

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

أ. شفاف ابتسام فاطمة الزهراء

أستاذة مؤقتة وباحثة في صف الدكتوراه،

قسم القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.

أ. خضرون عطاء لله

أستاذ مؤقت وباحث في صف الدكتوراه، تخصص القانون العام،

جامعة عمار ثليجي، الأغواط

ملخص:

إذا كانت مهمة القضاة بصفة عامة، تنحصر في الفصل في المنازعات المعروضة عليهم بما تقتضيه القواعد القانونية الموجودة، فإن القاضي الإداري، كغيره من القضاة، قد يجد نفسه أمام منازعة بدون نص يحكمها إلا أن هذا الأخير يضطر إلى الاجتهاد لإيجاد حل لها، حتى لا يوصف بإنكاره للعدالة، وفي هذه الحالة يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعاً" يحل قضاؤه كل القانون. الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري، الاجتهاد القضائي، القاعدة القانونية، القرار المبدئي.

Résumé :

La tâche du juge administratif, comme le juge civil et constitutionnel, consiste à trancher des litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, or, il était très fréquent, qu'aucun texte n'eut prévu le litige soumis au juge administratif. Celui-ci, pourtant, ne peut s'abstenir de juger car le refus de statuer sur un litige est un déni de justice. Dès lors, le juge administratif n'avait qu'une ressource : la jurisprudence, il se comporte en législateur, formule lui-même des règles de droit, à l'instar de la loi.

Mots clés : _juge administratif, jurisprudence, règle de droit, arrêt de principe.

Abstract :

The judges rule on disputes in conformity with existing legal rules. However, the situation may arise in which there is no express law. The jurisprudence allows the judge to answer the question and avoid being in denied of justice. The creation of new legal rules gives the judge authority of a legislator whose ruling is askin to law.

Keywords : _administrative judge, jurisprudence, legal rule, judgement of principle.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

مقدمة:

إن النظام القانوني يشتمل على العديد من القواعد القانونية وهذه القواعد لا تحتل مرتبة واحدة ولا تتساوى في القيمة وإنما تشكل ما يعرف بتدرج القواعد القانونية. والنتيجة المرتبة على هذا التدرج وجوب خضوع كل قاعدة-شكلا وموضوعا- للقواعد التي تسمو عليها في المرتبة، فكل قاعدة في الهرم القانوني تكون مقيدة بما يعلوها وتقيد هي القاعدة التالية لها أو الأدنى منها.

فيتوجب على القاضي الإداري الفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص القانونية القائمة وإن حدث تناقض بين القواعد القانونية، فإن ذلك لن يؤثر على اختصاصه، مادام أن فكرة تدرج القواعد القانونية تفرض عليه ترجيح أعلى قاعدة، هذا يفترض أن تكون النصوص موجودة أي قائمة، ولكن قد يعرض على القاضي الإداري منازعات لا يجد لها الحل القانوني لغياب النص الذي يستند عليه، وهذا بسبب عدم قيام المشرع بممارسة وظيفة التشريعية.

وفي هذه الحالة فإن القاضي الإداري مطالب بل ملزم بالفصل في النزاع، ولا يتهرب من الحكم بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه، فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة القانونية التي تحكم المنازعة المعروضة عليه، وذلك من خلال قيامه بالاجتهاد.

إن هذا الاجتهاد إذا لم يقصد القاضي التمسك به في المستقبل فلا يمكن الحديث عن دوره في وضع القاعدة القضائية فهو مجرد حل فردي لا ينوي التمسك به في المستقبل، أما إذا قصد القاضي الإداري التمسك به في المستقبل في قضايا مشابهة معروضة عليه فإننا سوف نكون أمام قرار مبدئي¹. (un arrêt de principe).

وهذا ما يقودنا إلى التساؤلات التالية:

ما هي الوسائل التي يتبعها القاضي الإداري في صنع القرار المبدئي؟ وما هي مرتبته ضمن الهرم القانوني؟.

وللاجابة عن هذه الإشكاليات تكون وفق الخطة التالية:

أولا : القرار المبدئي هو قاعدة قضائية تسد النقص الذي يشوب النظام القانوني القائم

1 - أسباب صدور القرار المبدئي

2 - مصادر القرار المبدئي

ثانيا: مراحل وضع القرار المبدئي

1- مرحلة الاكتشاف المزدوج.

¹ - 263.p, 2006, DALLOZ, ed, 21^{ème}, droit administratif, jean WALINE, jean RIVERO

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

2- مرحلة التجريب.

3- مرحلة الإدماج.

ثالثاً: القرار المبدئي قاعدة قضائية تطبق مستقبلاً على المنازعات المشابهة: 1- عملية مشابهة للتشريع، 2- القوة القانونية للقرار

أولاً : القرار المبدئي هو قاعدة قضائية تسد النقص الذي يشوب النظام القانوني القائم:

تقتضي دراسة هذه النقطة معرفة أسباب صدور القرار المبدئي ومصادره.

أسباب صدور القرار المبدئي :

هناك عدة أسباب لاجتهاد القاضي الإداري و تتمثل أهمها فيما يلي:

1- نقص التشريع:

لا يختلف إثنان على أن دور القاضي الإداري متميز عن دور القاضي العادي ، فهذا الأخير إن كان له في بعض الحالات القليلة أن يضع قواعد قانونية ، فإن دوره الأساسي تطبيق النصوص القانونية على النزاعات المعروضة عليه مادام أن تلك النصوص القانونية موجودة.

إلا أن هذا لا يتحقق في كثير من الحالات في مجال القانون الإداري نظراً لحدائته النسبية و مرونته و عدم تقنيته¹ فقد تعرض على القاضي الإداري منازعة لا يوجد بصدها قاعدة قانونية يطبقها فهل يفصل في هذه المنازعة أو يتوقف و علماً أنه إذا توقف و لم يفصل فيها يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة ، أما إذا فصل و اجتهد و وجد بصدها قاعدة قانونية ألا يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات ؟

لابد من الرجوع إلى الدستور فالمؤسس الدستوري لم يمنح القضاء سلطة وضع القواعد القانونية بل وضعها من اختصاص السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية ، فدوره هو الفصل في المنازعات طبقاً للقواعد الموجودة فهذا يفترض وجود قاعدة قانونية تطبق على الحالة المعروضة عليه ، و لكن هناك ما يسمى بنظرية نقص التشريع، فالمرشح الجزائري من خلال المادة الأولى من القانون المدني ، قد أكد على هذه الحقيقة وذلك باعتناقه صراحة لنظرية نقص التشريع ، إذ اعترف باحتمال وجود نقص في التشريع . و لكن على الرغم من هذا الوضع فإن القاضي الإداري - شأنه شأن القاضي العادي - ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة عليه ، و في هذا الصدد فهو مطالب بل ملزم بتكملة النقص الموجود في التشريع فإن هذه النتيجة تعبر أولاً خطوة في سبيل الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القواعد القانونية.

