

القانون الإداري؛ قضائي أم تشريعي؟ دراسة مقارنة بين فرنسا والجزائر

د. دريد كمال

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

ملخص:

من المسلمات التي تدرس في جامعتنا والمتعلقة بالقانون الإداري أن لهذا الأخير خاصية متميزة عن غيره من فروع القانون الأخرى و هي أنه ذو طبيعة "قضائية". و نقصد بها أن قواعده من صنعة رجال القضاء أي من اجتهاداتهم عند النظر في القضايا المطروحة أمامهم. و كذلك الأمر بالنسبة لتجديد قواعد القانون الإداري لتتماشي مع التطورات الحاصلة في جميع المجالات، فللقاضي الإداري دور مهم كذلك في تحديثها و ابتكار غيرها إن اقتضى الأمر ذلك... كل هذه العناصر المشكلة للخاصية القضائية متوفرة و قائمة بامتياز في القانون الإداري الفرنسي، على الأقل في المراحل الأولى لظهوره (و إن خفت قليلا فيما بعد و لكن لم تنعدم) فهل الأمر كذلك بالنسبة للقانون الإداري في الجزائر؟.

الكلمات المفتاحية: - القانون الإداري- القاضي الإداري- قضائي - التشريع.

Resumé:

L'une des évidences enseignées dans nos universités et liées au droit administratif : c'est qu'il se distingue d'autres branches du droit par sa nature «jurisprudentielle». Ceci dit , que ses règles sont issues de la création des juges lors de l'examen des affaires présentées devant eux. Outre le renouvellement des règles du droit administratif pour qu'elles soient adaptées aux évolutions dans tous les domaines, le juge administratif joue également un rôle important dans la mise à jour et la création d'autres si c'est nécessaire ... Tous ces éléments caractérisant la nature de la jurisprudence sont présents avec excellence en droit administratif français plus au moins aux premiers stades de son émergence (et qu'elle s'est atténuée un peu plus tard mais sans disparaître) Est-t'il le cas pour le droit administratif en Algérie?.

Mots-clés: Droit administratif - Juge administratif - Jurisprudentiel - Législation

مقدمة:

إنّ أبرز ما يشدّ الانتباه أثناء دراسة مواضيع القانون الإداري خروج قواعده ومبادئه عمّا هو مألوف ومُتعارف عليه في إطار القانون الخاص، الناتج بذاته من حصيلة عوامل واعتبارات سياسية واجتماعية عرفتها فرنسا مهّدت

لؤلؤجه كأهم فروع القانون العام محوره نشاط المرفق العام و هدفه تحقيق المصلحة العامة و مُحركه امتيازات السلطة العامة.

كذلك، يُمثّل ميلاد القانون الإداري على يد القضاء وضعا غريبا و طريقة " تُناقض " الطريقة الطبيعية و المألوفة، بحيث أنّ القانون هو الذي يُنشئ و يصنع الجهاز أو العضو و ليس العكس مثلما هو معلوم في كيفية ميلاد القانون الإداري، تُؤكّده إحدى الخصائص الهامة التي يمتاز و يتميز بها هذا الأخير ألا و هي أنّ "القانون الإداري قانون قضائي" تُترجمه المبادئ الواردة و المكرّسة في اجتهادات القضاء الإداري في مجال القرارات و العقود الإدارية أو الضبط الإداري أو نظرية المرفق العام و التي تُمثّل البناء القانوني لصرح القانون الإداري.

إلا أن وضع القانون الإداري الفرنسي لا يمكن أن يكون هو ذاته في الجزائر لعدة أسباب تمخضت عنها مجموعة من النتائج ناتجة عن غياب الخاصية القضائية للقانون الإداري في الجزائر لذلك فسيكون التساؤل الجوهرية لهذه الدراسة هو: هل القانون الإداري في الجزائر: قضائي أم تشريعي؟ و عليه سنحاول في معرض الإجابة عن هذا التساؤل التطرق للمبشرين التاليين :

المبحث الأول: أسس القانون الإداري الفرنسي صنيعة القضاء الفرنسي

المبحث الثاني: إحصام القضاء الفاصل في المواد الإدارية في الجزائر عن الاجتهاد و الإبداع في مجال القانون

الإداري

المبحث الأول: أسس القانون الإداري الفرنسي صنيعة القضاء الفرنسي

لا خلاف على اعتبار القضاء من أهم مصادر القانون الإداري الفرنسي، فهذا الأخير يعمد بصفة رئيسية في وجوده و تطوره على أحكام القضاء، و مما لا شك فيه أن معظم المبادئ القانونية و النظريات الكبرى في مجال هذا القانون من خلق القضاء.

لهذا سنتعرض لأهم ما يتميز به القانون الإداري الفرنسي من خصائص عامة (مطلب أول) و

الدور الذي اضطلع به القضاء الإداري في صناعة قواعد ذلك القانون (مطلب ثان).

المطلب الأول: الخصائص العامة للقانون الإداري الفرنسي

القانون الإداري الفرنسي يتميز بخاصتين أساسيتين: الأولى تتعلق بكونه ينظم علاقات اجتماعية هي بالأساس غير متوازنة (فرع أول) و الثانية أنه بالأساس و مبدئيا قانون غير مكتوب (فرع ثان).¹

الفرع الأول: القانون الإداري الفرنسي - قانون اللاتوازن-

تساءل الفقه في فرنسا عن جدوى إنشاء فرع قانوني جديد و مختلف بجانب القانون الخاص الذي نتج عن الميراث القانوني الروماني و عن تقنيات القرن التاسع عشر، و الذي ينظم العلاقات الاقتصادية و الاجتماعية و العائلية؟

الجواب عن هذا التساؤل يكمن في أن القانون الإداري يطبق على علاقات اجتماعية لا متوازنة في الواقع، و يسعى لتحديد الضوابط و إعطائها شكل قانوني دقيق، وهو بذلك له غاية مختلفة عن غاية القانون الخاص.

الفرع الثاني: القانون الإداري الفرنسي - قانون غير مكتوب -

يقصد بالقانون المكتوب جملة القواعد التي يحددها و يسنها جهاز دستوري له صلاحية سن تلك القواعد؛ فصدور القانون المكتوب ليس مرتبط بطرف محدد أو واقعة بعينها، بل يصدر بشكل مجرد لغالبية الحالات مع الاحتياط مسبقا للصعوبات التي يمكن أن تعترض تطبيقه، في حين نقصد بالقانون غير المكتوب "القضائي" مجموع القواعد التي يستنتجها القاضي مرة بعد مرة من خلال فصله في المنازعات التي عرضت عليه.

