**المحور الثاني: خاصية "قضائية" القانون الإداري في الجزائر**

**مقدمة**

من الابجديات أو المسلمات التي تدرس في مختلف الجامعات الجزائرية والمتعلقة بالقانون الإداري، أن لهذ الأخير خاصية تميزه عن غيره من فروع القانون الأخرى، وهي أنه ذو طبيعة قضائية، ونقصد بذلك أن قواعده من صنيعة رجال القضاء، أي من اجتهاداتهم عند النظر في القضايا المطروحة أمامهم، كما بيناه في المحور الأول المتعلق بالقانون الإداري قانون اللاتوازن.

إن خاصية قضائية القانون الإداري الفرنسي متوفرة وقائمة بامتياز على الأقل في المراحل الأولى لظهوره وإن خفت فيما بعد ولكن لم تنعدم، فهل الأمر كذلك بالنسبة للقانون الإداري في الجزائر؟

لتوضيح ذلك وجب أولا توضيح خاصية القضائية للقانون الإداري الفرنسي، ثم إلى أسباب عدم لجوء القضاء الإداري الجزائري إلى الاجتهاد.

**المبحث الأول**

**الطابع القضائي للقانون الإداري الفرنسي**

لقد تم وصف القانون الإداري الفرنسي منذ فترة طويلة على أنه قانون قضائي، وهذا يعني أنه تم إنشاؤه إلى حد كبير من قبل القضاء، من منظور تاريخي، فالأمر مؤكد وملزم للمنازعات التي لم يقدم لها القانون أي مبدأ للحل، وتتجسد خاصية قضائية القانون الإداري الفرنسي في جملة الخصائص العامة التي يتميز بها، وعلى أسباب أصلت لهذه الخاصية.

**المطلب الأول**

**الخصائص العامة للقانون الإداري الفرنسي**

يتميز القانون الإداري الفرنسي أولا بكونه قانون ينظم علاقات اجتماعية غير متوازنة، وثانيا كونه قانون غير مكتوب.

**الفرع الأول**

**القانون الإداري قانون اللاتوازن**

في فرنسا، المبدأ هو خضوع الإدارة لقانون خاص مختلف عن ذلك الذي يحكم النشاطات الخاصة في المسائل المماثلة ( العقود، المسؤولية) ويقدم حلول متميزة، وهذا ما يعبر عنه باستقلالية القانون الإداري، بخاصيته المخالفة للقانون العادي أي القانون الخاص.

إن القانون الإداري يطبق على علاقات اجتماعية غير متوازنة في الواقع، ويسعى لتديد الضوابط وإعطائها شكل قانوني دقيق، وهو بذلك له غاية مختلفة عن غاية القانون الخاص، وهو يقوم على أساس الموازنة بين المصلحة العامة ذات الأولوية ومجموع المصالح الخاصة التي لها حماية، وبالتالي فهو يتميز عن القانون الخاص الذي نتج عن الميراث الروماني وعن تقنينات القرن التاسع عشر والذي ينظم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والعائلية.

**الفرع الثاني**

**الطابع غير الكتابي للقانون الإداري**

يقصد بالقانون غير المكتوب أي القضائي مجموع القاعد التي يستنتجها ويصيغها القاضي مرة بعد مرة من خلال فصله في المنازعات التي عرضت عليه، وتعود جذور الطابع غير المكتوب للقانون الإداري إلى عوامل تاريخية تتعلق بطريقة نشأته وتطوره المضطرد بحسب طبيعة المسائل القانونية المثارة أمام القضاء والمتعلقة بالحياة العامة.[[1]](#footnote-1)

**المطلب الثاني**

**الأسباب المؤصلة لخاصية قضائية القانون الإداري**

من أهم الأسباب المؤصلة لخاصية قضائية القانون الإداري الفرنسي هي عدم وجود تقنين إداري على غرار التقنين المدني، وعدم صلاحية قواعد القانون الخاص على التطبيق على النزاعات الإدارية