2- عدم المساواة بين طرفي الدعوى الإدارية:

إذا كانت الصفة الاتهامية هي الغالبة في القانون الخاص ، فلا يجوز للقاضي العادي أن يحل محل الخصوم في الإتيان ببياناتهم و وسائل إثباتهم ، فالقاضي حكم بين خصمين أو أكثر، و لا يجوز أن يخفف عن كاهل أحدهما أو يثقل على كاهل آخر ، خصوصاً في مجال عبء الإثبات ، بخلاف الإجراءات

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

القضائية الإدارية التي توصف بأنها تحقيقية (تنقيبية- تعسفية) في الغالب الأعم¹ والمقصود بالصفة التحقيقية تولى القاضي الإداري عبء سير الإجراءات من بدايتها حتى نهايتها ، فهو الذي يأمر بالتحقيق و يفحص الوثائق والأوراق المقدمة متى تعتبر الدعوى جاهزة للفصل فيها ويقدر ما يقدم له من وسائل الإثبات فالمدعي لا يكلف نفسه عناء العديد من الإجراءات² فيكتفي بإيداع عريضة الدعوى لدى أمانة ضبط الجهة القضائية الإدارية المختصة بشرط ان تكون مستوفية الشروط. و بهذه الصفة تفترق هذه الإجراءات التحقيقية عن الإجراءات المدنية الاتهامية³

و المبرر الرئيسي للطابع التحقيق هو أن طرفي المنازعة الإدارية غير متساوين في مركزها فأحدهما الإدارة العامة غالبا ما تكون (مدعى عليها) ، الحائزة للأوراق الإدارية المسلحة بامتيازات السلطة العامة و طرف آخر الفرد العادي (المدعي) يضحي في غموض مما تتخذه الإدارة من إجراءات فليس العلاقة بينهم على قدم المساواة ، و لذلك يجب على القاضي الإداري لجبر هذا النقص وتعويضه و حماية الفرد من سلطة الإدارة و امتيازاتها التي تباشرها عليه⁴، التدخل لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين.

فإذا كان الأصل في عبء الإثبات يقع على المدعي (الفرد) تطبيق للقاعدة "البينة على من ادعى"

و من بين الأحكام الإدارية المؤكدة لهذه القاعدة القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا⁽⁵⁾

5- القرار المؤرخ في 19/1/1997 في قضية ورثة (ج، أ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي ليس لولاية باتنة و من معه قرار منشور بالمجلة القضائية ، ع2 ، 1997 ، ص 144 ، و ما بعدها ، أشار إليه ، لحسين بن شيخ آث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، ط4 ، دار هومة، الجزائر، 2008 ، ص. 84 .

¹ ليندة عزوز ، تطور المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة، الجزائر ، 2002-2003 ، ص. 29.

² وهيبة بلباقي، اثبات في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر 2009-2010 ، ص. 19 .

³ - « le caractère accusatoire ou inquisitoire a longtemps permis de définir le rôle du juge et des parties dans le déroulement d'une instance, les procédures contentieuses administratives sont de type inquisitoire dans la mesure où c'est le juge qui va conduire les débats au vu des éléments qui lui sont soumis. l'application d'une procédure inquisitoire s'explique essentiellement par le fait que les intérêts en présence sont soumis à un rapport inégalitaire, et surtout que le notion d'intérêt général rentre en ligne de compte dans ce type de contentieux. le juge administratif comme le juge pénal, dirige le procès et donc la recherche de la vérité ». pour plus détail, voir : julien PALASECKI, l'office du juge administratif des référés entre mutations et continuité jurisprudentielle, thèse pour le doctorat en droit publique, faculté de droit, université du sud toulon var, 2008, P. 21

⁴ خميس السيد إسماعيل ، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعوى الإدارية ، ط4 ، دار الكتاب الحديث ، ب.ب.ن ، 1995 ، ص. 12.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

" حيث طالب المستأنفون بإرجاع القطعة الأرضية التي بنيت عليها مدرسة ، وكانت محل هبة للبلدية من طرف المرحوم (ج.أ) جد المدعين ، وأنه تدعيما لطلبهم يتمسكون بأن المدرسة مغلقة منذ مدة لنقص التلاميذ و أصبحت آيلة للسقوط . ولكن بناء على شهادة محررة في 1970/2/20 منح جدهم لبلدية تيمقاد قطعة أرض مساحتها 100 متر مربع و بالتالي فإن غلقها لا يعطي لورثته حق المطالبة بها ، كما أنهم لم يقدموا أي مستند يثبت شغل البلدية لأكثر نصف هكتار من أرضهم و حيث أن قضاة الدرجة الأولى قدروا الوقائع تقديرا سليما فإنه يتعين تأييد قرارهم " .

و من ثم فإن القاضي الإداري قد طبق القاعدة العامة تطبيقا صارما ، لكن هذا التطبيق له ما يبرره و هو أن المنازعة تتعلق بإثبات واقعة مادية تتمثل في شغل أكثر من نصف هكتار ، و كان باستطاعة المدعين إثبات هذه الواقعة بكافة الوسائل من بينها محضر إثبات حالة ، أو أن يطلعوا أمر بإجراء خبرة .

وهذا ما أكدته أيضا مجلس الدولة في أحد قراراته⁽¹⁾ ، على أن الإثبات يقع على عاتق المدعي و قد جاء في أسباب القرار ما يلي : " حيث أن الدفوع يتعين رفضها لكون العارض لم يقدم دليلا على مزاعمه حول هذه الوقائع بالرغم من أن عبئ الإثبات يقع عليه ، و من ثم تعدو دفعوه هذه مجردة من كل قيمة قانونية لا سيما أنه يوجد بالملف ما يثبت خلاف هذا الإدعاء " .

