

جامعة زيان عاشور – الجلفة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الدور الإستشاري لمجلس الدولة في الجزائر

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص دولة ومؤسسات

تحت إشراف الأستاذ :

- شلالي رضا

من إعداد الطالبة:

- بن شريط تاقية

لجنة المناقشة:

- أ. صدارة محمد رئيسا
- أ. شلالي رضا مقرا
- أ. فصيح خضرة مناقشا

الموسم الجامعي: 2014/2013

إهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما أملك
في هذه الدنيا إلى والدي الكريمين
حفظهما الله برعايته وجزاهما
عني خير الجزاء في الدارين.
وإلى كل إخوتي و أخواتي الأعزاء.
وإلى صديقتي سليمة ورقية.

تاقية

الشكر

بدءا نحمد الله العلي القدير حمدا كثيرا يليق بجلال وجهه و عظمة سلطانه .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من صنع إليكم معروفا فكافئوه ، فان لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه " .

وقال أيضا : " من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

أتقدم بجزيل الشكر و التقدير و الاحترام إلى الأستاذ المشرف شلالى رضا حفظه الله الذي كانت توجيهاته القيمة بمثابة الخطوات التي ساعدتني في انجاز هذا العمل.

سننظر في هذا الفصل إلى عرض مختلف مراحل القضاء الإداري في الجزائر من أجل التعرف على طبيعته، وذلك لتصنيفه ضمن أحد الأنظمة القانونية السائدة من خلال مختلف المراحل التي مر بها القضاء الإداري الجزائري من فترة الاستعمار ثم بعد الاستقلال وفي عهد الإصلاحات وصولاً إلى صدور دستور 1996، هذا الأخير الذي أوجد مجلس الدولة في الجزائر كما سنلجأ بين الحين والآخر إلى الدراسة المقارنة لتطور مراحل القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها لها تجربة وخبرة كبيرة في هذا الميدان لاسيما نظام الازدواجية القضائية وأهم هيئة تميزه وهي مجلس الدولة.

كما سيتم عرض الدور الاستشاري انطلاقاً من كونه مفهوم بسيط إلى وظيفة قائمة بذاتها تنظمها نصوص قانونية.

المبحث الأول: تطور القضاء الإداري وظهور الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة
إن النظم القضائية السائدة والموجودة في سائر دول العالم تعتمد على نظام من اثنين :
إما النظام القضائي الموحد الذي تختص فيه المحاكم العادية بالنظر في كل الدعاوى
سواء تلك التي تثور بين الأفراد ،وتلك التي تثور بين الأفراد والإدارة ،وهذا النظام تبنته
العديد من الدول ،كإنجلترا،والولايات المتحدة الأمريكية ، وبعض الدول العربية كالأردن
والسودان.

أو النظام القضائي المزدوج الذي يمتاز بما يلي:

- 1) وجود هرمين قضائيين ،الهرم الأول هو القضاء العادي الذي يختص في النزاعات
الناشئة بين الأفراد ،والهرم الثاني الذي يمثل الهيئات ودرجات القضاء الفاصلة في
النزاعات الإدارية أي تلك التي تكون الإدارة طرف فيها،وهو ما يعرف بالقضاء الإداري.
- 2) الوضعية الخاصة للقاضي الإداري ،إذ يتميز القاضي الإداري عن القاضي العادي
في تكوينه ونظامه القانوني¹.
- 3) وجود هيئة قضائية تنظر في مسائل تنازع الاختصاص بين الهرمين ،وهي ما يعرف
بمحكمة التنازع .

وهذا ما يجعلنا نقول أنه من المستحيل دراسة الدور الاستشاري لمجلس الدولة بمنأى عن
دراسة نظم القضاء الإداري خاصة نظام الازدواجية القضائية.

¹ رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الادارية ، تنظيم واختصاصات القضاء الاداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،
الجزائر ، سنة 2005 ، ص 41.

المطلب الأول : مراحل تطور القضاء الإداري في الجزائر

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى مختلف المراحل التي مر بها القضاء الإداري الجزائري من فترة الاستعمار ثم بعد الاستقلال وفي عهد الإصلاحات وصولاً إلى صدور دستور سنة 1996 .

الفرع الأول: القضاء الإداري خلال فترة الاحتلال الفرنسي (1830-1962)

عرف القضاء الإداري خلال فترة الاحتلال من سنة 1830 إلى سنة 1962 نفس التطور الذي عرفه القضاء الإداري الفرنسي من حيث الهياكل القضائية² وعليه كان القضاء الإداري الفرنسي هو قضاء مزدوج ظهر فيه القضاء الإداري مستقلاً بصورة جلية حتى سنة 1953 وصدور مرسوم 954/53 الذي نص على إنشاء المحاكم الإدارية، إذ وضع قواعد تنظيمها وتسييرها وحدد مجال اختصاصها ،وقد أحدث ثلاثة محاكم إدارية جزائرية (محكمة الجزائر ،محكمة وهران ،محكمة قسنطينة).

كما احتوى على قواعد خاصة بالإجراءات الواجب إتباعها في الدعاوى التي ترفع أمامها،وبفعل هذا المرسوم أصبحت الجزائر تخضع فعلياً لنظام الازدواجية القضائية والمحاكم الإدارية في الجزائر تخضع لمجلس الدولة في فرنسا ،إذ أن القانون المنظم للمحاكم الإدارية سواء في فرنسا أو في الجزائر هو نفس القانون³.

² عمار بوضياف ،النظام القضائي الجزائري ، دار ربحانة ، الجزائر ، 2003 ص 15 .
³ رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 64 ، 73 .

