

متطلبات الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري

أسامة جفالي⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضر أ، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر.

البريد الإلكتروني: oussama.djeffali@univ-tebessa.dz

الملخص:

لكي يمكن اعتبار القانون الإداري ذو طابع قضائي يكون فيه القاضي الإداري واضعا للقاعدة القانونية، يتعين أولاً التأسيس القانوني للدور الاجتهادي للقضاء الإداري، وذلك بدسترة الوظيفة الإنشائية للقاضي الإداري وتحريره من المصادر الكلاسيكية للقانون، كما يجب أيضاً أن تكون التركيبة البشرية المكونة للقضاء الإداري مؤهلة تأهيلاً يليق بتلك المهمة الجسيمة، ولا يتحقق ذلك إلى من خلال العمل على تخصص القاضي الإداري وتفعيل دور محافظ الدولة في المنازعة الإدارية، وبالإضافة لما ذكر، يتوجب إعادة النظر في الجانب الوظيفي للمنظم لمهمة القاضي الإداري، وذلك باعتماد المعيار المادي لتحديد الاختصاص النوعي للقضاء الإداري، تفرغ مجلس الدولة -فقط- لمهمة التعقيب والاجتهاد، بالإضافة إلى تفعيل دور القضاء الإداري في الوظيفة الاستشارية، مع مراعاة الأمن القضائي أثناء القيام بالمهمة الاجتهادية.

الكلمات المفتاحية:

القضاء الإداري؛ الاجتهاد القضائي.

تاريخ إرسال المقال: 2024/07/16، تاريخ قبول المقال: 2024/12/10، تاريخ نشر المقال: 2024/12/21

لتهميش المقال: أسامة جفالي، "متطلبات الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 02، السنة 2024، ص ص 27-46.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: أسامة جفالي، dr.oussama12@yahoo.com

The Administrative Judiciary Jurisprudential Character Requirements

Abstract:

In order for administrative law to be considered as having a judicial character, where the administrative judge is involved in establishing legal norms, it is essential first to establish the legal foundation for the judicial role of the administrative judiciary. This involves constitutionalizing the creative function of the administrative judge and freeing it from the classical sources of law. Additionally, the human composition of the administrative judiciary must be adequately qualified for this significant task this can only be achieved by focusing on the specialization of the administrative judge and activating the role of the State Advocate in administrative disputes. Moreover, there must be a reconsideration of the functional aspects organizing the role of the administrative judge, particularly by adopting a material criterion to define the subject matter jurisdiction of the administrative judiciary. The State Council should be dedicated solely to the role of classification and judicial interpretation. Furthermore, it is important to activate the role of the administrative judiciary in the advisory function, while ensuring judicial security during the exercise of this jurisprudence.

Keywords :

Administrative judiciary; jurisprudence.

Les exigences du caractère jurisprudentiel de la justice administrative Résumé :

Pour que le droit administratif soit considéré comme ayant un caractère judiciaire dans lequel le juge administratif établit la norme juridique, il est d'abord nécessaire de fonder juridiquement le rôle de la jurisprudence dans le cadre du droit administratif. Cela implique de constitutionnaliser la fonction créatrice du juge administratif et de le libérer des sources classiques du droit. De plus, la composition humaine de la magistrature administrative doit être adéquatement qualifiée pour accomplir cette tâche importante. Cela ne peut être réalisé qu'en se concentrant sur la spécialisation du juge administratif et en activant le rôle du procureur de l'État dans les litiges administratifs. En outre, il est nécessaire de revoir les aspects fonctionnels qui organisent la mission du juge administratif, notamment en adoptant un critère matériel pour définir la compétence du juge administratif. Le Conseil d'État devrait se consacrer uniquement à la fonction de cassation et d'interprétation judiciaire. Il est également important d'activer le rôle du juge administratif dans la fonction consultative, tout en garantissant la sécurité judiciaire lors de l'exercice de cette mission jurisprudentielle.

Mots-clés :

Justice administrative, jurisprudence.

مقدمة

لطالما ساد الاعتقاد لدى غالبية الفقه أن القانون الإداري قانون قضائي، ولد وتطور في ساحة القضاء، بل ولا يزال القاضي الإداري يلعب فيه دور المشرع بوضعه للمبادئ والقواعد القانونية حال غياب نص يحكم الوقائع المنظورة، وبالتالي لا يمكن الحديث عن مواضيع القانون الإداري والبحث فيها بمنأى عن موضوع القضاء الإداري، وهذا الاعتقاد - وإن كان صائبا في جزء منه - إلا أنه لا يخلو من الزيغ، فإن كانت مسألة ظهور وتطور القانون الإداري في ساحة القضاء أمرا لا جدال فيه، إلا أن الدور الإنشائي للقاضي الإداري ومركزه كمشرع من "الدرجة الثانية" أو "مشرع الحالات الخاصة" مسألة تستحق الكثير من التمعّن والتدقيق قبل التسليم بصحتها، وذلك في الجزائر على الأقل.

مردّد هذا القول، أنه فضلا عن أنّ نظام السابّقة القضائية وحده من يجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا رئيسيا للقانون عموما، فإنّه حتى مع التسليم بأنّ القضاء الإداري في نظام القاعدة القانونية يلعب دورا اجتهاديا - في حالات محدّدة - إلا أنّ هذا يتطلّب إيجاد المناخ الملائم لذلك في الجزائر، وهذا من خلال تفعيل الكثير من المسائل إلى جانب التقيد بالعديد من الضوابط وتوفير الكثير من الشروط فإنّ تم كل ذلك، لم يعد يوجد ما يبرر مهاجمة الاعتقاد المذكور أعلاه.

في ضوء هذا الواقع، تثور إشكالية ضبط المقومات التي تكفل محافظة القضاء الإداري على مرتبته الريادية ضمن مصادر القانون الإداري، وكيف تشكّل تلك المقومات مرتكزا لتفعيل الدور الإنشائي للقاضي الإداري، وبالنتيجة بروز وسمو هذا الدور في مواجهة النصوص القانونية وتأثيره فيما بعد على حركة التشريع، خصوصا في ظل تنامي ظاهرة التّضخم التشريعي وبرز المصادر الأخرى المزاحمة للقضاء الإداري كمصادر إضافية واحتياطية للقانون الإداري.

من دون الخوض في الإطار المفاهيمي لمصطلح الاجتهاد القضائي، وبعيدا عن مناقشة مفهومه الواسع والضيق، وكيفية القيام بهذه المهمة، فإنّه من المؤكّد أن متطلّبات إضفاء الطابع الاجتهادي على القضاء الإداري ومقومات تفعيل دوره في إثراء وتطوير وتحيين قواعد القانون الإداري يمر عبر ثلاثة مرتكزات أساسية، يكون الأول بالتأسيس القانوني للوظيفة الاجتهادية (مبحث أول) أمّا الثاني فيتمثل في تأهيل الإطار البشري للقضاء الإداري وتفعيل دوره في المنازعة الإدارية (مبحث ثان) لينته الأمر برسكلة الجانب الوظيفي عموما للقضاء الإداري وإعادة تهيئة الظروف الملائمة للوظيفة الاجتهادية (مبحث ثالث) واستعراض هذه العناصر سيتم باستخدام المنهج الاستقرائي الذي يعتمد على استتطاق النصوص واستنباط الأحكام منها ثم الوصول إلى استنتاجات مقبولة.

المبحث الأول: التأسيس القانوني للدور الاجتهادي للقضاء الإداري

من المؤكد أنّ ممارسة أي نشاط داخل الدولة ومن أية هيئة كانت، ينبغي أن تخضع لضوابط معينة ضمن إطار قانوني محدّد وإلا كانت متجاوزة لسلطاتها، ونفس الحكم بالنسبة للقضاء الإداري، الذي يتعيّن عليه ممارسة مهامه ضمن الأطر المنظّمة لها وعدم تجاوز الحدود الموضوعية لذلك، فالدستور الذي قام بتوزيع الاختصاص بين مختلف السلطات الدستورية في الدولة، حرم القضاء عموماً من مهمة وضع القواعد القانونية وأناط السلطة التشريعية بهذه المهمة، فإذا قام القاضي الإداري بإنشاء مبدأ قانوني أو قاعدة قانونية لتطبيقها على النزاع الذي ينظره، عدّ متجاوزاً لسلطته ولو كان ذلك أمراً حتمياً.