و هذا ما قرره أيضا في أحد قراراته⁽²⁾ : " القاعدة هي أن يكون عبئ الإثبات على عاتق المدعي فالمدعي ملزم بالإتيان بالإثبات على ما يصدر عنه من إدعاءات و أن هذه القاعدة تنطبق على جميع أطراف الدعوى " .

غير أن تطبيق مبدأ البيئة على من ادعى على إطلاقه في مجال الإثبات في المواد الإدارية لا يتلاءم مع طبيعة هذه الأخيرة ، و بالتالي فإن معنى إلزام الفرد المدعي بعبء الإثبات يقصد به أن يرشد القاضي الإداري عن المستندات ، و الملفات ، و هذا ما يجعله ينقل عبء الإثبات من عاتقه إلى عاتق الإدارة⁽³⁾ ، فالأصل العام المتعلق بوقوع عبء الإثبات على عاتق المدعي في الدعوى يخضع من حيث تطبيقه لظروف و طبيعة الدعوى الإدارية ، بحيث يطبق أمام القاضي الإداري بما يتكيف معها . و في مقدمة هذه الظروف اللصيقة بهذه الدعوى و التي تؤثر على تطبيق القاعدة العامة ، هي إمتيازات

¹ - القرار المؤرخ في 1999/5/31 في قضية (د.م) ضد و إلى ولاية سطيف ، قرار غير منشور ، لمزيد من التفاصيل حول هذا القرار ، راجع لحسين بن شيخ أت ملوبا ، المرجع السابق ، ص. 87 وما بعدها.

² - القرار المؤرخ في 1999/6/14 في قضية والي ولاية تلمسان ضد (أ.م) ، الغرفة الثانية ، فهرس رقم 228 ، لمزيد من التفاصيل حول هذا القرار راجع لحسين بن شيخ أت ملوبا المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2005 ، ص 63 وما بعدها.

³ - إبراهيم المنجي ، المرافعات الإدارية ، دراسة عملية لإجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 1999 ، ص 519.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

ومركز السلطة الإدارية في المنازعة و احتفاظها بكافة الأوراق المنتجة في الدعوى مثل القرارات الإدارية ، صور العقود الإدارية ، المحاضر الإدارية ...، فيمكن للقاضي الإداري أن يلزم الإدارة بتقديم ما تحوزه في أوراق للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على كاهل المدعي⁽¹⁾ .

وقد جرى القضاء الإداري⁽²⁾ على أنه بما أن الإجراءات القضائية تسير قبل القاضي الإداري ، و من أجل التخفيف من عبء الإثبات في المواد الإدارية ، فإن هناك التزاما يجب على الإدارة أن تحققه ، يتمثل في انها يجب أن لا تعرقل العمل القضائي .

ف نجد القاضي الإداري في بعض الحالات يسمح للمدعي بالمبادرة بالدليل ان استحال عليه تقديمه مادام أن عناصر الإثبات تملكها الإدارية و هنا إن أدخل الشك في نفسية القاضي فإنه سوف يطلب بيانات من الإدارة ، و إن رفضت تقديمها اعتبر ذلك بمثابة دليل على صحة ما يقوله المدعي ، و إن كانت هذه القرينة قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها .

و تمكنت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 94/07/24 من إيجاد مخرج لمواجهة واقعه امتناع كثير من الإدارات على تسليم المعنيين نسخة من القرار مما يعيقهم على التوجيه للقضاء و عدم معرفة مرتكزات القرار الإداري و مضمونه ، و جاء اجتهاد المحكمة العليا متصديا لهذه الظاهرة الخطيرة التي لا تخدم بحال من الأحوال دولة القانون و دولة المؤسسات هذا الاجتهاد الذي صدر عن الغرفة الإدارية صرح بموجبه أن دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء الإداري لا تستوجب وجود قرارا إداري وبالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الإداري متى امتنعت الإدارة المدعي عليها عن تمكينه به⁽³⁾ .

و بالرجوع إلى المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول وقت صدور القرار نجدها قد إشتطت على رافع دعوى الإلغاء أن يصحب بدعواه نسخة من القرار المطعون فيه .

فكأنما المادة المذكورة سلمت تسليما أن الإدارة المعنية ستضع بين يدي المخاطب بالقرار نسخة

¹ -عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الإثبات امام القضاء الإداري ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008 ، ص 86 .

² - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 1059 جلسة 1986/12/2 الذي جاء فيه أن : " و من حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي ، إلا ان الاخذ بهذا الأصل على اطلاقه في مجال المنازعات الإدارية والطعون التأديبية لا يستقيم مع واقع الحال بالنظر إلى احتفاظ الإدارة ، أو الجهة التي يتبعها العامل في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات لذا فإنه من المبادئ المستقرة في هذا المجال ان الجهة التي يتبعها العامل تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع ، و المنتجة في إثبات إيجابا أو نفيا متى طلب منها ذلك فإذا نكلت الجهة عن تقديم الأوراق المتعلقة بالنزاع ، فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي تلقي عبء اثبات على عاتق الجهة المذكورة ... " لمزيد من التفاصيل حول الأحكام ، راجع : إبراهيم المنجي ، المرجع السابق ، ص 522 و ما بعدها .

³ - مجلة مجلس الدولة ، ع.1 ، 1999 ، ص. 73 ، أشار إليه ، عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الادارية ، جسر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص . 279 .

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

منه ، والحال أن الإدارة في بعض الحالات قد تمتنع عن تسليم الطرف المعني نسخة من القرار ربما خوفا من مقاضاتها وهذا ما تؤكد عمليا و خلال مرحلة طويلة ، وهو ما يجعل المعني بالقرار في وضع جد صعب . و نفس الموقف إتخذه مجلس الدولة في غرفته الرابعة بتاريخ 2006/06/28 أقر نفس المبدأ و خول للقاضي الإداري سلطة إلزام الإدارة بتمكين المعني بنسخة من القرار⁽¹⁾ . فيقع على المدعي إثبات واقعة الإمتناع لبيادر القاضي الإداري بإلزام جهة الإدارة بتمكين المعني بنسخة من القرار تحت اشراف قضائي .

