جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

القيود التي على حرية القاضي في التعبير وإبداء الرأي المخالف" دراسة تطبيقية في القضاء الدستوري الجزائري "

مذكرة ضمن متطلبات
لنيل شهادة الماستر حقوق تخصص دولة ومؤسسات

إعداد الطلبة :

✓ علي عابد

✓ قمان شلالي

تحت إشراف الأستاذ :

د . ميهوبي حبيب

قسم : الحقوق / شعبة : دولة ومؤسسات

السنة الدراسية:2021/ 2022

إهـــــداء

نهـدي هذا الإنجاز إلى الغالية لدي في هذا العالم

والتي لا يهلك من سواها

التي علمتنا كل شيء في هذه الدنيا

التي أوصي بها الرسول صلى الله عليه وسلم

أمك.....ثم أمك .....ثم أمك

وإلى والدي الذي هو سند حياتي والى إخوتي وإلى عائلة عابد وعائلة

قمان بصفة خـــاصة والى أصدقائنا وكل من وفق بجـــانبنا بصفة عامة

أهديكم هذا الإنجاز وأرجو من السميع العلي أن ينال إعجـــابكم

عـــابد علي

قمان شلالي

شكر وتقدير

الحمد لله الغفور الودود الكريم المقصود الملك المعبود العظيم ذو الجود لا يخفى عليه دبيب النملة السوداء ويسمع حس الدود من خلال العود ويرى جريان الماء في باطن الجلود ويرى تردد الأنفاس في الصبوط والصعود .

القادر فما سواه بقدرته موجود.

أما بعد الشكر حبا وتقديرا لصاحب الأخلاق السامية والكرم الواسع

الأستاذ القدير : ميهوبي حبيب الذي شملت رعايته البحث والباحث ولم يتوان يوما في تقديم المساعدة لنا فقد كان نعم

المشرق والموجه .

نشكره شكر التلميذ أحب أستاذه فأجله.

كما أتقدم بخالص شكري واحترامي لكل أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على تحملهم مشاقة قراءة المذكرة ومناقشتها وتصحيحها سدد الله خطاكم و وفقكم لما يحبه الله ويرضى.

مقدمـــــــــة

مقدمة :

من المسلم به أن الجريمة ظاهرة اجتماعية قديمة لازمت الإنسان منذ وجوده، إذ لا يخلو منها أي مجتمع إنساني باعتبارها ناتجة عن التفاعلات والعالقات المترابطة بين الأفراد والمصالح المتعارضة بينهم، وقد سعت المجتمعات القديمة إلى مواجهة الجريمة والحد منها عن طريق العقوبة باعتبارها رد الفعل الاجتماعي للجريمة.

وقد اتخذت العقوبة في البداية شكل الانتقام الفردي من مرتكب الجريمة، أين كان الفرد هو نفسه القاضي الذي يحدد نوع العقاب ومقداره الذي يوقعه بنفسه، ويتم إثبات الحق بناء على اقتناعه الشخصي الذي لا يحكمه العقل والمنطق بل الغريزة والحماية البدنية، ومع تطور الفرد واتصاله بغيره تحول الانتقام من طابعه الفردي إلى الجماعي حيث تولى رئيس العشيرة أو القبيلة سلطة إجراء المحاكة وإصدار الحكم بالعقوبة على الجاني باعتباره خارجا على نظام القبيلة.، ونتيجة التطورات انتقل العقاب من يد الأفراد إلى الدولة وذلك تجنبا لممارسة العدالة الذاتية، و تماشيا مع ذلك، فإن غياب النصوص الجزائية التي تحكم التجريم والعقاب أدى إلى تمتع القاضي الجزائي بسلطات مطلقة سواء ما تعمق بنطاق الدعوى والإثبات الجنائي أو تطبيق العقاب الذي تميز بالقسوة والشدة

إن مهمة القاضي الإداري الأساسية عندما ترفع إليه الدعوى يتأكد من الالتزام الإدارة بتطبيق للقانون أي التأكد من مدى مطابقة القرارات الإدارية للقانون دون التعدي على مجالات التقدير والملائمة التي تتركها القوانين للإدارة التي تعمل فيها سلطتها لحرية واستقلال ، هذه السلطة التي تملكها الإدارة في التقدير هي ما يسمى بالسلطة التقديرية كما تقديرها الحر واتخاذها لعملها في مناسبات معينة وهو ما يسمى بالملائمة كما أن نشاط القضاء الإداري في وزنه ينبغي أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية .

أولا : أهداف الدراسة :

التطرق بالدراسة والتحليل إلى أهمية القاضي

معرفة الدور المناط للقاضي أثناء أداء مهامه

القيود الذاتية والموضوعية التي تعرض على القاضي أثناء أداء مهامه

الضوابط القانونية الوطنية التي تحدد مهام القاضي و سلوكاته

دور القضاء الدستوري في تفعيل العدالة

أهمية القضاء الإداري في تحصيل وتثبيت القضاء الجنائي

ثانيا : أسباب اختيار الموضوع :

<u>أسباب ذاتية :</u>

قناعة الباحث التطرق إلى دور القاضي وسلطته التقديرية و مدى خضوعه للقيود وكيف كيفية تذليل المصاعب أمام هذه القيود تحقيقا لنزاهة القضاء

<u>أسباب موضوعية:</u>

موضوع القضاء والقيود التي يتعرض لها تستجلي الوضوح و تستقرئ الجوانب الظاهرة والخفية كذلك هذا الموضوع ثري من حيث أمرين الأول كثرة النقاش حوله والتباين في وجهات النظر و الأمر الثاني مدى استجابة المنظومة القضائية للحد من القيود التعسفية التي يتعرض لها أحيانا في إصدار الأحكام مع إثراء موضوع مهم يتعلق بالمحكمة الدستورية في الجزائر والتي صارت موضوعا جديرا بالاهتمام لحداثتها.

ثالثا : منهجية الدراسة :

من خلال دراستنا لهذا الموضوع اعتمدنا المنج الوصفي التحليلي

إشكالية التي يثيرها الموضوع :

ما هي القيود التي ترد على حرية وسلطة القاضي؟

ما هو القضاء الدستوري الجزائري ؟

وللإجابة على الإشكالية المقترحة نقترح الخطة التالية :

قسمنا هذا البحث إلى فصلين حيث يتناول الفصل الأول الذي يمثل الإطار المفاهيمي للقاضي والذي قسمناه إلى المبحث الأول عن فهم الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية والمبحث الثاني عن السلطة التقديرية للقاضي الجزائري وحقوقه

وفيما يخص الفصل الثاني الذي يتمثل في القيود التي ترد على حرية التعبير والرأي للقاضي قسمناه إلى ثلاث مباحث حيث الـمبحث الأول يتناول ضوابط السلطة التقديرية للقاضي بينما المبحث الثاني يتكلم عن الضوابط الإجرائية له أما بالنسبة للمبحث الأخير فقد خصصناه عن القضاء الدستوري ونشأته في الجزائر.

الفصل الأول:الإطار المفاهيمي للقاضي

المبحث الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي في الموارد الإدارية :

إذا كان التشريع يعبر عن اختيارات الأمة و مصالحها العامة، فإن الاجتهاد القضائي بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية، من خلال ملاءمتها مع الوقائع فالتشريع بما يتميز به من عمومية و تجريد لا يضع إلا حلولا وسطى و هذا ما يجعل من الاجتهاد مصدرا مستقلا و مساويا لباقي مصادر القانون، فهو يخصص القاعدة القانونية و يقوم بتعيينها، إذ بدونه لا يمكن للتشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار و الاستمرارية، فالاجتهاد القضائي يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة، و ذلك بخلق روح جديدة للنصوص القديمة و للإحاطة بالاجتهاد من الناحية النظرية ينبغي التطرق إلى مفهومه وخصائصه في المطلب الأول وأسبابه في المطلب الثاني

المطلب الأول : تعريف الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية

الفرع الأول : ماهية الاجتهاد القضائي الإداري :

أولا : الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه :

1 -تعريف الاجتهاد :

الاجتهاد في اللغة معناه الجهد والمشقة والطاقة فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه , وهو اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كأن يقال استرفغ وسعه في حمل التثقيل ولا يقال استفراغ وسعه في حمل النواة .

وأما في عرف الفقهاء فهو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه وهو سبيل مسائل الفروع ولهذا تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد والناظر فيها مجتهدا .

و أما الاجتهاد في معنى القضاء فيطلق على المشكل الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون , أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص .[1]

[1] محمد سلام مذكور , المدخل للفقه الإسلامي – تاريخ ومصادره ونظرياته العامة – دار الكتاب الحديث الطبعة الثانية , القاهرة 1996 ص 289.

أما في الجزائر فإن القوانين مدونة وبالتالي فإن الاجتهاد يقل عن بلد مثل انجلترا بحيث الاجتهاد هناك له أهمية كبرى لأنه لا يوجد هناك قانون مدون جامع يتقيد به القاضي , و إنما الأحكام القضائية تمثل مرجعا بحيث القاضي الانجليزي يتقيد باجتهاد المحاكم العليا . وتعتبر أحكام المحاكم كمصدر للقوانين حيث تكون هذه الأحكام ملزمة للقضاء ويطلق على مجموعات الأحكام عبارة "التشريعات القضائية [1]."

وفي الجزائر وتطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تعتبر مصادر القانون في التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف و مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ويظهر لنا آراء الفقهاء و أحكام القضاء ليست مصدرا للقانون الجزائري و معنى ذلك أن الفقه والقضاء لا يعتد بهما كمصادر للقانون ولا يلتزم بأي منهما في إصدار أحكامه .

2 -أنواع الاجتهاد

إن الاجتهاد في القانون الوضعي وخاصة في القانون الجنائي يكون فيما لم يرد فيه نص وخاصة إذا ما عرفنا من المبادئ الأساسية في العلوم القانونية أن النص القانوني الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره باعتبار أنه لا اجتهاد مع النص .

والاجتهاد ثلاثة أنواع نذكر منها :

- بذل الجهد للتوصل إلى الحكم , ومجال الاجتهاد هنا ما يكون في حدود فهم النص وترجيح بعض ما يفيد مفهوما آخر دون خروج عن دائرة مفاد النص.
- بذل الجهد للتوصل إلى حكم لم يرد فيه نص قطعي ولم يظهره إجماع التي وضعها المشرع للدلالة عليه .
- بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعي لتطبيق القواعد الكلية , وهذا فيما يمكن أخذه من القواعد والنصوص الكلية دون فيه نص خاص.[2]

[1] الدكتور إسحاق إبراهيم منصور , نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانونين الجزائرية – ديوان المطبوعات الجامعية – الطبعة الثانية 1990, الجزائر ص163 .

[2] مراجع محمد سلام مذكور , المدخل للفقه الإسلامي , مرجع سابق هامش 1 ص 291 .

3 ـشروط القاضي المجتهد :

يعتبر القاضي المجتهد هو الذي توافرت فيه صفة الاجتهاد وذلك بأن يكون متمكنا من استنباط الأحكام القانونية , كما يجب أن تتوفر فيه شروط هي :

أن يكون على معرفة قانونية واسعة وهذا لن يتأتى للقاضي إلا إذا اكتسب معارف نظرية وعملية والاطلاع على أسرار مهنة القضاة وذلك بالعمل والاستمرار والمواظبة.

ما يجب أن يتبعه القاضي في المسائل التي لا يوجد فيها نص :

- في حالة عدم وجود تشريعي يلجأ القاضي إلى مجمل العبارات ومبادئها وروح النص العام وما يقصده المشرع.
- يفسر القاضي الألفاظ والمصطلحات القانونية وفقا لمقصد المشرع ويجب أن يجتهد رأيه لمقارنة مابين يديه بالقضايا المماثلة أو المشابهة وبإمكانه اللجوء إلى آراء الفقهاء للاستعانة بها دون أن يكون ملزما بها.
- الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في الجزائر أو الدول الأخرى فيما لا يعارض عادات و أخلاق المجتمع الجزائري
- مراعاة العرف والمعاملات ومبادئ العدالة المطلقة , وبهذا يمكن للقاضي أن يفتح باب الاجتهاد والحكم في الوقائع والقضايا التي لا يوجد فيها نص صريح.

وباعتبار أنه طبقا للمادة 143 من دستور 23 فيفري 1989 تمثل المحكمة العليا في جميع المجالات القانون الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم و أنها تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون[1].

يعتبر موضوع الاجتهاد القضائي الإداري من أهم مواضيع القانون الإداري , فلا يخلو أي مرجع من مراجع القانون الإداري في التطرق لهذا الموضوع لكن جل ما تناول الفقهاء هو مكانة الاجتهاد القضائي الإداري أو مرتبته كمصدر من مصادر الشرعية , مع التركيز على حقيقة دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية من خلال الاجتهاد القضائي الإداري .

[1] دستور الجزائر , فيفري 1989 , المادة 143 .

تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري :

كما يمكن هنا تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري بأنه عملية ضرورية لتأطير الموضوع من أجل الوصول إلى الفكرة العامة و المجردة التي تتضمن مجموع الصفات و الخصائص الموضحة للمعنى الكلي لهذا الموضوع.

لا شك أن مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري معقد نظرا لعدة اعتبارات، أهمها أن موضوع الاجتهاد القضائي بصفة عامة له علاقة بالعديد من المفاهيم القانونية المقاربة له و التي تتصل به بصفة مباشرة أو غير مباشرة، فهو فرع من أهم و أقدم فروع القانون.

الاجتهاد القضائي الإداري عبارة مركبة مكونة من ث لاث كلمات : الاجتهاد ، القضائي، الإداري، و قبل التطرق لتعريف العبارة كاملة، سيتم تعريف الإطار العام للاجتهاد القضائي أولا.

الإطار العام للاجتهاد القضاء الإداري :

يعتبر معظم فقهاء القانون الاجتهاد القضائي كجزء لا يتجزأ من المنازعات الإدارية، وبالتالي فإن الاجتهاد القضائي الإداري ما هو إلا مجرد انعكاس للمنازعات الإدارية أو نتيجة لها [1] ، خصوصا بالنظر إلى الدور البارز الذي قام به الاجتهاد القضائي في إرساء نتيجة لها قواعد المنازعات الإدارية، لا سيما قواعد المسؤولية الإدارية، وبالتالي سيتم أولا التطرق لتعريف الاجتهاد القضائي الإداري، ثم تعريف المنازعات الإدارية باعتبار الاجتهاد القضائي جزءا لا يتجزأ منها.

إن الاجتهاد القضائي الإداري هو مسألة بالغة الأهمية، وهذا للتمكن من حصر دراسة الموضوع في حد ذاته، لكن هذا التعريف ليس بالأمر السهل، لأن الفقه لم يتفق على تعريف واحد جامع مانع لهذه العبارة، بل أكثر من ذلك لم ينتهج طريقا واحدا لتعريف هذا المصطلح.

[1] Philippe Jestaz, la jurisprudence, ombre portée du contentieux, recueil Dalloz,France, n 24/1989, p149.

و يجب التنويه إلى أنه إذا كانت عبارة الاجتهاد القضائي تتكون من كلمتين في اللغة العربية (**إجتهاد، قضاء**) إلا أنها تجد ما يقابلها في اللغة اللاتينية بكلمة واحدة هي " **Jurisprudence**" وهي كلمة متكونة من جزئين **prudentia/juris** ،فكلمة **juris** تعني القانون، وكلمة **prudentia** تعني المعرفة والعلم، وبالتالي فإن المصطلح قديما كان يعني علم القانون، إذن فإن الاجتهاد القضائي في الحضارات القديمة كان علما شاملا لكل القوانين، وقد تم تفسير **predentia** أيضا على أنها الحذر، فقد اتجه بعض الفقهاء إلى القول بأن هذا العلم يتكون خطوة خطوة، وبحذر، تبعا لنتائج متعاقبة [1] .

كما تم تفسير مصطلح "علم القانون"، بأنه بصيرة رجال القانون التي تتيح لهم البحث عن القانون في المقررات القضائية.[2]

يجب الانطلاق في التعريف الفقهي لإجتهاد القضائي الإداري من المعايير الأساسية الثالث و هي المعيار العضوي و المعيار الموضوعي و المعيار الشكلي .يهتم المعيار العضوي بصفة عامة بطبيعة الجهة القضائية التي أصدرت الاجتهاد القضائي، فكلما كان هذا الأخير صادرا عن جهة قضائية إدارية، اعتبر الاجتهاد القضائي إداريا، و من هنا فإن مختلف التعريفات الفقهية للاجتهاد القضائي عموما والاجتهاد القضائي الإداري خصوصا تنطلق من تعريف عام وواسع وهو: " مجموع الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات ذات الطبيعة القضائية , وبالتالي يمكن تعريف القضاء الإداري من عطا المنطلق بأنه مجموع المقررات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية .

و آخر معيار لتعريف الاجتهاد القضائي الإداري هو المعيار الشكلي، و الذي يهتم أساسا بالضوابط الشكلية للاجتهاد القضائي الإداري، بحيث يعتبر المقرر القضائي الإداري اجتهادا قضائيا إداريا إذا تضمن ميزات خارجية خاصة به تدل عليه، من خلال طريقة تحريره و التي تتضمن توضيحات و استخلاصات مفصلة للقاضي الإداري خلال فصله في مسألة قانونية معينة، و توحي بأن هاذ المقرر القضائي الإداري هو اجتهاد قضائي إداري. وأنه

[1] Philipe jestaze, op. cit, p150

[2] Marye Degnergue, jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, bibliothèque de droit public, , France, p12.

"مجموع المقررات القضائية الإدارية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية مهما كانت طبيعتها أو درجتها، المنشورة منها وغير المنشورة، و التي تتضمن موقفا قانونيا جديدا أو تغييرا لموقف قانوني سابق، سواء كان ذلك بصفة صريحة أو ضمنية ".

الفرع الثاني : خصائص المميزة للاجتهاد القضائي :

يمتاز الاجتهاد القضائي الإداري بعدة خصوصيات تتمثل في ما يلي :

1 -الواقعية و مراعاة الظروف المحيطة بالنزاع:

فالقاضي الإداري عندما يجتهد في الكشف عن قاعدة قانونية، ليصدر حكمه على أساسها، إنما يجري موازناته بين ما يصدره من أحكام، و بين الظروف الواقعية المحيطة بالنزاع، على خلاف القاضي المدني و لذلك تميزت أحكام القضاء الإداري بالمرونة و الواقعية،و هذا راجعا إلى أن ميزة القضاء ، أنه دائم الاتصال بالحياة العملية و التي يستمد قواعده منها و يطبق قضيته عليها[1].