المطلب الثاني: دور القاضي في صناعة القانون الإداري الفرنسي

القاضي في القضايا المدنية ملزم بأن يطبق النص القانوني الذي يظهر الحل الواجب الإلتباع أثناء الفصل في النزاع المعروض في ساحته القضائية، إلا أنه لا يتوقف عند مجرد تطبيق النصوص على حالها، و لكنه يقوم بتفسير النصوص التشريعية متمتعا في ذلك بنصيب من الحرية، و إذا كان هذا هو حال القاضي المدني غير أن القاضي في المنازعات الإدارية بما يمارسه من حرية في التقدير و أسلوب معين في تفسير القانون يجعل دوره أكثر وضوحا و اتساعا مقارنة بدور القاضي المدني.

هذا ما سنبينه أدناه من خلال التطرق للدور المطبق للقاضي المدني (فرع أول) و إبراز الدور الاجتهادي للقاضي الإداري (فرع ثان).

الفرع الأول: الدور المطبق للقاضي المدني - لكنه لا يخلو من الاجتهاد -

إن قواعد القانون المدني هي من وضع المشرع، والقاضي المدني مطالب بتطبيق تلك القواعد التشريعية ودوره لا يخلو من الاجتهاد، إذ وإن كانت القواعد "تشريعية" و لكن للقاضي دور تفسيري، حيث أنه يفسر النصوص لإعطاء لتلك القواعد معنى و مفهوم الذي قد لا يكون بالأساس هو مقصود أو نية المشرع ولكن يبقى المشرع هو المحدد للخطوط الأساسية، وعليه فالحلول القضائية المقدمة من طرف القاضي المدني لا تخرج عن كونها ثانوية أو مشتقة من الأولى (من القواعد التشريعية) فبالمقارنة بين القانون المدني التشريعي و القانون المدني القضائي، نجد أن هذا الأخير ما هو إلا مشتق من الأول أو مساعدا له *Déductif ou supplétif*.

الفرع الثاني: الدور الاجتهادي للقاضي الإداري الفرنسي – لكنه لا يخلو من التطبيق –

على عكس القانون المدني، تعد المبادئ الأساسية التي تشكل القانون الإداري المشترك و معانيه العامة هي بالأصل قضائية، فالقواعد المتعلقة ب : الطابع التنفيذي للقرارات، المسؤولية، العقود هي بالأساس قضائية، و لكن هذا لا يعني أن القواعد التشريعية غائبة في هذا المجال بل على العكس من ذلك فهناك عدد لا بأس به منها و هي في ازدياد مضطرد... ولكن الاجتهاد القضائي يقدم القواعد العامة المشتركة والتشريع يقدم القواعد الاستثنائية ... و للتدليل على ذلك يقدم الأستاذ "فيدال" "G. Vedel" مثال في مجال التدريس و الممارسة البيداغوجية " فأستاذ القانون المدني يبدأ التدريس بذكر جملة من النصوص القانونية في التقنين المدني... في حين يبدأ أستاذ القانون الإداري التدريس بذكر عدد من القرارات القضائية الصادرة عن محكمة التنازع أو مجلس الدولة..."²

و يضيف نقلا عن فقيه القانون المقارن "دافيد" "R. David": "إذا قام مشروع محمول بإلغاء بالجملة – و بدون أن يعوضه – التقنين المدني لن يكون هناك قانون مدني... أما إذا ألغى "القوانين الإدارية" (باستثناء مبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطة الإدارية) سيكون هناك قانون إداري أيضا بالتأكيد أقل بساطة و لكن من المحتمل أكثر ترابط و تلاحم..."³

ولذلك فان دور القضاء في صناعة أسس القانون الإداري الفرنسي لا يمكن إنكاره بأي شكل من الأشكال و هذا ما أكده الأستاذ "قودمي" "Y. Gaudemet"⁴

و في موضع آخر يبين الدور الكبير للقضاء في صناعة القاعدة القانونية⁵ و أيضا الأستاذ "دوفورج" "De Forges"⁶ و هذا ما بينه الأستاذ "شوفالي" "J. Chevallier"⁷

معنى ذلك أن هناك إجماع لدى الفقه الفرنسي بأن أسس القانون الإداري هي ذات طبيعة قضائية جعلته مختلف عن قواعد القانون الخاص، و دور القاضي الإداري أوسع من دور القاضي المدني.

و لكن كيف يتم استخلاص القاعدة القضائية؟ يجب عن ذلك "ديباش" "Debbasch" و "كولن" "Colin" حيث يرى بأن استنتاج القاعدة القضائية يكون من خلال النظر في قرارات المحاكم ... وفي أوضح الحالات، يبدو في قرار من حيث المبدأ ... إن إنشاء القانون من قبل القاضي ليس مجردا فالقاضي يعمل على سمو سيادة القانون باستخراجه من الخصائص العامة للنظام القانوني وفلسفة القانون والعلاقات بين الإدارة والمواطنين وتطور الأخلاق والتقنيات والممارسات...⁸

المطلب الثالث: دوافع وأسباب "قضائية" القانون الإداري الفرنسي

إن من بين أهم أسباب و دوافع "قضائية" القانون الإداري الفرنسي تكمن في عدم وجود تقنين إداري على غرار التقنين المدني (فرع أول) زيادة على عدم صلاحية قواعد القانون الخاص للتطبيق على النزاعات الإدارية)

فرع ثان) مع وجود سبب آخر وظيفي يتعلق بوجود اتفاق ضمني بين القضاء و الفقه الإداريين على الإبقاء على الاجتهاد القضائي المصدر الرئيس لقواعد القانون الإداري (فرع ثالث) و التي يمكن إجمالها في ما يأتي :

الفرع الأول: عدم وجود تقنين إداري على غرار التقنين المدني

طرح الأستاذ "فيدال" "G. Vedel" سؤالاً⁹ مهما و أجاب عنه، لذا يجدر بنا أن نطرحه من جديد: "ولكن يطرح تساؤل لماذا المشرع لم يهتم بوضع قانون مشترك للإدارة - شريعة عامة- كما وضع تقنين مدني؟". ويجيب عن ذلك بأن المشرع الفرنسي خلال نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ما كان يمكن أن يضع تقنيناً إدارياً لأنه وبكل بساطة تنقصه المادة التي تصلح لأن تكون محلاً لهذا التقنين... في حين أن التقنين المدني الفرنسي كان تجميع لاختيارات أو حذف لأخرى لقواعد أصلية ومعاني مختلفة ولكن كانت موجودة أصلاً... "التفكير في القانون المدني لم يكن يعني ابتكاره في حين على المستوى الإداري ابتكار تقنين كأنه اشتراط الابتكار من لا شيء".¹⁰

و هذا ما يفسر خروج تشكيل القواعد القانونية الإدارية عن ما هو معروف لدى النظام اللاتيني- لاسيما التصور الفرنسي- الذي يقوم على كون القضاة يطبقون القانون ولا يصنعون القاعدة القانونية كما هو معروف في النظام الأنجلوسكسوني، فعدم وجود تقنين إداري شبيه بالتقنين المدني دفع بمجلس الدولة لوضع مبادئ أساسية وقواعد قانونية لتطبق على نشاطات الإدارة... و أغلب تلك القواعد تم فيما بعد اعتمادها من طرف المشرع.¹¹ معنى ذلك - وفق رأي "ديباش" "Debbasch" و "كولن" "Colin" - أن الظروف التاريخية لتشكيل القانون الإداري و استقلاله عن القانون المدني ساهما في خلق فراغ، كان على القاضي الإداري ملته¹².