**الفرع الأول**

**عدم وجود تقنين إداري على غرار التقنين المدني**

إنه لا يوجد في القانون الإداري تقنين مماثل لتلك للفروع الكبرى للقانون الخاص، لأن تقنين القانون المدني كان انطلاقا من قواعد أصلية متعددة ومختلفة ولكنها موجودة فعلا، حيث أن التفكير فيه لم يكن لإنشائه، لهذا السبب كان تقنين القانون الإداري- مثل القانون الخاص- ماديا غير ممكن، فالقانون الإداري لم يوضع لمتعة البعض، وهذا جعله بناء فكريا أصيلا، يجمع بشكل غريب بين التجريبية والشعور بالواقع والذكاء والذوق للفروق الدقيقة.

فعدم وجود تقنين إداري مماثل للتقنين المدني، دفع بمجلس الدولة لوضع مبادئ أساسية وقواعد قانونية لتطبق على نشاطات الإدارة، ثم تدخل المشرع فيما بعد واعتمد اغلبها، بمعنى أن الظروف التاريخية لتشكل القانون الإداري، واستقلاله عن القانون المدني، ساهما في خلق فراغ، كان على القاضي الإداري ملئه.

**الفرع الثاني**

**عدم صلاحية تطبيق القانون الخاص على النزاعات الإدارية**

كتب الأستاذ Vedel لو طبقت قواعد القانون الخاص يمكن أن تؤدي إلى نتائج مخيبة على المستوى الإداري، ففي مجال مراقبة مشروعية القرارات الإدارية ما كان يمكن للتقنيات أن تقدم شيئا ذو قيمة، وفي مجالات أخرى مثل المسؤولية كان يمكن أن تغطي جزءا بسيطا من حالاتها، وفي حالات أخرى سيحث الانسداد.

وأضاف "يمكن القول أننا لا نملك الدليل العلمي المؤكد على ماذا كان يمكن أن يكون عليه القانون الإداري المشكل من البداية على أساس القانون التشريعي، ولكن كل شيء يدفع للقول أن هذا القانون كان سيكون أقل تلاحما، أقل كمالا، أقل استمرارية، أقل تطورا، وبالجملة لم يكن ليأخذ حظا كبيرا من التفكير اللازم، معليه، سيكون مضمونه أقل نفعا لتحقيق هدفه المزدوج: السير الحسن للإدارة وحماية حقوق وحريات مصالح المتعاملين مع الإدارة".

أضاف الأستاذ B. François سببا آخر وضيفي لعدم وجود تقنين إداري والمتمثل في نوع من الاتفاق الضمني بين القضاة الإداريين وأساتذة القانون الإداري يهدف لإبقاء الاجتهاد القضائي مصدرا أساسيا للقانون الإداري بعيدا عن التشريع، ليكون مجالهم الخاص لا يشترك معهم فيه آخر حتى المشرع.

**المبحث الثاني**

**إحجام القضاء الإداري الجزائري عن الاجتهاد**

إن إحجام القضاء الإداري عن الاجتهاد يمكن معالجته من خلال عرض صور عدم لجوء القاضي الإداري إلى الاجتهاد، وعرض أسباب عدم لجوء القاضي الإداري الجزائري للاجتهاد.

**المطلب الأول**

**صور إحجام القاضي الإداري الجزائري عن الاجتهاد**

تتعدد صور إحجام القاضي الإداري الجزائري عن الاجتهاد فمنها امتناعه عن الإبداع، ولجوئه إلى تطبيق قواعد القانون المدني، واستناده إلى اجتهادات قضائية أجنبية.

**الفرع الأول**

 **فرص ضائعة للقاضي الإداري الجزائري عن الاجتهاد والإبداع**

وجب هنا تبيان متى يمكن القول بأن قانون ما هو قانون قضائي، ثم البحث في مدى اعتبار القانون الإداري الجزائري قانونا قضائيا.

