دور القاضي الإداري في تكريس مصادر الاجتهاد القضائي

بن دريس يامن : طالب دكتوراه
كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

ملخص

إن دور القاضي الإداري في تكريس تدرج القواعد القانونية يرتبط ارتباطا وثيقا بسمو القاعدة الدستورية وخضوع القواعد الأدنى مرتبة لها ويعرف دور القاضي الإداري في تكريس مبدأ تدرج القواعد القانونية تعدد القواعد القانونية التي نص عليها الدستور كالقاعدة القانونية للميثاق، المعاهدات الدولية، التنظيمات، كما طبق القاضي الإداري المصادر غير المدونة كالمبادئ العامة للقانون والعرف كحل لمختلف القضايا التي تعرض عليه.

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري، مصادر الاجتهاد القضائي، الدستور، المبادئ العامة للقانون.

Abstract

The role of the administrative judge is to establish juris-prudence source , which is closely attached to the integrity of the constitutional and rules must set completely to the lower laws.

The role of the administrative judge is to establish juris-prudence source within the different legal rules the constitution included Such as the legal rules of the charts ,international treaties, regulations .

Moreover the administrative judge has applied unwritten sources such as the general principles of law and custom as a solution to the various issues exposed on him .

Keywords: the administrative judge, juris-prudence source, constitution , the general

المقدمة

إن دور القاضي الإداري في تكريس مصادر الإجتهاد القضائي يرتبط إرتباطا وثيقا بسمو القاعدة الدستورية و خضوع القواعد الأدنى مرتبة لها .

فحسب الفقيه كلسن وميلكر القواعد القانونية التي يستلزم على القاضي الإداري تكريسها في اجتهاداته القضائية تترتب على شكل هرم متدرج تكون فيه القواعد القانونية العليا منشأة للقواعد القانونية الأقل منها درجة .

أما القواعد القانونية الدنيا فإنها تكون في وضعية تبعية وخضوع للقواعد الأعلى منها درجة و تكون بذلك منفذة ومطابقة للقواعد العليا مما سلف ذكره وبتتبع التشريعات الصادرة عقب صدور الدساتير الجزائرية، لسنة 1963 و1976 و1989 مارس القاضي الإداري سلطاته في ظل قضاء عادي بالغرف الإدارية المتواجدة بالمجالس القضائية وبالمجلس الأعلى وبالمحكمة العليا، ومنذ صدور التشريعات عقب دستور 1996 والتعديل الدستوري لسنة 2016، يمارس القاضي الإداري اختصاصاته لدى المحكمة الإدارية و مجلس الدولة في ظل قضاء مزدوج .

وإن القاضي الإداري لما يطبق مصادر الاجتهاد القضائي لحل النزاعات المعروضة عليه، فهو في حقيقة الأمر يطبق قوانين مختلفة التدرج .

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Duguit أن القانون الذي يطبقه القاضي الإداري يجب أن يتضمن قواعد عامة مجردة[1].

وأكد الأستاذ هوريو Hauriou بان القانون الذي يطبقه القاضي الإداري يقوم بحراسة الحريات العامة وحماية الحقوق الفردية كونه الإرادة العامة المعبرة عن إرادة الأمة [2].

ويعرف دور القاضي الإداري في تكريس مصادر الاجتهاد القضائي تعدد القواعد القانونية التي نص عليها الدستور.

والثابت علما أن القاضي الإداري أصبح يحوز على مساحة كبيرة في اللجوء إلى مصادر الاجتهاد القضائي لحل مختلف النزاعات المعروضة عليه على غرار الدستور، والمعاهدات الدولية، والقوانين والتنظيمات والمبادئ العامة للقانون، وحتى لا يقع القاضي الإداري في إنكار العدالة فإنه اختار المصادر غير المدونة كحل للقضايا التي تعرض عليه .

وعليه الإشكالية الجوهرية تتلخص وتتمحور حول معالجة الفرضية التالية :إلى أي مدى جسد القاضي الإداري دوره في تكريس المصادر القانونية ؟.

- و في الواقع ،فإن الإشكالية السابق ذكرها ما هي إلا إشكالية جوهرية ، وفي هذا العنصر تعترض الباحث في هذا الموضوع لزمرة من الإشكالات تتمحور في مايلي:

- إلى أي مدى كرس القاضي الإداري مبدأ سمو القواعد الدستورية ؟.
- و إلى أي مدى كرس القاضي الإداري مبدأ سمو التشريعات ؟.
- ما هو دور القاضي الإداري في تكريس المصادر غير المدونة ؟.