الفرع الثاني: عدم صلاحية تطبيق القانون الخاص على النزاعات الإدارية في فرنسا

وفق آراء بعض الفقهاء إخضاع الإدارة لقواعد القانون الخاص كان سيعطي نتائج لم تكن لتكون مرضية لا للإدارة و لا للمواطنين؛ حيث كتب الأستاذ "فيدال" "Vedel" : "لأن تطبيق تقنيات القانون الخاص كان يمكن أن تؤدي إلى نتائج مخيبة على المستوى الإداري؛ ففي مجالات مراقبة شرعية القرارات الإدارية التقنيات ما كان يمكن أن تقدم شيئاً ذو قيمة وفي مجالات أخرى مثل المسؤولية كان يمكن أن تغطي جزء بسيط من حالاته وفي حالات أخرى سيحدث الانسداد..."¹³

ويضيف "... يمكن القول أننا لا نملك الدليل العلمي المؤكد على ماذا كان يمكن أن يكون القانون الإداري المشكل منذ مائة و عشر سنوات على أساس القانون التشريعي - تقنين مدني و القوانين (الإدارية) - ولكن كل شي يدفع للقول أن هذا القانون الإداري كان سيكون أقل تلاحماً، أقل كمالاً أقل استمرارية و أقل تطوراً، وبالجملة

لم يكن ليأخذ حظا كبيرا من التفكير اللازم و عليه سيكون مضمونه أقل نفعا لتحقيق هدفه المزدوج : السير الحسن للإدارة و (حماية) حقوق، حريات و مصالح المتعاملين مع الإدارة"¹⁴

الفرع الثالث: سبب وظيفي (professionnel)

أشار له الأستاذ "B. François" "B. François" يتمثل في نوع من الاتفاق الضمني بين القضاة الإداريين و أساتذة القانون الإداري يهدف لإبقاء الاجتهاد القضائي مصدرا أساسيا للقانون الإداري بعيدا عن التشريع، ليكون لهم مجالهم الخاص بهم لا يشترك معهم فيه آخر حتى المشرع. حيث ذهب إلى القول بأن: "يبدو أن الاجتهاد القضائي في القانون الإداري هو المصدر الأساسي الذي يدعم ويبرر الاستقلالية الوظيفية، أي التمييز الذي يحدث في وقت واحد مع عالم الأشخاص العاديين (بمن فيهم المشرع) و مع المنافسين بما في ذلك في المجال القانوني".¹⁵

المطلب الرابع: جدل فقهي واسع حول "قضائية" القانون الإداري الفرنسي

كان لانحسار الطابع القضائي للقانون الإداري بسبب تدخل المشرع بسن العديد من التشريعات في مختلف مجالات القانون الإداري و بسبب القانون الأوروبي كذلك "Le droit communautaire" تأثير على الفقه الإداري و كان من بين الأوائل الذين شككوا في إمكانية استمرار الطابع "القضائي" للقانون الإداري هو الأستاذ "فيدال" "Vedel" لما نشر مقاله : "هل يمكن للقانون الإداري أن يكون قضائيا إلى أجل غير مسمى؟"، حيث بين سبب كتابة هذا المقال كما يلي : "ولكن ليس الاعتراف البسيط بالطبيعة القضائية للقانون الإداري الذي يشكل موضوع دراستنا، نود أن نضع لأنفسنا وجهة نظر أخرى ونطلب من أنفسنا ما إذا كان هذا الطابع يمكن ويجب أن يكون أبدي، أو أكثر تواضعا، عندما يتعلق الأمر بالشؤون الإنسانية، إذا كان بوسعنا وينبغي أن ننظر في التخفيف في المستقبل الذي ليس بعيدا جدا..."¹⁶

الغريب في الأمر أن الأستاذ "فيدال" "Vedel" كان من أكثر الفقهاء إشادة بإيجابيات الطابع القضائي للقانون الإداري و الذي كتب " لماذا إذن يتم استخلاف هذا الحرفي الماهر الذي هو القاضي بالهاوي ذي النية الواضحة ولكن صاحب معلومات غير دقيقة و غير ماهر الذي هو المشرع ؟ "¹⁷

غير أن هذا الفقيه طالب بوضع حد لهذا الطابع القضائي ولكن عن طريق صهر ما توصل إليه القضاة في قالب تشريعي، فكتب : "ولكن إذا كان الأمر كذلك، إذا كانت القضائية هي بالفعل القانون الداخلي عند القاضي، لماذا لا يتم تخريج ذلك ؟ لماذا لا يمكن فعل هناك أو المكتسب الذي لا رجعة فيه والأساسي و هو القانون السليم للكافة ؟ "¹⁸

انحسار الطبيعة القضائية للقانون الإداري دفع أيضا بـ: "لورنس" François Lorens للتساؤل إذا ما كان قانون العقود الإدارية ذو طبيعة قضائية أم لا ؟ و هذا من خلال نشره لمقال له بعنوان : " قانون العقود الإدارية هو أساسا قانون قضائيا " .¹⁹

حيث بين أن هناك عددا معتبرا من القوانين أو التنظيمات المنظمة للعقود الإدارية فلم يعد للقواعد القضائية إلا دورا ثانويا؛ وهذا ما أشار له "غودمي" "Y. Gaudemet" في مقال له بعنوان: " قانون العقود الإدارية، قانون خارج نطاق التشريع " .²⁰

و لكن بالنسبة لـ "فريي" "Pierre-Laurent Frier" يبقى قانون العقود الإدارية و نظام القرارات الإدارية قائمان بالأساس على القرارات القضائية الكبرى لمجلس الدولة²¹، غير أنه من الملاحظ انحسار خاصية القضائية لمعظم فروع القانون الإداري، حيث عرفت فرنسا حركة واسعة لتقنين الاجتهادات القضائية الإدارية²² و إصدار جملة من التشريعات المنظمة للأنشطة الإدارية ... من ذلك قانون الوظيفة العمومية و قانون التعمير و القانون البيئي ... و الأمر ذاته بالنسبة للمنازعات الإدارية... و هكذا معظم فروع القانون الإداري، و ما تبقى إلا مجال المسؤولية الإدارية.²³

وهناك من الفقهاء من انتقد القانون الإداري " القضائي " لأنه "غير ديمقراطي" حيث أنه يكون مصدرا لقواعد قانونية لديها نفس القوة والقيمة التي تتمتع بها القواعد التشريعية من دون موافقة ممثلي الأمة و هذا ما يجعل هذا القانون الإداري غير شرعي.²⁴

و هناك من أثار مسألة أن القانون القضائي "سري" "secret ou confidentiel" أي لا يفهمه إلا رجال القضاء و القانون المتخصصون وكأنه قانون مشفر... لكن المعروف أن القضاء الإداري يمارس وظيفته في وضوح النهار و قراراته منشورة و مشروحة، أما القول بأنه لا يمكن أن يفهم إلا من طرف القانونيين... فهذا شأن كل القوانين.²⁵

و هناك من أثار مسألة أن القانون القضائي يمس بمبدأ عدم رجعية القوانين، حيث أن تشكل القاعدة "القضائية" تأتي بعد حدوث النزاع الذي ستطبق عليه.