**أولا: مدى اعتبار قانون ما قانون قضائي:**

حتى يمكن اعتبار قانون ما قضائي لا بد أن يكون للقضاء دور بارز في وضع القواع التي تشكله أو على الأقل وضع الأسس والأطر اللازمة له والاستمرار في تجديدها، ويستدعي الأمر هنا وجود إطارات قضائية كفئة قادرة على الإبداع، ولا تحجم عن الاجتهاد لما تتاح لها الفرصة أو يستدعي الأمر ذلك، فتصدر ما يسمى بالقرارات القضائية الكبرى.

معنى ذلك أن القانون القضائي هو صنيعة قضاة يتمتعون بدور مميز يختلف كثيرا عن دور قضاة القانون الخاص الذين وإن كان لهم دور اجتهادي في تطبيق القواعد القانونية التشريعية ولكن لا يعدو أن يكون تفسيريا أو مشتقا من القانون، في حين أن في القانون القضائي ينتج القاضي قاعدة جديدة تماما، وقد لا يكون لها أساس من قاعدة تشريعية.

**ثانيا: مدى اعتبار القانون الإداري الجزائري قانونا قضائيا:**

في الحقيقة إن الدارس للقرارات القضائية الصادرة عن الهيئات القضائية الإدارية الجزائرية يجدها لا تحتوي على اجتهاد ذي قيمة إبداعية أو إنشائية، وذلك للأتساع الكبير لمجال القانون الإداري دو النشأة التشريعية، وعندا تتاح الفرصة لوجود غموض أو نقص في القانون التشريعي تحجم تلك الجهات عن الاجتهاد، وهو ما يتجلى من خلال القرارات القضائية التالية:

1**- صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 7 ديسمبر 1972 كجهة استئناف:**

حيث جاء في منطوق القرار:" حيث أن هؤلاء القضاة قد تجنبوا إنكار العدالة بفصلهم في القضية فإنهم لم يتداركوا سهو المشرع نظرا للتفسير الذي فسروا به مقتضيات المادة المذكورة بتصريحهم بقانونية طعن قضائي لم تتحدد شروط قبوله في القانون.

حيث أن قضاه الدرجة الثانية يختارون من بين الحلول المتوفرة طريقة التفكير على أساس القياس من خلال جعل الحالة الخاضعة للفقرة الرابعة من المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية تشمل الحالة القانونية المعروضة عليهم".

فالملاحظ على هذا القرار أن قضاة الدرجة الثانية أعابوا على قضاة الدرجة الأولى عدم الاجتهاد في المسألة مادام أن المشرع قد سكت، ولذلك تصدوا هم للاجتهاد وكان من المنتظر أن يؤسسوا لقاعدة جديدة يمكن أن يأخذ بها المشرع في المرة القادمة للتشريع، لكن القضاة ما كان لهم ذلك الإقدام اللازم للاجتهاد ورفضوا إنشاء قاعدة معيارية، ولم يبتعدوا عن النص الأساسي، ولا أن يحلوا محل إرادة المشرع، فكان دورهم دور قضاة القانون الخاص لا غير.

2**- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 8 مارس 1999 رئيس المندوبية التنفيذية البلدية عين أزال ضد ع ط ومن معه :**

" ولكن بالرجوع إلى أدلة الملف يتبين أن مسؤولية البلدية قائمة بحيث أن أشغال حفر الحفرة كانت تحت إدارة البلدية، وأن البلدية هي التي رخصت بها سكان القرية لجمع القمامة.

حيث كان يجب على المندوبية التنفيذية لبلدية عين آزال أخذ كل الإجراءات المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول لحماية الحفرة، حيث كان على البلدية التأكد من أن هذه الحفرة لا تشكل خطرا على المحيط ولا سيما على الشخاص حيث أن هذا التقصير والإهمال من طرف البلدية أدى إلى غرق ابن المستأنف عليه.