وسوف أعالج بالدراسة تحليل الإشكالات القانونية المطروحة انطلاقا من مصادر الاجتهاد القضائي الوطني الجزائري وفي ضوء الدساتير الجزائرية وسوف تتم المعالجة القانونية ضمن مبحثين اثنين نخصص "المبحث الأول" دور القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية غير المدونة ومنه أتطرق لمسألة تكريس القاضي الإداري لمبدأ سمو القواعد الدستورية " المطلب الأول " وتكريس القاضي الإداري لمبدأ سمو التشريعات "المطلب الثاني " أما " المبحث الثاني فسوف أتناول بالدراسة " دور القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية غير المدونة .

وسأكون ملزما في هذا السياق التطرق إلى مسألة تطبيقات القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية غير المدونة "المطلب الأول" والمصادر غير المدونة لا تتنافى والقواعد الدستورية "المطلب الثاني ".

المبحث الأول: دور القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية المدونة

أكد قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 07 ديسمبر 1985 الأساس القانوني متضمنا تدليله مايلي [3]: " ونظرا لكون القرار الولائي بغلق المحل التجاري نهائيا والذي لم يسبقه إعذار المخالف يكون قد أتخذ بصورة غير شرعية وبالتالي فإنه خال من الأساس القانوني مما يتعين النطق بإبطاله " .

فيتضح أن القاضي الإداري طبق القاعدة القانونية و طبقها كسلوك اجتماعي ورتب على مخالفتها جزاء وعبر عن ذلك بصريح العبارة بمايلي " أن القرار خال من الأساس القانوني مما يتعين معه النطق بإبطاله".

واستنادا إلى ما تم ذكره سابقا يطرح التساؤل التالي إلى أي مدى كرس القاضي الإداري المصادر القانونية للاجتهاد القضائي؟ إن الإجابة عن هذا السؤال يتطلب التطرق لتكريس القاضي الإداري لمبدأ سمو القواعد الدستورية "المطلب الأول":

وتكـريس القــاضي الإداري لمبــدأ سـمو التشــريعات " المطلب الثاني" وهو ما سوف نعالجه تباعا

المطلب الأول: تكريس القاضي الإداري لمبدأ سمو القواعد الدستورية

إن القاضي الإداري كغيره من القضاة يستمد صلاحياته من نص الدستور وفعلا، فإن مجلس الدولة قضى في إحدى قـرارته مايلي [4] ، "إن خـرق المادة 42 ،من الدستور يكـفي في حـد ذاته ،لتبـرير إختصـاص القضــاء الإداري ،لا يمـكن في أي حـال من الأحـوال التـذرع بأن النـزاع الراهـن ناجم عن السير والنشاط الداخلي للحزب"نلاحظ على هذا القـرار استعماله عبارة كلما كان خرقا للمادة 42 من الدسـتور يكفي في حد ذاته ،لتبرير اختصاص القضاء الإداري مما يتطلب التطرق لموضوع تطبيق القاضي الإداري للقاعدة الدستورية "الفرع الأول" ، تطور علاقة القاضي الإداري بالقاعدة الدستورية " الفرع الثاني" .

الفرع الأول: تطبيق القاضي الإداري للقاعدة الدستورية

ورد في ديباجة دستور 1996 وكذا التعديل الدستوري لسنة 2016 عدة عبارات تؤكد سمو القاعدة الدستورية على غيرها من القواعد القانونية الأخرى و تم ذلك من خـلال العبـارة التـالية "موافـقة الشعـب علـى الدسـتور يؤكـد من أي وقـت مضى سمو القانون".

كما ورد كذلك في نفس الديباجة عبارة " الدسـتور فوق الجمـيع " وبالإطلاع على إحدى القرارات الصادرة عن مجلس الدولة [5] مؤرخة في 11 فيفري 2002 [6] والذي تم نشره دون ديباجة اعتمد فيها القاضي صراحة على المادة 3 من الدستور و جاء في إحدى حيـثياته " أن القرار لا يسمو إلى درجة القـانون "، كما ورد أيضا في القـرار المؤرخ في 27 نوفمبر 1982 ذكر النص الدستوري بالصيغة التالية 7 : بمقتضى المادة رقم 131 من الدستور "

كما اعتمد القاضي الإداري في قضائه على النص الدستوري : "إن خرق المادة 42 ،من الدستور يكفي في حد ذاته ،لتبرير إختصاص القضاء الإداري . "

يفهم من هذه القرارات أن القاضي الإداري إنطلق لممارسة سلطاته ابتداء من النص الدستوري كما أنه حدد سلطات المؤسسات الدستورية " المجلس الدستوري " إنطلاقا من القـاعدة الدسـتورية، وهذا اعتـراف مبـاشر للقـاضي الإداري بالأخـذ بالتعـريف الشكـلي والمادي للدستور المتمثل في الاعـتماد على البـعديات على النص الدسـتوري

علاوة على فصله في النزاعات بمنحه الحقوق والحريات والسلطات انطلاقا من النص الدستوري .