و أجمل "غودمي" "Y. Gaudemet" الانتقادات الموجهة للطابع القضائي للقانون الإداري في عدم الوضوح وانعدام السلامة التي يضمنها التشريع.²⁶

و لكن الأمر غير كذلك بالنسبة لـ "مولري" "F. Melleray" الذي عبر عن استيائه من هيمنة التشريع على القانون الإداري و انحسار طابعه القضائي، بحجة تبسيط القانون الإداري وجعله في متناول الجميع، و لكن -

بالنسبة له- زاد التشريع في تعقيده، وجاء عنوان مقاله معبرا عن ذلك : " هل يجب أن يعود القانون الإداري إلى القضاء ؟ "

حيث ابرز "مولري" "F. Melleray" أن حركة كتابة القانون الإداري زادت في صعوبته²⁷ و غموضه حتى أن الأستاذان "غنود" و "جوانجان" "P. Gonod" et "O. Jouanjan" وافقاه على هذا التحليل، حيث أن القوانين التي سنت من أجل تقنين بعض من فروع القانون الإداري كانت سيئة للغاية و زادت بحق من تعقيده²⁸.

و يبرز "مولري" "F. Melleray" في مقاله السابق الذكر الجدل الحاصل بين فقهاء القانون الإداري حول طبيعته "القضائية" ليقرر مسألتين²⁹ :

- الأولى: و هي عند تصفح معظم الكتب التي تتناول بالدراسة القانون الإداري مثل: كتب Chapus, Gaudemet, Seiller, سيتضح أن القانون الإداري الفرنسي مازال "أساسيا" و الجانب المهم "قضائي".

- الثانية: و هي أن هذا التحليل شبه المجمع عليه لا يتماشى بشكل جيد مع ملاحظة أخرى من طرف كل الكتاب و هي التحول الظاهر لمصادر القانون الإداري باتجاه القانون المكتوب و هذا بالأخص ابتداء من بداية سنوات السبعينات، فالمرحلة إذن هي مرحلة إحداث التوازن بين مختلف مصادر القانون الإداري. و هذا ما جعله يعرض فرضيتين اثنتين: الأولى هي أن القانون الإداري سائر نحو القانون المكتوب و الثانية أن القانون الإداري هو دائما أساسيا قانون قضائي.

فالأولى تفيد جملة القواعد القانونية الخاصة (spéciales) المطبقة على الإدارة و الثانية تفيد جملة المفاهيم الأولية والأطر الأساسية لفهم المادة، حيث لا بد من الانغماس كلية في قراءة و تحليل القرارات القضائية الكبرى لفهم القانون الإداري، و بهذا يمكن إزاحة التناقض الحاصل بين الفرضيتين.³⁰

المبحث الثاني: إجمام القضاء الفاصل في المواد الإدارية في الجزائر عن الاجتهاد و الإبداع في مجال القانون الإداري

خلافا لمغالطات بعض أساتذة القانون الإداري في الجزائر حول الطبيعة القضائية لهذا القانون فلا القضاء الجزائري متخصصا في المادة الإدارية، و ذلك ما نلاحظه من خلال تحليل أهم قراراته القضائية لذلك سنبين متى يمكن القول بأن قانون ما " قضائيا " (مطلب أول) و البحث في مدى اعتبار القانون الإداري الجزائري " قضائيا " (مطلب ثان).

المطلب الأول: مدى اعتبار قانون ما قانون قضائي

حتى يمكن اعتبار قانون ما " قضائي " لا بد أن يكون للقضاء دورا بارزا في وضع القواعد التي تشكله أو على الأقل وضع الأسس والأطر اللازمة له والاستمرار في تجديدها.

و يستدعي هذا الأمر وجود إطارات قضائية كفئة قادرة على الإبداع، و لا تحجم عن الاجتهاد لما تتاح لها الفرصة أو يستدعي الأمر ذلك، فتصدر ما يسمى بالقرارات القضائية الكبرى³¹ والتي يعرفها "Guy Braibant" بأنها تتدخل في مجالات مهمة للقانون ... و كونها يمكن أن تحدث تغييرات في الإدارة أو في المجتمع كما يضع مبدءا جديدا أو يطبق مبدءا تقليدي على مسائل جديدة.³²

معنى ذلك أن القانون " القضائي " هو صنيعه قضاء يتمتعون بدور مميز مختلف كثيرا عن دور قضاة القانون الخاص الذي 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 أساسا من قاعدة تشريعية.

المطلب الثاني: مدى اعتبار القانون الإداري في الجزائر قضائي

إن البحث في مسألة مدى اعتبار القانون الإداري في الجزائر ذو طبيعة قضائية أم لا ، في حقيقة الأمر فالدارس للقرارات القضائية الصادرة عن الهيئات القضائية الإدارية يجدها لا تحتوي على اجتهاد ذي قيمة إبداعية أو إنشائية، ذلك لأخذ القانون التشريعي الإداري حيزا كبيرا، و لما تتاح الفرصة لوجود غموض أو نقص في القانون التشريعي تحجم تلك الهيئات عن الاجتهاد و سنين ذلك من خلال بعض القرارات القضائية التي توضح من دون أدنى شك الارتباط الدائم للقضاة بالتشريع على حساب أي جهد في سبل الاجتهاد (فرع أول) و تطبيق هؤلاء القضاة لنصوص القانون المدني من دون أي حاجة (فرع ثان).

الفرع الأول: فرص ضائعة للإبداع و الاجتهاد "ارتباط دائم و مستمر بالتشريع"

في هذا الفرع سيتم استعراض قراراتين الأول صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (أولا) و الثاني قرار صادر عن المجلس الدولة الجزائري (ثانيا) لتبيان مدى تأثير القضاة الفاصلين في النزاعات الإدارية في الجزائر بالتشريع في غياب أي إمكانية للاجتهاد.

أولا: قرار 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 يتحدد شروط قبوله في القانون.

