يكون على القاضي البحث عن الحل المناسب، فإذا كان النص القانوني غير قاطع الدلالة يعمل القاضي في هذه الحالة على الاستدلال على الحكم من بين المعاني التي يحتملها النص دون الخروج عليه، ويكون الإجتهد في هذه الحالة في دائرة النص.

إلا أنه يوجد إجتهد يرمي إلى استدراك ما في النص القانوني من قصور، ويكون للقاضي الإداري في هذه الحالة دوراً منشئاً، ففي المادة الإدارية يبدو أن أغلب القواعد والأحكام كانت من وضع مجلس الدولة الفرنسي، إذ من المعروف أن القانون الإداري الفرنسي من نشأة إجتهدية، بل أن مجلس الدولة الفرنسي يقوم بدور توجيهي للإجتهد، وبصفة قبلية، في إطار الاستشارات التي ترفعها إليه المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية.

حيث لم يتردد القضاء الإداري من الخروج عن عبادة النصوص وخاصة نصوص القانون المدني تحقيقا في ذلك للمصالح العامة وحماية الحقوق والحريات من التعسف وتتجلى هذه القواعد القانونية ذات الطابع القضائي في شقين أحدهما إجرائي والآخر موضوعي.

ونظرا لعدم كفاية النصوص التشريعية ولتحقيق التوازن والمساواة بين أطراف الدعوى الإدارية استخلص القضاء الإداري والمبادئ العامة للإجراءات القضائية التي تتلاءم وطبيعة هذه الدعوى وروابط القانون العام التي تقوم عليها.

فقد استخلص القضاء الإداري هذه المبادئ من مصادرها المختلفة من قانون المرافعات المدنية أو من مبادئ العدالة والمنطق القانوني السليم الذي أقام على أساسه إجراءات قضائية إدارية كاملة، ومن بين هذه المبادئ نجد المبدأ العام والأساسي لكل المبادئ التي تحكم الدعوى الإدارية وهو مبدأ حق الدفاع إضافة إلى مبدأ المساواة ومبدأ الحرية والمبادئ المتفرعة عنها والتي تظهر وبوضوح من خلالها الدور الإنشائي للقاضي الإداري للمبادئ العامة للقانون.

ومن خلال هذا الدور، لم يكتف القضاء الإداري بهذا القدر، بل استمر نحو تطوير هذه المبادئ وصولا إلى بناء صرح القانون الإداري من أنظمة قانونية إدارية في شكل مبادئ عامة للقانون، حيث أن هذه الأخيرة تستمد قوتها الملزمة للأفراد والإدارة من السلطة الخلاقية للقاضي الإداري، وهو ما لمسناه من خلال الأساليب المتبعة من قبله في إنشاء تلك القواعد من أسلوب التعميم ابتداء من نصوص جزئية، واستخلاص المبدأ من روح نص قانوني معين أو مجموعة من النصوص، وأسلوب إنشاء المبدأ من جوهر النظام القانوني المعين، وأسلوب المبدأ من المعتقدات الدفينة التي استقرت في ضمير الأمة.

فتلك السلطة الخلاقية تفرض وضعية ومشروعية تقتضيها ظروف القانون الإداري في رقابته لأعمال السلطة الحكومية والإدارية تحقيقا للحماية الفعالة لحقوق وحريات الأفراد.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد انتهج نهج القضاء الإداري الفرنسي، وساهم بدوره في تكريس المبادئ العامة للقانون، واستلم مهمة التدخل لسد القصور التشريعي، فنظرا لتبني المشرع الجزائري من المادة الأولى من القانون المدني، لنظرية نقص التشريع، فقد اعترف باحتمال وجود نقص في التشريع، وهذا ما يحدث غالبا في مجال القانون الإداري نظرا لحدائته ومرونته وعدم تقنينه، وكما لم يشر الدستور صراحة إلى إمكانية قيام القاضي الإداري بإنشاء أو وضع القواعد

القانونية إلا أن الاعتراف بهذه النظرية، يفترض أن يكمل القضاء هذا النقص وإلا اعتبر منكرا للعدالة، وهذه نتيجة تعتبر أول خطوة في سبيل الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القواعد القانونية، وأول خطوة كذلك في تأكيد نسبية الفصل بين السلطات.