الفرع الثاني: تطور علاقة القاضي الإداري بالقاعدة الدستورية

تطور دور القاضي الإداري في تكريس مصادر الاجتهاد القضائي وفقا لدساتير 1963 ـ 1976 ـ 1989 ـ 1996 والتعديل الدستوري لسنة 2016 وظهرت عدة قوانين نرتب البعض منها حسب تاريخ صدورها على النحو التالي :

- الأمر رقم 278/65 المؤرخ في 16 نوفمبر 1965 يتضمن التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية رقم 96 لسنة 1965.

- القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق ب باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 1998 (المعدل بالقانون العضوي 11-13 المؤرخ 26 جويلية 2011 الجريدة الرسمية 43 ...إلخ

يلاحظ بخصوص القوانين أنها تطورت بتطور القواعد الدستورية في تواريخ مختلفة، ناهيك على أن بعض اجتهادات القاضي الإداري تأتي أحيانا لتتلاءم مع جميع النصوص الدستورية .

ففي القرار الصادر في 19 نوفمبر 2002 المرسم تحت رقم 13167 [8] أكد القاضي الإداري لمجلس الدولة : " أن سكوت القانون يعتبر سهوا من المشرع و تسبب في عدم مساواة المتقاضين أمام الضمانات المقررة قانونا، وخلق وضعية قانونية غير عادلة، يتعين بالتالي على القاضي الإداري تصحيحها ".

وهذا يعني أن القاضي الإداري أكد أنه ملزما إصدار حكمه حتى في حالة انعدام النص وهو ما أكدت عليه جميع الدساتير وهذا حتى لا ينسب للقاضي جرم إنكار العدالة .

تبعا لما تم بسطه سابقا ننتقل إلى دور القاضي الإداري في تكريس سمو التشريعات في المطلب الموالي .

المطلب الثاني: تكريس القاضي الإداري لمبدأ سمو التشريعات

يتضح مما سبق دراسته أن القاعدة الدستورية هي الأساس في خلق أهم مصادر الاجتهاد القضائي و عليه يتطلب التطرق في هذا المطلب إلى مسألة دور القاضي الإداري في تكريس التشريعات "الفرع الأول " ودور القاضي الإداري في تكريس القرارات الإدارية "الفرع الثاني ".

الفرع الأول: دور القاضي الإداري في تكريس التشريعات

أولا: المواثيق

صدرت في بلادنا عدة مواثيق أهمها : ميثاق 1976، 1986، وميثاق السلم والمصالحة الوطنية 2005، وبالرجوع إلى ميثاق 1976 [9] نص بصريح العبارة " العمل على إحترام الحقوق الأساسية للإنسان ولاسيما " المساواة أمام القانون، بحيث لا يعلو أحد على القوانين "وعبر القاضي الإداري للغرفة الإدارية عن تأثره بمبادئ الميثاق فيما يتعلق بالثورة الزراعية [10] لهذا فالمواثيق لها قيمة قانونية "[11] وهي مصدر جوهري للقاضي الإداري في تكريس اجتهاداته .

وفي تقدير الأستاذ علي فيلالي أن الميثاق وثيقة مكتوبة تتناول الأفكار الإيديولوجية و هو مجرد مصدر تفسيري، يستعان به عند الحاجة في تفسير القوانين ، ويعتبر الميثاق بمثابة مقدمة للدستور"[12] في حين يرى سامي جمال الدين " أن المواثيق وإعلانات الحقوق [13] ماهي إلا وثائق سياسية منفصلة عن الدستور.

ثانيا: القوانين الإستفتائية

أطلق عليها الفقيه Garrigou بالإزدواج الدستوري، أما الأستاذ Prevost يرى بأنها تشريع موازي ومنافس للدستور يأخذ شكل القانون الدستوري [14] ومثال ذلك القانون المتعلق بالوئام المدني .

ومن جهتها كرست المحكمة العليا قانون الوئام المدني،وفقا للتسبيب الأتي "المستفاد من الحكم المطعون فيه أن المحكمة الجنائية أفادت المطعون ضده من تدابير قانون الوئام المدني " [15] ثالثا : المعاهدات الدولية :

نصت المادة 2 من إتفاقية فيينا :" يراد بتعبير المعاهدة إتفاق دولي معقود بين دول بصورة خطية و خاضع للقانون الدولي ، سواء ثبت في وثيقة وحيدة أو في إثنتين أو أكثر من الوثائق المترابطة، وأيا كانت تسميته الخاصة .

ونصت المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016 " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القوانين " وفي إحدى القرارات الصادرة بتاريخ 01 جوان 1985 [16] قضى القاضي الإداري للغرفة الإدارية مايلي" متى ألزم في أحكامه العامة تقديم كفالة من طرف أجنبي مدعي أصلي كان أو متدخل في الخصام، ما لم توجد نصوص مخالفة في اتفاقيات سياسية.