حيث أن قضاء الدرجة الثانية يختار من بين الحلول المتوفرة طريقة التفكير على أساس القياس من خلال جعل الحالة الخاضعة للفقرة الرابعة من المادة 169 مكرر من ق إ م تشمل الحالة القانونية المعروضة عليه...³³.
فالملاحظ على هذا القرار أن قضاة الدرجة الثانية أعابوا على قضاة الدرجة الأولى عدم الاجتهاد في المسألة مادام أن المشرع قد سكت، و لذلك تصدوا هم للاجتهاد و كان من المنتظر أن يؤسسوا لقاعدة جديدة يمكن أن يأخذ بها المشرع في المرة القادمة للتشريع، و لكن القضاة ما كان لهم ذلك الإقدام اللازم للاجتهاد و رفضوا إنشاء قاعدة معيارية و لم يبتعدوا عن النص الأساسي و لا أن يخلوا محل إرادة المشرع³⁴ فكان دورهم دور قضاة القانون الخاص لا غير.

ثانيا: قرار صادر عن مجلس الدولة " رئيس مندوبية التنفيذية لبلدية عن أزال ضد عربة الطاهر و من معه" بتاريخ 8 مارس 1999.

بالرجوع إلى أدلة الملف يتبين بأن مسؤولية البلدية قائمة بحيث أن أشغال حفر الحفرة كانت تحت إدارة البلدية، و أن البلدية هي التي رخصت بها سكان القرية لجمع القمامة.
حيث كان يجب على المندوبية التنفيذية لبلدية عين أزال 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 ولاسيما على الأشخاص 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...³⁵.
ففي هذا القرار أقيم المجلس مسؤولية البلدية 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 لا غير، والمتماشي مع التطور الحاصل في مجال المسؤولية الإدارية هذا ما يشكل ارتداد عن ما قرره الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى غداة الاستقلال بتاريخ 1965/12/3 " حطاب ضد الدولة " حيث أن سبب الأخطار التي يمثلها وجود تلك المنشآت فإن الإدارة مسؤولة و لو في غياب الخطأ عن الإضرار الحاصلة و التي لا يمكن إعفائها منها إلا في حالة القوة القاهرة و خطأ الضحية و هذا القرار جاء متماشي مع ما قرره مجلس الدولة الفرنسي.³⁶

الفرع الثاني: تطبيق لقواعد القانون المدني من دون حاجة

إن عدم استخدام قضاة النزاعات الإدارية في الجزائر لمكنة الاجتهاد حتى في حالة غيبة نص تشريعي إداري، أدى بهم في غالب الحالات إلى الالتجاء إلى تطبيق نصوص القانون المدني حتى في غير حاجة لها مقارنة مع الفكرة التي يقوم عليها التصور الفرنسي و هي استقلالية القانون الإداري و هو ما سيتم توضيحه من خلال إحدى قرارات مجلس الدولة الجزائري (أولا) و تقرير لمفوض الحكومة الفرنسي " ريفي " (ثانيا).

أولاً: قرار صادر عن مجلس الدولة "المديرية العامة للأمن الوطني/ أرملة لشاني و من معه بتاريخ 1999/2/1.

"حيث أن المستأنف يستند في طلبه لإعفائه من المسؤولية على كون شلاي عبد الرحمن الشرطي السابق لم يكن في خدمته أثناء الوقائع بل كان في جولة غير شرعية بسبب إهماله لمنصب عمله، كما كانت له كامل السلطة في استعمال سلاحه، ولكن حيث إن المادة 136 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري تنص على أن المتبوع مسئول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. وحيث إن هذا يجعل مديرية الأمن الوطنية هي المتبوع مسئولة عن عمل تابعها غير المشروع.³⁷

فالأمر المستغرب هنا هو أن القاضي لم يستخدم مكنة الاجتهاد مادام ليس هناك نص قانوني "إداريا" وإنما لجأ إلى قواعد القانون المدني... و من المعلوم أن قواعد القانون المدني تحكم علاقات قانونية لأطراف لها نفس المراكز القانونية (ابتداء) في حين أن الإدارة باعتبارها راعية للمصلحة العامة فهي لها مركزا ممتازا بالمقارنة مع الأفراد (في هذه الحالة بالذات، فإن كان لها نفس المركز كالأفراد فالمختص في الفصل في النزاع هو القضاء العادي و ليس الإداري) لأن القاضي الإداري لما يجتهد لإيجاد حلولا -في غياب نص تشريعي- يكون حرا و لا يتقيد بقواعد القانون الخاص في استنتاج قواعد القانون الإداري وذلك حسب الاحتياجات الخاصة للحياة الإدارية.

ثانيا: التصور الفرنسي " فكرة استقلالية القانون الإداري الفرنسي "

إن التصور الفرنسي القائم على فكرة استقلالية القانون الإداري لأن القواعد الخاصة به ليست استثناء عن قواعد القانون الخاص، هذا التصور يظهر بشكل واضح في تقرير مفوض الحكومة لمجلس الدولة الفرنسي " ريفي"³⁸ و من أهم ما جاء فيه أنه: " إذا كان مهما بالنسبة لكم (قضاة إداريين) تطبيق أحكام التقنين المدني مثلما تطبقه المحاكم العادية في مسألة دفع باقي الثمن، لا يجب أن تفصلوا في نزاع أحد أطرافه الدولة و ليس نزاع بين أفراد فقط...قراركم يمكن أن يكون مستوحى من مبادئ مختلفة... أنتم أحرار في اجتهادكم القضائي، عليكم ابتكار تلك الاجتهادات ... و لا تستخدموا قواعد التقنين المدني إلا في حالة توافق هذه القواعد مع الحياة الجماعية..."

الفرع الثالث: الاستناد لاجتهادات قضائية - فرنسية منشأة أم جزائرية مقلدة-

إن ما يمكن الإشارة إليه فيما يبت فيه القضاة الفاصلين في المادة الإدارية عدم استقرارهم على نمط معين حال فصلهم فيما يعرض عليهم من نزاعات إدارية، حيث تتميز بالتذبذب و التناقضات و تلك سمة القضاء الفاصل في المادة الإدارية، و من الغريب أن نجد ذلك القضاء في إحدى قراراته يشير إلى أنه من الثابت قضائيا و هو أمر غير مفهوم، ذلك ما سيتم التعرض إليه في قرار لمجلس الدولة الجزائري (أولاً) و تحليل مضمونه (ثانياً).