2 -ارتباط الاجتهاد القضائي الإداري بأساس النظام السياسي و القانوني للدولة

الملاحظ على اجتهاد القضاء الإداري أنه و في غالب الأحيان يضمن أحكامه جملة من المبادئ العامة، من مطلق اجتهاده. و هو لا يستند في شأنها إلى مصدر محدد، بل يعتمد في محاولة استنباطها على الأسس التي يستقر عليها النظام السياسي و القانوني للدولة و المجتمع.

3 -تجاوز القاضي الإداري لدوره كحكم في النزاع

فالقاضي الإداري يتجاوز تطبيق القانون إلى البحث عن الموازنة بين المصلحة العامة و المصالح الفردية و بذلك يتجاوز مهمته العادية باعتباره فاصلا في خصومة معينة و يتحول

[1] د. عبد الرزاق السنهوري: علم أصول القانون، دار الفكر العربي ، القاهرة ،1936 ، ص122

القاضي الإداري من خلال حكمه الذي يصدره مصدرا إنشائيا للمبدأ العام الذي يصنعه، و للقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ.[1]

4 -ارتباط القانون الإداري بالقضاء الإداري و عدم إمكان الفصل بينهما:

حيث لا يمكن الحديث عن وجود قانون إداري، إلا إذا كان هناك قضاء إداري، و قد سبق ظهور القضاء الإداري الفرنسي على وجود القانون إداري، و كان له الفضل في جعله قانونا مستقلا و خاصا و هذه خصوصية أخرى تضاف إلى الاجتهاد القضائي الإداري[2] حيث يعتبر القضاء هو المصدر الرسمي و الرئيسي لقواعد هذا القانون. وتعود هذه المميزات إلى الأسباب التالية:

- **عدم تقنين قانون الإداري**

و يقصد بالتقنين هو تجميع لأهم المبادئ القانونية بخصوص مسألة معينة في منظومة تشريعية ، مما تفرض على القاضي أن يكون بنفسه مصدر للقواعد التي يفصل بها في المنازعات التي تعرض عليه

- **سرعة تطور أحكام القانون الإداري و ضخامة شعب مواده.**
- **التركيز على حسن مباشرة الإدارة لنشاطها:**

فالقاضي الإداري يركز على الاعتبارات العملية التي تعد من شروط حسن مباشرة الإدارة لنشاطها، أما القضاء الإداري، فإن الاعتبارات القانونية لها المقام الأول في اجتهاده لأن القاضي الإداري في تفسيره للنصوص يعمد إلى تفسيرها بما يتناسب مع واقع الحياة العملية و ظروف المنازعة المعروضة عليه.

[1] Marie-christine Ronault , droit Adminstratif ,gualinod : 2002,p67.

[2] عبد الجليل مفتاح، مصطفى بخوش: مرجع سابق، ص118.

- **غلبة الروح الإدارية على اجتهاد القاضي الإداري :**

لأن وضع و محيط القاضي الإداري يفرضان عليه أن يكون ليس فقط قاضيا متخصصا في المادة الإدارية، لكن القاضي له روح رجل الإدارة، القاضي يعي تمام الوعي بأن قراراته مكملة للنشاط أو التسيير الإداري.

المطلب الثاني : أسباب وطبيعة الاجتهاد القضائي الإداري :

إن الاجتهاد القضائي يعتبر إحدى الوسائل و الآليات التي يتدخل بواسطتها القاضي في النزاع المطروح عليه، طالما أن القانون يفرض عليه في كل الأحوال أن ينطق بالحكم في نزاع مطروح تحت طائلة الوقوع في جريمة إنكار العدالة. و أكثر من ذلك لا يجوز للقضاء السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية في حالة تعددها [1]. و يكون في كل المنازعات المعروضة عليه، سواء من ناحية الموضوع أو في الإجراءات، و هذا يعني أنه قد سلم للقاضي الإداري بصفة عامة من طرف الفقه بدور المبتدع و الخلاق في مجال القانون الإداري في حالتين وهما :

❖ **حالة انعدام النص القانوني**

لا أحد ينكر الدور الذي يلعبه القضاء بالنسبة للقانون الإداري ، فالقاضي الإداري، على خلاف القاضي العادي، فهو إلى جانب تطبيقه لقواعد القانون الإداري و تفسيره لهما بما يناسب النزاع المطروح أمامه فهذا يعتبر اجتهاد في إطار النص .فهو يؤدي دورا إيجابيا أكثر جدية و جرأة في مجال صناعة القاعدة القانونية ذاتها في حالة انعدام النص التشريعي ، [2]يحكم القاضي هنا بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العادلة , فيجتهد القاضي حينها ليصل إلى الحكم القانوني، عبر الاستعانة بأدوات الاجتهاد من طرق التفسير، و القياس في حالة غموض النص، وهو الاجتهاد الذي يساهم في وضع نظريات و مبادئ القانون الإداري.

[1] كانت المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية تنص صراحة على واجب الفصل في كل قضية ترفع إلى القضاء

[2] عزري الزين: القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية ، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر، العدد الثاني، بسكرة، ص108.

❖ **حالة غموض النص التشريعي أو نقصه:**

فالأصل في النص القانوني أن يكون واضح الدلالة فلا يحتاج القاضي إلى الاجتهاد في البحث عما يراد في النص غير أن هناك نصوص قانونية تتميز بالخفاء و الغموض، فيتعين على من يطبقها السعي إلى إزالة و تذليل الغموض و هو أمر ليس بالنادر في مجال القانون الإداري, [1]و هو أكثر أنواع التفسير شيوعا و أشدها أهمية من الوجهة العملية و هو الذي يصدر عن القضاة في معرض تطبيقهم للقواعد التشريعية أي في معرض القضية المعروضة أمام القضاء و هو غير ملزم أي من الجائز مخالفته و تبني تفسير مغاير له في القضايا المماثلة ولكن هناك استثناء بالنسبة للمحكمة العليا عندما تصدر نصا تفسيريا فإن قرارها يكون ملزم بجميع المحاكم.

و مجلس الدولة فإنه بموجب المادة 9 من قانونه العضوي 01/98 يخول له تفسير التشريع الفرعي خاصة المراسيم الرئاسية و التنفيذية و القرارات التنظيمية. و المحاكم الإدارية وفقا للمادة **801** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك بالنسبة للقرارات المحلية.

و القاضي فيما يفعله لا يعتمد دائما على نية المشرع الحقيقية أو المفترضة حيث كثيرا ما يلاحظ السبل مغلقة في وجه التعرف على هذه النية.

و مثال ذلك ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا التي قررت أن القواعد الاختصاص الإقليمي من النظام العام في قضية "جابور شاور"ضد **"cnasat"** بتاريخ **1996/03/03** حيث جاء فيه: " أنه يتضح من المادة 08 .ق.ا.م أن الطلبات المتعلقة بالأشغال العمومية ينظر فيها أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها المكان الذي أنجزت فيه الأشغال و هي وحدها المختصة.

و يتضح مما سبق أن العبارات المستعملة في هذه القضية تعبر بوضوح أن قواعد الاختصاص الإقليمي من النظام العام حيث شاركت القاعدة العامة على فهم مجال اختصاص الجهات القضائية الإدارية.

[1]د.حسين عثمان محمد عثمان: أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية , 2004 , ص227.

فقانون الإجراءات المدنية لم يفصل في مسألة طبيعة الاختصاص الإقليمي إلا أن المشرع تدارك هذا النقص و فصل في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. و القاضي الإداري و هو يفسر النص القانوني و يحاول معرفة نية المشرع إنما يعطي للقاعدة القانونية قيمة فتصبح بهذا المضمون قاعدة قانونية ملزمة للإدارة و الأفراد.

و هكذا يلعب القاضي الإداري دورا جوهريا في إنشاء قواعد و أحكام القانون الإداري و هو عمل لا يزال يقوم به حتى الآن و بالرغم من تعدد التشريعات و كثرتها حيث أن بها العديد من الثغرات و الفجوات و الكثير من الغموض و عدم الوضوح يجعله ملزما لمواجهة النزاع المطروح أمامه، و إتباع الحل المناسب و الملائم له و المبني على الموازنة بين مصالح الإدارة (العامة) و مصالح الأفراد.

المبحث الثاني : ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري وحقوقه في التشريع.

تعرف السلطة التقديرية بأنه نشاط وتحليل فكري وذهني يمارسه القاضي لفهم القضية المُقدمة إليه وتحليلها واستنباط ودراسة العناصر المتضمنة خلالها وفقا لقاعدة قانونية معينة وُضعت لتحكم هذه القضية المعروضة، وتتألف السلطة القانونية من عنصرين وهما القاضي والقانون، وعليه فإن السلطة التقديرية للقاضي تُعرف أيضا بأنها رخصة تمنح للقاضي من قبل المشرع وتتضمن مجموعة من النصوص القانونيَّة تحتوي على تعابير معينة، ويقوم القاضي باختيار منها بما يتناسب مع القضية المخولة إليه لتنفيذ العقاب اللازم على الجاني بما لا يزيد عن حد العقوبة الأقصى ولا يقل عن حد العقوبة الأدنى [1] كما أن السلطة التقديرية للقاضي الإداري هو تمتع الإدارة حق حرية التصرف والاختيار في ممارسة اختصاصها القانوني؛ أي للإدارة حق في اتخاذ الإجراءات المناسبة أو الامتناع عن اتخاذها وفقا لوضع معين أو لسبب يُناسب الوضع المطروح، ولها حرية اختيار الوقت الذي تراه مناسبا لاتخاذ الإجراء[2], أما بالنسبة للقاضي الجنائي فيعتبر أن له الحق بتنفيذ العقوبة وتطبيق قانون والقواعد والنصوص التجريمية للعملية وما ينتج عنها من خطورة وآثار، وتقدير وتحليل

[1] عباس علي محمد الحسيني، "السلطة التقديرية للقاضي"، جامعة كربلاء كلية القانون، اطّلع عليه بتاريخ 2021/4/20. بتصرّف.
[2] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري ، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، صفحة 479-480. بتصرّف.

عناصر القضية التي تتطلب العقوبة، وهذه القواعد والنصوص التي تُبين القانون وضوابطه يتم استخدامها دون أن تؤثر على وجود السلطة التقديرية ذاتها، ولذلك سلطتها لا تتعدى إطار القاعدة القانونيَّة ولا يُسمح لها بالتحكم كما هو مسموح لسلطة الإدارة [1] وهذا ما سوف نتطرق إليه في كل من مطلب الأول والثاني عن دور كل من القاضي الجنائي و الإداري وحقوقه في التشريع الجزائري .

المطلب الأول : دور القاضي الإداري و الجنائي في الجانب الإجرائي :

الفرع الأول : دور القاضي الإداري في الجانب الإجرائي :

أولا : دور القــاضي الإداري في الجانب الإجرائي لرقابة المشروعة

إن القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي للإدارة،أين يستمد اختصاصه من الدستور و كذا القوانين التي حددت اختصاصاته المتمثلة أساسا في رقابة مشروعية أعمال السلطات الإدارية سواء كانت مركزية أو محلية،وكذا إلزامها بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالأفراد[2] .

فتدخل القاضي الإداري لرقابة مشروعية الأعمال الإدارية يسهر على احترام القوانين، ومن ثم يضمن المشروعية و يؤكد على توافرها في أعمال الإدارة لكن رغم أن القاضي الإداري، هو القاضي الطبيعي للإدارة، وحامي الحقوق والحريات الفردية ومجسد لمبدأ سيادة القانون في علاقات الإدارة بالأفراد،إلا أنه لا يتدخل من تلقاء نفسه لممارسة رقابة المشروعية على أعمال الإدارة[3] . بل الأمر يتطلب تمكينه ومنحه وسائل وسلطات لممارستها، أين تمثلت هذه الوسائل في دعاوى المشروعية التي تفرض تدخل القاضي الإداري لممارسة رقابة المشروعية، وهذا بعد توفرها على شروط إجرائية معينة.

[1] محمد محده، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، صفحة 24-25. بتصرّف

[2] القانون العضوي 13/11 المؤرخ في 23 شعبان 1432 ،الموافق لـ26 يوليو 2011 المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01/89 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 30 مايو 1998 ،متعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، عدد 48.

[3] سعيد سليماني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الفردية، مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية، عدد خاص كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثلجي ، الأغواط، 2006 ،ص 03.

و دعاوى المشروعية كأي دعوى قضائية أخرى تتطلب ممارستها المرور بمراحل إجرائية مختلفة تقتضي تدخل القاضي الإداري في توجيهها . ولما كان دور القاضي الإداري في الجانب الإجرائي لرقابة المشروعية يقتضي محاولة إبراز مفهوم هاته الوسيلة وشروطها وإجراءاتها المختلفة

وسائل وشروط تدخل القاضي الإداري لممارسة رقابة المشروعية

يمكن للقاضي الإداري أن يتدخل في رقابة مشروعية عمل الإدارة، كما أقر المشرع لأفراد حق اللجوء إلى القضاء الإداري لمخاصمة القرارات الإدارية غير المشروعة،وذلك عن طريق دعاوى المشروعية، فهي تعتبر وسيلة تسمح للقاضي الإداري بفرض رقابته على مدى مشروعية أعمال الإدارة إلا أن استعمال هذا الحق لم يتركه المشرع لإدارة الأفراد، وإنما أحاطه بجملة من الشروط استوجب توافرها في هذه الدعاوى [1] ولتحديد ماهية دعاوي المشروعية في القضاء الإداري بصورة أكثر وضوحا وتحديدا يجب علينا التطرق إلى عناصر التالية : تعريفها وخصائصها وتحديد مكانتها أيضا.

1 -تعريف دعاوى المشروعية :

كما هو معروف بالنسبة للتشريع، فليس من وظيفة القاضي الإداري إعطاء التعريفات، وإنما مهمته الفصل في المنازعة الإدارية المعروضة أمامه، غير أن القاضي الإداري أثناء فصله في المنازعة الإدارية قد يتعرض، في معرض منطوق حكمه،إلى الإشادة ولو بصورة غير مباشرة إلى إعطاء تعريف لبعض أنواع الدعاوى[2] . فمن خلال جرد القرارات القضائية التي سيتم توظيفها في هذه المذكرة،لم نجد أي قرار يطرح فكرة تعريف هذا النوع من الدعاوى،ولعل ذلك راجع إلى كون أن أحكام القضاء الإداري جاءت مختصرة، كما قد يرجع ذلك لعدم تبني المشرع لهذه التسمية بالتالي افتقرت أحكام القضاء إلى تعريف لدعاوى المشروعية.

[1] عبد القادر دنيس، فكرة النظام العام في المنازعات القضائية الإدارية, https://platform.almanhal.com/Files/2/82979 06/06/2022 على الساعة 22:53

[2] الدكتور محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة، 2001,ص33,ص34.

2 ـخصائص دعاوى المشروعية :

ومن خصائصها نذكر منها :

- **دعاوى المشــروعية هي دعاوى موضــوعية**

تعتبر دعاوى المشروعية دعاوى موضوعية أو عينية وذلك لأن موضوعها مخاصمة مشروعية القرار الإداري [1]، كما تستهدف الدفاع عن المصلحة العامة، وهي حماية القواعد القانونية، أو بالأحرى حماية المشروعية، وتبقى دعاوى المشروعية موضوعية لأن غرضها الأساسي هو الدفاع عن القانون وحماية المشروعية حتى ولو حققت ألصحاب الشأن حماية مراكزهم القانونية و مصالحهم الذاتية.[2]

- **دعاوى المشــروعية هي دعاوى قضــائية:**

ليست دعاوى المشروعية مجرد تظلم أو طعن إداري [3]، فهي ترفع أمام جهة قضائية مختصة، طبقا لإجراءات المنصوص عليها في القوانين الإجرائية الخاضعة لها. فمن منطلق أنها دعوى قضائية، فإنها تتميز عن التظلم أو الطعن الإداري،هذا الأخير الذي يرفع ليس أمام القضاء باعتباره سلطة مستقلة ، وإنما أمام السلطة التنفيذية ممثلة في الجهة الإدارية أو مصدرة القرار إذا كان التظلم ولائيا، أو الجهة التي تعلو الجهة الإدارية مصدرة القرار إذا كان التظلم رئاسيا[4].

ونظرا للطابع القضائي لدعاوى المشروعية، في تخضع لجملة من الإجراءات تحكمها بدءا من رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم القضائي، ذا صدر الحكم أضفي عليه وأحجية الشيء المقضي فيه بينما الطعن الإداري أو التظلم لا ينتج نفس الآثار، ولا تحكمه ذات الإجراءات،ثم أن التظلم الإداري قد ينتج عنه سكوت الجهة الإدارية ولائية كانت أو رئاسية وامتناعها عن الرد، بينما لا يستطيع القاضي الامتناع عن النظر في الدعوى إنكار العدالة ألا وانه إن فعل ذلك 3عرض نفسه لعقوبة تأديبية وأخرى جزائية

---

[1] الدكتور سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف، إسكندرية , 1991 ,ص20.

[2] الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، والية القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، منشأة المعارف،2002,ص290.

[3] الدكتور سليمان محمد الطماوي , الوجيز في المنازعات الإدارية , دار العلوم للنشر والتوزيع , دار العلوم للنشر والتوزيع , 2005,ص317.

- [4]الدكتور حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى , الجزائر ,2011,ص47.

أنواع الدعاوى الإدارية :

قضاء الجزر والعقاب : ويكون للقضاء الإداري ولاية توقيع العقوبات التأديبية المقررة لبعض المخالفات، التي يرتكبها الأفراد ضد القوانين واللوائح التي تحمي المال العام، أو التي تكفل تحقيقه لما خصص له.

القضاء الكامل [1]: وطبقا لهذا النوع من القضية تكون للقاضي سلطة واسعة فله أن يحكم بالإلغاء أو تعديل أو استبدال عمل بآخر، أو الحكم بالتعويضات المختلفة، ويدخل في هذا النوع من القضية قضاء التعويض، والطعون الخاصة بالعقود الإدارية.[2]

قضاء الإلغاء : وطبقا لهذا النوع من أنواع القضاء يكون للقاضي فحص مشروعية القرار الإداري، فيحكم بإلغائه إذا تبين عدم مشروعيته ومجانبته للقانون، وال يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك من تقرير حقوق المدعي، أو تعديل القرار المطعون فيه، وله رفض الدعوى إذا ارتأى مشروعية القرار الإداري محل الطعن، وعدم مخالفته للقانون, [3]ويطلق على الطعن بالإلغاء في فرنسا بدعوى تجاوز السلطة.