يبدو واضحا أن إجتهد مجلس الدولة المذكور كان له عظيم الأثر في صياغة المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى الغاء أو تفسير أو تقدير مشروعية قرار إداري تحت طائلة عدم قبول الدعوى القرار الإداري المطعون فيه ما لم يجد مانع مبرر. وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى إمتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة " .

و من هنا يبرز بجلاء دور مجلس الدولة في تقنين قواعد القانون الإداري.

مصادر القرار المبدئي :

الحقيقة إذا سلمنا بأن القاضي الإداري يلعب دورا إنشائيا لقواعد القانون الإداري ، فإن ذلك لا يعني و في كل الحالات و بصفة مطلقة أن يبتدع القاعدة القانونية وينشئها من العدم ، فقد يكون المصدر الذي يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية موجود بحيث يندرج ضمن القانون الوضعي ، و قد تكون القاعدة القضائية من إجتهد القاضي يستقيه من جوهر القانون.

المصادر الوضعية

قد يكون المصدر الذي يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية يتمثل في المصادر الوضعية كالمواثيق و إعلانات الحقوق، و مقدمات الدساتير و الدساتير.

على أن معظم الحلول القضائية التي استخرجها القاضي الإداري من هذه المصادر، تشعبت من مبدأين أساسيين هما مبدأ المساواة و مبدأ الحرية ، فعلى سبيل المثال ، قرّر مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال :

- حرية التنقل
- حرية التجارة و الصناعة
- مبدأ المساواة أمام القانون بصوره المختلفة

¹ - مجلة مجلس الدولة ، ع.8، 2007 ، ص. 221 ، أشار إليه ، عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الادارية ، المرجع السابق ، ص . 278

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

- المساواة أمام الأعباء العامة.
- المساواة أمام الضرائب
- المساواة أمام المرافق العامة
- المساواة بين مستخدمي الدومين
- المساوات بين المترشحين في المسابقة

جوهر القانون كمصدر يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية :

قد يكون الحل القضائي الذي يضعه القاضي الإداري من إجهاده المطلق، لا يستند في وضعه إلى مصادر محددة ، بل يعتمد في إستنباطه على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي والقانوني للدولة . أو بتعبير آخر يستمد من جوهر القانون الذي هو القانون الطبيعي أو العدل ذلك أن المادة الأولى القانون المدني الجزائري لا تعتبر قواعد القانون الطبيعي ، وقواعد العدالة من مصادر القانون ، لأن القانون الطبيعي هو جوهر القانون .

و يجب هنا عدم الخلط بين جوهر القانون، و مصدر القانون . فالقانون الطبيعي أو العدل هو جوهر القانون الذي يستلهمه المشرع وهو بصدد وضع القاعدة القانونية. وهو كذلك ، أي القانون الطبيعي أو العدل ، جوهر القانون الذي يستلهمه القاضي بصفة عامة وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه و التي لم يجد بصدها نصا في مصادر القانون ليطبقه عليه فالحل القضائي هنا إذن ، و إن لم يجد له القاضي الإداري مصدرا رسميا محدد ، فهو يترد أساسا إلى الضمير القانوني العام للجماعة ، و ما يحتويه من مبادئ القانون الطبيعي و المبادئ العليا للعدالة . و إلى ما يقدره القاضي الإداري ملائما لتحقيق التوازن بين مصالح الجماعة و المصالح الفردية .

ثانيا : مراحل وضع القرار المبدئي :

إن المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله لا يستطيع أن يحيط بكل شيء وأن يضع مسبقا الحلول اللازمة لكل القضايا التي قد تعرض على القضاء، فقد يحصل أن الحالة المعروضة على أنظار القاضي هي خارج توقعات المشرع نتيجة تطور الحياة الإدارية وبالتالي فإن اهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول للقضية المعروضة عليه.

إن عمل القاضي الإداري في وضع القاعدة القضائية يمر بمراحل متعددة¹ وهي:

¹ - محمد المجني، مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، المغرب، ع.2، 2011، ص07.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

1- مرحلة الاكتشاف المزدوج:

وتسمى أيضا بالوعي والعلم بالنقص الذي يشوب النظام القانوني القائم، يلاحظ القاضي الإداري أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ويكتشف ثانياً الحل الذي يسد ويكمل العجز في النظام القانوني القائم، وهذا الاكتشاف المزدوج لا يأتي فجأة وإنما نتيجة تفكير طويل، وخبرة طويلة لدى القاضي الإداري وشفافية إدراكه بكل جوانب النظام القانوني القائم. ويظل عمل القاضي في ظل هذه المرحلة في كنف السرية التامة حتى يكتشف أمره عندما يصل إلى المرحلة الأخيرة والمتعلقة بإدخال هذا الحل القضائي حيز التنفيذ وإدراجه في النظام القانوني القائم. والأمثلة على هذه المرحلة كثيرة يمكن أن نذكر منها: خلق أعمال السيادة، حيث أن القاضي الإداري قد اكتشف الخطر الذي يحيط به وهو في مهده الأول من التصدي لأعمال سياسية ومواجهة الحكومة وتبع هذا الاكتشاف إيجاد الحل القضائي القاعدي لهذه الفئة من الأعمال وجعلها بمنأى عن رقابة القضاء.

أيضا يمكن أن نذكر "التعويض عن الضرر المعنوي" وبالتحديد عن "الألم المعنوي" la Douleur Moral حيث فطن القاضي الإداري في القضية¹ le Tisserand إلى عجز القانون القائم ونقصانه لعلاج هذه المسألة وضرورة وضع قاعدة قانونية قضائية لعلاج هذا العجز. وأخيرا تقرر دعوى الرجوع l'action récursoire في المسؤولية الإدارية، حيث أكتشف القاضي في مرحلة لاحقة أن القضاء مستقر على عدم مسؤولية العاملين في الدولة. ومدى إجحاف هذا القضاء وتيقن من ضرورة إيجاد حل يتمثل في تقرير حق الإدارة في الرجوع على الموظف حيث تتولى هي التعويض عن ضرر ناتج من خطأ شخصي للموظف².