وقضي بموجب القرار الصادر في 06 مارس 1986 بصدد حصر القاضي الإداري موضوع النزاع بالاستناد على الاتفاقية [17] كما اعتمد القاضي الإداري على المعاهدة بموجب قرار المجلس الصادر في 08 ماي 2000. [18]

ولقد جسد القضاء الإداري الفرنسي سمو المعاهدات الدولية على القوانين في قضية نيكولو [19] Nicolo وقضية كوني Koné 1996 : [20] وقضية ساران ليقانسي وأخرون Sarran.Levacher.et autres [21] وقضية Gisti [22] وقضية سينار Cinar [23].

رابعا : القانون العضوي

حاول الأستاذ عمار عوابدي تقديم تعريفا للقانون العضوي ضمن العبارات التالية " مجموعة القواعد القانونية العامة المجردة والملزمة وأساسها الدستور ومنحها طبيعة القانون الأساسي العضوي في حدود مجالها على سبيل الحصر ونص على وجوب سنها في شكل مجموعة من الإجراءات الخاصة والشكليات العادية التي يخضع لها كل تشريع "[24].

وهناك من الفقهاء أمثال جوليان لفر يال Julien Laferriére ، أكد على أنها قوانين جاءت تكملة للدستور، والأستاذ Duguit ،أكد بأنها روح الدستورية [25].

وفي نفس السياق جاء في قرار لمجلس الدولة مايلي " حيث أن خرق المادة 1، من الأمر 09/97 ،المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، والذي يسمو على القوانين العادية الأخرى" يستشف مما سبق أن القاضي الإداري أقر بسمو القانون العضوي على القوانين العادية .

خامسا : قانون المالية

وهو عمل تشريعي يصدر سنويا هدفه تنظيم و تسيير الوسائل المالية "حساب الدولة " أو مايعرف " بالميزانية العامة " بمعنى هو عبارة عن رخصة تشريعية يمنح البرلمان للحكومة الحق في صرف النفقات وتحصيل الإيرادات .

في قرار للغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ فصل [26] " من المبادئ المستقرة والمعمول بها أن تحصيل الضرائب بجميع أنواعها عن سنة معينة تتم طبقا للقوانين والأوامر والنصوص التطبيقية الجاري بها العمل عند تاريخ نشر قانون المالية في الجريدة الرسمية :

يلاحظ أن القاضي الإداري يكرس التشريعات بإعتبارها مصدرا من مصادر الاجتهاد القضائي

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في تكريس القرارات الإدارية

عرف الأستاذ محيو القرار الإداري[27] كمايلي " بأنه العمل الإداري الذي تتوفر فيه ثلاث شروط وهي أن يصدر عن سلطة إدارية، وأن يكون عملا قانونيا، و أن يكون قرار تنفيذي ."

وورد في الاجتهاد القضاء الفرنسي[28] النموذجين التاليين:

- حكم Ville de Paris " لا يعتبر قرارا إداريا لأنه لا يلحق أذى بذاته " .
- وحكم Dame cachet "إن قرار مدير التسجيل له خاصية القرار النافذ ولا يمكن للوزير إعمالا للمبادئ العامة للقانون أن يعدله إلا لأسباب قانونية ".

وعلى مستوى الغرفة الإدارية قضى القاضي الإداري بموجب حكم صادر في 09 جوان 1984 [29] " إذا أنشأ القرار الإداري حقوقا للشخص فلا يمكن سحبه إلا بالاعتماد على أسباب عدم الشرعية "

طبق القاضي الإداري للغرفة الإدارية القرار الإداري بإعتباره مصدر من مصادر الإجتهاد القضائي .

بانتهائنا من المبحث الأول نتطرق إلى دور القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية غير المدونة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: دور القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية غير المدونة ونقصد ب تكريس القاضي الإداري المصادر غير المدونة وهي المصادر التي لم تسن في نص قانوني معين ،وبالتالي يمكن القول أنها مصادر تخرج عن الإطار القانوني المدون من دستور، معاهدات، قوانين، مراسيم و قرارات ... إلخ

وعليه فالمصادر غير المدونة التي يكرسها القاضي الإداري تتطلب التطرق إلى تطبيقات القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية غير المدونة المطلب الأول المصادر غير المدونة لا تتنافى والقواعد الدستورية المطلب الثاني.

المطلب الأول: تطبيقات القاضي الإداري في تكريس المصادر القانونية غير المدونة

أكد الفقيه مونتسيكو "بان السلطة القضائية يجب أن تؤول إلى هيئة مستقلة إلى جانب السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية". [30]

وأكد بدوره التعديل الدستوري سنة 2016 المادة 156 " أن رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية " وأكد التعديل الدستوري 2016 في المادة 156 "

على أن السلطة القضائية مستقلة و تمارس في إطار القانون " وعليه يتضح من النص الدستوري أن دور السلطة القضائية الإدارية منظم بوثيقة الدستور التي يضمن استقلاليتها رئيس الجمهورية وهي مستقلة و تمارس في إطار القانون، وعليه فالقاضي الإداري بانتمائه للسلطة القضائية الإدارية يكرس عدة مبادئ قانونية لا تتنافى والقواعد الدستورية في حل النزاعات المعروضة عليه .