قضاء التفسير وفحص المشروعية : ويفترض هذا النوع، أن تثور مسألة اختصاص القضاء الإداري أمام القضاء العادي، ويتوقف عليها الحكم النهائي،في الدعوى فيعرض طلب التفسير أمام القضاء الإداري إزالة غموض نص معين أو يعرض طلب فحص المشروعية، لبيان ما إذا كان العمل الإداري الذي ينعته أحد أطراف الدعوى بالمشروعية . وتقتصر سلطة القاضي على بيان المدلول الصحيح للعمل الإداري، و إيضاح مطابقته للقانون، وعليه تكون سلطة القاضي ضيقة إلى حد كبير، فهو لا يملك إصدار حكم بالإلغاء أو بالتعويض .[4]

---

[1] الأستاذ أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائق أنجق وبيوض خالد، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر , 2003 ,ص152.

[2] الدكتور سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 306.

[3] الدكتور طارق فتح الله خضر، المرجع السابق، ص 15.

[4] الدكتور طارق فتح الله خضر , دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري , ص16

ثانيا :دور القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية :

إذا لم يجد القاضي الإداري نصا قانونيا يطبق على المنازعة الإدارية المعروضة عليه، يكون مجبرا على الاجتهاد ، تفاديا لارتكاب جريمة إنكار العدالة، وهذا الكلام لا يعني بالضرورة أن ينصب القاضي نفسه مشرعا، للاختلاف الشديد بني القاعدة القانونية و القاعدة القضائية. كما رأينا أعلاه، و إنما لا يعدو أن يكون مجرد " قرار مبدئي"، وهذا القرار جيب أن ينوي التمسك به القاضي مستقبلا لحل القضايا المشابهة، بل و أن هذا القرار المبدئي ليس مقصورا على مجلس الدولة فقط، فبإمكان حتى قاضي المحكمة الإدارية اتخاذ هذا القرار, مع احترام الشرط نفسه، في ظل انعدامه لا يمكن الكلام عن " القاعدة القضائية".[1]

عموما تمر عملية وضع القرار المبدئي " القاعدة القضائية " بثالث مراحل أساسية، المرحلة الأولى تسمى بـ" **مرحلة الاكتشاف المزدوج**" ، وسميت هذه التسمية ، لأن القاضي الإداري يكتشف فيها أمرين، الأمر الأول هو اكتشاف أن الواقعة المعروضة عليه لم يضبطها نص قانوني من قبل، بعد بحث طويل و عناء شديد يتطلب الخبرة المدنية وطول نفس، و الأمر الثاني هو اكتشاف الحل الذي يراه القاضي لازما لتكملة القصور أو الفراغ القانوني الموجود بمناسبة عرض تلك الوقائع، حبكم استحالة المشرع الإحاطة الشاملة بالمشاكل أو المنازعات الإدارية التي سوف تقع مستقبلا، نظرا لمرونة و تطور المجال الإداري ككل.[2]

يثبت التاريخ القضائي الإداري بروز هذا الدور لدى القاضي في عدة مناسبات، كاستبعاد أعمال السيادة من إعمال فكرة الرقابة القضائية، ففي هذا الفرض اكتشف القاضي الإداري خطورة التصدي لهذه الفئة من الأعمال خاصة في ظل البواكير الأولى لنشأة القانون و القضاء الإداري، ثم اكتشف ثانيا و خرج بقرار مبدئي وهو استبعاد نطاق هذه الأعمال من هذه الرقابة، مثلها مثل فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، التي اكتشف فيها القاضي عجز عمل التشريع في معاجلة المسألة، واهتدى لفكرة ابتكار قواعد قضائية و قرارات مبدئية اجتهادية لحل النزاع، كما هو الحال في المسؤولية الإدارية في دعوى رجوع الدولة على

[1] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، اجتهاد القاضي الإداري يف جمال الحقوق والحريات، جملة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، ، ص 12 و ما بعدها.

[2] الزين عزري ، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، جملة الاجتهاد القضائي، العدد جملة الاجتهاد 20 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة , 01, 2006 , ص109.

الموظف في ارتكاب الخطأ المرفقي ، أين اكتشف القاضي الإداري عدم عدالة تهريب الموظف من تحمل نتائج المسؤولية الإدارية عن الأضرار التي سببها للغير، وإلقاء هذا العبء على الدولة، واهتدى لابتداع فكرة حق رجوع الدولة على الموظف في حالة ارتكاب خطأ شخصي.[1]

المرحلة الثانية هي " **مرحلة التجريب** " فإذا كانت مرحلة الاكتشاف عمل داخلي يبطنه القاضي يف نفسه، فإنه يف هذه المرحلة ،الثانية يخرج القاضي ما ينوي فعله للعلن، وهي المرحلة القوية في صناعة القاعدة القضائية، ولو أن ما توصل إليه القاضي في هذه المرحلة يصطلح عليه بـ الحل القضائي لا القاعدة ، لأن هذه الأخيرة لم تصل لمرحلة الإدماج بعد، إذ يظهر العمل السري للقاضي في هذا النسق عن طريق ما يحرره القاضي من مقالات وكتابات علمية، للتعريف بهذا الحل القضائي، حيث يتسنى للفقهاء مناقشته وتوجيه سهام النقد إليه، كما فعل ذلك مجلس الدولة الفرنسي في جمال ابتكار قاعدة المسؤولية عن القوانين في قضية " شركة لا فلوريت[2]. "

آخر مرحلة لصناعة القاعدة القضائية هي " **مرحلة الإدماج**"، وتأتي بعد تلقي ردود أفعال و مواقف الفقهاء المختصين الذين علموا بظهور القاعدة الجديدة التي اكتشفها القاضي وأعلن عنها، وهي المرحلة الحاسمة و الفعالة التي تساهم في توسيع مصادر المشروعية الإدارية، يتم فيها إضافة الحل القانوني للنظام القانوني القائم، بفعل الإدماج ضمن أحكام متعددة وبمرور الزمن يتحول " الحل القضائي " إلى " قاعدة قضائية " بمرور الزمن و التكرار و يترسخ في وجدان القانون الإداري كنظرية الظروف الطارئة و غيرها[3]

[1] ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق .ص 110.
[2] أشار إليه : الزين عزري, المرجع السابق , ص 109.
[3] المرجع نفسه، نفس الصفحة .

الفرع الثاني : دور القاضي الجنائي في الجانب الإجرائي

أولا : دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة :

يكون تحديد العقوبة بموجب نص قانوني من قبل المشرع بصورة مجردة، فيتولي القاضي نقلها من التجريد إلى نطاقها الواقعي فتتحول إلى حقيقة ملموسة، فالقاضي لديه نوعا ما سلطة واسعة فيما يخص تطبيق أهداف العقوبة، فهو ليس مجرد بوق كما قال **بيكاريا** بل أصبح لديه نوع من السلطة التقديرية يرتكز عليها في الحكم بظروف التشديد أو التخفيف، انطلاقا من الثقة التي منحها له المشرع نتيجة لخبرته واحتكاكه بالواقع ما يساعد على التطبيق الجيد للعقوبة بالاختيار بين حديها وفق ظروف الجاني والجريمة المرتكبة للوصول إلى عقوبة ملائمة تساعد في إعادة تأهيل وإصلاح المتهم وإدماجه في المجتمع.

مفهوم تقدير العقوبة من طرف القاضي الجنائي :

يقصد بكلمة سلطة من الناحية اللغوية الملك والقدرة فيقال سلطه عليه بمعني غلبه عليه وأطلق له عليه القدرة والقهر وهي من الناحية السياسية تعني السيادة، أما من الناحية القانونية فيقصد بها إرادة شخص لإرادة شخص قانوني أخر فهي عالقة قانونية بين إرادتين إحداهما خاضعة والأخرى متفوقة عليها [1]

وعليه يجب على القاضي الجزائي أثناء تقدير العقوبة الالتزام بالحدود التي وضعها له المشرع، والتي تتمثل في التطبيق السليم للقانون، فهو ملزم بنوع العقوبة المقررة قانونا، ويجب عليه أن يحترم مجال سلطته فلا يتعدى الحد الأقصى بدون قانون، ولا ينزل عن الحد الأدنى إلا إذا توفرت أسباب التخفيف.

أما الدكتور محمود نجيب حسني فيعرف السلطة التقديرية للقاضي بأنها " القدرة على الملائمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة عليه وظروف مرتكبها بصدد اختيار

[1] محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، مصر , 2007, ص27.

الجزاء الجنائي، عقوبة كان أم تدبيرا وقائيا، نوعا أو مقدارا، ضمن الحدود المقررة قانونا بما يحقق الاتفاق بين المصالح الفردية و الاجتماعية على حد سواء.[1]"

والسلطة التقديرية للقاضي تتسع وتضيق وفقا لإرادة المشرع، وبحسب السياسة الجنائية التي ينتهجها، ففي عقوبتي الإعدام والسجن المؤبد، تضيق هذه السلطة إلى حد أنها تصبح شبه معدومة، فعمل القاضي هنا يقتصر على مجرد تقدير أن الجريمة بظروفها ووقائعها تستحق هذه العقوبة طبقا للقانون والقاضي حر فقط في اقتناعه بالأدلة التي تدين المتهم، بحيث إذا توصل إلى هذه القناعة، كان له أن يطبق العقوبة المقدرة قانونا لتلك الجريمة.[2]

ثانيا : دور القاضي الجنائي ويقتضي منه أن يبحث عن الحقيقية بكافة الطرق القانونية

يفصل القاضي بين المتقاضين على ضوء ما يدلون به من حجج وما يتمسكون به دون حاجة إلى البحث عن أدلة أخرى أو السعي لإتمام ما كان ناقصا منها مقتصراً على الاكتفاء بما احتوته أوراق الدعوى من عناصر تجسيما لمبدأ حياد القاضي في النزاع المدني والذي يعتبر من المبادئ الأساسية التي يرتكز عليها نظام الإثبات في الدعوى المدنية. فالدعوى المدنية من أعمال الأفراد بحسب الأصل وتتعلق بمصلحة خاصة للمدعي الفرد في أن يطلب من القضاء أن يحصل على حقه من المدعى عليه ، والمراكز القانونية لإطرافها متقابلة ومتوازنة ، أما الدعوى الجنائية فهي عمل من أعمال الدولة تمارسه سلطة الاتهام لكشف الحقيقة واقتضاء الحق العام في العقاب ، فالسلطة العامة تتولي تقديم الأدلة التي تراها كافية لإثبات التهمة في حق مرتكبها ، يقابلها حق المتهم في إنكارها بتقديم أدلة النفي وفقاً للوسائل المحددة قانوناً والقرائن القانونية. ومن ثم فان عبء الإثبات وإقامة الدليل في المواد الجنائية يُلقى على عاتق الجهة الأقدر على إدراك أغراض المجتمع وغرض الدعوى الجنائية وهي النيابة العامة ، وسلطات الاتهام الأخرى. ويختلف دور القاضي الجنائي في نظر الدعوى عن دور القاضي المدني حيث أن القاضي المدني يقتصر دوره على تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم فهو مقيد في الإثبات بطرق معينة وهذا التقيّد راجع إلى مبدأ حياد القاضي في المواد المدنية، ويقصد بهذا المبدأ أن القاضي المدني ينحصر دوره في الحكم بين الخصوم، بحيث

[1] حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982,ص31

[2] قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة الجزائر،سنة2012 ,ص31.

يكون موقفه من الدعوى سلبياً يقتصر عملة على تقدير ما يقدم إليه بالطرق التي عينها القانون ووفقا للإجراءات التي و ضعها من أدلة في الدعوى ليعتبر الوقائع المدعاة ثابتة أو غير ثابتة، ولا يجوز أن يعمد من جانبه إلى جمع أدلة أخرى أو أن يبحث عن الحقيقة من غير طريق الأدلة التي قدمت إليه في الدعوى.

ويُعتبر نظام الأدلة القانونية في مجال الإثبات الجنائي من سمات نظام التنقيب والتحري (يوجه الفقه العديد من الانتقادات تجاه هذا النظام ويعتبره نظام ديمقراطي لإعتمادة على السلطة التحكيمية في تحريك الدعوى لذلك لا نجد له شيوعاً بين الدول). وهو يقوم على فكرة مغايرة للنظام الاتهامي وأساسها أن الدعوى الجنائية ملكاً للجماعة و تباشرها بواسطة وكلاء تنيبهم عنها وتبتغي بها المحافظة على كيانها .فظهرت النيابة العامة كسلطة اتهام ثم ارتقت بدورها إلى تحقيق الدعوى ورفعها ومباشرتها أمام المحاكم الجنائية المختصة. وفي مجال الإثبات فدور القاضي في هذا النظام يقوم على مبدأين إحداهما مضيِّقاً لدوره في الإثبات والأخر يمنحه حرية واسعة[1].

وفيما يتعلق بالسبب لصعوبة الإثبات في المواد الجزائية فإنه يتمثل في الطبيعة الخاصة للأفعال الجرمية ،ذلك أنه وإذا كان الإثبات في القانون المدني ينصب على تصرفات قانونية يتم إثباتها عند الضرورة بموجب الأدلة المعدة مسبقا والتي غالبا ما تتمثل في الدليل الكتابي فعلى النقيض من ذلك في القانون الجزائي، فإن الإثبات ينصب على وقائع مادية لا يمكن تحديدها مسبقا ،كما ينصب كذلك على وقائع معنوية (نفسية) لها طابع استثنائي ، فالإثبات في المواد الجزائية ينصرف إلى الركن المادي وذلك بتقصي حقيقة الوقائع المادية، وإلى الركن المعنوي وذلك بالتحقق من قيام أو عدم قيام القصد الجنائي ،فالجريمة ليست كياناً ماديًّا فحسب وإنما هي كذلك كيان معنوي أو نفسي يقوم على الإرادة والإدراك ، [2]وهي أمور كامنة في ذات المتهم ،لا يمكن استجلاؤها إلا بمظاهر خارجية وربطها مع البواعث الداخلية ،وهذا أمر يستلزم فهم طبيعة المتهم والتطلع إلى ذاته ،وهذا يستدعي أن يكون القاضي غير مُقيِّد في تحري الوقائع من أي مصدر وغير ملتزم بدليل معين يفرض عليه من أجل الوصول إلى

[1] https://www.ahewar.org/ عون في 2022/06/07 , على الساعة 00:25.

[2] الإثبات الجنائي – بحث فى مجلة القانون والاقتصاد – عدد خاص 1980- د. احمد فتحي سرور إثبات جرائم الكمبيوتر- د.سعد عبد اللطيف حسن

الحقيقة ، كما يستدعي عملاً تقديرياً من قبل القاضي وهذا كله يتم بالاعتماد على اقتناعه الشخصي.[1] على العكس مما هو عليه الحال في القانون المدني الذي يقوم بحماية مصالح خاصة وذات طابع مالي ،فإن القانون الجنائي يقوم بحماية كيان المجتمع والمصالح الأساسية لأفراده من أي اعتداء عليها ،ولذلك فهو يضع النص التجريمي لتحذير الأفراد من الإقدام على الجريمة ويقرر جزاءً على ذلك ، وهي أهداف يستحيل أن تتحقق إذا كان القاضي مقيدا باستعمال نوع أو عدد معين من أدلة الإثبات أو في تقديرها،بل إنها تستلزم أن يخوَّل القضاة إثبات الجريمة والخطورة الإجرامية بكل الوسائل ،كي يتوجهوا إليهم بالعقوبة أو التدبير الاحترازي اللازم حسبما تقتضيه المصلحة الاجتماعية.[2]

المطلب الثاني : حقوق القاضي في التشريع الجزائري:

تعتبر وضيفة القضاء هو تطبيق القانون لا مخالفته أو معارضته ، و القضاء رسالة تقيم العدل بين الناس فتعطي لكل ذي حق حقه وتنصف المظلوم من الظالم والمستضعف من الجائر وتبذل كل جهد في سبيل تحقيق العدالة .و المسؤول عن بسط العدالة في المجتمع هم القضاة الذين يتولون ويحكمون مناصب في القضاء، وهم ينتمون إلى السلطة القضائية.

وإذا كان القضاء يلعب دورا هاما في حماية حقوق الإنسان وذلك بفضل رقابته التي تعتبر من أهم ضماناته، كان من الأولى أن يتمتع القاضي بهذه الحقوق . ولا بد أن يتمتع بحقوق توفر له الظروف المناسبة للفصل في قضايا الناس بالعدل وهذه الحقوق متمثلة في مجموعة معينة سنتطرق إليها في هذا المطلب .

الحقوق المعنوية للقاضي [3]

تعتبر الحقوق المعنوية التي يتمتع بها القاضي متمثلة في توفير حق البقاء والاستقرار في الوظيفة وعدم عزله إلا بسبب يوجب ذلك ضمانا لهيبته وحفاظا على كرامته بين الناس . ويجب على الدولة كذلك حماية القاضي من أي اهانة أو تهديد أو اعتداء قد يتعرض له من

[1] اغليس بوزيد ، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي " دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري وبعض القوانين العربية " ، الجزائر : دار الهدى ، 2010 ، ص 125 ، 126.

[2] مروك نصر الدين ،محاضرات في الإثبات الجنائي ،الجزء الأول ،النظرية العامة للإثبات الجنائي ،دار هومة للطباعة النشر والتوزيع ،الجزائر، 2007،ص625.

[3] تعريف الحقوق : هاني سليمان الطعيمات، حقوق الانسان وحرياته الأساسية، دار الشروق، عمان، الأردن، د.ط، ص21 -35.

طرف الأفراد أو جهات أخرى واعانته في تنفيذ أحكامه، وعليها تحمَل تبعات الأحكام التي يصدرها.

ومن هذه الحقوق نذكر منها :

الحق في الإستقرار : إن الحق الاستقرار في وظيفة القضاء أهمية في نفوس القائمين بالعدل، لأنه يبعث الارتياح ويبث الطمأنينة للحفاظ على وظيفتهم والاستمرار فيها، وهذا حتى يبقى القاضي واثقا في عمله، مطمئنا على رزقه وأداء واجبه [1] أحسن أداء لتحقيق العدالة في المجتمع .ولقد جاءت التشريعات الحديثة عن طريق المواثيق والمعاهدات والمؤتمرات والإعلانات لتؤكد جميعها حرصها على منح حق الاستقرار للقاضي، وهو ما نص عليه مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاقبة المجرمين المنعقد في ميلانو من 26 أغسطس إلى 6 ديسمبر في المادة 11 منه على: "يضمن القانون للقضاة بشكل مناسب تمضية المدة المقررة لتوليهم وظائفهم واستقلالهم وأمنهم ."..... وهذا الحق أكده كذلك هذا المؤتمر في المادة 12 منه بنصها: "يتمتع القضاة سواء أكانوا معينين أو منتخبين بضمان بقائهم في منصبهم إلى حين بلوغهم سن التقاعد الإلزامية أو انتهاء الفترة المقررة لتوليهم المنصب، حيثما يكون معمولا بذلك."