في مقابل هذا الوضع، فإنّ النشأة القضائية للقانون الإداري فضلاً عن واقع المنازعة الإدارية من بين الأمور التي تحتم تدخل القاضي الإداري في إثراء وتطوير وتحيين قواعد القانون الإداري، فمن أجل تلافي هذا التّعارض، يتعيّن إرساء الأحكام القانونية الممهّدة لهذه المهمة بالنسبة للقضاء الإداري، وذلك بدسترة الوظيفة الإنشائية للقاضي الإداري بشكل صريح، يرفع كل الشبهات الدستورية عنها ويبيده هو عن التأويلات المتعددة بهذا الخصوص (مطلب أول) إلى جانب تحريره من المصادر الكلاسيكية للقانون، التي تقيّده بمبدأ الشرعية، وهو المبدأ الذي يجعله يلتزم بالنص كمصدر رئيسي يؤسس عليه حكمه إلى جانب باقي المصادر غير الاجتهادية (مطلب ثان).

المطلب الأول: دسترة الوظيفة الإنشائية للقاضي الإداري

في الجزائر لا ينتمي القضاء الإداري إلى الجهات المخوّلة دستورياً بإنشاء القواعد القانونية كحال كلتا السلطتين التشريعية والتنفيذية، فلا يوجد أي نص دستوري أو قانوني يشير صراحة أو ضمناً إلى إمكانية قيام القاضي الإداري بإنشاء القاعدة القانونية اللازمة لحل النزاع المنظور ولو عند غياب مصدر رسمي ينظّم ذلك، كما أنّه لا يوجد أي نص صنف الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري¹، فحين قام المؤسس بتوزيع الاختصاص الدستوري بين السلطات الثلاث في الدولة حرم القضاء عموماً -ومعه القاضي الإداري- من مهمة التشريع وأناط بها البرلمان، ولم يمنحه حتى صلاحية التشريع في المواضيع الاستثنائية كما فعل مع السلطة التنفيذية، وفي ذلك قرينة على عدم أهلية القاضي الإداري بوضع المبادئ والقواعد القانونية عند الضرورة، على الأقل في نظر المؤسس.

1 سنوساوي سمية، الاجتهاد القضائي الإداري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2018، ص 164.

لقد انتقد بعض الفقه في الجزائر² منح المشرّع -في صورته الحالية- مهمة وضع التشريع عموما لكونه غير مؤهل لصياغة القاعدة القانونية بالنظر للمؤهلات المطلوبة في المترشّح للمجلس التشريعي، فضلا عن الإجراءات المتبعة في عملية التشريع، فنظرة خاطفة على واقع كل من المشرّع والقاضي تبين شساعة الفارق بين الطرفين من حيث التخصص والكفاءة والتأهيل خصوصا من حيث الحس القانوني وفن الصياغة التشريعية، ففي الوقت الذي يتم فيه اكتساب صفة المشرّع بتوفر جملة من الشروط البسيطة والعامة في المترشّح للمجلس التشريعي، نجد أن الالتحاق بسلك القضاء لا يتم إلا من بين المتخصصين في المجال القانوني وبعد إجراءات كثيرة والمروء بمراحل عديدة، ليصل القاضي إلى بداية مشواره المهني الذي يزخر بالمهام الكثيرة والمتنوعة التي تؤهله أكثر فأكثر لممارسة العمل التشريعي عند الاقتضاء.

في فرنسا بدى جانب من الفقه³ أكثر حدة في مهاجمة منح السلطة التشريعية مهمة وضع القواعد القانونية في المجال الإداري وإقصاء القاضي الإداري منها، فقد تساءل البعض قائلا: "لماذا إذن يتم استخلاف هذا الحرفي الماهر صاحب النية الواضحة الذي هو القاضي بذلك الهاوي صاحب المعلومات غير الدقيقة الذي هو المشرّع"⁴، ومردّد ذلك أنّ الإدارة عالم قائم بذاته لا يفقهه إلا من عاشه من الداخل واحتك به طويلا ممارسة أو رقابة، فضلا عن أنّها تشهد تحولات وتكيّفات يومية وبصفة دورية تماشيا مع متطلبات الصالح العام، والتشريع ذو الحركة البطيئة والمعقّدة وذو الطابع التجريدي لا يمكنه مواكبة تلك التغيرات والتطورات.

كل هذه الأوضاع، توجب إسناد مهمة وضع القواعد القانونية في المجال الإداري إلى خبير في علم الإدارة وفي قانونها، والذي هو القاضي الإداري، ويتم ذلك بشكل نشط وسريع، متكيف مع تلك المعطيات فمهما اجتهد المشرّع في وضع القواعد القانونية وتنظيم كل الوقائع والتنبؤ بكل الحالات، إلا أن مجال الاجتهاد يبقى مفتوحا لتكييف إرادة المشرّع مع متطلبات الواقع أو وفق المسائل المتجددة التي لم يضعها هذا الأخير في حسابه أو التي نظّمها بشكل جزئي أو مغاير، وهو ما يستدعي توجّه القاضي الإداري لابتداع الحلول المناسبة للدعوى المنظورة وتأسيس روح المبادرة والإقدام لديه، وقد أكّدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: "... القضاء الإداري ليس

2 راجع في ذلك: جابر صالح، "من منع ويمنع القاضي الفاصل في المادّة الإدارية في الجزائر من صناعة القاعدة القانونية الإدارية"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، المجلد 15، العدد 2، 2018، ص 231 وما بعدها.

3 G. Vedel, Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, ECDE, 1979-1980, N° 31, p. 41.

4 نقلا عن: نجاح عصام، وناس يحي، "القانون الإداري في الجزائر: قضائي أم تشريعي"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 33، 2015، ص 9.

مجرد قضاء تطبيقي وإنما هو في الأعم الأغلب قضاء تكويني إنشائي خلاق يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية...⁵.

إذن، فحتى يتمكن القاضي الإداري في الجزائر من إنشاء القاعدة القانونية ويلعب دور المشرع في الحالات الخاصة -كما يقول كثير من الفقه- فإنه يستوجب على المؤسس مراجعة أبرز الأحكام الدستورية التي تمنعه من الاجتهاد وتكييفها مع الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري، وأبرز هذه الأحكام بلا منازع ما نصت عليه المادة 1/114 من الدستور⁶، حيث قصرت الوظيفة التشريعية على البرلمان مع عدم إبداء أية إشارة لإمكانية مشاركة القضاء الإداري في ذلك، عكس ما فعله مع السلطة التنفيذية عندما أشركها في عملية التشريع في حالات محددة، وهي التشريع عن طريق التنظيم والتشريع عن طريق الأوامر، وذلك بمقتضى المادتين 141 و 142 على التوالي من الدستور.

في مقابل هذا الوضع، نجد بعض الأحكام الدستورية التي تشجع القاضي الإداري على الاجتهاد وابتكار الحلول القانونية، فالمادة 3/179 من الدستور تحت مجلس الدولة على توحيد الاجتهاد القضائي، وهي المادة التي يفهم منها أن مهمة الاجتهاد القضائي ليست حكرا على قضاة الدرجة العليا فقط، كما أن المادة الثانية منه تنص على أن دين الدولة هو الإسلام، ومعلوم أن هذا الأخير ينظر إلى القاضي بأنه فقيه، ملم بالعلوم الشرعية، من حقه الاجتهاد وابتكار الحلول للوقائع التي لا نص يحكمها، بل أن الاشتراط لتولي القضاء في النظام الإسلامي بلغ وجوب توفر الاجتهاد في صفوة الصفوة من أبناء المسلمين⁷.

المطلب الثاني: تحرير القاضي الإداري من المصادر الكلاسيكية للقانون

بعد الاعتراف الدستوري بالدور الاجتهادي للقضاء الإداري بشكل يرفع عنه كل لبس أو شبهة عدم الدستورية، يتعين تأطير هذا الدور دستوريا (فرع أول) وتشريعا (فرع ثان) بشكل يضمن تحرير القاضي الإداري من النصوص الكلاسيكية للقانون المعروفة، وبالأحرى توسيع مصادر المشروعية لتشمل أيضا الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول: تحرير القاضي الإداري من المصادر الكلاسيكية للقانون على الصعيد الدستوري

5 قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 23-01-1965، ذكره: أبو الخير عادل السعيد، "اجتهادات القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات"، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد 2، 2004، ص 27.