ومن ذلك يظهر دور القضاء الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري من خلال استنباطه المبادئ والأحكام القانونية الملائمة للعلاقات القانونية المتطورة في مجال القانون الإداري، فيمثل القضاء الإداري بذلك مصدرا رسميا للقانون الإداري حيث أن القاضي الإداري قد لا يجد في كثير من الحالات القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه مما يدعو إلى إنشاء القاعدة التي تحكم الواقعة وإلا أصبح منكرا للعدالة.

وإذا ما استقر القضاء على تطبيق القواعد المنشئة من قبله، وصار ذلك متواترا وواجب الاحترام عدت هذه القواعد من قبيل المبادئ القانونية العامة التي لا يجوز مخالفتها، مما يكون للمشرع العمل على تقنينها.

ويكمن أساس حق القاضي في إنشاء مبادئ القانون الإداري على افتراض أنه يعبر عن إرادة المشرع التي لم يفصح عنها في نصوص تشريعية ويستقي القاضي هذه المبادئ الدستورية العامة والوثائق والإعلانات التي تكشف اتجاهات المشرع الدستوري والعادي في إرساء قواعد الحكم وتنظيم العلاقات الإدارية.

ومن خلال المساهمة القضائية للقضاء الإداري الجزائري في عملية الإنشاء القانوني إلا أنه لم يرقى إلى درجة تفوق القضاء الإداري الفرنسي وذلك لعدم اعتبارات منها، عدم اكتمال درجات التقاضي الإدارية، وعن مدى تخصص القاضي الإداري في المسائل الإدارية خاصة وأن المنازعة ترتبط بفكرة القاضي المتميز والمتخصص لا بازدواجية القضاء فقط، ولذا أبرز ما نخلص له من توصيات ما يلي:

- ندعو المشرع الجزائري إلى مواكبة الفقه والقضاء المقارن، من أجل تقنين الاجتهادات القضائية الرامية لبناء الصرح القانوني الذي يكفل بناء دولة القانون والحق.

- إعطاء أولوية لموضوع التكوين المتخصص للقاضي الإداري في مجال علم الإدارة ليكون على دراية بجبايا الإدارة من جهة، وتمتيز عن القاضي العادي بإضفاء صفة خاصة على النزاع الإداري من جهة أخرى.

- إعطاء حرية أكثر للقاضي الإداري في مجال ابتكاره للقاعدة القانونية الإدارية كونه هو المتعامل الوحيد مع هذا النوع من القواعد.

- تعزيز دور القاضي الإداري تجاه القواعد القانونية تدعيما في ذلك لتمييز القواعد القانونية، ولاستقلالية القاضي والقضاء الإداري على حد سواء.

"الله ولي التوفيق"

فَائِزَةٌ المَرَّاجِعُ

## قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ-الكتب:

- 1- أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، بدون بلد نشر، 1977.
- 2- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- 3- جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الكتاب الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بدون بلد نشر، 2001.
- 4- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية "شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 5- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية "تنظيم واختصاص القضاء الإداري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2007.
- 6- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.
- 7- عصام علي الدبس، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014.
- 8- عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 9- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 10- علي خاطر الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى، 2004.
- 11- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2009.
- 12- لحسين بن شيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

- 13- مارسلون، بيار دلفولفيه، بيرو سيرقي، برونو جينفوا، جي بيربان، ترجمة أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة 10، 1995.
- 14- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة الأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، العراق، بدون سنة الطبع.
- 15- محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون "كمصدر للمشروعية في القانون الإداري"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 16- محمد الصغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 17- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 18- محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار القانونية شتات، مصر، 1996.
- 19- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2013.
- 20- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2013.
- 21- مصطفى سالم النحيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، الشارقة، الطبعة الأولى، 2010.
- 22- مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الثانية، 2014.
- 23- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الخامسة، 2014.
- 24- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية "القسم 1"، دار جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة 1، 2013.