وحق استقرار القاضي تعد خطوة هامة لتدعيم استقلاليته، وذلك لأن القاضي الذي يخاف من ضياع منصبه لا يمكن أن يحقق العدل ولا العدالة للمتقاضين.[2]

ولا شك أن نقل القضاة في غير الحالات القانونية يبقى السلاح الخطير الذي يهدد استقلاله، وينعكس أثره على حسن سير عملهم، ولهذا كان حق الاستقرار في الوظيفة من أهم الضمانات التي ترمز حقا إلى استقلال القضاء من جهة ومن جهة ثانية حماية القاضي من تعسف الإدارة.[3]

---

[1] محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر، دمشق,د.ط,1982,ص62.

[2] مبروك نصر الدين، حصانة القاضي في القانون المقارن والجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 4, 2000,ص231,230.

[3] مبروك نصر الدين، المرجع السابق، ص231.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد حرص قدر المستطاع منح القضاة مرتبات وامتيازات كافية له ولأسرته تقيه من قبول الهدايا والرشوة وتحفظ كرامته ونزاهته، فيقوم بأداء واجبه القضائي في ثقة واطمئنان بعيدا عن جميع الإغراءات.

الحق في الترقية [1] **:** إذا كانت الترقية هي إحدى الحقوق الأساسية للقاضي فقد حرص المشرع الجزائري كباقي التشريعات على منح حق الترقية للقضاة في الوظيفة، وهذا لما يضفيه عليهم من روح التنافس والاجتهاد بما يحقق الدقة في القضايا ويعطي لجهاز العدالة المكانة اللائقة له، فوضع المشرع ضوابط تتم على أساسها الترقية كالأقدمية والخبرة والكفاءة، وهو ما سوف نعالجه من خلال القوانين الأساسية للقضاء الصادرة عنه.

أما القانون الأساسي للقضاء سنة 1989 فقد حدد المعيار الذي تبناه المشرع في ترقية القضاة من خلال نص المادة 25 منه بقولها : " ترقية القضاة مرهونة باهودات المقدَمة كما وكيفا بالإضافة إلى درجة انضباطهم... ". من هذا النص يتبين أن المشرع وضع ضوابط لترقية القضاة وحددها كما يلي :[2]

1 -المجهود الكيفي للقاضي.
2 -درجة إنضباط القاضي.
3 -المجهزد الكمي للقاضي.

أما المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 57/90 المؤرخ في 27 فبراير فقد أضافت ضابط آخر للترقية وهو أقدمية القاضي وذلك باشتراط التسجيل في قائمة الأهلية، وهو إجراء سنوي يترتب عليه ترتيب المعنيين للترقية ترتيبا استحقاقيا وذلك بعد أن يستوفي هؤلاء الحد الأدنى المطلوب من سنوات الخدمة، والذي يتأرجح بين سنتين وثلاث سنوات بحسب الرتبة والمجموعة وعليه نقول فإن هذا القانون قد حقق بعض المكاسب مقارنة مع القانون الأساسي

[1] أنظر تعريف الترقية في الوظيفة: عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، ص112.
[2] عمار بوضياف، الحماية القانونية للقاضي في التشريع الجزائري، ص129-142.

للقضاء سنة 1969 ،وهذا بوضعه وتحديده لضوابط الترقية التي نصت عليها المادة 35 منه، وكذلك بجعل المجلس الأعلى للقضاء كهيئة استشارية وله سلطة تقديرية[1].

تأسيسا على ما تقدم فإننا نرى أنه على الرغم من المكاسب التي حققتها نصوص القوانين الأساسية للقضاء التي جاء بها المشرع الجزائري وذلك بتحديدها لمعايير وضوابط الترقية التي أقرتها كل التشريعات الحديثة، فإنها لا تخلو من سلبيات وذلك بمنحها سلطات واسعة للهيئة التنفيذية في مجال ترقية القضاة داخل المؤسسة القضائية وهو ما يتنافى مع حماية القاضي في منح هذا الحق باعتبار المسؤول الأول عنه هو المجلس الأعلى للقضاء المختص بشؤونهم والدفاع عن مكتسباتهم.

الحق في الحماية من الإساءات : كما وضع المشرع الجزائري كغيره من التشريعات رعاية كافية للقضاة فخصص لهم من الأحكام ما يحفظ كرامتهم ويصون حرمتهم، وجرم كل فعل من شأنه الاعتداء عليهم أو اهانتهم وجعل من النصوص ما يحفظ حيادهم ويبعدهم عن كل ضغط أو تأثير.

وكما نرى أن المشرع جمع طوائف عديدة من الموظفين في نص واحد، وجعل نفس العقوبة لمرتكبي فعل الاهانة، وكان الأحرى بالمشرع أن يعطي الصفة القضائية حقَّها وأن يعتبرها ظرفا لتشديد العقوبة، وأن يخصَص للقضاة دون غيرهم من موظفي الدولة أحكاما متميزة تنطبق عليهم كما أنهم عرضة للاعتداء والاساءة أكثر من غيرهم لذا كان لزاما أن تبسط لهم حماية خاصة تمكنهم من أداء رسالتهم في بسط العدالة بين الناس، وتبعدهم عن كل بطش أو اعتداء أو اساءة إليهم، وتعتبر اهانة القضاة اهانة للمجتمع كله لأنهم وكلاء عنه في اقتضاء حقه في العقاب وتطبيق القانون الذي ينبغي استكمالا لقواعد الحماية تمييزهم عن غيرهم في المجال الجزائي باعتبار الصفة التي يحملوا ظرفا مشددا في العقاب.[2]

الحق في المرتب : ولقد نصت على هذا الحق المادة 21 من الإعلان العالمي لاستقلال القضاء الذي أصدره المؤتمر العالمي لاستقلال العدالة التابع لمنظمة الأمم المتحدة المنعقد في

[1] انظر المواد من 12 إلى 17 من المرسوم التنفيذي رقم75/90.
[2] انظر: عمار بوضياف، الحماية القانونية للقاضي في التشريع الجزائري، ص402-403

مدينة مونتريال الكندية خلال الفترة من 6 إلى 10 يونيو 1982 بقولها :" يجب أن تكون مرتبات القضاة ومعاشاتهم كافية ومناسبة لأوضاعهم ولكرامة مسؤوليات مناصبهم وأن يجري تعديلها بانتظام وفقا لارتفاع معدلات الأسعار" [1]

وكذلك أقره فقهاء القانون الوضعي عندما قالوا: " إن على الدولة أن تكفل للقضاة حياة مادية كريمة تصون لهم استقلالهم ونزاهتهم وكرامتهم، وخاصة أنه محظور عليهم الاشتغال بأعمال لا تتفق ومنصب القضاء كالتجارة أو غيرها من المهن" [2]

وقد عالج المشرع الجزائري هذا الحق، فمنح للقضاة رواتب وتعويضات وامتيازات أخرى بالإضافة إلى ذلك خصهم بمرسوم تنفيذي يحدد كيفيات سير مهنتهم وكيفية منح مرتباتهم. [3]

كما أن للقاضي يجب أن يكتفي بالمرتب الذي تقدره له الدولة، ولا يجوز له ممارسة أي وظيفة أو عمل تجاري يدرَ ربحا عليه، لكن باستطاعته ممارسة التعليم والتكوين بإذن خاص من وزير العدل وحتى لا ينشغل القاضي بالتفكير في مشكلات الحياة اليومية، لابد أن يحصن ماديا بالحصول على مرتب ومكافآت مناسبة لعمله ضمانا لحياده ولاستقلال القضاء.

الحق في التجمع : وعليه فمن حق كل فرد تكوين جمعيات مع آخرين والانضمام إليها من أجل الدفاع عن مصالحه أو أرائه، ومن ذلك حق تأسيس الأحزاب السياسية والنقابات مع احتفاظ هذه الأحزاب والنقابات بحقها في ممارسة نشاطها بحرية ودون قيود غير تلك التي ينص عليها القانون للضرورة. [4]

أما حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي فقد أدرجها المشرع أول مرة في دستور **1989** ،وهذا بعد اعترافه بمبدأ الفصل بين السلطات وكذلك إقراره للتعددية الحزبية، فقد نص في المادة **40** منه على أن حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به مع الاشارة إلى أنه لا يمكن التذرع ذا الحق لضرب الحريات الأساسية والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقلال البلاد وسيادة الشعب.

---

[1] محمد كامل عبيد، المرجع السابق، ص376, 377 .
[2] نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام، المكتبة التوفيقية، مصر، ط2, 1403, ص229,230.
[3] نظر المرسوم التنفيذي رقم75/90, لمؤرخ في27 فبراير 1990, الجريدة الرسمية، العدد9 ,1990.
[4] غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة، عمان، د.ط,1997,ص149.

الحق في اللجوء الى المجلس الأعلى للقضاء : والمجلس الأعلى للقضاء ليس نقابة بل هيئة دستورية تتولى الدفاع أساسا على استقلالية وكرامة المهنة، ولأن حماية القاضي ومراقبته تكمن في هيئة المجلس الأعلى للقضاء، وغني عن البيان أن أهمية هذه الهيئة لا تظهر من خلال ما نص عليه دستور 1996 في مواده من 154 إلى 157 ، وإنما في المهام المنوطة به، إذ أنها الوحيدة دون سواها التي خول لها الفصل في كل ما يتعلق بوظيفة القاضي ومراقبته ونظرا لأهمية هيئة المجلس الأعلى للقضاء في مسار تحقيق مبدأ استقلال القضاء، وباعتباره أهم ضمانة لحماية حقوق القاضي فقد أفرد له المشرع الجزائري لأول مرة قانون عضوي [1] الأساسي للقضاء يتولى تنظيمه، وهذا يعتبر مكسبا إيجابيا ويمنح عناية خاصة للسلطة القضائية، ويعد المجلس الأعلى للقضاء ذا تشكيل مختلط لأنه يتكون من بعض القضاة وأعضاء من خارج الجهاز القضائي ويضطلع بمهام متعددة تتمحور حول إدارة مركز القضاء وتقديم أراء استشارية إلى رئيس الجمهورية ووزير العدل في المواضيع المتعلقة بالعدالة.[2]

أما فيما يخص حق القضاة في اللجوء إلى المجلس الأعلى للقضاء فقد نصت عليه المادة 33 من القانون الأساسي للقضاء سنة 2004 بقولها: " يحق للقاضي الذي يعتقد أنه متضرر من حرمانه من حق يقرره هذا القانون العضوي، أن يخطر مباشرة بعريضة المجلس الأعلى للقضاء وعلى المجلس الأعلى أن يفصل في العريضة في أقرب دورة له". يتضح من هذ المادة المذكورة أنها كرست بوضوح مبدأ على درجة كبيرة من الأهمية، وهو أنها منحت القاضي حق اللجوء مباشرة إلى المجلس الأعلى للقضاء باعتباره السلطة الوحيدة المخول لها حق النظر والفصل في ملفات القضاة بخصوص التعيين والترقية والنقل والنظر في التظلمات...الخ، بحيث أجازت للقاضي في حالة شعوره بأنه متضرر في حق مقرر له قانونا أن يتجاوز وزارة العدل ويلجأ مباشرة لمخاطبة المجلس الأعلى للقضاء، وعلى هذا الأخير أن يفصل في عريضة القاضي المرفوعة إليه في أقرب دورة له.[3]

---

[1] انظر القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، الجريدة الرسمية،العدد57, 2004.

[2] بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص342.

[3] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص236.

كما يتبين لنا أن المشرع الجزائري منح القضاة حق اللجوء إلى المجلس الأعلى للقضاء في حالة تعرضهم للخطر أو عند إصابتهم بأضرار أو عند المساس بحقوقهم، وهذا لأن المجلس الأعلى للقضاء يعتبر من أهم ضمانات حقوق القاضي واستقلال القضاء.

الفصل الثاني : القيود التي ترد على حرية الرأي والتعبير للقاضي

المبحث الأول : ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري

تعرف السلطة التقديرية للقاضي الجزائي بأنها مباشرة القاضي الجزائي لصلاحيته في وزن وترجيح وقائع الدعوى وأدلتها ،بغية الوصول إلى حل ما يطرح عليه من القضايا استنادا إلى فكرة الاقتناع الشخصي أو في حدود الأدلة التي يمكن أن يكون عقيدته منها مع الالتزام بمبدأ المشروعية[1] .كما يقصد بها " **التقدير الحر المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى** [2]." أو حرية القاضي في الاقتناع المنصبة على حسن تقدير الأدلة في حرية تامة شريطة أن لا تصل لحد التحكم المطلق، قصد تكوين قناعة يقينية أساسها العقل و المنطق تجيز القضاء [3]، فبهذا المعنى هي نتيجة منطقية لمبدأ الاقتناع الشخصي وليست مرادفا له كما يقول بعض الفقهاء ، ذلك أن مبدأ الاقتناع الشخصي يختلف عن السلطة التقديرية فالأول يرتكز على الضمير والذاتية والنسبية، على خالف السلطة التقديرية التي تستوجب إبراز العناصر التي يستمد منها القاضي الجزائي تقديره شريطة أن تكون هذه العناصر مستخلصة من وقائع الدعوى و أدلتها دون تعدي الحدود التي رسمها القانون.[4]

وهذه الضوابط التي وضعت أساسا لضبط النشاط التقديري للقاضي كما أسلفت سابقا عديدة تتخذ صور متباينة، فمنها ما يستوجب توافره قبل مباشرة القاضي لسلطته التقديرية، منها ما يشترط تحققه عند مباشرة سلطته التقديرية ومنها ما يستلزم توافره لتكوين قناعة القاضي . وهذا ما سآتي على دراسته وتحليله وفقا للتفصيل التالي الذي ندرس فيه الضوابط المتطلبة قبل وعند مباشرة القاضي الجزائي لسلطته التقديرية في كل من مطلبين الأول والثاني

---

[1] محمد علي ألكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة و تشديدها و تحقيق ووقف تنفيذها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ص13,ص15.

[2] محمود محمود مصطفى ،الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الأولى،1977, ص3.

[3] أحمد فتحي السرور ،الوسيط في قانون الإجراءات ألجنائية ،دار النهضة العربية ،1993 ،ص747

[4] زبدة مسعود،القرائن القضائية ،دار الأمل للنشر و التوزيع، ورد دون ذكر بلد و تاريخ النشر ، ص 147.

المطلب الأول : الضوابط المتطلبة توافرها قبل مباشرة القاضي الجزائي لسلطته التقديرية

تعتبر ممارسة القاضي الجزائي لسلطة في تقدير الأدلة مرتبط مبدئيا على تحقق و مراعاة ضوابط سابقة عن ممارسته لها محصورة أساسا في ضابط انعقاد اختصاص نظر الدعوى للقاضي الجزائي وضابط مشروعية الأدلة

1 -ضابط انعقاد اختصاص نظر الدعوى للقاضي الجزائي

لم يكن الاتفاق بين فقهاء القانون على وضع تعريف موحد لاختصاص القاضي الجزائي فقد عرفه البعض بأنه أهلية القاضي الجزائي لاتخاذ إجراء ما و الفصل في قضايا معينة[1] ، أو أهلية القاضي الجزائي للنظر و الفصل في دعوى جزائية محددة [2] ويذهب الآخرون إلى القول أن المقصود باختصاص القاضي الجزائي الصلاحية الممنوحة له للنظر في الدعاوى المطروحة عليه وفقا لما جاء في قانون الإجراءات الجزائية ، فانعقاد أهلية القاضي الجزائي لنظر الدعاوى المعروضة عليه يفرض أن يكون ذلك في إطار الحدود التي رسمها هذا .فهو بذلك يمثل صلاحية القاضي لأداء وظيفته القضائية و المعتبر وحده مصدر الاختصاص القضائية على نحو يقره القانون و ذلك بمباشرتها في نطاق معين واقتصاره على أنواع معينة من إجراءات الدعوى الجزائية و في حدود محددة.[3]

ولقد ذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار القواعد المنظمة لاختصاص القاضي الجزائي قواعد تنظيمية ،في حين أجمع غالبية الفقه و القضاء على اعتبار أحكام الاختصاص في المواد الجزائية من النظام العام [4] ، سواء تلك التي تتعلق بالاختصاص الشخصي الجزائية من النظام العام ،لأنها وضعت لحماية المصلحة العامة بما فيها حماية حقوق الدفاع أو أي طرف أخر في الدعوى و لضمان حسن سير مرفق القضاء الجزائي.

---

[1] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر,1999,ص352.

[2] أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية –دراسة مقارنة –،دار هومة للنشر و التوزيع ،الجزائر، الطبعة الرابعة ,2007,ص167.

[3] محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعةالأولى ,2009, ص201.

[4] محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة ،الطبعة الخامسة،2010 , ص195.

لذلك يجب على القاضي الجزائي .ويترتب على اعتبار قواعد الاختصاص من فحص اختصاصه قبل الفصل في الموضوع [1] النظام العام استحالة التنازل عنها ضمنيا أو صراحة ،كما لا يمكن تصحيحها بالسكوت عنها أو الرضا بها ، فضلا عن جوازية إثارتها خلال جميع مراحل الدعوى الجزائية ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا ومن أي طرف كان ،على خلاف أحكام الاختصاص في المواد المدنية والتي ليست كلها من النظام العام لأنها وضعت لصالح الأطراف التي يمكنهم التنازل عنها صراحة أو ضمنيا بعد إثارتها أمام القاضي [2].

ومنه نجد أن ضابط الاختصاص يتيح للقاضي الجزائي أداء وظيفته القضائية كقاضي نزيه محايد يساوي في مجلسه بين أطراف الدعوى التي ينظرها، مع ضمان ممارسة سلطته التقديرية بشكل موضوعي متجردا من كل الأهواء والمصالح الشخصية مادية كانت أو معنوية قصد الوصول إلى إنزال حكم قانوني على الوقائع التي ينظرها

2 -**ضابط صحة الدليل :** بداية عن الدليل الذي يستعين به القاضي الجزائي في تكوين قناعته يلزم بضرورة البحث في مشروعيته و ذلك بالتدقيق في إجراءات تحصيله ، كذا البحث في الشروط الخاصة لصحته المنصوص عليها القانون. و دون ذلك أعتبر الدليل غير مشروع يحظر التعويل عليه عند الحكم.