6 مرسوم رئاسي رقم 20-441 مؤرخ في 30-12-2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 82 لسنة 2020.

7 راجع في ذلك: رحمانى إبراهيم، "أهلية الاجتهاد في ولاية القضاء، دراسة فقهية مقارنة"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد 16، 2013، ص 64 وما بعدها.

نصّت المادة 1/163 من الدستور على أن: "لا يخضع القاضي إلا للقانون" وهي المادة التي تمثل -عند غالب الفقه- إحدى أهم الدّعائم الضامنة لعدم وضع القاضي تحت أي ضغط أو خضوع لأية جهة، غير أنّ هذه الصياغة يمكن أن تفهم على وجه مخالف، مفاده أنّ القانون وحده من يملّي على القاضي كيفية الحكم فيكون هو المصدر الوحيد الذي يرجع إليه القاضي الإداري أثناء فصله فيما ينظر، وبالنتيجة لا تكون حتى للاجتهاد القضائي مكانة للمصادر التي يخضع لها أو يلجئ إليها أثناء نطقه بالحكم⁸، وهذا المفهوم أكدته المادة 171 من الدستور حين ألزمت القاضي الإداري عند ممارسة وظيفته بالتقيّد فقط "... بتطبيق المعاهدات الدولية وقوانين الجمهورية وكذا قرارات المحكمة الدستورية" ومن دون الإشارة إلى القرارات القضائية المبدئية، وبذلك فهي تقصي صراحة الاجتهاد القضائي من قائمة مصادر القانون الإداري، وتكرّس هي الأخرى مصادر المشروعية المكتوبة فحسب. بالتّمعّن في القراءة الثانية للمادّة 1/163 والمادة 171 المذكورتان، يستنتج أنّه حين خلو النص المكتوب من حل للنزاع واستلزام الأمر اللّجوء إلى الاجتهاد، فإنّ هذا الوضع يكون غير دستوري، لأنّ القاضي الإداري خضع لعقيدته الاجتهادية وأسس حكمه على الاجتهاد القضائي بينما المؤسس أمره بأن لا يخضع إلا للنصّ دون سواه، وعلى هذا الأساس فإنّ امتناع القاضي الإداري عن الاجتهاد وخلق القواعد والمبادئ القانونية يصبح التزاما دستوريا يجعله متجاوزا لسلطته حال بقاءه بالاجتهاد -الذي يعتبر من قبيل العمل غير الدستوري- ويضعه بذلك تحت طائلة المسؤولية.

من جهتها نجد أنّ المادة 1/165 من الدستور ذهبت إلى نفس السياق، إذ حصرت مبادئ القضاء في مبادئ لا غير، الشرعية والمساواة، والشرعية -التي يقصد بها سيادة القانون وسموه مع خضوع كافة الأطراف له بصرف النظر عن مراكزهم القانونية- تقتضي عدم خروج القاضي الإداري عن النص المكتوب وباقي المصادر الأخرى المنصوص عليها قانونا، فحتى لو وجد نفسه أمام فراغ قانوني أو قصور في النص فليس له أن يجتهد وينشئ القواعد القانونية فصلا في النزاع.

هذه الأحكام لا تستقيم وواقع المنازعة الإدارية ومتطلباتها، فمبدأ الشرعية يمكن استساغته في مجال القضاء العادي، أين نجد نوعا من التخمّة التشريعية، فضلا عن حالة الجمود النسبي التي تعيشها الحياة المدنية مقارنة بنظيرتها الإدارية، غير أنه لا يمكن إعماله في مجال القضاء الإداري، أين يجد القاضي الإداري نفسه أمام الفراغ القانوني أو حتى عدم قابلية النص الموجود للتطبيق على الوقائع المعروضة أمامه لكون قابلية المرفق العام للتطور باستمرار تقتضي تحيين النصوص التي تحكمه باستمرار، وهو الأمر الذي يستعصي على المشرّع، إذ يتعيّن عليه التنبؤ بكل الحالات المنظمة للمرفق العام أو التي يمكن أن يكون عليها مستقبلا وهو أمر صعب

8 قال بهذا الرأي: خلوفي رشيد، الاجتهاد القضائي الإداري في النظام القانوني الجزائري: اجتهاد غير مكتمل، الملنقى الوطني حول تأسيس نظرية القانون الإداري في تجربة القضاء الجزائري، أسئلة المنهج والعقائد، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، 4 و 5 مارس 2018، ص 10.

للاغاية، غير أنه لا يصعب على القاضي الإداري، الذي يملك إنشاء القاعدة القانونية الأنسب لتنظيم المرفق العام ومن ثم حل النزاع المعروض عليه.

للخروج من حالة الإغلاق هذه، ينبغي إدراج حكم دستوري يمنح للقاضي الإداري المفاضلة بين تطبيق النص القانوني من جهة أو اللجوء إلى الاجتهاد وخلق القواعد القانونية من جهة أخرى وطبعاً فإنّ اللجوء إلى الخيار الثاني يكون مبرراً وجوباً بعدم قابلية النص القانوني للتطبيق على الواقعة المنظورة، وأن هذا النص لم يعد يستجيب للتطورات التي تطرأ تباعاً على حياة الإدارة.

الفرع الثاني: تحرير القاضي الإداري من المصادر الكلاسيكية للقانون على الصعيد التشريعي

بالرغم من أنّ التقسيم التقليدي للقانون من حيث عام وخاص أمر قد تجاوزه الزمن، إلا أنه لا يمكن تجاوز حقيقة عدم قابلية تطبيق غالبية نصوص القانون الخاص على المنازعة الإدارية، فخصوصية هذه الأخيرة تجعل في أحيان كثيرة من النص المكتوب عموماً غير ملائم لها ومن باب أولى عدم قابلية نصوص القانون الخاص للتطبيق، فحتى يجد القاضي الإداري المساحة اللازمة للاجتهاد بما يتماشى وخصوصية المنازعة الإدارية، يتعين عدم تقييده بمصادر القانون التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني⁹ وهذه المصادر هي النص التشريعي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، فإن لم يجد حلاً للمنازعة المنظورة في هذه المصادر فتح أمامه باب الاجتهاد وتأسيس حكمه على أساس مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

بنتج مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بالقضاء الإداري أو حتى الغريبة عنه، لا نجد أي نص قانوني يحرر القاضي الإداري من المادة المذكورة، وبالتالي تبقى هذه الأخيرة مخاطبة له وبالنتيجة وجوبية تقيده بالمصادر المنصوص عليها فيها، فالإرادة الصريحة للمشرع أولى بالتطبيق ولو كانت معيبة، وبالنتيجة لا يملك القاضي الإداري الاجتهاد خارج النص¹⁰، ضف إلى ذلك أنه في ظل هذه المادة يستحيل فيما بعد تحديد المكانة أو المرتبة التي تحتلها القاعدة القانونية ذات المصدر القضائي ضمن هرم تدرج القواعد القانونية¹¹.

لمعالجة هذا الوضع، وحتى إذا تم التسليم بإعفاء القاضي الإداري من التقيّد بالمادة الأولى من القانون المدني كمصدر للمشروعية الإدارية وبأنه غير مخاطب بها، يجب سن نص قانوني آخر -وطبعاً ضمن نصوص القانون العام أو على الأقل ضمن قانون الإجراءات الإدارية- يمنح له سلطة الاجتهاد، مع خلو هذه النص الجديد من إجباره على اللجوء إلى المصادر غير الاجتهادية، أو على الأقل النص على المفاضلة بين المصادر المختلفة

9 أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975، معدل ومتمم.

10 انظر في هذا المعنى: بروق عبد العزيز، "معيّار اختصاص القاضي الإداري من النص إلى الاجتهاد، المقاربة القاصرة"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة، المجلد 4، الجزء 1، 2018، ص 15.