ب-المجلات:

- 1- بن صاولة شفيقة، الملتقى الوطن المنعقد بجامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، ملحقة بمركز البحوث القانونية والقضائية، يومي 28-29/04/2009.
  - 2- بن عبد الله عادل، ميزة وطابع القضاء الإداري في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد30، مايو 2013.
  - 3- خلف محمود الجبوري، دور القاضي الإداري في سد القصور في القانون الإداري.
  - 4- خير الدين كاظم عبيد، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، غير منشور.
  - 5- رجب محمود طاجة، مبدأ تجرد القاضي الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة العدد84 2011.
  - 6- رياض عيد عيسى الزهري، رأي في مبررات الدور التشريعي للقاضي الإداري "دراسة مقارنة"، الحوار المتمدن، العدد 2794، 2009/10/9.
  - 7- علي خطار شطناوي، دور القاضي الإداري في ابتداء قواعد القانونية، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلة 29، العدد 1، 2002.
  - 8- علي عبد الله العراي، ورقة عمل حول دور الاجتهاد القضائي الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري، بمشاركة في المؤتمر لرؤساء المحاكم العادية، بيروت، 20-21 يونيو 2011، مجلس الشورى بمملكة البحرين، بتاريخ 8 يونيو 2011.
  - 9- مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية العدد 3، 2009.
  - 10- موسى مصطفى شحادة، المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الإداري، مجلة الشريعة والقانون، العدد18، 2003.
- ج-الأطروحات والمذكرات:
- 1-السياح صلاح الدين، تطور القضاء الإداري في الجزائر، مذكرة ماستر، جامعة ورقلة "قاصدي مرياح" سنة 2013.

- 2- الصايم وفاء، القرائن القضائية في إثبات عدم مشروعية القرار الإداري، مذكرة لنيل شهادة ماستر جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014.
- 3- آمال الله منصوري، شروط قبول الدعوى الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء 2006-2009.
- 4- أمزيان كريمة، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، شهادة ماجستير، جامعة باتنة، 2010-2011.
- 5- آيت عودية بلخير محمد، ضمانات الأمن القانوني في القانون الإداري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، جامعة البليدة2، 2013-2014.
- 6- بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، أطروحة لنيل رسالة الدكتوراه في فرع القانون العام، جامعة الجزائر بن عكنون، بدون تاريخ.
- 7- بولشعور وفاء، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة 2010-2011.
- 8- حسن محمود حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط مصر، 2005.
- 9- زياني ميمي، المسؤولية الإدارية في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2006-2009.
- 10- سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2011.
- 11- سلام عبد الحميد محمد زنكته، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية "دراسة مقارنة" مذكرة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، ألمانيا، 2008.
- 12- شتيوري زهور، الإثبات في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة قاصدي مرباح بورقلة 2013-2014.
- 13- طجين سعاد، اجتهادات القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في تخصص القانون الإداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014.

- 14- غنيمي نور الهدى، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، جامعة بسكرة 2012-2013.
- 15- فادي نعيم علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير جامعة نابلس، فلسطين، 2011.
- 16- قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، شهادة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة، 2009-2010.

د-القوانين:

- 1- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 4 صفر 1419 الموافق 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 37.
- 2- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.
- 3- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.
- 4- القانون رقم 98-02 المؤرخ في 4 صفر 1419 الموافق 30 مايو 1998 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية الجزائرية، الجريدة الرسمية العدد 37.
- 5- القانون رقم 08-19 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1429 الموافق 15 نوفمبر 2008 متضمن التعديل الدستوري.

و-التنظيمات:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 94/438 المؤرخ في 1996/12/7 الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 1996/12/8.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010 المتضمن للصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013.

-ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

M.LONG/P.weil /G.braibant/P.delvolvé/B.gebvois , les grands -1  
arrêt de la jurisprudence administrative , dalloz , 13eme  
édition ,paris , 2001 .

-المواقع الإلكترونية:

commerce .menofia.edu .eg / openneu/ newbooks/ law.pdf-1

Mr-amvenad86@hotmail.com

الفهرس

أ..... مقدمة

## الفصل الأول: الدور الإنشائي للقاضي الإداري لقواعد القانون الإداري

02..... الفصل الأول: الدور الإنشائي للقاضي الإداري لقواعد القانون الإداري

04..... المبحث الأول: مبررات الدور الإنشائي للقاضي الإداري لقواعد القانون الإداري.