الفرع الأول : المبادئ العامة للقانون

وهي القواعد القانونية غير المكتوبة التي يقررها ويكتشفها القضاء أو يستنبطها و يعلنها في أحكامه فتكسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدرا من مصادر الشرعية "[31].

وفي قرار للقاضي الإداري للغرفة الإدارية حمى حق الموظف في العمل وجاء في التعليل مايلي " إن الطعن من أجل تجاوز السلطة، طعن يطعن به حتى في حالة عدم وجود نص في جميع القرارات الإدارية التي تتضمن ضررا للغير"[32].

الفرع الثاني: القواعد العرفية

يعرف الدكتور عبد الغني بسيوني العرف الإداري بأنه ينشأ من الإدارة على نمط معين في عملها مع تكرار وإتباع هذه القاعدة بشكل منتظم ومستمر، بما يؤدي في النهاية إلى ترسيخ الاعتقاد لدى الإدارة والأفراد بأنها قد أصبحت ملزمة وواجبة الاحترام.[33]

كما ورد في قرار لمجلس الدولة الغرفة الرابعة غير منشور صادر في 28 جوان 2006 فهرس 868 قضى بمايلي " حيث أن العقود العرفية المحررة في 19 جانفي 1964 يسري عليها القانون القديم ومن ثمة فحق المستأنف في التعويض مؤسس "يلاحظ على قرار مجلس الدولة أنه يفصل في النزاعات المتعلقة بالأراضي المملوكة بموجب عقود عرفية وقد سار القاضي الإداري أيضا عرفيا على الاعتماد على القانون المدني القديم.

الفرع الثالث: الشريعة الإسلامية

الأستاذ الدكتور بلحاج العربي بين المصادر الأصلية للفقه الإسلامي وهي 1- القرآن -2- السنة النبوية 3- الإجماع 4- القياس، والمصادر التبعية هي الاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسلة العرف، الاستصحاب، سد الذرائع، مذهب الصحاب شرع ما قبلنا [34]،وقد أدرجت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا تكريس الشريعة الإسلامية بعبارة " من المستقر عليه شرعا إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل قد

بناه جماعة المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم "يستشف أن القاضي الإداري للغرفة الإدارية للمحكمة العليا قد لجأ إلى الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي وقد تم التدليل على ذلك باستخدام العبارة التالية "من المستقر عليه شرعا".

وورد في تسبيب قرار أخر العبارة التالية "حيث أنه بموجب فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي " ويعد هذا القرار قفزة نوعية في اجتهادات القاضي الإداري للغرفة الإدارية في الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية .

بانتهائنا من المطلب الأول نتطرق إلى المصادر غير المدونة لا تتنافى و القواعد الدستورية في المطلب الثاني

المطلب الثاني : المصادر غير المدونة لا تتنافى و القواعد الدستورية

إن المصادر غير المدونة لا تتنافى والقواعد الدستورية كمعاونة السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية في مجال التشريع ومعاونة السلطة القضائية في مجال تنفيذ و تطبيق الأحكام القضائية النهائية طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات ناهيك على أن تطبيق القاضي الإداري المصادر غير المدونة لا يتنافى وحماية الحريات الأساسية المكفولة دستوريا .

الفرع الأول : مبدأ التعاون بين السلطات

يعتبر مبدأ التعاون بين السلطات مبدأ دستوري لا يتنافى و دور القاضي الإداري في تكريس المصادر غير المدونة فالسلطة التنفيذية تتمثل خاصة في معاونة وزارة العدل للقاضي الإداري فقد جاء في المرسوم التنفيذي 333/04 الذي بين في المادة الأولى مشتملات الإدارة المركزية المناط بها معاونة القاضي الإداري ومراقبته بما يكفل له حماية الحقوق والحريات طبقا لمصادر الاجتهاد القضائي المختلفة ومن أهم صلاحيات وزير العدل حافظ الأختام طبقا للمرسوم التنفيذي 332/04 "ضمان السير الحسن للجهاز القضائي الوطني وترقيته ووضعه والسهر على ذلك في ظل احترام استقلال السلطة القضائية التي يضمنها الدستور"[35] ففي هذا الإطار فصل مجلس الدولة الجزائري بما يلي "حيث أنه ونظرا لمبدأ الفصل بين السلطات، فإن السلطة القضائية، لا يمكنها أن تحل محل السلطة المؤهلة قانونا، وهي وزارة الداخلية "[36].