11 لدرع نبيلة، "الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بين قوّة المشرّع وضغط السّلطة التنفيذية"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة، المجلد 4، العدد 1، 2018، ص 8.

للقانون بما فيها قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، مع تبرير القاضي الإداري لجوئه إلى الاجتهاد وترك المصادر الأخرى -بما فيها النص التشريعي- تبريرا كافيا، لكون النص التشريعي يبقى أولى بالتطبيق كقاعدة. تقريرا لهذا القول، ينبغي فصل الإجراءات الإدارية عن الإجراءات المدنية والحد من تقنية الإحالة بينهما، التي تجعل القاضي الإداري مرغما على توظيف وسائل الإثبات المدنية، ولا يكون ذلك إلا بإصدار تقنين للإجراءات الإدارية مستقل تماما عن قانون الإجراءات المدنية، مع التأكيد دائما على عدم جواز احتكام القاضي الإداري لقانون الإجراءات المدنية ولو خلا قانون الإجراءات الإدارية من نص يرتكز عليه في مهمته¹²، ومن هنا يسهل عليه الاستنباط واستعمال وسائل الإثبات الظنية التي تمثل بوابة الاجتهاد وابتكار مبادئ وقواعد الإثبات المتكيفة مع المنازعة الإدارية.

وفقا لهذا المعطى، فعند تأثر القاضي الإداري بنص من نصوص القانون الخاص أو بمبدأ من مبادئه مع غياب أحد نصوص القانون العام يحكم الواقعة المنظورة، يجوز له تطبيقه وتأسيس حكمه عليه، وذلك على أساس أنه ثمرة لاجتهاده الإنشائي وأنه هو الأنسب لحل النزاع ولكن ليس بوصفه مندرجا ضمن حضيرة القانون الخاص، كما يمكنه أيضا تكيف تلك النصوص والمبادئ وفق خصوصية النزاع الإداري وتطويعها بما يخدم المنازعة التي ينظرها، فيخلق بذلك قاعدة جديدة أو مبدأ جديدا يكون متماشيا مع المنازعة الإدارية رغم أن أصله يعود للقانون الخاص¹³.

المبحث الثاني: تأهيل الإطار البشري للقضاء الإداري

غني عن البيان أن أهم العناصر المؤثرة في الأداء القضائي سواء لدى القضاء العادي أم القضاء الإداري هو العنصر البشري، فالهياكل القضائية والنصوص القانونية والترتيبات الإجرائية كلّها مسائل يمكن تكيفها واستيعابها بسهولة مقارنة بمهمة إيجاد وتأهيل التركيبة البشرية المنوطة بإصدار الأحكام القضائية والمساهمة في ذلك، ومن هنا فإن كل من مسألة تخصص القاضي الإداري في المنازعة الإدارية (مطلب أول) وتفعيل دور محافظ الدولة في هذه الأخيرة (مطلب ثان) من أهم المسائل التي تكسب القضاء الإداري طابعا اجتهاديا.

المطلب الأول: تخصص القاضي الإداري

ما دام القاضي الإداري هو محور المنازعة الإدارية والمسؤول الأول عن جودة الأداء القضائي ومن ثم إضفاء الطابع الاجتهادي على القضاء الإداري، فإن هذا الوضع يستلزم إيجاد قاض إداري متخصص في المنازعة

12 جفالي أسامة، "مواطن الخلل في الإجراءات القضائية الإدارية"، الملتقى الوطني حول القضاء الإداري ضمانا لتطبيق دولة القانون، يوم 07 مارس 2023، بمعهد الحقوق العلوم السياسية، المركز الجامعي البيض، ص 4.

13 جفالي أسامة، "مظاهر الاحتكاك بين القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص"، الملتقى الوطني حول تأسيس نظرية القانون الإداري في تجربة القضاء الجزائري، أسئلة المنهج والعقائد، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، 4 و 5 مارس 2018، ص 2.

التي ينظرها، فالتخصص في هذا المجال يحظى بأهمية بارزة (فرع أول) غير أنّ إعماله لدى القاضي الإداري يجب أن تحكمه ضوابط وشروط محددة (فرع ثان).

الفرع الأول: أهمية التخصص في المنازعة الإدارية

يقصد بتخصص القاضي تقييده بالنظر في منازعات فرع محدّد وواحد من فروع القضاء المختلفة، له تشريعاته الخاصة وله فقهه الخاص، بحيث يسهل عليه فهم كل ما يثور من مشاكل داخل فرع معين فهما دقيقا ومتعمّقا¹⁴ فضلا عن تلقيه تكوينا أساسيا ومتوصلا في مجال تخصصه، ومن هنا فإنّ قاضي الجهة القضائية العادية لا يمكنه -من حيث درجة الكفاءة والمقدرة الفنية- أن يستوعب ويهضم أحكام ومبادئ وقواعد ونظريات القانون الإداري، لأنّ هذه المبادئ والقواعد مختلفة عن تلك المتعلقة بالقانون الخاص، التي يتخصص بتطبيقها القضاء العادي ومن ثمّ يتحتّم إيجاد وتكوين قاض متخصص هو القاضي الإداري¹⁵.

أساس هذا الطرح كما يرى غالب فقهاء القانون الإداري، أن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي يتقيّد بمورود النص، بل هو في الوضع الغالب قضاء اجتهادي يبتدع الحلول المناسبة للمشاكل التي تنشأ بين الإدارة والأفراد في ظل عجز التشريع عن مواكبتها وتغطيتها، وهذا التوجه يجد تبريره في تحقيق الموازنة بين الصالح العام والصالح الخاص، فتحقيق تلك الغاية مرهون بوجود طاقم بشري مؤهل، ذي كفاءة عالية، مشبع بالضوابط المهنية والعلمية والأخلاقية، يقوم بمهامه بفعالية وفعالية ورشادة¹⁶.

تاريخيا، لعب القضاء الإداري -وتحديدا مجلس الدولة الفرنسي- دورا رياديا في بناء قواعد القانون الإداري باحترافية عالية عبر جملة من القرارات التأسيسية الكبرى، حيث ابتدع العديد من النظريات الإدارية التي أصل معالمها دون الاستناد إلى أية نصوص تشريعية، فأثبت قدرة فائقة على استيعاب المنازعة الإدارية وابتداع الحلول المناسبة لها، مظهرا تفهما كاملا بحاجات الإدارة ومستلزماتها، ثم أصبحت اجتهاداته قواعد قانونية متكاملة، مستقلة عن القواعد والنظريات المدنية وموازية لها، ولا شك في أن قيام مجلس الدولة الفرنسي بتلك المهمة الإنشائية العظيمة، جاء بفضل تكوين قضاته المتخصص وتحررهم من الجمود الذي يعاني منه القضاة العاديون¹⁷.

14 بوضياف عمار، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية مقارنة، ط 2، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 87.

15 عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 1، القضاء الإداري، ط 2، د. م. ج، الجزائر، 2003، ص 65.

16 بودريو عبد الكريم، "هل فقد القضاء الإداري طابعه الاجتهادي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المجلد 13، العدد 1، 2016، ص 81.

17 دريد كمال، "الصفات الواجب توافرها في القاضي الإداري للاضطلاع بسلطاته المنوطة به"، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالم، 26 و 27 أبريل 2011، ص 3.

في الجزائر، يمكن أن نلمس بعض الجهود من المشرّع لإضفاء التخصص والتأهيل اللازمين لدى القاضي عموماً، فالالتحاق بسلك القضاة لا يتم إلا بتلقي تكوين قاعدي وآخر متواصل وفترات طويلة فضلاً عن التبرعات الميدانية والخرجات التطبيقية وغير ذلك من أوجه التكوين قبل وأثناء اكتساب صفة القاضي¹⁸ بالإضافة إلى أن مجلس الدولة يساهم في التكوين المتواصل للقضاة المنتميين لمختلف الجهات القضائية الإدارية، مما يضفي الخبرة والنزعة التطبيقية على المسار التكويني والتأهيلي للقاضي الإداري. فقد نصت المادة السابعة من القانون العضوي المتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، على أن: "يشارك مجلس الدولة في برامج تكوين القضاة الخاضعين للجهات القضائية الإدارية حسب الكيفيات المحددة في نظامه الداخلي".