05..... المطلب الأول: قضائية القانون الإداري:

06..... الفرع الأول: نشأة القضاء الإداري في فرنسا.....

07..... الفرع الثاني: نشأة القضاء الإداري في الجزائر:

07..... أولاً: مرحلة الخلط بين السلطة الإدارية والسلطة القضائي

08..... ثالثاً: تأسيس قضاء إداري بعد الاستقلال:

12..... المطلب الثاني: مرونة قواعد القانون الإداري وسرعة تطوره:

16..... المبحث الثاني: أسلوب القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية:

17..... المطلب الأول: أسلوب القاضي الإداري في حالة غموض النص القانوني:

18..... الفرع الأول: الوسائل الداخلية:

19..... أولاً: التفسير الحرفي.....

20..... ثانياً: تفسير مضمون النص أو العمل الإداري أو الحكم القضائي جملة مجمولا

21..... ثالثاً: التفسير المنطقي.....

22..... الفرع الثاني: الوسائل الخارجية:

23..... أولاً: الاسترشاد بالأعمال التحضيرية.....

- 23..... ثانيا: الرجوع إلى المصدر التاريخي
- 23..... ثالثا: الوقوف على حكمة المشرع
- 24..... رابعا: عملية تحليل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية
- 25..... المطلب الثاني: أسلوب القاضي الإداري في حالة انعدام النص:
- 27..... الفرع الأول: أسلوب إنشاء المبدأ العام بطريق التعميم ابتداء من نصوص قانونية جزئية
- 28... الفرع الثاني: أسلوب استخلاص المبدأ العام من روح نص قانوني معين أو مجموعة من النصوص:
- 29..... الفرع الثالث: إنشاء المبدأ من جوهر النظام القانوني المعين أو من طبيعة الإنشاء:
- 30..... الفرع الرابع: إنشاء المبدأ من المعتقدات الدفينة التي تستقر في ضمير الأمة:
- 35..... ملخص الفصل الاول:

## الفصل الثاني: مجال الدور الإنشائي للقاضي الإداري

- 37..... الفصل الثاني: مجال الدور الإنشائي للقاضي الإداري:
- 39..... المبحث الأول: دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية.
- 40..... المطلب الأول: دور القاضي الإداري في خلق القاعدة الإجرائية:
- 41..... الفرع الأول: المبادئ الإجرائية المقررة بحكم الاجتهاد القضائي:
- 46..... الفرع الثاني: الدور الإجرائي للقاضي الإداري في مجال الإثبات:
- 48..... أولا: التكليف بإيداع المستندات
- 49..... ثانيا: الأمر بإجراء بعض التحقيقات الإدارية.
- 52..... المطلب الأول: دور القاضي الإداري في خلق القاعدة الموضوعية:

52	الفرع الأول: دور القضاء الإداري في استنباط المبادئ العامة للقانون:
56	الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في إنشاء الأنظمة القانونية:
57	أولاً: النظام القانون للإلغاء (قضاء الإلغاء):
59	ثالثاً: نظام العقود الإدارية:
63	الفرع الثالث: دور القاضي الإداري في استنباط القرائن
64	أولاً: قرينة الانحراف بالسلطة:
65	ثانياً: قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية:
67	المبحث الثاني: الحدود التي ترد على دور القاضي الإداري
67	المطلب الأول: الحدود السياسية:
68	الفرع الأول: معيار الباعث السياسي
69	أولاً: نسبة هذا المعيار ومرونة
70	ثانياً: خطورة المعيار
70	الفرع الثاني: معيار طبيعة العمل
71	الفرع الثالث: معيار القائمة القضائية
72	الفرع الرابع: معيار العمل المختلط
72	الفرع الخامس: آثار أعمال السيادة
73	المطلب الثاني: الحدود القضائية
74	الفرع الأول: نظرية الظروف الاستثنائية
79	الفرع الثاني: نظرية السلطة التقديرية

الفرع الثالث: عدم توجيه أوامر للإدارة وسلطات القاضي فيها ..... 82

ملخص الفصل الثاني ..... 86

خاتمة ..... 88

قائمة المراجع .

فهرس .