أولاً: في قرار مجلس الدولة "وزارة الدفاع/ ورثة ب." الصادر بتاريخ 1999/3/8

"حيث ثابت بان رجال الدرك الوطني كانوا مسلحين بأسلحة خطيرة و ثقيلة تشكل خطراً بالنسبة للغير، حيث أنه بغض النظر عن الخطأ المرتكب من طرف أعوان الدولة في أداء مهامهم في دعوى الحال و الذين لم يقوموا بالتحذيرات الواجبة، فإنه من الثابت قضائياً بأن نظرية الخطر بالنسبة لأعوان الدولة عند استعمالهم للأسلحة النارية، قد تحمل الدولة المسؤولية في حالة إلحاق ضرر بالغير، و عليه فإن دفع المستأنف بإعفائه من المسؤولية بسبب خطأ الضحية دفع غير سديد يتعين رفضه، و القول بأن قضاة الدرجة الأولى قد أصابوا، و ينبغي تأييد القرار."³⁹

ثانياً: تحليل مضمون القرار

الحاصل في هذا القرار هو اعتماد القضاة على ما " ثبت قضائياً "... والسؤال المطروح هنا أي قضاء يقصد قضاء مجلس الدولة الفرنسي أم قضاء مجلس الدولة الجزائري؟؟ وكأن القضاء لديه إمكانية إنشاء قواعد قانونية " قضائية " ومنها ما قد استقر وثبت فجاء هذا القرار آخذاً بما!

غير أن الأمر أعتقد أنه ينصرف لما هو معروف في النظرية العامة للمسؤولية الإدارية والتي أسس لها قضائياً مجلس الدولة الفرنسي... وهو ما يؤكد عدم استقرار القضاء الجزائري الفاصل في المادة الإدارية على مبادئ قضائية تميز قضائه من جهة، واضطرابه وتناقضه في كثير من قراراته من جهة أخرى.

الفرع الرابع: الخروج عن النظرية العامة "القضائية" لتتبع خطى المشرع وإن سكت

ما يؤكد ما ذهبنا إليه سابقاً بصدد إحجام القضاء الجزائري الفاصل في المادة الإدارية عن أي اجتهاد، واكتفائه بالدور المطبق المعروف لدى القاضي العادي هو تتبعه المطلق لآثر المشرع حتى في حالة سكوته، وهو ما تبرزه إحدى قرارات محكمة التنازع

في قرار صادر عن محكمة التنازع بلدية حمام النبايل / صاحب مكتبة، صادر بتاريخ 2005 /07/17

"... و إنه و بعبارة أخرى يبقى المعيار العضوي المبدأ و المعيار المادي الاستثناء و بالتالي يتعين التصريح باختصاص الجهة القضائية التابعة للقضاء الإداري للفصل في النزاع وبالنتيجة إبطال القرار المصرح بعدم الاختصاص ... م 1 : قبول العريضة

م 2 : معاينة وجود تنازع سلبي في الاختصاص بين القرار الصادر بتاريخ 2000/3/14 عند الفصل في القضايا المدنية و القرار الصادر بتاريخ 2002/05/7 عند الفصل في القضايا الإدارية لمجلس قضاء قلعة.

م 3: القرار الصادر بتاريخ 2002/05/7 عند الفصل في القضايا الإدارية لمجلس قضاء قلعة هو قرار باطل و عديم الأثر.

م 4 : إحالة القضية والأطراف إلى مجلس قضاء قلما الفاصل في القضايا لإدارية للفصل في القضية برمتها من جديد...⁴⁰

من المعلوم في النظرية العامة للعقود الإدارية⁴¹ أنه في حالة كان موضوع العقد ليس ذا قيمة مالية كبيرة و لم ينص المشرع على أنه إداري و لم يخضع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية لاسيما اعتماد دفتر شروط؛ أي يخضع للتراضي و التفاوض المباشر يكون عقدا من عقود القانون الخاص وينظر في المنازعات المتعلقة به القضاء العادي، ولا يهم بعد ذلك كون أحد أطرافه شخص عام، و ربما هذا الذي فهمه قضاء الدرجة الأولى الفاصل في المواد الإدارية لمجلس قضاء قلما.

و لكن في هذا القرار لمحكمة التنازع نجد أن القضاة رفضوا الاجتهاد والتزموا بما نصت عليه النصوص التشريعية من أنه لما يكون شخص عام طرف في نزاع ما يفصل في هذا النزاع القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي، فالمشرع هو الذي وضع المبدأ و الاستثناء و ليس للقضاة أن يجتهدوا في المسألة، و هذا تأكيد على أن القانون الإداري في الجزائر (في مجال المنازعات) هو تشريعي و ليس قضائي، و تجاوز للنظرية العامة التي تقبل أن يبرم أشخاص عامة عقود خاصة - من المفروض ينظر في منازعاتها القضاء العادي- و تقبل أيضا أن يبرم أشخاص خاصة عقود إدارية لما يكون احد أطرافها يعمل لحساب أو باسم شخص عام و من المفروض أن ينظر في منازعاتها القضاء الإداري.⁴²

و تدخل المشرع الجزائري في مجالات القانون الإداري بجميع فروعه ليس بمستغرب و هو ما أشار له أحد أساتذة القانون الإداري في الجزائر⁴³ وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن أهمية و جدوى تدريس النظرية العامة للعقود الإدارية التي هي نتاج اجتهادات قضائية (قانون قضائي)؟.

المطلب الثالث: أسباب و آثار غياب خاصية "القضائية" عن القانون الإداري في الجزائر

إن غياب أو انعدام خاصية "القضائية" في القانون الإداري الجزائري يعود بالأساس إلى مجموعة من الأسباب (فرع أول) تترب عليه عدد من الآثار (فرع ثان).

الفرع الأول: الأسباب

تتلخص أهم الأسباب التي كانت عاملا حاسما في غياب خاصية "القضائية" عن القانون الإداري الجزائري فيما يلي:

أولا: اختلاف الظروف التاريخية لتشكيل النظام القانوني الجزائري -بالأخص الفرع الإداري- عن الظروف التاريخية لتشكيل القانون الإداري في فرنسا و التي سبق و أن تم شرحها.

ثانيا: بعد الاستقلال حاول المشرع 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 لأن تضطلع بالاجتهاد القضائي المنشئ للقاعدة القانونية بجانب القاعدة التشريعية، وهي التي رسمت الطريق من بعد.

رابعا: صادف تشكل النظام القانوني الجزائري حركة قوية في فرنسا لأجل تقنين القانون الإداري و انحسار الطابع القضائي للقانون الإداري، و يكون قد تأثر واقتنع بالانتقادات التي وجهها بعض الفقهاء للطبيعة " القضائية " للقانون الإداري و التي سبق و أن بينها في الأعلى و التي يمكن في عدم الوضوح وانعدام السلامة لكون القاعدة القضائية رجعية، و هذا على عكس المزايا التي يحققها التشريع.

خامسا: تدخل المشرع الجزائري بالتشريع في جميع فروع القانون الإداري، و مع ذلك تبقى مسائل يمكن للقاضي أن يتدخل للاجتهاد فيها لاسيما و أن المسائل التي يحكمها القانون الإداري سريعة التطور.