في الواقع، كل هذه الجهود لا تكفي، فالتكوين القاعدين طويل المدى يعنى بتكوين القاضي عموماً وليس القاضي الإداري على وجه التحديد، فلا نجد تلقين الطلبة القضاة معلومات نظرية وتطبيقية في علوم الإدارة والمناجمنت والحكم الراشد ومكونات السلطة التقديرية للإدارة وفتيات الرقابة على العمل الإداري وغير ذلك من المعارف التي يتعين أن تلقن للقاضي الإداري المستقبلي خصوصاً في ظل الدور المتوقع لهذا الأخير، فمارسته القضائية تشهد تغيرات جذرية بالنظر للتحويلات التي تعيشها الإدارة حالياً من خصخصة كل من النشاط والقانون الإداريين، وهو الواقع الذي يحتم تكييف التكوين الأساسي والمتواصل للقاضي الإداري وإرساء نظام قانوني وميداني كفيل بتأهيل القاضي الإداري لنظر المنازعة التي يختص بها.

الفرع الثاني: أسس تخصص القاضي الإداري

حتى يكون القاضي الإداري متخصصاً في المنازعة الإدارية، يتعين أن تتوفر فيه جملة من الشروط التي يترتب عن غيابها نزوله إلى مرتبة القاضي العادي وبالتالي عدم تحكمه في المنازعة التي ينظرها، وهذه الضوابط منها ما هو موضوعي مرتبط بمجال المنازعات الإدارية في حد ذاته والتي تتجسد في ضرورة تلقي القاضي الإداري تأهيلاً مهنيًا كافياً وشاملاً ومتكاملاً ومنسجماً مع مقتضيات التخصص في هذا النوع من المنازعات، وبهذا الصدد يتعين عليه أن يتلقى تكويناً متخصصاً فيها، إلى جانب وجوبية إلمامه بعلم الإدارة والإحاطة بالمشكلات اليومية التي تعترض نشاطها، على أساس أنها علم قائم بذاته، ولا تخضع في سير نشاطها للنصوص القانونية فقط¹⁹. إلى جانب ذلك، فإن هناك من الضوابط المذكورة ما هو ذاتي لصيق بشخص القاضي الإداري بصرف النظر عن التكوين والتأهيل اللازم لتلقيهما سلفاً، ويتمثل في ضرورة امتلاكه قدرة على التفكير والإبداع، فإذا كان

18 انظر: المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 22-243، المؤرخ في 30 جوان 2022، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 16-159، المؤرخ في 30 ماي 2016، لتنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، ج ر عدد 46 لسنة 2022.

19 لمزيد من التفصيل بخصوص موضوع تخصص القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، راجع: جفالي أسامة، "ضوابط التخصص في المنازعة الإدارية"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، المجلد 5، العدد 1، 2019.

القاضي الإداري ليس كالقاضي العادي سواء في تكوينه أو في طريقة وطبيعة عمله بل حتى في التحديات التي تواجهه أثناء قيامه بمهامه، فإنه يتعين عليه اكتساب القدرة على الإبداع والتفكير، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تحرره من عقلية القاضي النظامي وتفكيره وقدرته على ابتداع سياسات قضائية حكيمة، إلى جانب ضرورة امتلاكه القدرة على المبادرة والإقدام المتزن اللذين يسمحان له بالتدخل للاجتهاد في الوقت والموضع المناسبين وضمن ضوابط معينة، وهذا كله من دون إغفال مسألة ضرورة تفهم خصوصية المنازعة الإدارية ومن ثمة القدرة على الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة²⁰.

في النظام الفرنسي، القاضي الإداري هو خريج المدرسة الوطنية للإدارة وليس المدرسة العليا للقضاء، والتدرج داخل مختلف جهات القضاء الإداري يكون بالأقدمية، وبذلك يضمن القضاء الإداري بقاء أكبر كم ممكن من الإطار البشري المختص في القضاء الإداري داخل مختلف جهاته، غير أن ذلك لا يمنع من إمكانية استقدام قضاة من النظام العدلي من ذوي الكفاءات وتعيينهم كمستشارين من الدرجة الثانية لدى المحاكم الإدارية²¹، أما مجلس الدولة فيحتوي على مستمعين ومحرري عرائض ومقررين عامين ومستشارين كل له اختصاصات ومهام محددة ويتم التدرج من رتبة إلى رتبة أو من سلك إلى آخر باكتساب مزيد من الخبرة والأقدمية²².

على صعيد الوضع في الجزائر، فقد حاول المشرع الاقتداء بنظيره الفرنسي بخصوص إضفاء الخليط بين التخصص والخبرة لدى قضاة الحكم في القضاء الإداري، ففي القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي الجديد²³ قسّم قضاة الحكم الإداريين إلى قضاة، قضاة مكلفين بالعرائض وقضاة محضري الأحكام غير أن هذا التقسيم لم يوضح فيه المشرع اختصاص كل نوع من القضاة المذكورين، كما أن سلك القضاة الإداريين يعتمد بصفة كلية على مستشاري القضاء العادي، أين نجد الخبرة والتّمرس القضائي لديهم، إلا أن هذه الخبرة يصعب استغلالها في المنازعة الإدارية، فهؤلاء المستشارين قضاة عقودا كثيرة في العمل القضائي العادي وتأثروا بمبادئ ونظريات القانون الخاص، ما يؤدي بهم إلى الفصل في المنازعة الإدارية بعقلية القاضي العادي، وهو ما من شأنه التأثير سلبا على التوجه العام للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية.

المطلب الثاني: تفعيل دور محافظ الدولة في المنازعة الإدارية

نال الحديث في الجزائر عن مشكلة عدم تخصص القاضي الإداري في المنازعات الإدارية النصيب الأوفر من الكتابات الفقهية وانتقادات المختصين، فصحیح أن هذه المشكلة تشكّل إحدى أهم العقبات التي تواجه إنجاز

20 دريد كمال، المرجع السابق، ص 4.

21 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، الاختصاص القضائي لمجلس شوري الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 144.

22 لمزيد من التفصيل بخصوص التركيبة البشرية للقضاء الإداري الفرنسي، راجع: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ط 3، د. م. ج، الجزائر، 2005، ص 80 وما بعدها.

23 قانون عضوي رقم 22-10 مؤرخ في 09 جوان 2022، يتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر 41 عدد لسنة 2022.

الازدواجية القضائية في الجزائر وبروز الدور الاجتهادي للقاضي الإداري فيها، غير أن مسألة تخصص ودور ومركز محافظ الدولة في المنازعة الإدارية هي الأخرى مسألة على قدر كبير من الأهمية وإن كانت لا تضاهي مشكلة عدم تخصص القاضي الإداري، نظرا للدور المحوري الذي يلعبه هذا الأخير في المنازعة الإدارية. إن الشخص الذي يشغل مهمة محافظ الدولة يتعين أن تتوفر فيه مجموعة من الصفات والمؤهلات على غرار الأمر بالنسبة للقاضي الإداري، فضلا عن فعالية النظام القانوني الذي يؤطر مهامه، فيجب أن يكون ملما بعلوم الإدارة ومستلزمات سيرها وعملها، محيطا بنصوص القانون الإداري الكثيرة والمبعثرة ناهيك عن وجوب اطلاعه على الدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية في المادة الإدارية، وانتهاء بالمقدرة على تقدير المصلحة العامة والموازنة بينها وبين المصلحة الخاصة²⁴.

بالنظر إلى دور المقرر العام في فرنسا أو مفوض الدولة في مصر نجد أنه يلعب الدور المحوري في الخصومة القضائية، فهو يتحمل الجزء الأكبر من تحضير الدعوى ابتداء من إيداع العريضة إلى غاية استيفاء ملف الدعوى كاملا وصلاحيته للفصل فيها، وهو من يحدد الآجال ويسهر على إيداع المستندات وتقديم الملاحظات وتحديد مواعيد الجلسات وتقدير مدى صلاحية الدعوى للفصل فيها، كما أن دور المقرر العام في فرنسا يمتد إلى البحث عن السوابق القضائية ذات الصلة بالقضية المنظورة ثم مناقشة مدى قابليتها للتطبيق مع إبراز تطور الاجتهاد القضائي فيها²⁵.