أ - **فحص الشروط الخاصة بكل دليل :** إذا ما استوفى الدليل شرعيته واطمئن القاضي بأنه مستمد من إجراءات سليمة توجب عليه وقبل أن يخضعه لتقديره تفحص توافر الشروط القانونية الخاصة به، إذ لا يجوز أن يؤسس حكمه على دليل يفقد شرطا أوجبه القانون فيه فمثل هذا الدليل لا يمكن تقديره و إن تم فلا يعتد بالقيمة التي منحها القاضي له.

وبالنسبة للشهادة التي يستنير بها القاضي الجزائي يجب أن تتحقق في شخص مؤديها شروط قانونية لازمة لصحتها ،فيلزم بأن يكون مميزا حرا لحلف اليمين

[1] أحمد الشافعي، المرجع السابق ،ص 168.
[2] أحمد شوقي الشلقاني، نفس المرجع ،ص 355.

أمام القاضي [1]بعد أن يعرف عن نفسه بذكر اسمه ولقبه وسنه ومهنته وهذا كله تحت طائلة البطلان[2].

أما بالنسبة للاعتراف كدليل أمام القاضي الجزائي يؤسس عليه يقينه فيشترط فيه أن يكون صادرا من المتهم عن نفسه ذو إرادة حرة وواعية ، متضمنا عبارات صريحة واضحة التي يعتد بها أمام القضاء يشترط فيها أن تكون صحيحة أما بالنسبة لأدلة الكتابية ومفصلة الشكل عرضت على الخصم للاضطلاع عليها قصد مناقشة مضمونها في الجلسة، مع لزوم الحصول عليها بطريقة مشروعة , إلى غير ذلك من الأدلة التي تخضع لتقدير القاضي.

ب -**فحص شرعية الحصول على الأدلة** : قبل أن يخضع القاضي الجزائي الدليل لتقديره يتحقق إن كان مشروعا وليد إجراءات صحيحة ،عملا بمبدأ الشرعية الإجرائية التي تعني ضرورة أن يتم البحث عن الدليل و الحصول عليه وفقا لما حدده القانون من إجراءات وكل دليل يتم الحصول عليه بطريقة أو وسيلة مخالفة للقانون لا يعتد بقيمة في الإثبات مهما كان دالا على الحقيقة لعدم مشروعيته ذلك أن هذا المبدأ يقتضي اتفاق الإجراء مع القاعدة القانونية ومبادئها العامة على نحو يضمن احترام الحقوق و الحريات الفردية . وهذا ما أكدته المادة 47 من دستور 1996. ومن هذا المنطلق فإن الإثبات عملية إجرائية تصبوا إلى اليقين القضائي طبقا لمعيار الحقيقة الواقعية و شرعية ، هذه العملية تقتضي أن يكون الدليل مشروعا قابلا للتقدير.

فسلطة القاضي الجزائي في الإثبات لا تعني أن يتم البحث عن الدليل أو الحصول عليه بأية طريقة كانت، بل إن عملية البحث عن الأدلة واستقصائها يجب أن

[1] إذ لا تصح الشهادة بغير حلف اليمين و يكون ذلك بأن يرفع الشاهد يده اليمنى أمام القاضي و قائلا "أقسم بالله العلي العظيم أن أتكلم بغير حقد ولا خوف و أن أقول كل الحق و لا شيء غير الحق" أنظر في ذلك المادة 93 ق إ ج.

[2] إغليس بوزيد، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي،-دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المصري و بعض القوانين العربية، دار الهدى للنشر و التوزيع ،الجزائر، طبعة2010, ص166.

تراعى فيها الضمانات التي وضعها القانون [1] و إلا تقرر بطلانها [2]و بالتالي استبعادها و الآثار الناجمة عنها .وهذا ما أكدته المادة 160 ق إ ج.

أما الاعتراف أمام القاضي الجزائي يشترط فيه أن يكون صادرا من المتهم نفسه متضمنا عبارات صريحة واضحة ومفصلة [3] أما الأدلة الكتابية [4], التي يعتد بها أمام القضاء يشترط فيها أن تكون صحيحة الشكل عرضت على الخصم للاضطلاع عليها قصد مناقشة مضمونها في الجلسة مع وجوب الحصول عليها بطريقة مشروعة [5] إلى غير ذلك من الأدلة التي تخضع لتقدير القاضي.

وهذا إذا توافرت الشروط القانونية في الدليل المطروح أمام القاضي الجزائي أمكنه عندئذ أن يخضعه لعملية تقديره وبعكسه يستبعد حيث لا يمكن أن يمارس سلطته التقديرية عليه.

[1] مدبوك نصر الدين ،نفس المرجع ، ص521.

[2] فاضل زيدان محمد، , سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى ,2006 ,ص240.

[3] العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر،الإثبات في المواد الجزائية، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، ص83.

[4] إغليس بوزيد ، نفس المرجع،ص165.

[5] إغليس بوزيد ، نفس المرجع ،ص166.

المطلب الثاني : الضوابط المتطلبة توافرها عند مباشرة القاضي الجزائي لسلطته التقديرية

إذا ما تم اعتبار عقد اختصاص القاضي الجزائي في نظر الدعوى جاز له فحص شرعية الأدلة وشروط قبولها في عملية الإثبات الجزائي لينتقل بعد ذلك إلى ممارسة سلطته التقديرية مع مراعاة مجموع من الضوابط التي تتمثل على النحو التالي :

1 -وجوب ورود الأدلة بملف الدعوى المطروح أمام القاضي:

من الضوابط التي ينبغي على القاضي الجزائي مراعاتها حال مباشرته نشاط التقديري، وجوب أن يكون للأدلة التي يعتمد عليها في تكوين قناعته أصلا في الأوراق التي قدمت أثناء المحاكمة و لقد ورد النص صراحة على هذا الضابط في المادة 212 ق إ ج إذ جاء فيها "أنه لا يسوغ للقاضي بناء حكمه إلا على الأدلة المقدمة في معرض المرافعات" [1]

كما أنه يتعين على القاضي الجزائي ألا يبني حكمه إلا على الأدلة الثابت أصلها في أوراق الدعوى وليس له أن يقيم قضاءه على أمور لا سند لها من التحقيقات السابقة للمحاكمة[2] و من هذا المنطلق يتوجب على القاضي الجزائي ألا يعول في حكمه إلا على الأدلة التي لها مرجعية صحيحة من أوراق الدعوى, علما أن تمحيص وتقدير هذه المحاضر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي التحقيق وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/01/07 الرامي إلى رفض الطعن الذي بني فيه قرار الإدانة على محاضر الضبطية القضائية واعتبرت إلا أن ذلك لا يجيز أن ذلك يدخل في تقدير الوقائع التي تعود سلطتها إلى قضاة الموضوع .[3]

استبعادها ومتى حصل ذلك ترتب نقض القرار وبطلانه وهذا ما ذهبت المحكمة العليا إلى تأكيده في قرارها الصادر في 2005/11/30 حيت نقضت قرار قضى بالبراءة دون الالتفات إلى ما ورد في محاضر الضبطية واعتبرت أن مثل هذا التصرف من القضاة يجعل قراراهم مشوبا منعدم الأسباب بقولها " يعد قرار منعدم الأسباب مستوجبا النقض، القرار المستبعد محضر الضبطية من دون مناقشة بالرغم من كونه

[1] الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386, الموافق 8 يونيو سنة 1966 , المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتم.

[2] ع\لاء زكي، إجراءات المحاكمة العادلة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى,2014,ص220 و 271.

[3] نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي- دراسة مقارنة،ص197,198.

يعد وسيلة إثبات خاضعة لتقدير القاضي وعنصر من عناصر الدعوى، لما يتضمنه من معاينات مادية [1]" .

2 -وجوب مناقشة الدليل الوارد بملف الدعوى بالجلسة :

إن تقدير الأدلة وموازنتها يرجع كما سبق القول إلى القاضي الجزائي دون معقب عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا، شريطة أن يكون الدليل الذي يعول عليه في حكمه مطروحا للمناقشة بالجلسة، ولقد أرست هذا الضابط الفقرة الثانية من المادة 212 ق إ ج التي جاء فيها ..."لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه "إذ تقتضي هذه المادة أن يكون الدليل الذي يستمد منه القاضي الجزائي عقيدته ضمن العناصر الإثباتية التي وقع عرضها أمامه في الجلسة وتمت مناقشتها بصورة علنية، حتى يكون كل الخصوم على علم بما يقدم ضدهم من أدلة وبالتالي إمكانية مناقشتها والرد عليها، ولو لم يناقشوها بالفعل، إذ ليس من الضروري أن تحصل مناقشتها علنيا، فيكفي أن تكون هذه الأدلة ضمن ملف الدعوى وفي متناول كل خصومها [2]وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا إذ جاء في أحد قرار الصادرة بتاريخ 21 جانفي 1982 " لا يمكن لقضاة الموضوع أن يؤسسوا قرارهم إلا على الأدلة المقدمة لهم أثناء المرافعات والتي تم مناقشتها حضوريا وذلك عملا بالمادة 212 ق إ ج. "[3]

واشترطت المحكمة العليا في قرار أخر لها صادر بتاريخ 2011/11/21 تحت مناقشة الدليل المطروح أمام القاضي الجزائي بالجلسة بالرغم من غياب المتهم إذ تضمن الآتي "غياب المتهم عن جلسة المحاكمة لا يعد دليلا على إدانته بالجريمة المنسوبة إليه ، فإذا حدث وأن ناقش القاضي الجزائي الأدلة في غياب المتهم و كون منها اقتناعه ببراءة المتهم الغائب أفادته بالبراءة وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 01/07/ 2010. فيعتبر طرح الدليل أمام القاضي ومناقشته إجراء وجوبي ومخالفته يشكل إحلال بحقوق الدفاع لحرمانهم من حقهم في الاضطلاع عليه.

---

[1] جمال سايس، الاجتهاد الجزائي في المادة الجنح و المخالفات، الجزء الرابع ،منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى ،2014 ،ص1542.

[2] إغليس بوزيد، المرجع السابق،ص 120.

[3] جمال سايس، المرجع السابق، الجزء الأول ،ص 143

ويقتضي هذا الضابط أن لا يعتمد القاضي الجزائي في تقديره للأدلة على ما تضمنته محاضر التحريات الأولية أو التحقيق الابتدائي فقط وإنما يتوجب عليه أن يستكمل اقتناعه الذاتي بالتحقيق الذي يتخذه بالجلسة لاستجلاء الحقيقة ، فيستمع إلى الشهود واعتراف المتهم نفسه وما يدلى به الخبراء ويطرح جميع الأدلة الأخرى للمناقشة الشفوية. وغاية ذلك تمكين الخصوم من مواجهة بعضهم بما لديهم من أدلة وتبيان موقفهم منها, فوجوبية طرح الدليل بالجلسة للمناقشة تشكل ضابطا أساسيا يضمن التقدير السليم للدليل ومخاطبة وجدان القاضي الجزائي و ضميره بدون وسيط مع ضمان حياده[1]

مبدأ حياد القاضي الجزائي :

تقتضي حيدة القاضي الجزائي أن يتخذ وضعا محايدا عند ممارسة سلطته في تقدير الأدلة المطروحة عليه و لا يتحقق ذلك إلا إذا كان متجردا حيال الدعوى المعروضة عليه من أية مصلحة ذاتية مادية كانت أو معنوية ، [2] مبتعدا عن كل المواقف التي تعرضه لخطر التحكم والانحراف حتى يتسنى له البث فيها بموضوعية غير متأثرا عند وزن و تمحيص أدلتها بأي مصلحة أو عاطفة شخصية أو رأي سابق أو أي مؤثر أخر يمسه في عقيدته , كما يجب أن يكون موقف القاضي في الدعوى مقتصرا على تقدير ما يقدمه أطرافها من أدلة بالطريقة التي يحددها القانون لتكوين قناعته.[3] أما إذا تمكنت منه آفة الميل لطرف على حساب أخر اهتز حياده و حاد عن المبادئ التي تحكم القاضي الجالس للقضاء. والعودة إليها لا يكون إلا إذا تحرر أثناء نظره الدعوى من كل مؤثر خارجي عدا حكم القانون ولعل هذا ما أرساه المشرع الجزائري في نص المادة 147,148 و 150 من دستور 1996.

كما اعتبر حياد القاضي من المبادئ الدستورية العامة التي يمكن استخلاصها من مبدأ استقلال القضاء ضمانا لقيام القاضي بدوره في حماية الحريات والذي يؤكد ذلك

[1] إغليس بوزيد، نفس المرجع ،ص120.

[2] فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 256.

[3] رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2012, ص212

صيغة القسم التي تناولتها المادة 04 القانون الأساسي للقضاء التي جاءت في محتواها تلزم القاضي بالحياد.[1]

وضمانا لحياد القاضي فقد أخذت التشريعات الإجرائية بمبدأ الفصل بين السلطات التي تتولى مباشرة إجراءات الدعوى والاتهام وبين قضاة الحكم حتى لا تتكون لدى القاضي قناعة مسبقة لقيمة الأدلة قبل طرحها في الجلسة [2] كما وضعت قواعد قانونية الأصل فيها أنها ضمانات وقائية تكفل حياد القاضي خلال إلزامه بالحياد والاستقلالية ومنعه من تولي الأعمال التي خضرها القانون عليه المكورة في كل من مادتين 14 و 15 من الانتماء إلى أي حزب سياسي وممارسته للنشاط السياسي.[3]

بالإضافة إلى ما سبق بيانه من القواعد الوقائية عاقب المشرع على كل ما من شأنه التأثير على القاضي و هو بصدد تكوين قناعته و هذا و ما تضمنه نص المادة 147 ق ع " يعاقب عن الأفعال و الأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التأثير على أحكام القضاة طالما أن الدعوى لم يفصل فيها نهائيا " كما تظهر لنا أهمية هذا المبدأ لسلطة القاضي في تقدير للأدلة , فهو يشكل ضمانا للتقدير الموضوعي يوصل إلى قناعة سليمة لا شخصية.

امتناع القاضي الجزائي عن القضاء

منعت المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية للقاضي الجزائي أن يستعين في بناء حكمه على غير ما طرح بالجلسة وذلك تطبيقا لمبدأ شفهية المرافعة الذي يقتضي أن يؤسس القاضي الحكم بناء ما قدم في الدعوى من أوراق وما استخلصه من التحقيقات التي يجريها أثناء المرافعات وبحضور الخصوم وقضائه بخلاف ذلك يعد قضاء بعلمه الشخصي.[4]

كما أن المعلومات الشخصية للقاضي مقصود بها أن كل ما يتوصل إليه من خارج الدعوى المطروحة عليه نتيجة أبحاث شخصية أجراها في غيبة الخصوم وبطريقة غير رسمية لا يقرها القانون ، تشكل حيازتها تأثيرا على قناعته وهو بصدد تقديره

[1] أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية,ص884.
[2] فاضل زيدان محمد، نفس المرجع ،ص257.
[3] قانون عضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.
[4] كامل السعيد, شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى,ص582.

لأدلتها [1].لذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بمقتضى معلوماته الشخصية في الدعوى أو بناء على ما رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه في غير مجلس القضاء وبدون حضور الخصوم، لكون هذه المعلومات لم تعرض بالجلسة ولم تتح فرصة مناقشتها وتقييمها ومن تم يكون الاعتماد عليها مناقضا لقاعدة الشفوية والمواجهة التي تسود مرحلة المحاكمة[2] .الأمر الذي استوجب على المشرع الجزائري فرض إجراء تدوين و ضبط الأدلة المقدمة أثناء المحاكمة في سجل جلسات المحاكمة حتى يتسنى للقاضي الإطلاع عليها مقدما قبل الحكم [3] , و أن القاضي الجزائي إذا حاز على مثل هذه المعلومات واستدل بها في حكمه جمع بين صفتي القاضي و الشاهد في آن واحد والذي يترتب عنه عدم أداء الشهادة بشروطها كاملة ومن متطلباتها وجوب حلف اليمين قبل أدائها أمام القاضي الناظر في الدعوى , وبما أن القاضي يعتبر نفسه كشاهد فإنه يشترط في الشهادة أن يقوم القاضي بتقدير وتمحيص لأقوال الشاهد حتى يمكن التحقق من مدى صدق أقواله أما إذا كان مصدر هذه الشهادة القاضي نفسه فيعتذر عليه مناقشة شهادته إذ يقع جراء ذلك في صراع مع نفسه لأن الأمر يقتضي أن تكون المعلومات التي يدلي بها بعيدة عن التحيز والتأثيرات الشخصية مما يعرض قضائه للشك.

أما المعلومات العامة التي يبني عليها القاضي الجزائي حكمه فلا تعتبر من قبيل المعلومات الشخصية المحظور الاستدلال والحكم بمقتضاها وهي تشمل المعلومات التي استخلصها القاضي الجزائي من خبرته أو ثقافته بشؤون العامة والمفروض إحاطتهم بها كالوقائع العامة و المشهورة و الحكم المأثورة و ما يتداول بين الناس ولا يختلف فيه متناقضان والعلم بالظواهر الطبيعية ، كما قد تشمل أيضا بعض المعلومات العامة التي لم يحط بها كل الأشخاص أو المسائل التي يغلب عليها الطابع العلمي والواقع بشأنها اتفاق رأي العلماء وجرى بها العرف [4]،أما إذا كانت محل

[1] عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة 2 , ص115.
[2] مروك نصر الدين، المرجع السابق،ص642.
[3] إغليس بوزيد، المرجع السابق ،ص 121.
[4] إغليس بوزيد، المرجع السابق ،ص121.

خالف بين العلماء فلا تعد من قبل المعلومات العامة ويتعين أن يترك الرأي فيها لأهل الخبرة المختصون.

وإذا كان المبدأ يقتضي ألا يحكم القاضي الجزائي بمقتضى معلوماته الشخصية في الدعوى أو بناء على ما رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه فإن ذلك يرد عليه استثناء المتعلق أساسا بالمخالفات التي ترتكب أمامه أثناء الجلسة كما أكدته المادة **569**[1] من قانون إجراءات الجزائية, حيث كانت هذه جملة الضوابط التي يستلزم تحققها عند ممارسة القاضي الجزائي سلطته في تقدير الأدلة قصد ضبط نشاطه التقديري وصحته.