الفرع الثاني: الآثار

تتلخص أهم الآثار و النتائج التي ترتبت على غياب خاصية " القضائية " عن القانون الإداري الجزائري فيما يأتي:

أولا: لا يمكن أن نتحدث عن قانون إداري جزائري قضائي لا في أسسه و لا في تقنياته؛ لهيمنة القاعدة التشريعية على القانون الإداري في الجزائر و لعدم وجود قضاء إداري له الإمكانية لابتكار قاعدة قانونية خارج الإطار التشريعي.

ثانيا: عدم تحقيق السير الحسن للإدارة و حماية حقوق و مصالح المتعاملين مع الإدارة بالشكل اللازم؛ لأنه و كما اشرنا في السابق لا بد أن يكون للقاضي هامش أكبر للاجتهاد أكبر من 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 و متكيف مع متطلبات الحياة الإدارية.

خاتمة:

بالرغم من ما يتميز به القانون الإداري الفرنسي من خاصية " القضائية " و الدور الاجتهادي الخلاق الذي يلعبه ذلك القضاء في ابتكار قواعد القانون الإداري في ظل محدودية النص التشريعي و غيابه في كثير من المجالات؛ ويعود ذلك أساسا لما ميز التاريخ الإداري و السياسي الفرنسي، و مهما كانت تلك الانتقادات الفقهية - المشار إليها - بخصوص تلك الخاصية " القضائية " إلا أن القاضي الإداري الفرنسي لم يستسلم لتلك القفزات

الثورية المتتالية بترجمته تلك العيوب الدستورية التي كانت بالإمكان أن تؤثر على المبادئ الأساسية للقانون الإداري نحو الاستقرار و الاستمرارية و التطور الإيجابي غير أنه يمكن للمرء أن يتساءل ما إذا كان الطابع القضائي سيصمد أكثر في المستقبل مقارنة بالماضي.

أما عن القانون الإداري الجزائري و وصفه بالطابع القضائي فهذا أمر يجافي الحقيقة و ذلك ما تؤكدته النصوص التشريعية سواء في شقها الموضوعي أو حتى الإجرائي من جهة و واقع الممارسة القضائية في الجزائر الذي يعتمد بصفة تكاد تكون شبه كلية على النصوص المدنية، في غياب كلي لأي ابتكار أو إبداع من جهة أخرى، و هذا ما يتناقض مع توجهات غالبية الفقه الإداري الجزائري⁴⁴ الذي يعمل على ترسيخ اعتقادا أكاديميا خاطئ عندما يستوحي نظريات من القانون الإداري الفرنسي على حساب خصوصية وضع هذا القانون في الجزائر و ما يتميز به من ميزات مختلفة تماما عن نظيرتها الفرنسية لا سيما فيما يتعلق بطابعه التشريعي المحض و انعدام الخاصية " القضائية " التي على أساسها تم بناء القانون الإداري التقليدي.

لهذا فإن أهم ما يمكن أن تقترحه هذه الدراسة الموجزة في نهايتها هو العمل على تأصيل دور القاضي الجزائري الفاصل في المادة الإدارية بضمان تكوينه المستمر والمنتظم، و خاصة ضرورة تكثيف اللقاءات العلمية بين أهل الاختصاص بغية إعادة النظر في برنامج تدريس مادة القانون الإداري بما يتماشى و واقع الممارسة القضائية في الجزائر.

الهوامش:

1- Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, LGDJ, Paris, Tome 1, 16ème édition, 2001, pp. 3-5

2 -G.Vedel, " Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", ECDE, 1979-1980, n° 31, p.32

3-" Si un législateur frappé de démence abrogeait en bloc-sans le remplacer- le code civil, il n'y 'aurait plus droit civil. Mais si, non moins dément, il abrogeait en bloc les "lois administratives" (à l'exception du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires), il y aurait encore un droit administratif, sûrement plus simple et peut être plus cohérent... "- Ibid.

4-" Le droit administratif se distingue encore du droit privé par la place faite à la source jurisprudentielle, au moins dans l'histoire et au moment où se sont mis en place les principes de base de la matière." - Yves Gaudemet, op-cit, p. 5

5-" Mais le plus frappant est la constitution complète de règles et théories dégagées uniquement par le juge. On peut citer à titre d'exemple : la théorie de la responsabilité administrative, la théorie du pouvoir e police, la théorie du recours pour excès de pouvoir..." - Yves Gaudemet, Droit administratif, LGDJ, 19ème éd. Paris, 2010, p. 14

6-"Un droit prétorien : on veut dire par là que les principales règles du droit administratif sont issues de la jurisprudence du Conseil d'Etat".

- Jean-Michel De Forges, Droit administratif, PUF, Paris, 1991, p. 12

7- " La structuration du droit administratif a été durablement modelée par le poids particulier conquis par la jurisprudence : en l'absence de textes généraux, c'est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels s'est réellement construit le droit administratif ; et ce travail fondateur dotant la jurisprudence d'un prestige sans égal a laissé

- Y. Poirmeur, et E. Fayet, "La doctrine administrative et le juge "des traces profondes... administratif" , in Le droit administratif en mutation, PUF, Paris, 1993, p.105

8-" La constatation de la règle jurisprudentiel s'opère à partir de l'examen des décisions de justice ... Dans le cas le plus clair, elle figure dans un arrêt de principe... La création du droit par le juge n'est pas abstraite. Le juge forge la règle de droit en l'extrayant des caractères généraux du système juridique, de la philosophie de droit , des rapports entre l'administration et les citoyens, de l'évolution des mœurs , des techniques et des pratiques..."

- C. Debbasch, F. Colin, Droit administratif, Ed. Economica, Paris, 2004, p. 98

9- G. Vedel, Art-cit, p. 34

10- "Penser le droit civil, ce n'était pas le créer. Mais une œuvre qui, sur le plan administratif, eut été le pendant du code civil aurait presque exigé une création *ex nihilo*.- "Idem.

11- J-M. De Forges, op-cit, p.12

12-C. Debbasch, F. Colin, op-cit, p. 97

13-G. Vedel, Art-cit, p. 33

14- G. Vedel, Art-cit, p. 34

15-"La jurisprudence dans le droit administratif apparait comme la ressource essentielle qui fonde et justifie à la fois une autonomie professionnelle, c'est-à-dire la distinction qui s'opère simultanément avec l'univers des profanes (y compris le législateur) et avec celui des concurrents y compris dans le champ juridique".

- Bastien François, " Du juridictionnel au juridique", in Droit et politique, PUF, Paris, 1993, pp. 212-213

16-" Mais ce n'est pas la constatation banale du caractère jurisprudentiel du droit administratif qui forme l'objet de notre étude. Nous voudrions nous placer à un autre point de vue et nous demander si ce caractère peut et doit être éternel ou, plus modestement, s'agissant d'affaires humaines, si l'on peut et si l'on doit envisager l'atténuation dans un avenir qui ne soit pas trop éloigné..."

- G. Vedel, art-cit p. 32

17-Ibidem, p. 41

18- Ibidem, p.44

19- Cité par F. Melleray, " Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ?", AJDA 2005,p. 637

20- Cité par F. Melleray, art-cit.