2- مرحلة التجريب:

تعتبر من أدق مراحل صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري، يتولى فيها القاضي إظهار نيته في إيجاد حل معين لمشكلة معينة لم يتناولها المشرع، وهنا تنكشف السرية التي اكتنفت عمل القاضي في المرحلة الأولى وتتحقق العلانية لميلاد القاعدة الجديدة والتي لم يطلق عليها بعد "قاعدة" بل مجرد "حل" حيث أنها لم تدخل بعد كعنصر من عناصر النظام القانوني أو في حيز الكتلة القانونية القائمة، وهناك وسائل عديدة تستخدم في إنجاز هذه المرحلة وذلك من خلال المقالات التي يكتبها القضاة أنفسهم في المجلات والوثائق القانونية.

¹ - تتلخص وقائع القضية التي فصل مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24 نوفمبر 1916 إن سيارة حكومية اصطدمت بدراجة فقتلت راکبها ابنه الذي كان معه فرفع والد صاحب الدراجة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن وفاة ابنه وحفيده، القضاء هنا استجاب له ومنحه التعويض لأنه رأى في وفاة الابن والحفيد تكبد ضرر معنوي.

² - رأفت فودة، مصادر المشروعات الإدارية ومنحيتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 2012 ص 106.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

ويمكن للقاضي التلميح بميلاد القاعدة الجديدة في حكم نفسه ولكن في نزاع آخر، فهدف هذه المرحلة هو إخراج الحل القضائي إلى الوجود والتعريف به، حتى يتلقى القاضي الإداري رأي المختصين في هذا الحل المحتمل أن يصبح قاعدة قانونية، فيتأكد من سلامته، فكما يقول الفقيه A.BERNARD "إن تقديم اتجاه أو حل جديد يكون دائما مسبقا بمرحلة لتجريبه". ومن أبرز الأمثلة عن هذه الوسيلة الأخيرة للإعلام بالقاعدة الجديدة القضائية، وما قرره مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية الدولة عن القوانين، فمن المعروف أنه قرر هذه المسؤولية بشروطها الخاصة في حكمه الشهير¹ société la fleurette ولكن الحقيقة غير ذلك إذا حكم "لافلوريت" لم يكن إلا مصيغا للصفة الرسمية للقاعدة القانونية القضائية بتقرير المسؤولية عن القوانين والتي سبق أن لمح بها مجلس الدولة نفسه في العديد من الأحكام تتجاوز في عددها الخمس عشرة حكما على مدار خمسة عشر سنة سابقة على حكم "لافلوريت". ولقد اعتمدت الجمعية العمومية للمجلس تفسيرا واسعا للنص التشريعي المانع من المسؤولية، وذلك بقولها أنه وإن كانت ألفاظ النص التشريعي وحروفه تمنع المسؤولية عن القوانين إلا أن روح النص وغايته لا تمنع من تقرير هذه المسؤولية أو عدم تقريرها لم يكن لصورة مطلقة.

3- مرحلة الإدماج:

بعد كشف السرية وإظهار القاعدة القضائية وتناول المختصين لها بالنقد والتعليق وخصوصا من جانب الفقه، وتبادل الصيغ الأمثلة لها من خلال تعليقات الفقه ووعي القاضي بالصورة والشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل قانوني عادل وكعلاج للفراغ التشريعي يتولى القاضي إدماج incorporation وإدخال هذه القاعدة في حيز النظام القانوني القائم لتصبح بذلك عنصرا من عناصر المشروعية وعلى أساسها تقاس مشروعية أعمال الإدارة، صحة وبطلانها، فقبل عملية الإدماج هذه، يكون للقاعدة القضائية قوة وسلطة تفرض نفسها على العاملين في الوسط القانوني، ولكن تنقصها هذه القوة la force التي تفرض احترامها في داخل النظام القانوني الوضعي. ولذلك يتولى القاضي الإداري بأساليبه السرية والملتوية وببطيء متعقل- تجنباً لأي صدام- فرض احترام هذه القاعدة وجودها داخل النظام القانوني الوضعي، ولقد عبر العلامة HAURIO عن ذلك أدق تعبير بقوله:

« comme il arrive presque toujours, pour opérer son évolution, la jurisprudence du conseil a exécuté un mouvement tournant, c'est-à-dire qu'elle a modifié ses positions sur des points éloignés, enveloppant ainsi peu a peu la position centrale ».²

¹ - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1938/01/14 في قضية شركة المنتجات الحليبية «la fleurette» .

أشار إليه ، عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، د.م.ج. الجزائر، 2007، ص 241 .

² - مقتبس من رأفت فودة، المرجع السابق، ص 108-109 .

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

وللوصول إلى هذه المرحلة النهائية يحاول القاضي الإداري، التلميح بهذا الحل القانوني الجديد في أحكام متعددة تدور حول ذات الموضوع، وبعد فترة زمنية معينة يأتي في حكم وبصورة صريحة مباشرة ويعلن تبنيه للقاعدة الجديدة، ويتم نشرها والتعليق عليها لتصبح عنصراً من عناصر المشروعية الإدارية.

وخير مثال على هذه المرحلة الأخيرة، نظرية الظروف الطارئة *l'imprévision* فلقد حاول مجلس الدولة الفرنسي التلميح بها والتعويض على أساسها في أحكام كثيرة سبقت حكمه الشهير والذي عمد بها كجزء من النظام القانوني الوضعي وهو حكم *gaz de bordeaux*¹ فلقد تلقى القانونيين هذا الحكم بصدر رحب ودون أدنى منازعة وذلك لكونه ليس إلا حلقة في سلسلة من الأحكام التي سبقتها وأعلنت عن قرب قدوم هذه النظرية.