المبحث الثاني : الضوابط الإجرائية للقاضي

المطلب الأول أهلية وصفة ,وشخصية القاضي

الفرع الأول :أهلية وصفة وشخصية القاضي

يقتضي سن اجتهاد قضائي جزائي صحيح، وسليم، ومقبول أن يكون مصدره له أهلية وصفة القاضي .

أما بالنسبة **لأهلية القاضي :** وهو أن تتوافر في الشخص المؤهلات العلمية الكافية التي واللازمة التي يشترطها الدستور والقانون، ليكون أهلا لممارسة هذا التكليف، بان يكون حاصلا على شهادة الليسانس في القانون والحقوق، وشهادة مهنية للممارسة مهمة قاضي . وتوافر هاتين الشهادتين، تشهدان على أن المعني قد اكتسب الكثير من المعارف القانونية، والقضائية أثناء التكوين النظري، والخبرات العملية أثناء التكوين التطبيقي أو التربص الميداني. تجعله قادرا وواثقا من نفسه، من أداء هذه المهمة الخطيرة، وتزرع في الرأي العام الشعور بالاطمئنان والثقة في كفاءة وعدالة القاضي.

و تصح الإشارة ، أن شهادة الليسانس في القانون ، لا تطرح أي إشكال في الجزائر ، لأن الإشراف عليها هو من اختصاص السلطة التنفيذية المتمثلة في وزارة البحث العلمي و

[1] الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

التعليم العالي، ولكن دبلوم قاضي، يطرح إشكالا كبير وعويص جدا، و هو أن الجهة المشرفة عليه، هي السلطة التنفيذية وزارة العدل، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وهي المدرسة العليا للقضاء، لأن المادة 35من القانون العضوي رقم 04-11[1] نصت على أنه يحول المعهد الوطني للقضاء إلى مدرسة عليا للقضاء،تكلف تحت سلطة بالوزير العدل، لتكوين القاعدي للطلبة القضاة، والتكوين المستمر للقضاة العاملين .ونصت المادة 36 ومنه أنه تنظم المدرسة العليا للقضاء، تحت مسؤوليتها مسابقات وطنية لتوظيف الطلبة القضاة . وأكدت المادة 38 من نفس القانون على أنه يوظف القضاة من بين حاملي شهادات المدرسة العليا للقضاء.

ومن غير المنطق أن تتولى السلطة التنفيذية والإدارة تكوين السلطة القضائية ، وهنا يتعين أن يسند تكوين القضاة ومنح دبلوم قاضي، على السلطة القضائية المستقلة وأن تكون المدرسة العليا للقضاء، جهاز تابع للمحكمة العليا ومجلس الدولة، باعتبارهما أعلى هيئات في الهرم السلطة القضائية، ولا ينبغي أن تكون إدارة تابعة للسلطة التنفيذية، لأن في ذلك مساس بمبدأ استقلالية القضاء

وهذه النقطة المهمة جدا، لم تراعى في الجزائر عقب استقلالها مباشرة سنة 1962 ، كون أنه عرفت الجزائر فراغ كبير في القضاة، لأن القضاة السابقين في العهد الفرنسي كانوا كلهم فرنسيين، ولم يكن يسمح للجزائريين باعتبارهم مواطنين من الدرجة الثانية ممارسة السلطات بما فيها السلطة القضائية، وبعد الاستقلال لم يراعي معيار أهلية القاضي، وتم تعيين طيلة فترة 10 سنوات ما بين 1962و 1972 كتاب ضبط، لممارسة تكليف قاضي، أي شكليا قضاة، ومنعدمي كفاءة قضاة، لكونهم مجرد كتاب ضبط .وارتكبوا أخطاء فادحة، وكوارث لا يحمد عقباها، وتم خرق مبدأ الشخص المناسب في المكان المناسب

و **بالنسبة لصفة القاضي** : وهي ذلك الإجراء الشكلي والرسمي والنشر القانوني ،وهي وثيقة رسمية صادرة عن جهاز رسمي في الدولة، يعترف بصفة القاضي، لشخص محدد بذاته، و منشور في الجريدة الرسمية، وتصبح هذه الصفة نافذة بعد مرور 24 ساعة من نشر

[1] القانون العضوي رقم 60-11المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساس ي للقضاء الجريدة الرسمية العدد 57بتاريخ 08-09-2004 المادة 03-36-38-39 منه .

الاعتراف الرسمي لصفة القاضي، للشخص المحدد بذاته في الجريدة الرسمية، وفي الجزائر يكتسب الشخص صفة القاضي، بموجب مرسوم رئاسي صادر من رئيس الجمهورية يتضمن تعيين المعني بصفته قاضي، ومنشور في الجريدة الرسمية. لأن المادة 92 الفقرة رقم 8 من الدستور[1] نصت على أن يعين رئيس الجمهورية القضاة. والقانون العضوي رقم 04-11[2] المتضمن القانون الأساسي للقضاء نصت المادة 03 منه على أنه يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي، بناء على اقتراح وزير العدل، بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء ونصت المادة 39 من نفس القانون على أنه يعين الطلبة القضاة المتحصلون على شهادة المدرسة العليا للقضاء بصفتهم قضاة طبقا لأحكام المادة 03 من هذا القانون العضوي

ومع ذلك فإن هذه الطريقة أي طريقة منح صفة القاضي، وسحبها بموجب مرسوم رئاسي صادر عن رئيس السلطة التنفيذية الذي هو رئيس الجمهورية، منتقدة من السادة القضاة الجزائيين، كونها تعتبر في نظرهم خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات، وتدخل السلطة التنفيذية في منح صفة القاضي.[3]

وفي سحبها بموجب مراسيم رئاسية، ومساس بحقوق الإنسان والحريات العامة ، لأن استقلالية القضاة، هي ليست امتياز لهم، ولكنها ضمانة للحقوق والحريات العامة . ولتحقيق المثالية و احترام استقلالية القضاء، أن يكون الرئيس الأول للمحكمة العليا، والرئيس الأول لمجلس الدولة منتخبان من طرف زملائهم القضاة، و ليس معينين من طرف رئيس الجمهورية، وأن تنشر نتائج انتخابهم في الجريدة الرسمية وأن يتولى الرئيس الأول للمحكمة العليا المنتخب، تعيين جميع قضاة القضاء العادي، بموجب قرار قضائي غير قابل لأي طعن، وأن يتولى الرئيس الأول لمجلس الدولة تعيين جميع قضاة القضاء.

أما **بالنسبة لشخصية القاضي** : أن يكون المكلف بعمل القاضي، يمتلك شخصية قوية ونفسية قاضي نزيه، مستقل، ولا يملك أي ولاء معنوي أو تحيز أو واجب الطاعة والتبعية

[1] مرسوم رئاسي رقم 96-435 المؤرخ في06-12-1996 المتضمن دستور الجزائر ، المعدل و المتمم الجريدة الرسمية رقم 72 المؤرخ في 8ديسمبر 1996 ، المادة 92 .

[2] القانون العضوي رقم 60-11المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساس ي للقضاء الجريدة الرسمية العدد 57بتاريخ 08-09-2004 المادة 03-36-38-39 منه

[3] مرسوم رئاسي رقم 96-435 المؤرخ في06-12-1996، نفس المرجع ، المادة 92 .

للسلطة التنفيذية، أو توجه سياسي أو حزبي، بل يخضع فقط لله عز وجل ولعقله وضميره، وللقانون ومبادئ العدالة، واستقلالية القضاء، والحريات العامة وحقوق الإنسان ،وقرينة البراءة .

الفرع الثاني : حرية الرأي واستقلالية الذاتية للقاضي :

يعتبر القاضي هو الشخص الذي له ولاية القضاء أي أنه يحكم وفق القانون بين المتنازعين ويرأس المحكمة ويبت في النزاعات المعروضة عليه بمختلف أنواعها

قبل تبني أي رأي أو الصدح بأية إجابة يتعين استحضار أن القاضي هو الأول والأخير إنسان ملتزما بقضايا وطنه

فالدستور الجزائري أقر حرية الرأي والتفكير والتعبير للقاضي لطالما ورد هذا الحق بصفة مطلقة تتعلق بالأساس صفة التمتع بها فإنه لا يمكن سحبها من دائرة الحقوق التي يتمتع بها القاضي الذي بصفته تلك لم يتخل ويتجرد من صفته كمواطن

كما أن القضاء يعتبر ركيزة أساسية من ركائز الضبط الاجتماعي والمؤسسي في الجزائر ، حيث ترتبط أحكامه بتكريس العدالة وحماية الأنفس والأموال وحماية كافة الحقيق وتحقيق الأمن وبالتالي أمن النظام العام الجزائري و الحد من الظلم والاعتداء والترهيب بين الناس وإذا وفق القضاء في مهمته فقد تحققت قداسة القضاء وحل الاستقرار بالمجتمعات لذلك أشار الدستور الحالي في الجزائر على بضع نصوص تؤكد ضرورة الاهتمام بحرية الرأي وأخلاقيات القاضي واعتبارها قيمة مقننة

إن معايير القضاة في الجزائر تكون ناقصة ما لم يكن القاضي مستقلا بذات مهمته ولا يفهم منه أن القضاة يستطيعون البت في الدعاوى وفقا لأهوائهم ورغباتهم الشخصية بل يجب البت في القضايا والمسائل المعروضة أمامهم وفق للقانون الوطني الذي يجدد إجراءات التقاضي [1] كما جاء في نص المادة 141 كما يلي : (إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور ساري المفعول حاليا والتنظيم القضائي) ، وبهذا فالقاضي لا يكترث مادام

[1] قانون رقم 16-01 ، مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، 14 ، سنة 7 مارس 2016 .

أن المشرع للقانون الرمي في البلاد أكد على هذا ، فيمارس مهامه دون خوف وذعر من انتقام أو تدخل أو ضغط أية سلطة كانت عليا أو دنيا أو تأثيرات غير صائبة ، أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة كانت أو غير مباشرة من أي جهة كما جاء في شطر الأول من نص المادة 166. (القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه)[1]

المطلب الثاني : الرخصة الدستورية والقانونية لممارسة الاجتهاد القضائي :

حتى يمكن للقاضي الاجتهاد، لابد أن يكون لديه رخصة دستورية ورخصة قانونية .بالنسبة للرخصة الدستورية: في الجزائر منحها الدستور بموجب المادة 171 الناصة على أنه تمثل المحكمة العليا الهيئة المقّومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. تضمن المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي وهنا فإنه بمفهوم مخالفة هذا النص أن الاجتهادات القضائية تصدر من المجالس القضائية والمحاكم ،حتى تتمكن المحكمة العليا توحيدها في حالة اختلافها في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون.

كما أن هذا النص الدستوري لم يشترط عدد معين من غرف المحكمة العليا، لسن توحيد الاجتهاد القضائي، لم يشترط صدوره من الغرفة المجتمعة أو من الغرفة المختلطة، وبالتالي فإنه يصح سن اجتهاد قضائي أو توحيده من غرفة مواحدة فقط من غرف المحكمة العليا . والمحكمة العليا عند ممارسة سلطتها في توحيد الاجتهادات القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم والمجالس القضائية لها ضوابط مصدرها العقل والمنطق وهي:

إذا كان هناك حل قضائي اعتمدته غالبية الساحقة للجهات القضائية تبحث المحكمة العليا عن الحل القضائي الذي اعتمدته الغالبية الساحقة للمجالس والمحاكم ، وتعتمده وتعممه، وتستبعد باقي الحلول القضائية التي اعتمدتها الأقلية الجهات القضائية .إذا كان هناك اختلاف، متعادل، في الحلول القضائية المعتمدة من مجالس قضائية ومحاكم ،هنا المحكمة العليا لها أحد الطريقتين :

[1] المادة 166 ، نقس القانون 16-01.

إما أن تعتمد أحد الحلول القضائية، وتعممه وتستبعد باقي الحلول .وإما تستبعد كل هذه الحلول القضائية المختلفة والمتعادلة، وتجتهد بسن حل قضائي خاص بها. وتعممه.[1]

بالنسبة للرخصة القانونية: حسب القانون العضوي رقم 12/11 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. المادة 18 زيادة على الحالة المذكورة أعلاه تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي .وتنعقد الغرف المجتمعة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، وذلك بمبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف .وحسب المادة 19تتشكل الغرفة المجتمعة التي يرأسها الرئيس الأول، نائب رئيس، رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام، عميد المستشارين بكل غرفة، المستشار المقرر ولا يمكنها الفصل إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل. وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

هذا النص هو رخصة قانونية لممارسة الاجتهاد القضائي جديد، يغير في اجتهاد قضائي سابق. وبالتالي المشرع في هذا القانون العضوي الذي يعتبر قانونا مكملا للدستور، اشترط في الرجوع عن اجتهاد قضائي سابق، ان يصدر قرار الرجوع من الغرف المجتمعة، بمعنى سن اجتهاد قضائي جديد لم يكن هناك اجتهاد قضائي قبله يمكن أن يصدر من غرفة واحدة من غرف المحكمة العليا، أما التراجع عنه، لا يكون إلا بقرار من الغرف المجتمعة.[2]

الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية القاضي :

يعتبر الدور التقديري للقاضي في الإثبات وحريته في تكوين اقتناعه مقصور على بعض الأدلة دون الأخرى ، فأدلة الإثبات المطلقة كالكتابة و الإقرار القضائي و اليمين الحاسمة لا يملك القاضي أي سلطة في تقدير حجيتها في الإثبات وقد حددت النصوص القانونية قوة هذه الأدلة في الإثبات و ألزمت القاضي الأخذ بها ، وبناء حكمه عليها كلما توافرت شروطها

[1] مرسوم رئاسي رقم96-435 المؤرخ في06-12-1996 المتضمن دستور الجزائر ، المعدل و المتمم الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر المادة 172.

[2] لقانون العضوي رقم 12/11بتاريخ06-07-2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصاتها .،الجريدة الرسمية العدد42بتاريخ31-07-2011 ، المادة 18.

القانونية ، حتى ولو لم يقتنع بها . ويخضع القاضي في ذلك لرقابة المحكمة العليا باعتبار أن الالتزام بحجية أدلة الإثبات المطلقة مسألة قانون و ليس واقع.

وعلى عكس ذلك فإن أدلة الإثبات لم يحدد المشرع حجيتها في الإثبات وتركها لتقدير قضاة الموضوع حسب اقتناعهم بها ، إلا أن حرية الاقتناع بهذه الأدلة ليست مطلقة و إنما تخضع لضوابط وقيود يجب على القاضي احترامها و مراعاتها عند تحقيقه في الوقائع و الأدلة المعروضة عليه و تتمثل هذه القيود في التزام القاضي بمبدأ الحياد و التزامه بالقواعد العامة للإثبات.

فيعتبر حياد القاضي من أهم مبدأ التي يقوم عليها الإثبات القضائي وضمانة لعدله وإنصافه [1] ولا يقصد بمبدأ حياد القاضي عدم التحيز لمصلحة طرف من أطراف الخصومة وإنما يعني هذا المبدأ أن موقف القاضي في الدعوى أن يكون موقفا سلبيا حيث يقتصر في تكوين اقتناعه وعقيدته على ما يقدمه الخصوم من أدلة بالطريقة التي يحددها القانون .[2]

أما بالنسبة لمبدأ حياد القاضي في ظل النظام الحر هو أن للقاضي سلطة والحرية التامة في توعية الدعوى فله الحق في استكمال ما نقص من أدلة ويسلك أي طريق يراه ملائما لكشف الحقيقة وفي سبيل ذلك يطلب التحقيق بطلب من الخصوم أو تلقائيا [3] ففي ظل نظام الإثبات المختلط يتقيد القاضي بقواعد الإثبات التي حددها القانون غير أن المشرع منحه قدرا من السلطة في تقدير قيمة بعض الأدلة والظاهر أن القوانين التي تبنت هذا المبدأ أخذت بمبدأ حياد القاضي ومبدأ حصر الأدلة وترتيبها وخولت القاضي سلطة تغيير قيمة ما يعرض عليه من الأدلة ، فحيث تجوز البينة مثلا لا يتقيد بها القاضي مهما بلغ عدد الشهود بل يبقى حرا في تكوين اعتقاده ويجوز له أن يأخذ بما أجمع عليه الشهود أو أن يقضي عكسه كما يجوز له عند اختلافهم .[4]

---

[1] عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، الطبعة الثالثة ،ص25.
[2] رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، بيروت ، 1986 ، ص71
[3] رمضان أبو السعود المرجع السابق ، ص 72.
[4] 1سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاتها، الجزء الأول ، الأدلة المطلقة ، ص20.

المبحث الثالث : دراسة تطبيقية في القضاء الدستوري :

يعتبر مصطلح القضاء الدستوري سهل في المعنى فهو مكون كلمتين متداولتين كثيرا في القانون القضاء والدستور ومن أجل فهم حقيقة هذا المعنى سنتطرق إلى تعريفه في المطلب الأول ونشأته في الجزائر في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مفهوم القضاء الدستوري وخصائصه

القضاء الدستوري، سواء كان ممثلا بالمحاكم أو المجالس الدستورية حسب تسميات الدول من أهم مفاصل الجهاز القضائي، نظراً إلى أهمية الاختصاصات المنوطة به، وفي مقدمتها الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة ، ما يجعله الحارس الأمين على مبدأ سمو الدستور الذي يعد بمثابة أهم المبادئ في القانون الدستوري، بحيث لا يجوز أن يخالف أي تشريع أدنى لتشريع أعلى سواء كانت التشريع صادرا عن السلطة التشريعية ، أو السلطة التنفيذية ، إذ لا ينبغي ذلك وفق مبدأ التدرج التشريعي، فإذا خالف التشريع الأدنى التشريع الأعلى، يقضى بعدم دستوريته أو يمتنع عن تطبيقه . كما سنقسم مفهومه الى فرعين أساسين من حيث مفهوم شامل له و خصائصه.

الفرع الأول : مفهوم القضاء الدستوري

يحتمل اصطلاح القضاء الدستوري معنيين : أولهما – عضوي شكلي ، والآخر موضوعي.