21 -Idem.

22- Selon Y. Gaudemet , " la codification administrative a été confiée à une commission supérieure de codification, créée par un décret du 12/09/1989, pour succéder à l'ancienne commission de codification "chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires" qui avait été instituée par un décret du 10/05/1948."

Y. Gaudemet, Droit administratif, op-cit, p. 15

23 - Idem.

24 - ولكن هذا الوصف حسب العميد "فيدال" "Vedel" يظهر أنه غير مؤسس لأن:

القاضي ملزم بالفصل في النزاع المطروح أمامه بالرغم من سكوت، غموض، أو عدم كفاية القانون و هذا تحت طائلة قانون العقوبات و ذلك ليس فقط تفسير القانون و إنما تعويضه.

هل أخترق مبدأ الديمقراطية؟ الجواب سيكون ب: " لا " لسببين :

الأول : أن هذه سلطة الاجتهاد القضائي مقبولة و تدخل في الإطار المؤسساتي السياسي و القانوني

الثاني: أن القاضي الإداري لم يظهر بمظهر المدعي المالك لحق طبيعي في هذا المجال

25- G. Vedel, art-cit, p. 37

26- Y. Gaudemet, op-cit, pp.5-6

27 - و يدلل "مولري ب" "موريس هوريو" "Hauriou" لما علق على القرار الصادر عن مجلس الدولة سنوات 1920

(Dame Cachet) الذي أشار إلى أن نظام سحب القرارات الإدارية هو من بين الأمثلة الأكثر وضوحا لسلطة الإنشاء

لمجلس الدولة ... و لكن قانون 9 ديسمبر 2004 في مادته الثانية أعطى الحق للحكومة لاتخاذ التدابير اللازمة لتوحيد قواعد

سحب القرارات الإدارية بهدف التبسيط و تحقيق السلامة القانونية... فهذه المثال يتجاوز موضوع السحب ... حيث إننا نقنن

القانون الإداري لأجل تبسيطه و تحديثه... - Fabrice Melleray, art-cit

28 -P. Gonod et O. Jouanjan, "A propos des sources du droit administratif", AJDA2005, p.992

Par contre ils ont critiqué sa conception : " Notre propos n a donc pas pour objet de contester,

dans son ensemble, le bilan dressé dans cette étude, mais seulement d'exprimer un regret. Il

nous semble que le débat autour du caractère plus ou moins jurisprudentiel du droit

administratif reste attaché à des conceptions très traditionnelles et passablement vieilles."

- P. Gonod et O. Jouanjan, art-cit.

29- Fabrice Melleray, art-cit.

30- Idem.

31- "Un grand arrêt, c'est tout à la fois : un nom, une date, une anecdote, une solution, une opinion, une postérité... c'est dans leur familiarité que tout spectateur du droit administratif se trouve appelé à vivre ..."

- F. Gazier, "Le cœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence", EDCE, 1956,p. 157,

cité par Y. Poirneur, et E. Fayet, "La doctrine administrative et le juge administratif" , in Le droit administratif en mutation, PUF, Paris, 1993, p.106

32- "Un grand arrêt doit intervenir dans un champ portant du droit. Il se caractérise par l'importance intrinsèque de la question qu' il tranche. C'est un grand arrêt par ses

conséquences, susceptible de susciter des réformes ou des modifications dans l'administration

ou dans la société. L arrêt peut être grand aussi par l'importance de son innovation parce qu'il

pose un principe nouveau ou applique un principe traditionnel à des matières nouvelles

- Guy Braibant, "Qu'est-ce qu'un grand arrêt?", AJDA2006, p.1428

33- عبد الحفيظ مختاري، "التعليق على قرار 1972/12/7" صمت القانون التفسير، دور القاضي"، مجلة مجلس الدولة

العدد1، 2002، ص 59 – 64.

34- المرجع نفسه.

35- نقلا عن: لحسين بن الشيخ اث ملويا، "نظام المسؤولية في القانون الإداري"، دار الهدى، عين مليلة، 2013، ص 31.

36- نفس المرجع، ص 29.

37 - القانون رقم: 10 /05 المؤرخ في: 20 يونيو 2005، ج.ر.ع: 44، مؤرخة في: 26 يونيو 2005، المعدل و المتمم

للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

- نقلا عن: لحسن بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص 80 .

38-« Rivet » « Commissaire du gouvernement » L'affaire Savonneries Henri Olive

(C.E., 25 nov. 1921, R.D.P. 1922, p.107) : « S'il est intéressant pour vous (juges administratifs) de connaitre les applications que font du code civil, en matière de paiement de l'indu, les tribunaux judiciaires, vous ne sauriez oublier qu'ayant à trancher non un litige entre particuliers , mais un litige où l'Etat est partie, votre décision peut s'inspirer de principes différents... **vous êtes maître de votre jurisprudence. A vous de la créer** ...en ne retenant les règles du code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec la nécessités de la vie collective... »

- Yves Gaudemet, op-cit, p.26

39- نقلا عن: لحسن بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص 83.

40 -مجلة مجلس الدولة، العدد 8 لسنة 2006، ص 250-255.

41- J-M. De Forges, op-cit, p.32 et p. 72

42 -Y. Gaudemet, a écrit " Tous les contrats de l'administration ne sont pas des contrats administratif..." s"il est donc essentiel de demander, en présence d'un contrat conclu par l'administration, s'il s'agit d'un contrat administratif proprement dit ou d'un contrat de droit commun. Certains de ces contrats sont toujours des contrats administratifs...Mais d'autres types de contrats et des plus importants (fournitures, services...) **peuvent être selon le cas, administratifs ou de droit commun;** c'est pour eux que **la jurisprudence a dû dégager des critères du contrat administratif.**" Y. Gaudemet, traité de droit administratif, op-cit, p. 673

43-" Après un rappel des fondamentaux de la théorie classique, œuvre de la jurisprudence française systématisée par la doctrine, Ahmed Mahiou exposait la crise du critère du contrat administratif avant de souligner que **(ces problèmes liés à la théorie classique du contrat ne se posent pas tous en Algérie en raison ... de l'intervention du législateur "**

- C. Bennadji, "Réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie", in Y. Benachour, J. Henri, R. Mehdi (sous direction), Le débat juridique au Maghreb, Publisud-Iremam, Paris, 2009, p. 101

44- حيث يتحدث البعض و منهم: د/ عمار بوضياف تحت عنوان المبحث الثالث: التعدي الدستوري لسنة 1996 تبني

ازدواجية القضاء (من 1996 إلى غاية الآن) و يشير في عنوان فرعي " من حيث القانون الواجب التطبيق" إلى أن القاضي الإداري قاضيا منشأ.

- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، جسر للنشر و التوزيع، ط2، الجزائر، 2008، ص 83.