فهذا القرار أكد على مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه دستوريا وهو لا يتنافى والمصادر غير المدونة، الذي يمكن القول من خلاله أن السلطة التنفيذية تقوم بتنفيذ القوانين ولا ينتقل دورها إلى التشريع إلا بموجب القاعدة الدستورية .

وسبب مجلس الدولة في إحدى قراراته حل النزاع بالاعتماد على النص الدستوري بالشكل التالي[37] " إنه وطبقا للمادة 44 من الدستور تنص على أنه " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني، حق الدخول إلى التراب الوطني و الخروج منه مضمون له " .

يلاحظ أن القاضي الإداري أشار إلى النص الدستوري الذي يحمي حق التنقل باعتباره مصدر من مصادر الاجتهاد القضائي بوجوب التقيد بالنص الدستوري، كما قضى قاضي مجلس الدولة بموجب قراره الصادر في 28 سبتمبر 2011 "[38] أن الأعمال البرلمانية البحتة التي تساهم مباشرة في سن القوانين أو المصادقة عليها لا تخضع لأي رقابة قضائية"القاضي الإداري في إطار التعاون بين السلطات أكد أنه لا يتدخل في الأعمال التشريعية المناطة بالبرلمان طبقا لما أوردته القواعد الدستورية ويظهر من تلك المبادئ أنها لا تتنافى و المصادر غير المدونة.

الفرع الثاني: حماية الحريات الأساسية

لقد مارس القاضي الإداري حماية الحريات انطلاقا من الوثيقة الدستورية وهي لا تتنافى و المصادر غير المدونة هاته الأخيرة التي يلجأ إليها القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص مكتوب دون أن يتناقض و المبادئ الدستورية ولهذا فالقاضي الإداري يعمل على إلغاء التعليمات الأقل درجة من القوانين " وفي هذا الصدد ورد في القرار الصادر عن مجلس الدولة المؤرخ في 11 ماي 2004 [39] " يتم النطق إبطال اللوائح الصادرة عن الجمعية العامة في حالة مخالفتها القانون" كما أن القاضي الإداري يقوم بحماية الحريات الأساسية المنصوص عليها دستوريا وذلك لا يتنافى مع المصادر غير المدونة لأن الوثيقة الدستورية حثت القاضي الإداري على الاجتهاد في أكثر من مقام مثلما عليه الحال بالنسبة لمجلس الدولة الذي يعتبر مقوم لأعمال جهات القضاء الإداري وتعتبر المصادر القانونية غير المدونة مكملة للمصادر القانونية المكتوبة وتتفق والقواعد الدستورية وإلا كانت باطلة وعديمة الأثر لأنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يخالف باجتهاداته القضائية القواعد الدستورية.

وقد أشار القاضي الإداري في حيثيات قراره المؤرخ في 23 نوفمبر 1985 حماية الحريات الأساسية وحرية الملكية بعبارة [40] " حيث أنه يمكن التمسك بالتعدي عندما تقوم الإدارة بتنفيذ عمل بالقوة، غير مرتبط بنص تشريعي أو تنظيمي ومن شأنه أن يمس بحرية أساسية أو بحق الملكية " .

فهذا الاجتهاد الخاص بالقاضي الإداري يتفق والنص الدستوري ولا يتنافى والمصادر غير المدونة و ينطبق أيضا على الحريات السياسية كالانتخاب والأحزاب والجمعيات الحريات الاجتماعية كحرية الصحة والتعليم وهو ما أشير له بمصطلح " الحريات الأساسية .

خاتمة

يستخلص مما تم بسطه من مسائل قانونية ذات ارتباط بالدراسة، أن دور القاضي الإداري في تكريس مصادر الاجتهاد القضائي يرتبط بسمو القاعدة الدستورية وخضوع القواعد الأدنى مرتبة لها وترتيبا على ذلك سبب القاضي الإداري في إحدى قراراته "أن القرار لا يسمو إلى درجة القانون "

وأهم القواعد القانونية التي طبقها القاضي الإداري كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي القاعدة القانونية للميثاق، القاعدة القانونية الإستفتائية، القاعدة القانونية للمعاهدات الدولية، القاعدة القانونية للقوانين العضوية، القاعدة القانونية لقوانين المالية، القاعدة القانونية للقوانين، والقرارات الإدارية .

كما أن القاضي الإداري طبق كذلك القواعد القانونية غير المدونة كالمبادئ العامة للقانون والعرف والشريعة الإسلامية استنادا لذلك كرس القاضي الإداري مصادر الاجتهاد القضائي انطلاقا من القاعدة الدستورية، فدستور 1996 نص في المادة 138 وأكد التعديل الدستوري 2016 في المادة 156 " على أن السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون " وأحال الدستور القاضي الإداري لتطبيق القواعد القانونية بمفهومها الواسع أين وضعت القاعدة الدستورية المبادئ العامة الدستورية التي لا يمكن للقاضي الإداري ولا القوانين مخالفتها وعلى سبيل المثال ذكرت:

- الملكية العامة هي ملك للمجموعة الوطنية .
- الأملاك الوطنية يحددها القانون .
- لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون .
- كل المواطنين سواسية أمام القانون .