حيث يستنتج مما سبق بأن مسؤولية البلدية ثابتة، وبالتالي فهي ملزمة بتعويض ذوي حقوق الضحية".

ففي هذا القرار أقام مجلس الدولة المسؤولية على أساس الخطأ المفترض المتمثل في عدم اتخاذ الإجراءات القانونية لحماية الحفرة والارتباط دائما بالتشريع الساري المفعول، في حين كان الأولى إقامة المسؤولية على أساس المخاطر والمتماشي مع التطور الحاصل في مجال المسؤولية الإدارية،

هذا ما يشكل ارتدادا عن ما قررته الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى غدا الاستقلال بتاريخ 3/12/1965 " حطاب ضد الدولة" حيث أن سبب الأخطار التي يمثلها وجود تلك المنشآت فإن الإدارة مسؤولة ولو في غياب الخطأ عن الأضرار الحاصلة والي لا يمكن إعفاؤها منها إلا في حالة القوة القاهرة وخطأ الضحية" وهذا القرار جاء متماشيا مع ما قرره مجلس الدولة الفرنسي.

**الفرع الثاني**

**لجوء القاضي الإداري إلى تطبيق قواعد القانون المدني من دون حاجة**

إن لجوء القاضي الإداري في مواطن غر ضرورية إلى القانون المدني يمكن استنتاجها من خلال قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1/2/1999 " المديرية العامة للأمن الوطني/ ارملة شلالي ومن معه

1. **عرض القرار:**

" حيث أن المستأنف يستند في طلبه لإعفائه من المسؤولية كون شلالي عبد الرحمان الشرطي السابق لم يكن في خدمة أثناء الوقائع بل كان في جولة غير شرعية بسبب إهماله لمنصب عمله، كما كانت له كامل السلطة في استعمال سلاحه، ولكن حيث أن المادة 136 من القانون المدني تنص على أن المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا في حالة تأدية وظيفته أو بسب وظيفته.

وحيث أن هذا يجعل مديرة الأمن الوطني هي المتبوعة مسؤولة عن عمل تابعها غير المشروع".

**2- تحليل مضمون القرار:**

هنا القاضي لم يستخدم مكنة الاجتهاد ما دام ليس هناك نص قانوني إداري وإنما لجأ إلى قواعد القانون المدني، التي تحكم علاقات قانونية لأطراف لها نفس المراكز القانونية في حين أن الإدارة لها مركز ممتاز، لأن القاضي الإداري عندما يجتهد لإيجاد حلول – في غياب نص تشريعي- يكون حرا ولا يتقيد بقواعد القانون الخاص في استنتاج قواعد القانون الإداري وذلك حسب الاحتياجات الخاصة للحياة الإدارية.

**الفرع الثالث**

**استناد القاضي الإداري الجزائري لاجتهادات قضائية أجنبية**

إن لجوء القاضي الإداري الجزائري لاجتهادات قضائية أجنبية يمكن توضيحه من خلال قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 8/3/1999 "وزارة الدفاع / ورثة ب.

**1- عرض القرار:**

" حيث كان ثابتا أن رجال الدرك الوطني كانوا مسلحين بأسلحة خطيرة وثقيلة تشكل خطرا بالنسبة للغير. حيث أنه بغض النظر عن الخطر المرتكب من قبل أعوان الدولة في أداء مهامهم في دعوى الحال والذين لم يقوموا بالتحذيرات الواجبة، فإنه من الثابت قضائيا بأن نظرية الخطر بالنسبة لأعوان الدولة عند استعمالهم للأسلحة النارية، قد تحمل الدولة المسؤولية في حالة إلحاق ضرر بالغير، وعليه فإن دفع المستأنف بإعفائه من المسؤولية بسبب خطأ الضحية دفع غير سديد يتعين رفضه، والقول بأن قضاة الدرجة الأولى قد أصابوا وينبغي تأييد القرار".