تفصيلا لمركز محافظ الدولة ودوره في المنازعة الإدارية في مصر -الذي يسمى بمفوض الدولة- نرى أنّ الجزء الأكبر والهام من تحضير الدعوى القضائية منوط به، وذلك لاعتقاد المشرع المصري أنه الأقدر على البحث المعمق القائم على الدراسة والتأصيل والإبداع الذي يساعد على تحضير ملف الدعوى بشكل يضيء ما أظلم من جوانبها، وذلك برأي لا ينحاز فيه سوى للقانون ومقتضيات العدالة، ودور مفوض الدولة فيها يبدأ منذ إيداع العريضة لدى أمانة الضبط ويستمر طيل أطوار التحقيق إلى غاية استيفاء ملف القضية بالكامل وصلاحيته للفصل²⁶.

24 لعلاوي عيسى، "دور مجلس الدولة في القضاء الإداري"، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، العدد 5، 2016، ص 52.

25 بوخميس سهيلة، "دور محافظ الدولة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 18، 2010، ص 216.

26 بونعاس نادية، "التحقيق في المنازعة الإدارية، في الجزائر-تونس-مصر"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 9، 2014، ص 160.

من جهته، المقرر العام في فرنسا كان له الفضل العظيم في نشأة وتطور القانون الإداري إذ يعتبر مجلس الدولة في فرنسا مدينا لهيئة مفوضي الحكومة آنذاك²⁷، لما ابتكروه من مبادئ قانونية ولما قدموه من نظريات ومساهمات في القرارات القضائية الكبرى التي كان يصدرها المجلس في فترة ما، ولما اكتسبوه بعد ذلك من سمعة عالية وحكمة مشهودة، بل ولا يزال المقرر العام يلعب دورا فاعلا في حل القضايا المعروضة على مختلف جهات القضاء الإداري، وذلك بالنظر إلى التقارير والآراء التي يقدمها للمستشارين والذين عادة ما تكون أحكامهم غير بعيدة عن مضامينها²⁸، فالقضاة الإداريون في فرنسا كثيرا ما يستشهدون بآراء وملاحظات المقرر العام ويستتبرون بها، بل أنهم ينقلونها حرفيا في كثير من القرارات القضائية التي يصدرونها، فتلك الآراء والملاحظات تعتبر بمثابة مشاريع للأحكام التي ستصدر، تنتظر فقط مصادقة قاضي الحكم عليها، وهو ما ساعد في صياغة وتطوير قواعد القانون الإداري الفرنسي وتشبيد مختلف نظرياته²⁹.

أخيرا تجدر الإشارة إلى أن محافظي الدولة لدى كلا من مجلسي الدولة الفرنسي والمصري لا يشكّلون سلكا مستقلا كما هو الشأن في الجزائر، بل يشغلون وظيفة محافظ الدولة فقط، إذ يمكن لمستشاري الدولة لدى مجلس الدولة القيام بمهام محافظ الدولة والعكس صحيح³⁰، وهو ما من شأنه إبعاد الرتابة والجمود عن عمل محافظ الدولة وبالمقابل وإكسابه المزيد من الخبرة والتجربة في مجال العمل القضائي البحث، فهو يمارس مهام القاضي الإداري من تحقيق دراسة للوقائع والأدلة والدفع وإصدار للأحكام.

المبحث الثالث: رسكلة الجانب الوظيفي للقضاء الإداري

لغرض إعادة بعث الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري الذي ميّزه لفترة من الزمن قبل أن يضمحل بسبب عوامل عدّة، ينبغي تكيف مهمة هذا الأخير مع المستجدات التي طرأت على ساحة الإدارة وقضائها، كالتضخم التشريعي وخصخصة مواضيع القانون الإداري وتراجع سلطات الإدارة في بعض الأنشطة إلى جانب خصوصية جانب واسع من النشاط الإداري، فهنا قد يلتبس المشهد على القاضي الإداري، خصوصا أنه لم يألّف وجود الإدارة في مركز متساو مع الفرد.

لمعالجة هذه الإشكالية يتعيّن على القاضي الإداري قيامه هو ذاته بتحديد اختصاصه النوعي واستبعاد عن ما ينظر كل ما يخرج عن النزاع الإداري البحث الذي يبعده عن مجال اختصاصه ويؤثر سلبا على أدائه

27 كان المقرر العام في فرنسا يسمى مفوض الحكومة، غير أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وجهت عدة انتقادات للدولة الفرنسية على اعتبار أن هذه التسمية توحى بخضوعه للحكومة، وعلى ذلك قامت الحكومة الفرنسية باقتراح تسمية مفوض الحق ومفوض الجمهورية ومفوض القانون والمقرر العام، ورسى الأمر على التسمية الأخيرة فأصبح يسمى المقرر العام وذلك بمقتضى المرسوم 2009-14 المؤرخ في 07-01-2009.

28 نجاح عصام، وناس يحي، المرجع السابق، ص 18.

29 سنوساوي سمية، المرجع السابق، ص 26.

30 شيهوب مسعود، المرجع السابق، ص 81.

القضائي، وهذا ما يحتم على المشرع اعتناق المعيار المادي بدل العضوي لتوزيع الاختصاص النوعي بين هرمي التنظيم القضائي (مطلب أول) كما يتوجب إناطة مهمة رقابة عمل القاضي الإداري وتقويمه والتعقيب عليه إلى جهة عليا تتاط حصريا بهذه المهمة، وبالتبعية تستبعد من اختصاصها كل الأنشطة القضائية الأخرى (مطلب ثان) وبالإضافة إلى ذلك، فإن تفعيل دور القضاء الإداري في الوظيفة الاستشارية يسهم بشكل كبير في تمرس القاضي الإداري في عملية الصياغة التشريعية (مطلب ثالث) وطبعا كل ذلك لا يتم إلا بمراعاة الأمن القضائي للمتقاضين (مطلب رابع).

المطلب الأول: إناطة القاضي الإداري بمهمة تحديد اختصاصه النوعي

لم يسبق لفقهاء القضاء الإداري في الجزائر أن أجمعوا بشأن مسألة كما حصل بخصوص انتقاد تبني المشرع للمعيار العضوي لتحديد الاختصاص النوعي للقضاء الإداري، كما أن الكتابات الفقهية التي تحته على تبني المعيار المادي لا تحصى، إلا أنه جدير بالذكر التساؤل الذي أثاره أحد فقهاء القانون الإداري في الجزائر³¹ عن المعيار الذي يطلق أو يقيّد، يقوّي أو يضعف، يزكّي أو ينكر، يتناسب أو يتعارض مع الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري، وهو تساؤل حول موضوع غاية في الأهمية، ليس لأجل تمييز أي أحد المعيارين هو الأنسب - فالإجابة واضحة بهذا الشأن - إلا أن تعصّب المشرع في التمسك بالمعيار العضوي وانعكاسات ذلك على الدور الاجتهادي للقضاء الإداري هي الأمور التي شجعت وأثارت مواضيع البحث في مجال المنازعات الإدارية.

من دون الخوض في مساوئ وعيوب كلا المعيارين - والتي هي بيّنة، لا يسمح المقام باستعراضها - إلا أنّ المعيار المادي يجعل القاضي الإداري منشأ لقواعد اختصاصه النوعي وليس كاشفا عنها، فهو يبحث في النصوص القانونية عما إن احتوت على امتياز سلطوي لصالح الإدارة وفي التصرفات الإدارية ومدى احتوائها عن أي بند غير مألوف، فإذا استوت المراكز القانونية بين الإدارة والفرد في النص القانوني أو خلت التصرفات الإدارية من أي بند غير مألوف، حكم بعدم اختصاصه النوعي بالمنازعة المنظورة ولو كانت الإدارة طرفا فيها، وله في ذلك سلطات تقديرية واسعة، ومن هنا فإنه هو من يحدد مدى اختصاصه النوعي بالمنازعة المنظورة وليس المشرع من يفعل ذلك، وهو ما يجوز تسميته "الاختصاص بالاختصاص" الذي يميّز المحكم الدولي³².