وفي مقالة الشهير المعبر بوضوح عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري والذي يحمل عنوان "القاضي الإداري، قاضي يحكم" *le juge administratif : un juge qui gouverne ?*

وكلمة الحكم يقصد بها الحكم بمعناه السياسي والدستوري ولمشتق من حكومة *gouverner* عبر Rivero عن كل هذه المراحل التصورية لعملية وضع القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري، وبصفة أساسية ركز الكاتب على التكييف القانوني لهذه القاعدة بأنها "قانونية" بمعنى أن الكلمة تنطوي على جزاء يوقع على كل عمل مخالف لها لتصبح بذلك جزءاً لا يتجزأ من القانون الوضعي إذ يقول:

« Peut-être est on fondé à dire sans trahir la pensée de ses plus fidèles analystes qui formule continentale du règne de la loi, ouvre de la volonté nationale, l'effort du juge pour affirmer l'existence d'un corps de principes, indépendants de toute règle écrite, qui constitue, en quelque sorte philosophie politique de la nation, et dont, se disant le gardien, il s'institue, en fait, le créateur, puisque c'est lui gardien, il s'institue, en fait, le

¹ - بموجب القرار الصادر عن المجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1916/03/30 وضع نظرية الحوادث الطارئة التي تسمح باستمرار ودوام العقود الإدارية في حالة اضطراب توازنها الاقتصادي بفعل أحداث لم يتوقعها الأطراف وتتلخص وقائع هذه القضية: إن الشركة العامة في بوردو كانت تريد أن تتحمل بلدية بوردو زيادة الكلفة التي ترتبت عليها بفعل الارتفاع الكبير في أسعار الفحم منذ إبرام عقد الامتياز بين الطرفين في 1916 ، ذلك أنه بسبب الحرب العالمية الأولى سقط معظم المناطق المنتجة للفحم في يد الألمان، وبمناسبة هذه القضية قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه من المفروض أن عقد الامتياز يحدد بصفة نهائية التوامات الطرفين، وتكون تغيرات أسعار المواد الأولية بسبب الظروف الاقتصادية من بين مخاطر السوق التي يتعين على الملتزم أن يتكفل بها. ولكن عندما يضرب التوازن الاقتصادي للعقد إلى درجة كبيرة جداً لم يكن يتوقعها الأطراف، فإنه لا يمكن للملتزم أن يضمن سير المرفق في الظروف المتفق عليها في البداية، ولهذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر بأن الشركة تبقى ملزمة بضمان سير المرفق ولكن يجب تعويضها عن النتائج المالية المترتبة عن هذا الاضطراب والتي تتجاوز المخاطر الاقتصادية العادية.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

créateur, puisque c'est lui qui en leur donnant une sanction, les faits passer dans le droit positif¹.

ثالثاً: القرار المبدئي قاعدة قضائية تطبق مستقبلاً على المنازعات المشابهة:

إن القاضي الإداري من خلال القرار المبدئي قد تجاوز مهمة التقليدية المنوطة به بنص الدستور والمتمثلة في الفصل في المنازعات، لتتسع وتشمل خلق معظم القواعد القانونية الإدارية، وفي هذا الصدد، قد قام بعملية مشابهة لعملية التشريع، الشيء الذي يترتب عليه ضرورة الالتزام بها سواء من طرف القاضي، الإدارة والأفراد.

1- عملية مشابهة للتشريع:

إن المشرع عند وضعه لتشريع معين، لا يتعدى في كثير من الأحيان أن يكون مجرد مكتشف للقاعدة القانونية، فالفقه في كثير من الأحيان قد يطالب بتعديلات قانونية معينة، وتقتصر مهمة المشرع على إفراغ هذه الحلول، ومع ذلك لم يقل أحد أن المشرع هنا ليس إلا مكتشف للقاعدة ولماذا عندما يقوم القاضي الإداري بنفس العمل الذي يقوم به المشرع، يسارع البعض إلى القول أن دوره يقتصر على مجرد اكتشاف لتلك القواعد واستنباطها وليس اختراعها وابتكارها؟²

غير أن التساؤل حول صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري وممارسة هذا الأخير لعملية مشابهة للتشريع سرعان ما يزول، لأن القاضي الإداري قد يجد نفسه أمام منازعة بدون نص يحكمها، فلا يمكنه الادعاء بعدم الفصل بحجة غياب النص، وأكثر من ذلك فجميع الشرائع تجرم هذا الإدعاء وتجعله ناكراً للعدالة معرضاً للعقاب، والشيء الذي يضطره إلى الفصل عن طريق إيجاد حل لها.

ومن الناحية الفنية، فإن القاضي الإداري عندما يضع القرار المبدئي، فإنه يتصرف ويظهر كمشرع ذلك أنه يعدل القانون الوضعي، من خلال وضع أو إنشاء قاعدة قانونية جديدة لم تكن موجودة من قبل وهنا يتجاوز القاضي الإداري دوره التقليدي باعتباره سلطة مختصة بالفصل في المنازعات، كما أن قراره يتجاوز مهمته التقليدية باعتباره فصلاً في خصومة معينة ويتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد القانونية³، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعاً" يحل قضاؤه محل القانون.

¹ - مقتبس عن رأفت فودة، المرجع السابق، ص 110.

² - مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. كلية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، ع 3، 2009، ص 172.

³ - أحمد مدحت علي، الظروف الاستثنائية، الهيئة العامة للكتاب، ب.ب.ن. 1978، ص 19.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

2- القوة القانونية للقرار المبدئي:

من خلال القرار المبدئي يتجاوز القاضي الإداري مهمته العادية، ويتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد القانونية، وبالتالي فإن القرار المبدئي باعتباره حكما قضائيا، سيتجاوز حدود الحجية المقررة للأحكام القضائية، ليتحول إلى قاعدة قانونية ذات قوة إلزامية عامة، وواجبه التطبيق مستقبلا على الحالات المشابهة فالقاضي الإداري عند وضعه للقرار المبدئي يستطيع تعديله والخروج عليه.

هل تتمتع القاعدة القضائية التي وضعها القاضي الإداري بنفس خصائص القاعدة القانونية؟

وما هي مرتبة القرار المبدئي ضمن الهرم القانوني للقواعد القانونية؟.

أ- نستبعد الحكم الفردي لأن القاضي الإداري اتجهت لإنشائه وفي نيته عدم الارتباط به مستقبلا، فالقاضي حر في النزاع الجديد في عدم التقيد بالحل الذي وضعه في النزاع السابق، ذلك أنه عندما يخلق حلا للنزاع في حالة وجود نقص في مصادر القانون الوضعي، فإنه لا يخلق بذلك قاعدة قانونية ولكنه يخلق حلا فرديا، والحكم الذي يصدره هو حل صالح خصيصا لفض النزاعات المفصول فيها دون سوارها إذ لا يجوز التمسك به مستقبلا أمام نفس القاضي أو أمام قاضي آخر.