الناحية العضوية أو الشكلية :

يقصد بالقضاء الدستوري المحكمة أو المحاكم التي خصها الدستور – داخل التنظيم القضائي في الدولة – من دون غيرها برقابة دستورية التشريع (قضاء دستوري متخصص). فهو ينبثق من اعتباره كيانا أو هيئة و منه النظر إليه كجهاز وليس نشاط وبالتالي فان معناه يتجه إلى الأجهزة العضوية المناط بها مهام مراقبه دستوريه القوانين وتحقيق الشرعية الدستورية.

من الناحية الموضوعية :

يعني القضاء الدستوري الفصل في المسائل الدستورية ، وهي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور ، وبهذا المعنى ينصرف الاصطلاح إلى القضاء في هذه المسائل سواء أصدر من محكمة دستورية متخصصة ام من محكمة أخرى من المحاكم العادية أو الإدارية أو غيرها ، وذلك طالما تعلق هذا القضاء بالفصل في مسألة دستورية (قضاء دستوري غير متخصص)[1]

المعنى الموضوعي لاصطلاح (القضاء الدستوري) أوسع نطاقا من معناه العضوي أو الشكلي ، إذ انه وفقاً لهذا المعنى الأخير فان القضاء الدستوري لا يوجد إلا مع وجود المحاكم الدستورية المتخصصة ، في حين أن القضاء الدستوري وفقاً للمعنى الموضوعي لا يرتبط في وجوده بمثل هذه المحاكم الدستورية ، إنما هو قائم مع الفصل القضائي في المسائل الدستورية ، بصرف النظر عن الجهة القضائية التي يصدر عنها هذا القضاء .

ويستشف من هذه التعاريف أن القضاء الدستوري هيئة يجب إن يكون لها الاختصاص الحصري في تحقيق الرقابة على دستوريه القوانين, وأن يكون هذا الاختصاص أصيلا دون أي اختصاص آخر غير الرقابة, وهذا ما لا يصدق إلا على وصف المحكمة دون غيره, بمعنى إذا أخذنا بالعكس النقيض فإن كل ما هو ليس محكمة أو جهة قضائية لا يعد قضاء دستوريا, حتى إذا انعقد له اختصاص رقابة دستورية القوانين ,كما لا يعد أي جهاز قضائي أو محكمة قضاء دستوريا ما لم تكن مختصة فقط بهذه الرقابة الدستورية، فإذا كانت تتولى إلى جانبها اختصاصات قضائية أخرى سيخرجها من دائرة القضاء الدستوري.

[1] مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس - ، 1988 ، ص ص 10-11 ، و د. عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص7

الفرع الثاني : خصائص القضاء الدستوري

يتميز القضاء الدستوري بجملة من الخصائص العامة ، التي تميزه عن غيره من أنواع القضاء الأخرى ، وقد أمكننا تصنيفها إلى نوعين ، الخصائص الموضوعية ، والخصائص الشكلية ، وسنعرض لهذه الخصائص ، تباعا ، فيما يلي:

❖ **الخصائص الموضوعية للقضاء الدستوري:**

تتمثل الخصائص الموضوعية للقضاء الدستوري في سمتين رئيستين هما : التخصص في النزاعات الدستورية ، وهذه أهم خصيصة للقضاء الدستوري في أحكام وقرارات القضاء الدستوري بحيث لا يمكن الطعن عليها من قبل أي جهة أخرى. وعلى ذلك فإننا سنتحدث عن التخصص كأبرز الخصائص الموضوعية للقضاء الدستوري.

1 ـ**التخصص في القضاء الدستوري .:** القضاء في أغلب دول العالم ينقسم إلى قضاء عادي وقضاء متخصص ويتمثل القضاء العادي بالمحاكم الابتدائية، ومحاكم الاستئناف، ومحكمة النقض أو التمييز ،ويختص بنظر كل أنواع المنازعات، فيما عدا ما يختص به القضاء المتخصص ولدينا أيضا القضاء المتخصص وهو القضاء الدستوري المتمثل بالمحاكم والمجالس الدستورية ، والقضاء المتخصص يختص بنظر نوع معين من المنازعات المخصصة بنص الدستور والقانون ، والاختصاص هو أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون [1]، واختصاص محكمة ما يعني نصيبها من القضايا التي يجوز لها الفصل فيها [2] على ذلك تختص محاكم القضاء العادي بنظر إلى كل أنواع المنازعات، فيما عدا ما يختص به القضاء المتخصص أما القضاء الدستوري فهو قضاء متخصص يختص بنظر نوع معين من المنازعات ،و تكون كلمته هي الكلمة الفصل في جميع النزاعات الدستورية الداخلة في اختصاصه ، بفضل حياديته وفهمه الواسع والمقنع للدستور والذي بموجبه يحرس القضاء الدستوري ، الدستور، من أي اخلال أو تجاوز.

[1] المادة 30 قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم 88 لسنة 1956.
[2] د. ادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، بغداد ، دار الكتب القانونية ، 2008 ،ص 75

وعلى هذا الأساس ، أصبح التخصص من أهم سمات محاكم وهيئات القضاء الدستوري ، سواء أكانت على النموذج الأوربي ، أم على النموذج الأمريكي .ويتحدد اختصاص القضاء الدستوري بمقتضى نصوص الدستور ، فلو استعرضنا بعض النماذج الدستورية للدول ، لوجدنا معظمها تحدد اختصاص القضاء الدستوري في صلب الدستور.

أما بخصوص المحكمة الدستورية الجزائرية باعتبارها أحد أهم العناصر الجديدة التي جاء بها التعديل الدستوري 2020، وذلك من خلال بيان مكانتها وطبيعتها القانونية، كذلك تشكيلتها وأهم الشروط التي دعمت بها من طرف المؤسس الدستوري، خصوصا تلك المتعلقة بكيفية اكتساب العضوية داخل المحكمة الدستورية وضمانات استقلاليتها، بالإضافة إلى توسيع اختصاصات هذه المؤسسة، وتوصلت الدراسة إلى أن وجود المحكمة الدستورية في الجزائر، وإناطة مهمة الرقابة على دستورية القوانين بها، [1] يعد تطورا دستوريا وديمقراطيا مهما، ولذا فإنه يلزم الحفاظ على هذه المحكمة وعلى اختصاصاتها والعمل على تنفيذ أحكامها، لاسيما أحكامها بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة في الدولة، إعلاء للشرعية الدستورية وضمانا لحقوق الأفراد وحرياتهم.

2 -**أحكام القضاء الدستوري :** التنظيم القضائي العام يقوم في جملته على نظام التقاضي على درجتين، سواء في ذلك القضاء المدني أو الجنائي أو الإداري ، وذلك ضمانا لأن تأتي أحكام القضاء سليمة مطابقة للواقع ومقتضيات العدالة ، بحيث يعد ذلك سمة مميزة لكل التنظيم القضائي ، وهذا خلاف ما عليه الحال بالنسبة للقضاء الدستوري حيث تكون أحكامه نهائية وغير قابلة للطعن ، اي أن القضاء الدستوري درجة واحدة وأحكامه وقراراته غير قابلة للطعن بأي طريقة من طرق الطعن ، بحيث لا تقبل ردا ولا تعقيبا من أي جهة أيا كانت ، أي يتم حسم الأمر مرة واحدة ، بواسطة قاض متخصص ، وذلك لأن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الدستوري تمتاز بالأهمية البالغة ،

[1] https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/124/13/4/167764 عون في التاريخ 2022/06/09 على الساعة 15:51.

انعكست بدورها على ما يترتب عليها من آثار، سواء بالنسبة لحماية مبدأ الشرعية الدستورية في الدولة ، أو سواء فيما يتعلق بالمحافظة على خصائص القواعد القانونية أو اللائحية العامة والمجردة والملزمة ، تلك التي ثبت دستوريتها ، أو سواء فيما يتصل بأوضاع ومراكز الأشخاص القانونية العامة والخاصة في المجتمع ، والمتوقفة - حقوقا والتزامات - على نوعية الحكم أو القرار الصادر من المحكمة الدستورية بإثبات أو على العكس ، بعدم إثبات التطابق مع النص الدستوري المعروض أمام المحكمة الدستورية[1]

❖ **الخصائص الشكلية :**

تتمثل الخصائص الشكلية في القضاء الدستوري ، فيما توليه الدساتير من اهتمام بتشكيل محاكم وهيئات القضاء الدستوري أولا ، وأيضا تتمثل في التنوع في عضوية القضاء الدستوري ثانيا.

1 -**التفرد في التنظيم الدستوري** : تنظم قوانين السلطة القضائية المحاكم على مختلف أنواعها ودرجاتها سواء كانت محاكم للقضاء الإداري أو محاكم القضاء العادي وأخيرا المحاكم الدستورية ،حيث ان مضمون هذه القوانين يدور حول بيان هيكل هذه السلطة ومكوناته واختصاصاتها وعلاقتها بالسلطات الأخرى وشروط ، الالتحاق بأحد أفرع هذه السلطة وأوجه التدريب لأعضاء هذه السلطة في مختلف تخصصاتهم و حالات إنهاء العمل فيها ، بحيث يكون هذا القانون بمثابة الشريعة العامة لكافة فروعها وتدور في فلكها ولا يجوز أن تخرج عنها. وتكتفي الدساتير عادة برسم الملامح العامة للتنظيم القضائي في الدولة ، وتترك بيان تفاصيل ذلك إلى القوانين غير أنها تولي اهتماما أكثر بتنظيم القضاء الدستوري للمكانة المتميزة التي يحظى بها هذا القضاء ، وللدور الخطير الذي يضطلع به في تنظيم العملية الدستورية.[2]

---

[1] د. بشير علي باز ، دور القاضي الإداري *في* الرقابة *على* القرارات الفنية والعلمية للطلاب `دراسة مقارنة` ، المشاكل والجرائم الانتخابية ،ص 63، بتصرف .

[2] د. عدنان عاجل عبيد ، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون ، العراق ، مطبعة سومر للطباعة الملونة الحديثة ، 2008 ، ص 208

لذا يتميز القضاء الدستوري عن سائر جهات القضاء الأخرى ، بأن الدستور هو الذي يحدد مركز هذا القضاء ، من حيث وجوده ، وتنظيمه ، ووظيفته فالقضاء الدستوري قضاء ذا طابع سياسي ، وذلك بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي يختص بها ، وهو الأمر الذي ينعكس على طريقة تنظيم هذا القضاء.[1]

2 -**التنوع في العضوية :** تقتصر العضوية في محاكم القضاء العادي على القضاة ، في حين انه يمكن منح العضوية لغير القضاة في محاكم ومجالس القضاء الدستوري ، بل ويلاحظ أيضا انه في بعض الدول لا تشترط حتى توفر الكفاءة القانونية في أعضاء المحاكم الدستورية ، إذ كثيرا ما تتدخل الاعتبارات السياسية في اختيار أعضاء المحاكم الدستورية ، بل إن تشكيل أغلب المحاكم الدستورية في ، فقد تكون جهة التعيين رئيس 2العالم يتم بطرق سياسية ، سواء عن طريق سلطة سياسية الدولة كمصر ، أو البرلمان كألمانيا وسويسرا ، حيث يتم تشكيل المحكمة من عناصر مختلفة دون أن يشترط في تلك العناصر توافر الكفاءة القانونية 3 في الفقه الإسلامي وعدد من فقهاء القانون ، يتم تحديد عملهم وطريقة اختيارهم بقانون ينظم عمل المحكمة.

المطلب الثاني : نشأة القضاء الدستوري في الجزائر

كانت الحاجة ملحة لإنشاء هيئة تتولى الرقابة على دستورية القوانين كانت المطلوب توحيد تأويل الأحكام الدستورية فرقابة الامتناع لا تكفي فكان أمر لازم لتطوير هيئات القضاء الدستوري وإنشاء المحكمة الدستورية العليا التي كانت مفتقرة للرقابة الدستورية أينما تكمل مسار بناء الدولة .

[1] د. عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، القاهرة ، دار النهضة العربية،ص19

الفرع الأول : إنشاء المجلس الدستوري في الجزائر

لم تظهر الرقابة على دستورية القوانين إلا بعد مراجعة الدستور وصدوره في 23فبراير سنة 1989[1] وهو أول دستور منذ الاستقلال يحث على الشرعية الدستورية فطبق الرقابة الدستورية بشكل حقيقي وأوكل هذه المهمة للمجلس الدستوري وفقا لنص المادة 153من دستور 1989ومن خلال هذه الشرعية الدستورية دخلت الجزائر مرحله تنفيذ الإصلاحات السياسية وتحولت من مفهوم وحدة السلطة وتركيزها إلى تبني مبدأ الفصل بين السلطات وتوزيع اختصاصات السلطات في الدولة وبالفعل احدث الباب الثالث من هذا الدستور الذي نص على الرقابة بشكل عام تحت اسم الرقابة والمؤسسات الاستشارية ومن ثم الرقابة الدستورية للقوانين بواسطة المجلس الدستوري.

إن إدراج الرقابة الدستورية والهيئة المكلفة بها في الدستور 1989جاء ليعطيها القوة والشرعية الدستوري وجاءت تسمية المجلس الدستوري و هي تسميه فرنسيه أخذت وفقا للتشريع الفرنسي والتي استبعدت الرقابة عن طريق القضاء , و إخضاع المجلس الدستوري إلى هيئة سياسية, تنظر في الرقابة على دستوريه القوانين.

تطور اختصاصات القضاء الدستوري في الجزائر من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية

تطورت اختصاصات المجلس الدستوري في الجزائر خلال مراحل التعديلات الدستورية المتعاقبة منذ إنشائه وفق دستور 1989 ثم طرأت تعديلات على مر سنوات وصولا إلى أخر تعديل في سنة 2020 واستبداله بالمحكمة الدستورية.

1 -مرحلة دستور 1989 :

عادت فكرة القضاء الدستوري والرقابة على دستورية القوانين إلى الدستور الجزائري وذلك في الدستور المستفتي عليه يوم 23فبراير سنة 1989حيث قرر

[1] دستور الجزائر 1989,الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 89-18,المؤرخ في 28فبراير ,1989 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد 9,المؤرخة في 01مارس 1989

المؤسس إنشاء مجلس دستوري مكلف بالسهر على احترام الدستور [1] وقد خصته المادة 155 منه, باختصاص الفصل في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات إما برقابة قبلية ، وينتج عنه رأي من المجلس أو برقابة بعدية وينتج عن ذلك أيضا قرار من المجلس لتبدأ أول رقابة دستورية حقيقية في بلادنا حيث قام رئيس الجمهورية في 08مارس1989 بتنصيب المجلس الدستوري, وبعد ذلك صدر الرسوم الرئاسي رقم 89-143 المؤرخ في 7 أغسطس1989 يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه.

ليمارس المجلس الدستوري مهامه في الرقابة على دستورية القوانين يستلزم إخطارا من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني, وهذا ما حددته المادة 156من دستور 1989مما اعتبر قيدا على سلطته الرقابية خاصة بعدم إقراره بإلزامية الإخطار إلا في اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم 1 ,[2] ويزداد الإشكال حين يكون رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني من نفس الحزب أو التنظيم السياسي حيث تبقى السلطتين التشريعية والتنفيذية دون رقابة حقيقية على دستورية ما يصدر عنها من قواعد قانونية .ومن الناحية الفعلية فإن المجلس الدستوري خلال هذه الفترة أصدر المجلس الدستوري 8 آراء وقرار وحيد كانت كلها بين عامي 1989و 1991,وبعد استقالة رئيس الجهورية في يناير 1992 والفراغ الدستوري الذي عرفته الجزائر وما نتج عنه من أزمة سياسية وأمنية, دخل المجلس في نوع من البطالة حيث لم يصدر عنه سوى قرار وحيد خلال الفترة الممتدة من 1992إلى غاية 1996[3].

2 -مرحلة التعديل الأخير للدستور (2020المحكمة الدستورية)[4]

أبان هذا التعديل عن تحول كبير في القضاء الدستوري الجزائري حيث تحول من الرقابة السياسية إلى الرقابة القضائية وتغيرت هيئته من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية خصص لها فصلا كاملا, وأوكل لها مهمة ضمان احترام الدستور وضبط

[1] 3المادة 153من دستور الجزائر 1989,السابق

[2] المادة 91 ف 2,من دستور 1989الجزائري, السابق

[3] كمال حمريط ،نشأة القضاء الدستوري في الجزائري و فرنسا وتأثيره على مبدأ سمو الدستور دراسة مقارنة, مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية, المجلد 05,العدد 01,جامعة المسيلة2020, ,ص 1

[4] لازال المجلس الدستوري يمارس مهامه طبقا للأحكام الانتقالية في الدستور التعديل الأخير 2020 المادة 224.

سير المؤسسات ونشاط السلطات العمومية, [1] وفي المادة 180من التعديل الدستوري الأخير عهد المؤسس إلى الحكمة الدستورية باختصاص الفصل في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات, وبالرغم من ذلك لم يغفل الرقابة القبلية التي كرسها للمحكمة الدستورية هي كذلك, إذ أضافت الفقرة الثانية والثالثة من نفس المادة « **يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها، والقوانين قبل إصدارها. يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية التنظيمات خلال شهر من تاريخ نشرها** » وحافظ كذلك على إجبارية إخطارها حول مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور [2]وزاد عليها إجبارية.

إخضاع الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية خلال مرحلة العطلة البرلمانية إلى الرقابة الوجوبية هي كذلك، [3]كما حافظ على الجهات التي بإمكانها إخطار المحكمة مع تقليص عدد النواب إلى 40 وأعضاء مجلس الأمة إلى 25,وترك لها الفصل في مسألة الدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة, وأبقى كذلك على اختصاص النظر في طعون الاستفتاء والانتخابات الرئاسية والتشريعية و اعلان نتائجها النهائية , [4] ومن الاختصاصات التي أدرجها المؤسس للمحكمة الدستورية في هذا التعديل, استحداث رقابة توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات [5]وهي رقابة جديدة تختص بها المحكمة باعتبار المعاهدات المصادق عليها وفق الدستور تسمو على القانون, كما خصها بتفسير الأحكام الدستورية وابداء الرأي في الخلافات بين السلطات الدستورية بعد إخطارها من الجهات المخولة .وبهذا يكون المؤسس قد جمع بين الميزتين الرقابة القبلية التي تختص بها المجالس الدستورية والرقابة البعدية التي تمتاز بها المحاكم الدستورية.

---

[1] 2المادة 185من الدستور التعديل الأخير الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 442-20المؤرخ في30 ديسمبر 2020,الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد 82,المؤرخة في 30ديسمبر2020

[2] المادة 190ف 5و 6, 185من الدستور التعديل الأخير.