هذا الوضع يجعل القاضي الإداري يحص ويحل ويستنتج ويستنبط الروابط القانونية بين طرفي الخصومة، وهو ما ينشط ملكات دماغه ويجعله يوظف قدراته الاجتهادية للوصول إلى الغاية المذكورة، والتي لا تشكل سوى بداية مساره الاجتهادي في حل المنازعة المنظورة، وبذلك تكون هذه المرحلة هي المطية المحفزة للحس الاجتهادي للقاضي الإداري طيلة نظره للمنازعة المعروضة أمامه، غير أنّه إن تم اعتماد المعيار العضوي لتحديد مدى

31 عبدالكريم بودريوة، المرجع السابق، ص 76.

32 جفالي أسامة، "بين التحكيم الدولي والقضاء الوطني. استقلالية أم تبعية؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة بجاية، المجلد 11، العدد 4، 2020، ص 426.

اختصاصه النوعي، جعله ذلك يعيش حالة من التحوّل والروتين في عمله القضائي، ويبعده عن التفكير والتحليل، فالتحديد التلقائي لاختصاصه النوعي من قبل المشرّع يبعده عن التحليل والاستنباط والاجتهاد.

إلى جانب ما ذكر، فإنّ اعتماد المعيار المادي لتحديد الاختصاص النوعي للقاضي الإداري يجعل هذا الأخير بعيدا كل البعد عن قواعد ونصوص القانون الخاص، ما يجعل الاحتكاك بين الطرفين منعما وبالنتيجة يغيب الفكر التطبيقي لدى القاضي الإداري الذي يسود لدى القاضي العادي، وبالمقابل ينشط لديه الحس الاجتهادي وتتولّد فيه روح المبادرة والتّحري، خصوصا حال غياب نص ضمن القانون الإداري يحكم المنازعة التي ينظرها³³.

المطلب الثاني: تفرّغ مجلس الدولة -فقط- لمهمة التعقيب والاجتهاد

أنشئ مجلس الدولة في الجزائر بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 1996³⁴، وكان الغرض الرئيسي من إنشائه آنذاك هو توحيد الاجتهاد القضائي، وهي المهمة التي تتمثل في النقض والتعقيب والتقويم للقرارات والاجتهادات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الأدنى، ومن هنا فإن المهمة الأساسية بلا منازع لمجلس الدولة هي وظيفة بيداغوجية تعليمية أكثر منها تطبيقية قضائية، وبذلك يكون الوضع مشابه لما هو عليه في الأنظمة العريقة المقارنة، التي تأثر بها المشرع الجزائري وأسس في ضوءها هذا المجلس.

تبعاً لهذا الطرح، يتعيّن إبعاد المجلس عن كل مهمة قضائية غير تقويم العمل القضائي وتصويبه وتلقين القضاة الأدنى درجة أبجديات الاجتهاد القضائي، خصوصا أن من مهامه الأساسية أيضا المساهمة في التكوين المتواصل للقضاة، وقبل ذلك كله فهو منوط بالقيام بالاجتهاد في حد ذاته والكشف عن المبادئ والقواعد القانونية الكامنة في ضمير الأمة والمستخلصة من قيمها والتماشية مع ثقافتها ومعتقداتها، ويكون ذلك بإقدام متّزن ودون إحجام بيّن، مع عدم مخالفة الإرادة الصريحة للمشرّع حينما يغلق باب الاجتهاد أمامه، وهذا الطرح إزاء مجلس الدولة وقضائه لا يعني استبعاد قضاة الدرجة الأدنى من الاجتهاد حال توفر شروطه واقتضاء ذلك، فتوحيد الاجتهاد القضائي -كما ورد في المادة 179 من الدستور - مصطلح يستنتج منه أن هناك اجتهادات أخرى، صادرة عن جهات قضائية عديدة وليس بالضرورة صادرة عن مجلس الدولة.

بنتبع النصوص القانونية المنظمة لاختصاصات مجلس الدولة، نجدها تسير في فلك مخالف، فقد أسندت له عدة اختصاصات غريبة عنه، فهو قاضي درجة أولى ويشغل كذلك مهمة قاضي الاستئناف، وهذا الوضع بقي سائدا حتى بعد تعديل القانون المتعلق باختصاصاته سنة 2022³⁵، إذ بقي يختص بنظر الاستئنافات المرفوعة

33 جفالي أسامة، مظاهر الاحتكاك بين القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص، مرجع سابق، ص 7.

34 دستور 1996، صادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتضمن نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.

35 انظر المادة 10 و 11 من القانون العضوي رقم 22-11، المؤرخ في 09 جوان 2022، المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج ر عدد 41 لسنة 2022.

ضد محاكم الاستئناف الإدارية إلى جانب أن المادة 11 من هذا التعديل لازالت تحيل الاختصاص النوعي لمجلس الدولة على النصوص الخاصة، والكثير من هذه الأخيرة لا يزال ينيط المجلس بالنظر في بعض المنازعات كأول درجة³⁶، ومن هذه النصوص تلك المتعلقة بمنازعات السلطات الإدارية المستقلة³⁷.

من هنا نتساءل عن دستورية مثل هذه النصوص التي تتعارض صراحة مع المادة 3/179 من الدستور التي تنيط مجلس الدولة فقط بتوحيد الاجتهاد القضائي الصادر عن مختلف درجات التقاضي الأقل درجة، وليس الفصل في القضايا سواء كدرجة أولى أو كدرجة استئناف، فمعلوم أن مهام قاضي الدرجة الأولى وقاضي الاستئناف تجعله يغوص في دراسة الوقائع وتكييفها ومراجعة الإجراءات وتقييمها والتحصيص في الأدلة وتقديرها، وغير ذلك من الأعمال القضائية التطبيقية التي تشغله عن مهمة التعقيب والاجتهاد وتضخم مهامه القضائية من غير طائل، وبذلك يرهق قضاته وينشغلون عن مهمتهم الأصلية المتمثلة في الاجتهاد وتلقيه لقضاة الدرجة الأقل.

المطلب الثالث: تفعيل دور القضاء الإداري في الوظيفة الاستشارية

تمكّن الوظيفة الاستشارية القاضي الإداري من اكتساب معارف جديدة شكلا ومضمونا فالاحتكاك الدائم بمشاريع القوانين ومسودّات مختلف النصوص التنظيمية والقرارات الإدارية يؤدي إلى تلقينه ثروة لغوية سواء من حيث الصياغة أو الأسلوب أو المصطلحات فضلا عن تنمية الروح القانونية لديه، فهي تزيد من تمرّسه في الصياغة التشريعية وتمنحه أكثر خبرة في إضفاء الجودة اللازمة على الاجتهاد القضائي أثناء سن القاعدة القانونية وتدوينها³⁸، فعندما يتوصل إلى حل للمنازعة المنظورة عند غياب نص يحكمها، إنما يقوم بذلك في ضوء نفس الأفكار التي كان المشرّع سيرا عليها لو أنّه تصرف بنفسه لحل ذات المنازعة، فهو يعبر عن إرادة المشرّع التي لم

36 راجع في ذلك: بوداعة حاج مختار، "تأثير الاختصاص النوعي لمجلس الدولة على دوره في تقويم عمل الجهات القضائية الإدارية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السابع، العدد الأول، ص 1910.

37 انظر على سبيل المثال:

- المادتين 06 و 18 من القانون رقم 04-03، المؤرخ في 17-05-2003، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 11 لسنة 2003.

- المادة 213 من القانون رقم 04-06، المؤرخ في 20-02-2006، المعدل والمتمم للأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 12 لسنة 2006.

- المادة 139 من القانون رقم 01-02، المؤرخ في 05-02-2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الأنابيب، ج ر عدد 8 لسنة 2002.

- المادة 48 من القانون 10-01، المؤرخ في 23-07-2001، المنضمّن لقانون المناجم، ج ر عدد 35 لسنة 2001.

38 جفالي أسامة، عوامل فشل الدور الاستشاري لمجلس الدولة، الندوة الوطنية الثامنة حول المؤسسات الدستورية الاستشارية في النظام الدستوري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 01 مارس 2018، ص 2.

