جامعة محمد خيضر
بسكرة - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة الاجتهاد القضائي *مجلة الاجتهاد القضائي *مجلة الاجتهاد القضائي

مجلة الاجتهاد القضائي

العدد الثاني

نوفمبر 2005

جامعة محمد خيضر - بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســـم الحقـــوق

مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع

مجـــلة الاجتهـــاد القضـــائي

الرئيس الشرفي

الأستاذ الدكتور سلاطنية بلقاسم

مدير المجلة

الأستاذ الدكتور محمد محدة

مدير النشر

الدكتور عزري الزين

رئيس هيئة التحرير

الدكتور عمر فرحاتي

العدد الثاني

نوفمبر 2005

هيئة التحكيم

أ.د محمد محدة	جامعة محمد خيضر	بسكرة	الجزائر
أ.د بوزيد لزهاري	جامعة الإخوة منتوري	قسنطينة	الجزائر
أ.د مسعود شيهوب	جامعة الإخوة منتوري	قسنطينة	الجزائر
أ.د محمد لخضر مالكي	جامعة الاخوة منتوري	قسنطينة	الجزائر
أ.د فيصل بن حليلو	جامعة الاخوة منتوري	قسنطينة	الجزائر
أ. د يحي الجمل	جامعة القاهرة	القاهرة	مصر
أ. د الغوثي مكامشة	جامعة الجزائر	الجزائر	الجزائر
د. مويسي بلعيد	جامعة محمد خيضر	بسكرة	الجزائر
د. طاشور عبد الحفيظ	جامعة الإخوة منتوري	قسنطينة	الجزائر
د. فريجة حسين	جامعة محمد بوضياف	المسيلة	الجزائر
د. فرحاتي عمر	جامعة محمد خيضر	بسكرة	الجزائر
د. آجقوعلي	جامعة محمد خيضر	بسكرة	الجزائر
د. عزري الزين	جامعة محمد خيضر	بسكرة	الجزائر

الإخـــراج

أ. عبد الحليم بن مشري	أ. عبد الرؤوف دبابش
أ. حسينة شرون	أ. رياض دنش

لكل المراسلات:

قسم الحقوق، مخبر الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص ب 145 جامعة محمد خيضر بسكرة.

ZINE_AZRI@Yahoo.fr

Halimh88@Yahoo.fr

بسم اللّٰه الرحمن الرحيم

(سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا

إنك أنت العليم الحكيم)

من الآية 32 من سورة البقرة

الفهرس

الفهرس.....**03**

الافتتاحية.....**05**

كلمة مدير المجلة.....**06**

اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات

أ. د. عادل السعيد أبو الخير **09**

الاجتهاد القضائي في المواد المالية والضريبية

أ. د. يسري أبو العلا **51**

الإثبات في المواد الإدارية

د. محمد محده **79**

مجلس الدولة الجزائري بين وظيفة الاجتهاد وتعددية الاختصاصات القضائية

أ. د. عمار بوضياف **91**

القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية

د. الزين عزري **107**

دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أوتطبيقها؟

أ. عبد الجليل مفتاح ود. مصطفى بخوش **115**

دور القاضي الإداري في الرقابة على مالية الدولة

د. عمر فرحاتي وأ. مراد باهي **127**

مصادر المشروعية الإدارية في الجماهيرية الليبية

د. إبراهيم الطاهر الفرجاني 139

المسؤولية الإدارية للطبيب عن الأعمال الطبية الاستشفائية

د. مصطفى معوان 149

المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي

د. محمد بودالي 175

الاجتهاد القضائي في المسائل الجمركية

أ. د. محمد لخضر مالكي 197

السلطة التقديرية واجتهاد القاضي الإداري

د. حسين فريجة 203

سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة

أ. حسينة شرون وأ. عبد الحليم بن مشري 227

ضمانات تنفيذ القرارات الإدارية

أ. الساسي سقاش 247

مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإدارية حالة الجزائر

أ. فريد علواش وأ. ماجدة شهيناز بودوح 259

مدى سلطة القضاء الإداري على الإدارة

أ. شهيرة بولحية 269

مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية

أ. رمـــــــزي حوحـــو 281

أصالة عن نفسي ونيابة عن كل أعضاء أسرة قسم الحقوق، يشرفني أن أرحب بكم جميعا في هذا العدد الثاني من مجلة الاجتهاد القضائي.

كما عودكم قسم الحقوق ومخبر الاجتهاد القضائي في إطار دعمه لترقية النشاطات العلمية والمعرفية، وللسنة الثانية على التوالي، تم إعداد مجلة الاجتهاد القضائي وقد خصص هذه المرة للاجتهاد في المادة الإدارية وأثره على حركة التشريع، إيمانا منا بضرورة تمكين الأساتذة والباحثين والطلبة من التواصل و تبادل المعارف على جميع الأصعدة الوطنية والدولية، النظرية والتطبيقية.

لتكون سعادتنا أكبر عندما يكلل هذا العدد بالنجاح المنتظر وهو ما نأمله جميعا.

اسمحوا لي ختما أن أتوجه بجزيل الشكر والعرفان لكل ساهم في إتمام هذا الإنجاز على ما بذلوه من جهد لإخراج هذا العدد، وإلى أن نلتقي في عدد آخر – إن شاء الله – شكرا والسلام عليكم.