وهذا ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/05/08 في قضية يونين بنك ضد محافظة بنك الجزائر الذي أبطل حين فصله في دفع آثاره بيونين بنك يتعلق بعدم مشروعية المادة 15 من تنظيم مجلس النقد والقرض رقم 95-07 أبطل المادة المطعون في شرعيتها وصرح بأنها عديمة الأثر مؤكدا على مستوى الأسباب والمنطوق معا، بأن هذا الإلغاء لا يخص إلا الدعوى المفصول فيها، جاء في هذا القرار "حيث أنه... يتعين التصريح بأن مقتضيات المادة 15 من النظام المذكور أعلاه باطلة وعديمة الأثر فيما يخص الدعوى الحالية فقط".¹

يتضح من هذا المثال حرص مجلس الدولة على أن لا يعطي لقراره بعدا يخرج عن إطار النزاع المفصول فيه، هذا الموقف صائب لأن للحكم الفردي آثار تلحق في لأصل مراكز أطراف النزاع وهي غير ملزمة التطبيق على الحالات المماثلة، وبالتالي فإن الحل الفردي لا يمكن أن يتحلى بطابع العموم والتجديد .

ب- قد يقال بأن القرار المبدئي لا يتمتع بخصائص القاعدة القانونية، ما دام أن القاضي الإداري بإمكانه أن يخالفه فهو لا يرقى إلى مستوى القاعدة القانونية إلا أن هذا الرأي غير صحيح.²

¹ - مجلة الدولة ، ع 6 2005، ص 75 وما بعدها، أشار إليه، رمضان غناي ، تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، ع 10، 2012، ص 77.

² - مراد بدران، محاضرات في مقياس المنازعات الإدارية، أقيمت على طلبة الماجستير تخصص قانون إداري معمق، دفعة 2013/2014 ، غير منشورة .

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

فالقرار المبدئي يتمتع بكل خصائص القاعدة القانونية فهو اجتماعي أي نابع من ظروف المجتمع وهو عام ومجرد لأن القرار المبدئي سوف يطبق مستقبلا على أشخاص غير معروفين بذواتهم وهو ملزم حتى لو خالفه القاضي مستقبلا ذلك أن المشرع عندما يضع نصا مكتوبا فإنه لا يضعه ليبقى طول الدهر، فالنص قابل للتعديل ونفس الشيء يقال بالنسبة للقرار المبدئي الذي يقبل هو الآخر التعديل إذا كانت هناك ضرورة ملحة للتعديل فيتخذ القاضي الإداري سلوكا أكثر تعقلا وأكثر حذرا من الذي يسلكه حيال القواعد التي هي مجرد حلول تطبيقية، إذ لا يقوم بتعديلها بصورة مباشرة فغالبا ما يتبنى تفسيراً واسعاً أو ضيقاً للقاعدة القديمة المراد تعديلها مع الاحتفاظ بصلب القاعدة القديمة، أو أنه يأتي بنص إضافي يمش جنباً إلى جنب مع القاعدة القديمة¹، خاصة إذا علمنا بأن للقاعدة القضائية في المجال الإداري خاصيتين أساسيتين هما²:

خاصة المرونة: إن القاضي الإداري لا يحبذ الصيغ الجامدة التي تقيده في المستقبل وهذا أمر بديهي مادام أن القانون الإداري قانون غير مقنن.

« le juge administratif n'aime pas les formules rigides, qui auraient l'inconvénient de le lier pour l'avenir de façon trop étroite : il entend se réserver la possibilité de tenir compte, dans les arrêts qu'il rendra plus tard sur la même questions, des particularités de chaque espèce, aussi se borne-t-il parfois à définir des standards, qui lui laissent une grande liberté d'appréciation, cette volonté de souplesse répond au souci constant d'équilibre qui guide le juge : la conciliation entre les nécessités de l'action administrative et les droits et libertés des citoyens, qui est la directive générale dont il s'inspire, interdit les formules tranchées et réclame de nuances ».³

صبغة الفهم:

إن القاعدة القضائية هي ثمرة اجتهاد القاضي الإداري فقد صاغها لتعبير عنه كمشروع في القانون الإداري مما جعله مفعمة بمصطلحات إدارية صعبة الفهم موجة لأهل الاختصاص دون غيرهم لتكسب خاصية تضاف إليها ألا وهي صعوبة الفهم فهي تعكس كفاءات القاضي الإداري في إثراء القانون الإداري مضمونا.

كما أن القرار المبدئي مقترن بجزاء، أي أن الأفراد والإدارة ملزمين باحترام القاعدة التي جاء بها القرار المبدئي، ذلك أنهم إذا خالفوها، فسيطبق عليهم القاضي الإداري نفس الجزاءات التي يطبقها على

¹ - رأفت فودة، المرجع السابق، ص 120.

² - محمد المجني، المرجع السابق، ص 5.

³ - jean RIVERO, jean WALINE. OP.CIT. P264.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

مخالفة القواعد المكتوبة، بل قد يكون أكثر صرامة هنا، طالما أن تلك القواعد قد صدرت عنه، وفي مخالفتها زعزعة لمركزه ومن هنا سينتج عند الإدارة والأفراد الشعور بالزامية القرار المبدئي، شأنه في ذلك شأن القاعدة المكتوبة، نظرا للجزاء الذي يتمتع به¹.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن القرار المبدئي يشكل غالبية القواعد القانونية التي ينشئها القاضي الإداري فهو ليس مجرد حل فردي، وإنما تشكل كل قاعدة منه على حدة أو مجتمعة مع قواعد أخرى صلب القانون الإداري الحديث، فهو ينفصل شيئا فشيئا عن القضاء الإداري كمصدر له لتصبح القانون الإداري الذي يحكم نشاط الإدارة والعلاقات بين الإدارة والمتعاملين معها.

ومع ذلك قد تثار إشكالية هنا والمتعلقة بمعرفة ما هي القوة القانونية للقرار المبدئي في مواجهة القضاة الإداريين؟ أو بتعبير آخر لو صدر القرار المبدئي من قاضي الدرجة الأولى هل هو ملزم لقضاة الدرجة الأولى الآخرين؟ ولو صدر القرار المبدئي عن مجلس الدولة فهل هو ملزم لقضاة الدرجات الأدنى؟.

إن هذا القرار ملزم للقضاة الذين هم بنفس الدرجة ومع ذلك بإمكان أي قاض أن يعدله أو يخالفه إذا تغيرت الظروف.