تظهر في النصوص التي يسنّها، وهذا الوضع ما كان ليكون لو استبعد من المساهمة في صناعة مختلف النصوص القانونية والتنظيمية ولم يكن متمرسا في صناعة التشريع وخبيرا بكيفية وضع القواعد القانونية.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ تقريب القاضي الإداري من السلطة العامة -من خلال الاستشارة- يمكنه من معرفة مقتضيات النشاط الإداري والسياسي وكيفية التعامل معه، فضلا عن أنّ الاحتكاك الدائم بين الإدارة وقاضيهما يخلق جوا من التعاون والألفة بين الطرفين، مما يسهم في رفع درجة تقبل الإدارة للرقابة التي يمارسها القاضي الإداري عليها، ومن ثم يقلل الاعتراض عن القرارات التي يصدرها مع إبداء نوع من التفهم والرضا إزاءها، وبالنتيجة تتحسر ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضدها.

إلى جانب ما ذكر، فإنّ الاعتراف بالتحرك التلقائي للقضاء الإداري ولفت انتباه السلطات العمومية حول الإصلاحات التشريعية أو التنظيمية أو الإدارية ذات المنفعة العامة من شأنه أن يشجّع القاضي الإداري ويحفّزه على المبادرة والإقدام ويخلق روح الاجتهاد لديه، فضلا عن أنّه يبعده عن الرتابة والجمود ويبعث لدى قضااته أكثر حركية ونشاط، غير أنّه على صعيد الواقع في الجزائر نجد أنّ هذا الطرح مغيب تماما، فقد أثّرت مسألة إمكانية التحرك التلقائي لمجلس الدولة ولفت انتباه السلطات العمومية حول الإصلاحات التشريعية أو التنظيمية أو الإدارية ذات المنفعة العامة، وذلك بموجب المادة 13 القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة، غير أن المجلس الدستوري تحفظ على هذه الآلية، واعتبر ذلك تجاوزا لاختصاصاته الاستشارية المقنصرة على إبداء الرأي في مشاريع القوانين فحسب³⁹.

في فرنسا، تمارس المحاكم الإدارية اختصاصات استشارية موسّعة في شكل تقديم آراء بطلب من المحافظين أو رئاسة بعض اللجان والهيئات الإدارية، وهي استشارات وجوبية في حالات كثيرة كما أنّها تلجأ إلى تعيين موظفين لهم خبرة ومعارف معمّقة بمشاكل الإدارة كمستشارين لديها، وذلك من بين موظفي الإدارة المحلية والمؤسسات العمومية غير المركزية⁴⁰، لذلك نادى بعض الفقه في الجزائر⁴¹ بضرورة إسناد الوظيفة الاستشارية لكل الجهات القضائية الإدارية وعدم قصرها على مجلس الدولة، بالإضافة إلى توسيع نوعية النصوص محل

39 انظر: رأي المجلس الدستوري رقم 06/ر.ق.ع.م.د/98، المؤرخ في 19 ماي 1998، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج ر عدد 39 لسنة 1998.

40 Michel ROUSSET, Olivier ROUSSET, *Droit administratif*, tome II, Le contentieux administratif, 2^{ème} éd., P.U.G., 2004, p. 20.

41 ومنهم على سبيل المثال:

- بوضياف عمار، النظام القضائي الجزائري، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 284.

- خلف بوبكر، "النظام القضائي الإداري الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد 21، 2016، ص 142.

الاستشارة، بإدخال كل النصوص التشريعية والتنظيمية فيها بما في ذلك القرارات الإدارية ذات الطابع التنظيمي، مركزية كانت أم محلية، ومع إعطاء أكثر أهمية وتأثير للرأي الذي يقدمه القاضي الإداري.

المطلب الرابع: مراعاة الأمن القضائي

يقصد بالأمن القضائي عموماً، الثقة في المؤسسة القضائية وما يرتبط بهذا المعنى، كجودة القرارات القضائية وسهولة الوصول إليها وعدم مخالفة الاجتهاد القضائي لإرادة المشرع، كما يشمل أيضاً إقرار ضمانات معينة عند توحيد الاجتهاد القضائي من طرف الجهة القضائية العليا على الوجه الذي يكفل عدم تغييره بشكل متكرر أو مفاجئ، مع ضمان نشر الاجتهاد الجديد بشكل واسع وإعلام المتقاضين به⁴² وأن لا يتم إثراؤه أو التراجع عنه إلا باتّباع إجراءات محددة إذا أصبح لا يواكب تطورات المجتمع أو لا يتماشى ومقتضيات العدالة والإنصاف، وقد حددت المادتان 31 و 32 من القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة الإجراءات الواجب اتخاذها عند التراجع عن اجتهاد قضائي سابق، كما أن من الأمن القضائي أيضاً عدم صدور اجتهادات قضائية شاذة، مخالفة لمعتقدات وقيم المجتمع، وبالتالي صدورها مخالفة لتوقعات المتقاضين.

بالإضافة إلى ما ذكر، فإن كانت التفرقة بين رجعية الاجتهاد القضائي وعدم رجعية القوانين أمراً لا جدال فيه، إلا أنّ رجعية الاجتهاد القضائي الجديد وتطبيقه على الوقائع السابقة عنه يمكن أن يشكل مساساً بالأمن القضائي وزعزعة للثقة التي كانت معقودة للمؤسسة القضائية من طرف المتقاضين، فالقاضي المبتدع لا يواجه سلطة توقفه عند تجاوز حدوده وإنما يواجه المتقاضين العزل، فبالرغم من حاجة القانون الإداري للاجتهاد القضائي إلا أنه يمكن أن يوصف بالتهديد الدائم للأمن القضائي، وذلك إذا تجاوز القاضي الإداري المبتدع حدوده وأخلّ بضوابط الاجتهاد القضائي، غير أنّه يمكن تجاوز هذا المنحى لعدة اعتبارات.

أولى هذه الاعتبارات أن القاضي الإداري عندما يجتهد وينشئ مبدأ قانونياً أو قاعدة قانونية جديدة إنما يكون ذلك على أساس قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، فهو لا يقر من المبادئ والقواعد إلا ما يتجاوب مع ضرورات الحياة العامة للمجتمع، فاجتهاده ليس إلا استكشاف للقيم الأخلاقية والمثالية الكامنة في ضمير الأمة وفي تراثها، كما أنّه -من جانب ثانٍ- يمكن اعتبار أن ما يقوم به القاضي الإداري من عمل مبتكر من قبيل التعبير عن إرادة المشرع التي لم يصفح عنها في النصوص التي أصدرها، فهذه الأخيرة تتصف بالتجريد والجمود والتجبر، وهي المسائل التي تؤخذ على النص المكتوب الذي يوطر النشاط الإداري.

خاتمة

وفق ما سبق عرضه، يمكن القول أن الرأي القائل بأن القانون الإداري قانون قضائي يلعب فيه القاضي الإداري دور المشرع، هو رأي يمكن أن يتلافى الانتقاد إذا توافرت مجموعة من الشروط في المهمة الاجتهادية

42 للتوسع أكثر بخصوص موضوع الأمن القضائي، راجع: لوثن حنان، بوغفال فتيحة، "الأمن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 12، 2018، ص 165.

للقاضي الإداري وأحيطت هذه المهمة بالظروف اللازمة لإنجاحها، وعليه فإنّ إضفاء الطابع الاجتهادي على القانون الإداري يبقى رهين جهود وإرادة المشرّع، إلا أنّه حتى حين توفّر تلك الشروط والظروف، فهناك حدود لا ينبغي على القاضي الإداري تجاوزها عند قيامه بمهمة الاجتهاد، وهي عدم تجاوز إرادة المشرّع، خصوصا إذا كانت صريحة بيّنة.

في الأخير، فإنه مادام ليس للفقّه أو المشرّع الجلوس مكان القاضي الإداري ومادام لا يمكنهما الإحاطة بالظروف المحيطة بعمل هذا الأخير ولا بالحالات المتعددة والمختلفة التي تعرض عليه مع عدم وجود النص المناسب لتطبيقه عليها، فإنه وجب ترك مساحة معيّنة للقاضي الإداري للمناورة والتحرر من حرفية النص والخروج عليه، وتجسيد هذا المعطى يبقى مرهونا بجملة من المقترضيّات والضوابط تكون وفقا للشكل السالف عرضه.