وقد كرس القاضي الإداري تلك المبادئ في كثير من اجتهاداته القضائية أين قضى مجلس الدولة الجزائري في إحدى حيثياته "إن خرق المادة [42] ، من الدستور يكفي في حد ذاته ، لتبرير إختصاص القضاء الإداري " وبالتالي فالقاضي الإداري يستند إلى القاعدة الدستورية كأساس لتكريس مصادر الاجتهاد القضائي .

الهوامش

1– Duguit Léon, traité de droit constitutionnel, ancienne librairie, fontemoing et cie, éditeurs 3ed, 1927 p 166

2- Hauriou Mourice -, Précis de droit administratif et de droit public, 4eme édit, 1900. P31

3– سايس جمال – الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري – طبعة 1 سنة 2013 – ص 144.

4– قضية الأمين العام لحزب جبهة التحرير الوطني، ضد وزير الداخلية ومن معه، قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 3، مارس، 2004 (غير منشور).

5 - راجع القرارات القضائية الصادرة عن القاضي الإداري المنشورة بالمجلات القضائية من العدد الأول إلى العدد العاشر

6 – راجع القرار المؤرخة في 11 فيفري 2002 تحت رقم 5951 – مجلة مجلس الدولة 2002 عدد 1 ص 147

7 - سايس جمال – المرجع السابق ص 107

في هذا القرار تم رفض أحد الطعون التي تمت في منازعة عمليات الانتخابات التشريعية لتقديمها خارج أجال 48 ساعة ابتداء من التصريح بنتائج الانتخابات .

8 - قرار مؤرخ في 19 نوفمبر 2002 تحت رقم 13167 –

9 - الأمر رقم 76 – 57 المؤرخ في 5 يوليو 1976 المتضمن نشر الميثاق الوطني الجريدة الرسمية الموافق ل 30 يوليو 1976عدد61 وتضمنت الجريدة الرسمية محضر إعلان النتائج حول الميثاق الوطني و كانت النتائج المتحصل عليها في التراب الوطني و الخارج نعم 7.130.033 صوتا و لا 118.508 صوتا .

- الأمر 75 – 69 المؤرخ في 01 نوفمبر 1975 المتضمن إحداث اللجنة السامية للميثاق الوطني الجريدة الرسمية عدد 88 نصت المادة الأولى منه تنشأ تحت رئاسة وسلطة رئيس مجلس الثورة، رئيس الحكومة، رئيس مجلس الوزراء ،لجنة سامية للميثاق الوطني .

- تضمن الأمر 65 – 182 المؤخ في 10 يوليو 1965 المتضمن تأسيس الحكومة الجريدة الرسمية عدد 58 الإشارة أن مجلس الثورة يعتبر مصدر السلطة المطلقة ريثما يتخذ دستور للبلاد ونصت المادة الأولى منه تؤلف الحكومة من هواري بومدين رئيسا للحكومة، ورئيسا لمجلس الوزراء وتم التطرق لبقية الوزراء ونصت بقية المواد أن الوزراء مسؤولين فرديا أمام رئيس الحكومة، رئيس مجلس الوزراء، ومسؤولين جماعيا أمام مجلس الثورة الذي له سلطة مراقبة الحكومة وسلطة تعديلها بموجب أمر وخول الحكومة اتخاذ تدابير على شكل أوامر أو مراسيم .

- الأمر 70 - 53 المؤرخ في 21 يوليو سنة 1970 المتضمن تأسيس الحكومة الجريدة الرسمية المؤرخة في 24 يوليو 1970 عدد 63

- هواري بومدين رئيسا للحكومة ، ورئيسا لمجلس الوزراء وتم التطرق لبقية الوزراء .

10- قرار مؤرخ في 26 جوان 1982 صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى – جمال سايس – المرجع السابق – ص 58 .

11- أنظر رابحي أحسن- مبدأ تدرج المعايير القانونية ، في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، في القانون، جامعة الجزائر 2005 . ص 85

12 - أنظر فيلالي علي مقدمة في القانون – موفم للنشر، الجزائر سنة 2010 ص 213 .

13- د سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية، ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، 1999 . ص 32 و33 .

14 - نقلا عن سلاماني ليلى ، الإستفتاء في الجزائر، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر سنة 1998 ، 1999 ص 109

15- قضية النائب العام ضد (م،م) قرار مؤرخ في 24، أكتوبر، 2000، تحت رقم 253626 ، المجلة القضائية العدد 2، سنة 2001 ، ص 352 .

16 -سايس جمال المرجع السابق – ص 122 .

17- المرجع السابق ص 246.

18- المرجع السابق ص 1359 إلى 1367 .