[3] المادة 142 ف 2 من الدستور التعديل الأخير

[4] المادة 191 ، من الدستور التعديل الأخير

[5] المادة 190، من الدستور التعديل الأخير

خاتمـــــة

الخاتمة :

ومن خلال هذه الدراسة نقول أن منزلة القاضي جد مهمة وتزداد أهمية عندما يكون مجتهدا ، و إذا كان العدل هو الأساس فإن هذا العدل لن يتحقق ولن يتأت إلا بقاضي قادر متمكن و متمدرس ذو كفاءة عالية وفطنة شديدة وله سلطة يمارسها من خلال تحليل واستنباط ودراسة العناصر المتضمنة خلالها وفقا لقيود وقواعد قانونية معينة وضعت لتحكم هذه القضية المعروضة وتعتبر سلطته سواء كان القاضي الجزائي أو الإداري رخصة أنها رخصة تُمنح للقاضي من قبل المشرع وتتضمن مجموعة من النصوص القانونيَّة تحتوي على تعابير معينة.

كما أنه يعتبر النزاع الإداري و الدعوى في المجال الجزائي يعبران عن مجالين مختلفين من القضاء نظرا للتمايز الكبير بين طبيعة قواعدهما القانونية لكن بعد التمعن في بعض النصوص الواردة سواء في القانون الإداري أو القانون الجزائي نلاحظ وجود بعض المسائل المشتركة التي ينبغي تسليط الضوء عليها خاصة إذا لاحضنا نزوع الأفراد إلى القضاء الجزائي ضنا بأنه الوسيلة المثلى لاقتضاء الحقوق ونتيجة لما سبق فقد أخذ القضاء الإداري على عاتقه مسؤولية مزاحمة القضاء الجزائي في بعض المسائل المشتركة وذلك بالاستفادة من بعض القواعد الموضوعية والإجرائية.

ومن خلال التطرق إلى الضوابط السلطة التقديرية للقاضي والذي حاولنا من خلال الإجابة على الإشكال الرئيسي إلى أي مدى يمكن للضوابط أن تحد من سلطة القاضي وحريته في التقدير أثناء إدارته

كما تناولنا في دراسة عن القضاء الدستوري حاولنا تتبع المشرع الدستوري والمؤسس الدستوري في سعيه نحو بناء قضاء دستوري بدا بالمجلس الدستوري وصولا إلى المحكمة الدستورية وقد تبين لنا الجزائر لم يرد القضاء الدستوري إلا بعد دستور 1989 والنقلة النوعية في التعددية والحريات وكان مجلس الدستوري هو صاحب الاختصاص في محاولة لتبني نوع الرقابة السياسية ، وبقي وفيا لهذا النوع من الرقابة في تعديلاته وكان أبرز تحديث

في اختصاصاتها خلال تعديل 2016 وصولا إلى التعديل الأخير أين حلت محله المحكمة الدستورية.

أولا : نتائج الدراسة :

ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذه الدراسة :

1 -الاجتهاد هو الطريق الموصل إلى استنباط الأحكام والاجتهاد من الجهد وهو المشقة والطاقة وهو استفراغ الوسع في تحصيل المطلوب ولا يطلق في الحقيقة إلا على ما فيه مشقة

2 -إن أول ما يتقيد به القاضي الجزائي في مباشرة سلطته التقديرية عند نظره للدعوى هو النطاق العيني والشخصي لهذه الأخيرة، فلا يجوز له أن يفصل كأصل عام سوى في الوقائع المعروضة أمامه والأشخاص المتهمين بارتكابها، وذلك ضمانا لمبدأ الحياد الذي يمثل جوهر العدالة التي يسعى القاضي إلى تحقيقها، ومن ثم فإن خروج القاضي عن نطاق الدعوى يشكل تجاوزا لحدود سلطته المخولة له قانونيا مما يترتب عنه البطلان لمخالفته قاعدة جوهرية في الإجراءات التي تقوم عليها المحاكمة الجزائية المعادلة.

3 -يتضح لنا أن القاعدة في امتناع القاضي الإداري عن تقدير ملائمة أعمال الإدارة هي قاعدة ثابتة غير أن دائرة تقدير ملائمة أعمال الإدارة تتفاوت ضيقا واتساعا باتجاهات القاضي الإداري في التفسير والتقدير والابتداع والقاضي الإداري الذي يقدر ملائمة هو الذي يرسم حدود سلطتها التقديرية وهو جاهد من أجل توسيع وبسط رقابته على أعمال الإدارة دون التدخل في شؤونها الداخلية بإصدار أوامر وكأنه أصبح هو الذي يسير على خطاه رجل الإدارة .

4 -إن سلطة القاضي الجزائي في ظل النطاق العيني للدعوى ليست مقيدة بشكل مقيدة، وذلك ألن التزام القاضي بالتطبيق السليم للقانون أوجب على المشرع تخويله سلطة تغيير الوصف القانوني للواقعة الإجرامية وكذا سلطة تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة، على أن ممارسة القاضي لذلك يكون ضمن ضوابط يلتزم بمراعاتها بهدف

منع التعسف في الإجراءات التي يتخذها في الدعوى وكذا المساس بحقوق المتهم ولاسيما حقه في الدفاع.

5 -تحول المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية مع بقاء نفس الآليات المتبعة وهي الإخطار, وغياب تام للدعوى الدستورية التي هي أساس رقابة الدستورية, حيث أن المؤسس الدستوري سعى إلى تحسين الرقابة الدستورية مع الإبقاء على نفس النهج في أساليب اتصال المحكمة بالرقابة و بنفس المصطلحات و نفس الأشخاص الذين لهم سلطة تحريكها, إذ أبقى على نفس وسائل استهلال الرقابة الدستورية على القوانين بالرغم من تبنيه نظام الرقابة القضائية, وحافظ على طريقة الرقابة القبلية على القوانين كأساس للرقابة الدستورية, مع تطعيمها بوسيلة غير مباشرة حيث تكون بناء على إحالة بعد الدفع بعدم الدستورية عقب التصفية من طرف القضاء كنوع من الرقابة البعدية.

6 –جمع الدستور الجزائري ثلاث آليات لرقابة الدستورية في آلية واحدة حين تحدث عن "الإخطار بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة" إذا كانت هذه العبارة مقبولة في خصوص المجلس الدستوري لاعتباره هيئة سياسية يعتمد على آلية الإخطار, فيكون إخطاره بالدفع , فكيف يصح هذا التركيب مع المحكمة وهي مؤسسة قضائية

الاقتراحات

- ✓ التذليل من القيود التي ترد على القاضي في إصدار الأحكام .
- ✓ تطوير المنظومة القضائية بآليات جديدة للوصول الى قضاء محايد .
- ✓ العمل على أحادة القاضي من الضغوط السياسية من أجل بلورة قضاء نزيه .
- ✓ جعل آليات قانونية للتفريق بين القاضي الإداري والقاضي الجنائي حتى يكون هناك اختصاص قضائي شامل .
- ✓ بلورة تكوين قضائي عن طريق الرسكلة والندوات للحد من الشوائب التي تمس القضاء.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

الكتب :

1. محمد سلام مذكور , المدخل للفقه الإسلامي – تاريخ ومصادره ونظرياته العامة – دار الكتاب الحديث الطبعة الثانية , القاهرة 1996
2. الدكتور إسحاق إبراهيم منصور , نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانونين الجزائرية – ديوان المطبوعات الجامعية – الطبعة الثانية 1990, الجزائر .
3. حسين عثمان محمد عثمان: أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية , 2004
4. عبد الرزاق السنهوري: علم أصول القانون، دار الفكر العربي ، القاهرة ،1936
5. عباس علي محمد الحسيني، "السلطة التقديرية للقاضي"، جامعة كربلاء كلية القانون.
6. ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري ، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية.
7. محمد محده، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.
8. الدكتور محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة، 2001.
9. الدكتور سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف، إسكندرية , 1991
10. الدكتور سليمان محمد الطماوي , الوجيز في المنازعات الإدارية , دار العلوم للنشر والتوزيع , دار العلوم للنشر والتوزيع , 2005.
11. الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، والية القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، منشأة المعارف،2002.
12. الدكتور حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى , الجزائر ,2011.
13. [1]الأستاذ أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائق أنجق وبيوض خالد، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر , 2003.

14. اغليس بوزيد ، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي " دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والقانـون المصري وبعض القوانين العربية " ، الجزائر : دار الهدى ، 2010.
15. مروك نصر الدين ،محاضرات في الإثبات الجنائي ،الجزء الأول ،النظرية العامة للإثبات الجنائي ،دار هومة للطباعة النشر والتوزيع ،الجزائر، 2007.
16. محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر، دمشق,د.ط,1982.
17. هاني سليمان الطعيمات، حقوق الانسان وحرياته الأساسية، دار الشروق، عمان، الأردن.
18. مروك نصر الدين، حصانة القاضي في القانون المقارن والجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 4, 2000.
19. محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، مصر , 2007.
20. حمد علي ألكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة و تشديدها و تحقيق ووقف تنفيذها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية
21. نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، مصر، ط2، 1403
22. محمود محمود مصطفى ،الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الأولى،1977.
23. أحمد فتحي السرور ،الوسيط في قانون الإجراءات ألجنائية ،دار النهضة العربية ،1993 .
24. زبدة مسعود،القرائن القضائية ،دار الأمل للنشر و التوزيع، ورد دون ذكر بلد و تاريخ النشر.
25. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر,1999.

26. أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية –دراسة مقارنة –،دار هومة للنشر و التوزيع ،الجزائر، الطبعة الرابعة ,2007.
27. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى ,2009.
28. محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة ،الطبعة الخامسة،2010 .
29. إغليس بوزيد، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي،- دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المصري و بعض القوانين العربية، دار الهدى للنشر و التوزيع ،الجزائر، طبعة2010.
30. فاضل زيدان محمد، , سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى ,2006.
31. العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر،الإثبات في المواد الجزائية، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر.
32. رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2012.
33. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية,ص884.
34. كامل السعيد, شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى.
35. عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، الطبعة الثالثة.
36. عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة 2 .
37. سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاتها، الجزء الأول ، الأدلة المطلقة.
38. رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، بيروت ، 1986.

39. **دكتور** ادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، بغداد ، دار الكتب القانونية ، 2008.

40. **د**كتور بشير علي باز ، دور القاضي الإداري*في* الرقابة *علي* القرارات الفنية والعلمية للطلاب `دراسة مقارنة` ، المشاكل والجرائم الانتخابية .

41. دكتور عدنان عاجل عبيد ، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون ، العراق ، مطبعة سومر للطباعة الملونة الحديثة ، 2008 .

النصوص القانونية:

1. دستور الجزائر , فيفري 1989 , المادة 143
2. المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية تنص صراحة على واجب الفصل في كل قضية ترفع إلى القضاء.
3. القانون العضوي 13/11 المؤرخ في 23 شعبان 1432 ،الموافق لـ26 يوليو 2011
4. المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01/89 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 30 مايو 1998 ،متعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، عدد 48.
5. المواد من 12 إلى 17 من المرسوم التنفيذي رقم75/90.
6. نظر المرسوم التنفيذي رقم75/90, لمؤرخ في27 فبراير 1990, الجريدة الرسمية، العدد 9 ، 1990.
7. إذ لا تصح الشهادة بغير حلف اليمين و يكون ذلك بأن يرفع الشاهد يده اليمنى أمام القاضي و قائلا "أقسم بالله العلي العظيم أن أتكلم بغير حقد ولا خوف و أن أقول كل الحق و لا شيء غير الحق" أنظر في ذلك المادة 93 ق إ ج.
8. القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، الجريدة الرسمية،العدد57, 2004.

9. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386, الموافق 8 يونيو سنة 1966 , المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتم.
10. قانون عضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.
11. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.
12. القانون العضوي رقم 60-11المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساس ي للقضاء الجريدة الرسمية العدد 57بتاريخ 08-09-2004 المادة 03-36-38-39 منه .
13. مرسوم رئاسي رقم 96-435 المؤرخ في06-12-1996 المتضمن دستور الجزائر ، المعدل و المتمم الجريدة الرسمية رقم 72 المؤرخ في 8ديسمبر 1996 ، المادة 92 .
14. القانون العضوي رقم 60-11المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساس ي للقضاء الجريدة الرسمية العدد 57بتاريخ 08-09-2004 المادة 03-36-38-39 منه.
15. مرسوم رئاسي رقم 96-435 المؤرخ في06-12-1996، نفس المرجع ، المادة 92 قانون رقم 16-01 ، مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، 14 ، سنة 7 مارس 2016 .
16. المادة 153من دستور الجزائر 1989.
17. المادة 30 قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم 88 لسنة 1956.
18. المادة 166 ، نقس القانون 16-01.

19. مرسوم رئاسي رقم96-435 المؤرخ في06-12-1996 المتضمن دستور الجزائر ، المعدل و المتمم الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر المادة 172.
20. القانون العضوي رقم 12/11بتاريخ 06-07-2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصاتها .،الجريدة الرسمية العدد 42 بتاريخ31-07-2011 ، المادة 18.
21. عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
22. دستور الجزائر 1989,الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم -18, 89المؤرخ في 28فبراير ,1989.
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد 9,المؤرخة في 01 مارس 1989
23. المادة 91 ف 2 ,من دستور 1989 الجزائري
24. لازال المجلس الدستوري يمارس مهامه طبقا للأحكام الانتقالية في الدستور التعديل الأخير 2020 المادة 224.
25. المادة 185 من الدستور التعديل الأخير الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في30 ديسمبر 2020,الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية, العدد 82المؤرخة في 30ديسمبر2020.
26. المادة 190 ، ف 5و 6, 185من الدستور التعديل الأخير.
27. المادة 142 ، ف 2 من الدستور التعديل الأخير.
28. المادة 191 ، من الدستور التعديل الأخير.
29. المادة 190، من الدستور التعديل الأخير.

- **المذكرات و الرسائل :**

1. عمار بوضياف، الحماية القانونية للقاضي في التشريع الجزائري،معهد العلوم القانونية الإدارية ،رسالة دكتوراه في القانون ، عنابة.

2. قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة الجزائر،سنة2012.

- **مجلات :**

1. عبد الجليل مفتاح، مصطفى بخوش، دور القاضي الإداري : وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها ،2006.
2. عزري الزين: القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية ، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر، العدد الثاني، بسكرة.
3. سعيد سليماني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الفردية، مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية، عدد خاص كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثلجي ، الأغواط، 2006.
4. الدكتور طارق فتح الله خضر , دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري .
5. ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، اجتهاد القاضي الإداري يف جمال الحقوق والحريات، جملة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني.
6. الزين عزري ، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، جملة الاجتهاد القضائي، العدد جملة الاجتهاد 20 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة , 01, 2006.
7. حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
8. الإثبات الجنائي – بحث فى مجلة القانون والاقتصاد – عدد خاص 1980- د. احمد فتحي سرور إثبات جرائم الكمبيوتر- د.سعد عبد اللطيف حسن.
9. غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة، عمان، د.ط ،1997.
10. علاء زكي، إجراءات المحاكمة العادلة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى,2014

11. كمال حمريط ،نشأة القضاء الدستوري في الجزائري و فرنسا وتأثيره على مبدأ سمو الدستور دراسة مقارنة, مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية, المجلد 05,العدد 01,جامعة المسيلة 2020

- **مصادر أجنبية :**

1. Philippe Jestaz, la jurisprudence, ombre portée du contentieux, recueil Dalloz,France, n 24/1989.
2. Marye Degnergue, jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, bibliothèque de droit public, , France.
3. Marie-christine Ronault , droit Adminstratif ,gualinod .

- **مصادر من مواقع الالكترونية :**

عبد القادر دنيس، فكرة النظام العام في المنازعات القضائية الإدارية

https://platform.almanhal.com/Files/2/82979

./https://www.ahewar.org

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/124/13/4/167764

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

إهـــــداء .....أ.....

شكر وتقدير .....أ.....

مقدمة : .....2.....

الفصل الأول:الإطار المفاهيمي للقاضي .....5.....

المبحث الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي في الموارد الإدارية : .....6.....

المطلب الأول : تعريف الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية .....6.....

الفرع الأول : ماهية الاجتهاد القضائي الإداري : .....6.....

الفرع الثاني : خصائص المميزة للاجتهاد القضائي : .....11.....

المطلب الثاني : أسباب وطبيعة الاجتهاد القضائي الإداري : .....13.....

المبحث الثاني : ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري وحقوقه في التشريع. 15.....

المطلب الأول : دور القاضي الإداري و الجنائي في الجانب الإجرائي : .....16.....

الفرع الأول : دور القاضي الإداري في الجانب الإجرائي : .....16.....

الفرع الثاني : دور القاضي الجنائي في الجانب الإجرائي .....22.....

ثانيا : دور القاضي الجنائي ويقتضي منه أن يبحث عن الحقيقية بكافة الطرق القانونية 23.....

المطلب الثاني : حقوق القاضي في التشريع الجزائري: .....25.....

الفصل الثاني : القيود التي ترد على حرية الرأي والتعبير للقاضي .....32.....

المبحث الأول : ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري .....33.....

المطلب الأول : الضوابط المتطلبة توافرها قبل مباشرة القاضي الجزائي لسلطته التقديرية 34.....

المطلب الثاني : الضوابط المتطلبة توافرها عند مباشرة القاضي الجزائي لسلطته التقديرية 38.....

المبحث الثاني : الضوابط الإجرائية للقاضي .....43.....

المطلب الأول أهلية وصفة ,وشخصية القاضي .....43.....

الفرع الأول :أهلية وصفة وشخصية القاضي .....43.....

الفرع الثاني : حرية الرأي واستقلالية الذاتية للقاضي : .....46.....

المطلب الثاني : الرخصة الدستورية والقانونية لممارسة الاجتهاد القضائي : .....47.....

الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية القاضي : .....48.....

المبحث الثالث : دراسة تطبيقية في القضاء الدستوري : .....50.....

المطلب الأول : مفهوم القضاء الدستوري وخصائصه .....50.....

الفرع الأول : مفهوم القضاء الدستوري .....50.....

الفرع الثاني : خصائص القضاء الدستوري .....52.....

المطلب الثاني : نشأة القضاء الدستوري في الجزائر .....55.....

الفرع الأول : إنشاء المجلس الدستوري في الجزائر .....56.....

خاتمـــة .....59.....

قائمة المصادر والمراجع : .....64.....