رئيس الجامعة

الأستاذ الدكتور بلقاسم سلاطنية

كلمة مدير المجلة

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين،وبعد:

إن موضوع الإجتهاد من الموضوعات المهمة جدا وأهميتها مردها إلى ما تستلزمه هذه الكلمة أو تطلبه ،ذلك لأن الإجتهاد يتطلب ممن يوصف بهذا الوصف أن يكون مجتهدا باذلا جهده لإستخلاص الأحكام بعلمه وذكائه وفطنته، فبحثه للأمور ليس سطحيا أو أفقيا وإنما هو عموديا غائرا في المعاني و الألفاظ و المداليل ولهذا لما جاءت المرأة إلى عمر بن الخطاب وكانت زوجة أحد وجهاء القوم فقال لها لماذا وأنت فولانة إبنة فولان وزوجة فولان على هذا الحال " لباس رث وعدم إهتمام بالحياة " فقالت ماذا أفعل بفولان إذا كان صوام النهار قوام الليل.

فلما همت بالخروج ولم يجبها عمر فقال له أحد الصحابة كان جالسا معه يا أمير لقد إشتكت وأبلغت في شكواها فقالت إن زوجها صوام النهار قوام الليل،أي أنه لا يؤاكنا نهارا ولا يعرف لنا فراشا ليلا.

فقال عمر هل إشتكيت زوجك قالت نعم يا أمير المؤمنين فقال إستدعي زوجك، فلما جاء الزوج قال له عمر والله ما ذكرتك زوجتك بسوء وإنما قالت أنت صوام النهار قوام الليل فهل أنت على هذا الحال قال نعم يا أمير المؤمنين ،فقال عمر لذلك الصحابي أقض بينهما، فقال الرجل أأقضي بينهما وأنت موجود يا أمير المؤمنين قال نعم لأنك تفطنت إلى ما لا لم أتفطن إليه، فقال له يا هذا صم ربك ثلاثة أيام أفطر معها يوم وأعبد ربك ثلاث ليال وبت معها ليلة فقال عمر و الله لثاني أعجب من الأول فكيف ذلك،فقال يا أمير أن الله أحل للرجل أربع نسوة ومن حقه أن يجمعهن في عصمته فقدرت أنه له ذلك فهي من حقها الليلة الرابعة و اليوم الرابع ، فعينه لذلك قاضيا في اليمين.

فالقضاء إذن إجتهاد، والقاضي الإداري أكثر من غيره ذلك لأن القاضي الجنائي محكوم بنصوص قانونية وإجتهاده فيها ضيق والقاضي المدني كذلك ولهذا وصف هذا النوع من القضاء بأنه قضاء تطبيقي بينما القضاء الإداري وصف بأنه قضاء إنشائي ، وعليه فإن القاضي الإداري قاض مبدع أو منشئ للحلول المناسبة لما يطرح بين يديه من منازعات لا يجد لها نصوصا تحكمها وهو قمة الإجتهاد.

ولكن هذا الإنشاء أو ذلك الإبداع لا يعني أن يحل القاضي الإداري محل المشرع بل بالعكس أن القاضي الإداري لا يجوز له أن يخالف النصوص القانونية التي وضعها المشرع، بل هو ملزم بإعمال النصوص الواردة في القرار فإن كانت غامضة وعامة

إضطر إلى تفسيرها بما يتلاءم مع الظروف المحيطة وواقع الحياة العملية و الإتجاهـــات السائدة ، فإن كان النزاع خاليا من النصوص القانونية التي تحكمه هنا يبرز دور القاضي في الإبداع و إيجاد القاعدة القانونية الحاسمة للنزاع و القابلة للتطبيق مستقبلا.

وعلى هذا وصف القانون الإداري بأنه أكثر القـــوانين إلتصـــاقا بالإجتهـــادات القضائية إن لم نقل أنه هو ذاته ذو طابع قضائي إجتهادي.

والمطلع على الكتب والمؤلفات يجد أن البعض منها قد عنون بهذا العنوان وهو الطابع القضائي للقانون الإداري و البعض الآخر القضاء مصدر إنشائي للقانون الإداري وهذه العناوين تبرز بوضوح دون القضاء الإداري تجاه هذا النوع من القوانين.

ومن ثم كان دور القضاء الإداري دور إيجابي لا يتقيد فيه القاضي الإداري بما يطرحه الخصوم من أدلة ووسائل إثبات بل ومن حقه أن يطلب تقديم ذلك ولو من المدعى عليه خلاف القاضي المدني ، لهذا إذا كان القاضي الجنائي إذا لم يجـــد الـــنص قضـــى بالبراءة والقاضي المدني إذا لم يجد الدليل رفض الدعوى فإن القاضي الإداري إذا لم يجد لا هذا و لا ذاك عليه بالإجتهاد ومن ثم تظهر أهمية هذا العدد من مجلة الاجتهاد القضائي الذي ينير الطريق أمام رجال القانون بما للسابقة القضائية أو المباديء الإجتهادية من أثر على حركة التشريع ونتمنى من العلي القدير أن يكلل عملنا هذا بالنجاح، والسلام علـــيكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

مـــدير المجلـــة

الأستاذ الدكتور محمد محده