19 - محمد فؤاد عبد الباسط ، إختصاص القاضي الإداري ، بتفسير المعاهدات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 2007 ص 186 ومايليها

20-CE .Koné.03 .juill.1996. les grandes arrêt de la jurisprudence administrative 18 édition dalloz 2011 -p 700 .

21- CE .Sarran.Levacher.et autres-30.oct.1998 –op-cit – p 728 .

22- CE .Gisti.29 juin 1990.op.cit p 714

23- تتمثل وقائع القضية في أن سينار ذات جنسية تركية، تتمتع بحق التجمع العائلي مع عائلتها، وهي حائزة على بطاقة إقامة لمدة عشر سنوات حصلت عليها، بتاريخ 12 جوان 1992، ولما أدخلت ابنها بطريقة غير شرعية إلى التراب الفرنسي ، رفض الوالي قرار إقامتها ، وطلب منها إخراجه من فرنسا، في أجل أقصاه شهر، فطعنت في القرار أمام المحكمة، ثم مجلس الدولة ، هذا الأخير الذي ألغى قرار الوالي، وأبقى الطفل إلى جانب الأم استنادا إلى المادة 3 فقرة ، 1 من اتفاقية الطفل بحجة أن الفصل المؤقت عن الأم يشكل اعتداء على مصلحة الطفل .

24- د/عوابدي عمار، فكرة القانون العضوي وتطبيقاتها في القانون الناظم للبرلمان والعلاقة الوظيفية بينه وبين الحكومة، مجلة الفكر البرلماني، العدد 02، مجلس الأمة، مارس 2003، ص 53 .

أنظر أيضا : آيتا أوبلى ليلى، علاقة الحكومة بمجلس الدولة في المجال التشريعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، المركز الجامعي سوق أهراس، 2005-2006 ، ص 35

25 - د والي فتحي،ود زغلول أحمد ماهر،نظرية البطلان في قانون المرافعات،ط2 دار الطباعة الحديثة، 1997.

26- سايس جمال المرجع السابق – ص 298 .

27 - محيو أحمد– محاضرات في المؤسسات الإدارية – ترجمة د – محمد عرب صاصيلا . ديوان المطبوعات الجامعية ص 292 .

28 - د عصام نعمة إسماعيل – الطبيعة القانونية للقرار الإداري – منشورات الحلبي الحقوقية – طبعة أولى سنة 2009 ص 28 .

29- قضية (و.ع) ضد وزير الداخلية ومن معه، والي و لاية عنابة - قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 09 جوان 1984 تحت رقم 36480 – نشرة القضاة 1988، العدد 44 ص 73 .

30 - أدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، دار العلم للملايين، ج2 ، بيروت لبنان، 1991، ص 566.

31 – د عوابدي عمار – القانون الإداري الجزء الأول – النظام الإداري – ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون الجزائر – طبعة ثالثة سنة 2005 - ص 101.

32 - سايس جمال – المرجع السابق .ص 85

33 - بسيوني عبد الغني، بسيوني عبد الغني، القضاء الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1993ص27 .

34 - د/ بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988 ، ص 86 وما يليها، وفيها بين المصادر الأصلية للفقه الإسلامي وهي 1- القرآن -2- السنة النبوية 3- الإجماع 4- القياس، والمصادر التبعية هي الاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسلة العرف، الاستصحاب، سد الذرائع، مذهب الصحاب شرع ما قبلنا.

35 - نص المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 332/04 المؤرخ في 24 أكتوبر 2004 المحدد لصلاحيات وزير العدل حافظ الأختام ، جريدة رسمية عدد .67

36 - قرار مؤرخ في 21 أكتوبر 2009 تحت رقم 052342 – مجلة مجلس الدولة – سنة 2012 عدد 10 ص 162 .

37 - القرار القضائي المؤرخ في 28 سبتمبر 2011 تحت رقم 062648 " مجلة مجلس الدولة سنة 2012 عدد 10 ص 168 .

38 - مجلة مجلس الدولة – عدد 05 – سنة 2004 – ص 238 .

حول هذه المسألة المدعين بصفتهم نواب من المجموعة البرلمانية للتجمع من أجل الثقافة والديمقراطية يلتمسون التصريح بعدم مشروعية محضر الجلسة العلانية للمجلس الشعبي الوطني المحرر في 17

نوفمبر 2009 والمنشور بالجريدة الرسمية للمناقشات رقم 134 المؤرخة في 30 نوفمبر 2009 فيما حذفت منه بعض العبارات المدونة في تدخلهم حول مشروع قانون المالية لسنة 2010.

39- قضية بلدية تعزوت، ضد والي ولاية الوادي ومن معه ،قرار مؤرخ في 6 ماي 2003 مجلة مجلس الدولة ، ص 128 .

40 - سايس جمال - المرجع السابق - ص 138 .