**2- تحليل مضمون القرار:**

في هذا القرار اعتمد القضاة على ما ثبت قضائيا، والسؤال المطروح هنا أي قضاء يقصد، قضاء مجلس الدولة الفرنسي أم الجزائري؟، وكأن القضاء لديه إمكانية إنشاء قواعد قانونية قضائية ومنها ما قد استقر وثبت فجاء هذا القرار آخذا بها، غير أن الأمر أعتقد أنه ينصرف لما هو معروف في النظرية العامة للمسؤولية الإدارية والتي أسس لها قضائيا مجلس الدولة الفرنسي.

**المطلب الثاني**

**أسباب وآثار عدم لجوء القاضي الإداري الجزائري إلى الاجتهاد**

إن غياب خاصية القضائية في القانون الإداري الجزائري تعود إلى جملة من الأسباب تربت عليها عدة أثار.

**الفرع الأول**

**أسباب عدم لجوء القاضي الإداري الجزائري للاجتهاد**

إن أسباب غياب خاصية القضائية في القانون الإداري الجزائري تتمثل في:

أولا: اختلاف الظروف التاريخية لتشكل النظام القانوني الجزائري – خاصة الفرع الإداري- عن الظروف التاريخية لتشكل القانون الإداري في فرنسا.

ثانيا: بعد الاستقلال حاول المشرع الجزائري اعتماد نظام موحد وبالتالي عدم الاعتراف بالخصوصية الفرنسية للقانون الإداري التي تعطي قيمة كبيرة للطابع القضائي للقانون الإداري.

ثالثا: بعد الاستقلال لم تتوفر الجزائر على إطارات قضائية كفئة، لتضطلع بالاجتهاد القضائي المنشئ للقاعدة القانونية بجانب القاعدة التشريعية، وهي التي رسمت الطرق من بعد.

رابعا: صادف تشكل النظام القانوني الجزائري حركة قوية في فرنسا لأجل تقنين القانون الإداري وانحسار الطابع القضائي له، ويكون قد تأثر واقتنع بالانتقادات التي وجهها بعض الفقهاء للطبيعة القضائية للقانون الإداري والتي تكمن في عدم الوضوح وانعدام السلامة لكون القاعدة القانونية القضائية رجعية، على عكس المزايا التي يحققها التشريع.

**الفرع الثاني**

**الآثار المترتبة عن عدم لجوء القاضي الإداري الجزائري للاجتهاد**

تتلخص أهم الأثار المترتبة على غياب خاصية القضائية على القانون الإداري الجزائري فيما يلي:[[2]](#footnote-2)

أولا: لا يمكن أن نتحدث عن قانون إداري جزائري قضائي لا في اسمه ولا في تقنياته، وذلك لهيمنة القاعدة التشريعية عليه، ولعدم وجود قضاء إداري له إمكانية لابتكار قاعدة قانونية خارج التشريع.

ثانيا: عدم تحقيق السير الحسن للإدارة وحماية حقوق ومصالح المتعاملين مع الإدارة بالشكل اللازم، لأنه لا بد أن يكون للقاضي هامش أكبر للاجتهاد عن ذلك الممنوح للقاضي المدني، حتى يستطيع أن يواكب التطورات السريعة في المجال الإداري.

ثالثا: عدم تطور القانون الإداري في الجزائر بالشكل اللازم لأن من إيجابيات القانون القضائي أنه مرن ومتكيف مع متطلبات الحياة الإدارية

1. - د. عصام نجاح ، د. يحي وناس، القانون الإداري في الجزائر قضائي أم تشريعي؟ مجلة الحقيقة، العدد 33، ص 4. [↑](#footnote-ref-1)
2. - د. دريد كمال، القانون الإداري تشريعي أم قضائي دراسة مقارنة بين فرنسا والجزائر، المعيار، المجلد التاسع، العدد الثاني 2018، ص 86. [↑](#footnote-ref-2)