أما إذا صدر القرار المبدئي من مجلس الدولة، فإن القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة قد تصدر إما من غرفة واحدة أو تصدر من الغرف المجتمعة، فلو صدر القرار المبدئي من غرفة واحدة فالحكم السابق هو الذي يطبق ويستطيعوا أن يخالفوه إذا تغيرت الظروف.

أما إذا صدر القرار المبدئي من الغرف المجتمعة (الغرف المجتمعة تجتمع في الحالات التي يمكن أن يشكل القرار المتخذ تراجعا عن الاجتهاد القضائي)، تكون قوته كاملة، سواء في مواجهة الأفراد أو في مواجهة القضاة المتواجدين لدى المحكمة الإدارية أو القضاة المتواجدين لدى مجلس الدولة، فالأفراد مطالبون باحترام ما جاء في القرار المبدئي، وإلا تعرضوا لتوقيع الجزاء عليهم، أما القضاة على اختلاف مراكزهم في الهيكل القضائي، فإنهم ملزمون بتطبيقه على النزاعات التي لا يوجد بصدها حل في القواعد القانونية الموجودة، وهذا عملا بما جاء في المادة 171 من الدستور الجزائري لسنة 2016، والتي أكدت على أن مجلس الدولة يضمن توحيد الاجتهاد القضائي ومع ذلك تجدر الإشارة على أن هذا الحكم لا يحول دون قيام قضاة المحكمة الإدارية باتخاذ قرار مبدئي جديدا أو تعديل القرار المبدئي القائم، حتى ولو كان صادرا عن الغرف المجتمعة.

وهذا في حالة ما إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى صدور القرار المبدئي، محل الإلغاء أو محل التعديل إن السبب في ذلك، إذ يتمثل في أن النظام الجزائري لا يأخذ بنظام السوابق القضائية.

¹ - مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المرجع السابق، ص 175.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

3- مرتبة القرار المبدئي في الهرم القانوني:

ذهب البعض¹ إلى القول بأن القرار المبدئي يحتل مكانة وسطى بين التشريع وبين التنظيم فهو أدنى من التشريع مادام أن القاضي الإداري ليس بإمكانه رقابة دستورية القوانين فهو إذن لا يستطيع أن يلغي القانون وعليه فإن عمله لا يمكن أن يساوي أو يسمو على القانون، وهو أعلى من التنظيم ما دام أن القاضي الإداري بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية، حتى لو كانت صادرة عن أصحاب المجال التنظيمي (المرسوم الرئاسي أو المرسوم التنفيذي)، وعليه فإن عمله هنا يسمو على التنظيمات. ومن هنا فإن القرارات المبدئية تحتل مكانة أدنى من التشريعات مادام أن القاضي الإداري ليس بإمكانه تعديلها أو إلغائها، وأسمى من التنظيمات مادام أن القاضي الإداري بإمكانه تعديلها أو إلغائها.

غير أن هذا الرأي غير صحيح، ذلك أن القاضي الإداري إذا كان بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية حتى التنظيمية منها، فإن ذلك مشروط بأن تكون تلك القرارات غير مشروعة لذلك لا يمكن اعتباره حقه في إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة سبب في اعتباره عمله يسمو على تلك القرارات، ومن جهة أخرى فإن القرار المبدئي لا يصدر إلا في حالة انعدام النص المكتوب فلا يمكن للقاضي الإداري أن ينشئ القرار المبدئي في حالة وجود القاعدة القانونية المكتوبة التي يمكن تطبيقها في النزاع المعروض عليه، ومادام الأمر كذلك فلا يمكن مقارنة القرار المبدئي من حيث مرتبته في الهرم القانوني، مع النصوص القانونية المكتوبة مادام أن هذه النصوص غير موجودة أصلاً، فمكانته إذن متميزة.

الخاتمة :

إن القاضي الإداري لم يعد مجرد أداة تطبيق أو تنفيذ لإدارة المشرع في كثير من الأحيان فطبيعة النشاط الإداري المتغير وضرورة مواكبة ومسايرة الركب الحديث جعلت من القاضي الإداري مصدر إنشائي لقواي القانونية، وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه في حالة غياب النص القانوني، وهذه الحقيقة تجلت بوضوح من خلال القرار المبدئي هذا القرار المبدئي هو عبارة عن قاعدة قانونية يلتزم بها القاضي الإداري في المنازعات المتشابهة مستقبلاً، كما يقع على عاتق كل من الإدارة والأفراد احترامها، وإلا تعرضوا لتوقيع الجزاء عليهم وفي هذا ما يؤكد أن للقرار المبدئي نفس خصائص القاعدة القانونية لأنه بكل بساطة قاعدة قانونية.

¹ - René CHAPUS , droit administratif général, paris, 1998,p 112.

دور القضاء الإداري في وضع القرار المبدئي

قائمة المراجع :

أولاً: الكتب.

أ- باللغة العربية :

1. إبراهيم المنجي، المرافعات الإدارية –دراسة عملية لإجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية 1999 .
 2. -أحمد مدحت علي، الظروف الاستثنائية، الهيئة العامة للكتاب.ب.ب.ن.1987.
 3. خميس السيد إسماعيل ، قضاء مجلس الدولة و إجراءات و صيغ الدعوى الإدارية ، ط4 ، دار الكتاب الحديث ، ب.ب.ن . 1995 .
 4. -رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دراسة مقارنة: دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
 5. -عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية ط3 د.م.ج. الجزائر، 2007 .
 6. -محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، ط2، دار النهضة العربية، 92 ص83.
- ب- باللغة الفرنسية:

2006.1-Jean RIVERO, jean WALINE , droit administratif, 21^{eme} ed DALLOZ
1998.2-René CHAPUS , droit administratif ,paris

ثانياً: المقالات.

- 1- رمضان غناي، تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ع.10، 2012.
- 2- محمد المجني، مناهج القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، المغرب، ع.2.2011.
- 3- مراد بدران، القرار المبدئي في مجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون ، الجزائر، ع.3، 2009 .

رابعاً : المذكرات

- 1 – ليندة عزوز، تطور المنازعة الإدارية في النظام القضاء الجزائري ، مذكرة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، الجزائر ، 2002-2003.
- 2 – وهيبة بلباقي ، الإثبات في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2009 - 2010.