الفرع الثاني:مرحلة الجزائر المستقلة والإصلاحات القضائية:

في 05 جويلية 1962 استقلت الجزائر واستعادت سيادتها فهل ستبقى الجزائر المستقلة على النظام الموروث أم أنها ستغيره؟

1) بالنسبة للعوامل القانونية: لقد أقرت الجزائر الإبقاء على النظام الموروث وبالتالي أبقى على نظام المحاكم الإدارية المطبق وقت الاحتلال الفرنسي ،وذلك من خلال القانون رقم157/62 المؤرخ في 12/31 / 1962، الذي سمح بالتمديد حتى إشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 1962/12/31 وبالتالي الإبقاء على الهيئات القضائية الإدارية القائمة في الجزائر قبل هذا التاريخ والتي تتمثل في المحكمة الإدارية للجزائر،المحكمة الإدارية بوهران ،المحكمة الإدارية بقسنطينة ،بالإضافة إلى المحكمة الإدارية بالأغواط التي تأسست بواسطة المرسوم المؤرخ في 1962/01/08 ،وذلك باستثناء ما كان مخالفا للسيادة الوطنية أو ما يحمل أفكار عنصرية .

ويتم تعيين أعضاء المحاكم الإدارية بواسطة مرسوم مؤشر عليه من طرف وزير العدل الذي ترسل إليه ملفات المعنيين بعد اقتراح من وزير الخارجية⁴.

2)بالنسبة للعوامل البشرية:

عرفت الجزائر غداة الاستقلال هجرة القضاة إلى فرنسا،مما أدى إلى فراغ ونقص كبير عطل سير مرفق العدالة⁵.

3)بالنسبة للعوامل المادية : خروج الجزائر من الاستعمار في حالة مزرية ،شكل ذلك عائقا من أن تسلك الجزائر نظاما قضائيا جديدا .

وبالرغم من كل هاته الصعوبات التي واجهتها الجزائر آنذاك ،والتي تشكل عائقا أمام احداث نظام قضائي جديد،إلا أنا هذا لم يمنع من أن الجزائر تخطو خطوات نحو وحدة القضاء.

⁴ أحمد محيو ، المنازعات الادارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1994 ، ص 21 .

⁵ حسن مصطفى ،القضاء الاداري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر 1982 ص 32

فكانت تبعد تدريجيا عن نظام ازدواجية القضاء ، إذ كان صدور مرسوم 261/63 المؤرخ في 1963/07/22 والمتضمن إنشاء المجلس الأعلى كجهة نقض بالنسبة للمحاكم الثلاث الممثلة للقضاء الإداري والقضاء العادي على حد سواء كان هو أول ما دل على توجه النظام القضائي الجزائري نحو وحدة القضاء فلم تعد المحاكم الإدارية مستقلة استقلالاً كاملاً إذ صارت في مراحل النقض تكون أمام جهاز واحد بالنسبة لكلا النظامين.

ثم جاء الأمر 978/65 المؤرخ في 1965/11/16 المتضمن التنظيم القضائي في الجزائر في مرحلة كانت فيها الجزائر تحاول جاهدة إصلاح النظام القضائي ، إذ تم استحداث 15 مجلساً قضائياً وتم تحويل اختصاص المحاكم الإدارية إلى الغرف الإدارية بهذه المجالس القضائية ، هذه الأخيرة التي تعتبر الغرف الإدارية بها درجة أولى قراراتها قابلة للطعن بالنقض والاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى هذا من جهة ، ومن جهة أخرى هي تمثل المجالس القضائية مما وضح تبني الجزائر لنظام وحدة القضاء والقانون وهذا ما هو بمثابة إعلان صارخ عن ابتعاد النظام القضائي الجزائري عن الازدواجية القضائية ولكن وجود الغرفة الإدارية سواء على مستوى المجالس القضائية أو على مستوى المحكمة العليا يحول دون أن نقول أننا أمام نظام وحدة القضاء بمعناه الكامل⁶.

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة النظام القضائي في هذه الفترة فنجد الأستاذ الدكتور عمار عوابدي يقول: "النظام القضائي الجزائري هو نظام وحدة القضاء والقانون ، ولكن بالمفهوم و التطبيق المرن و الواقعي لنظام وحدة القضاء و القانون حيث لم تتبنى الجزائر نظام وحدة القضاء والقانون بالأسلوب والمفهوم الأنجلو ساكسوني الجامد وغير الواقعي"⁷.

⁶ عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الادارية ، الجزء الاول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1998 ، ص 173 .

⁷ عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 173

أما الأستاذ الدكتور أحمد محيو فقال: "أما إذا عنيينا بوحدة الهيئات القضائية الوحد
الكاملة سواء على مستوى التنظيم أم على مستوى الوظيفي (قواعد الإجراءات والأساس)
فان مثل هذا النظام لم يكرس في الجزائر وهكذا فالنسبة للمنازعات الإدارية يوجد فصل
في المنازعات"8.

وقد تبنت الجزائر هذا النظام الذي أنشاه لأول مرة الأمر رقم 978/65 حتى التعديل
الدستوري لسنة 1996.

إذن حتى صدور دستور 1996 لا يمكننا التحدث عن مجلس الدولة ولا عن الدور
الاستشاري له لأنه لم يكن قد ظهر بعد، وتجدر الإشارة إلى أن اختصاص المهمة
الاستشارية كان موكلا للغرفة الإدارية.

المطلب الثاني: ظهور الدور الاستشاري لمجلس الدولة في الجزائر:

أن المهمة الاستشارية لمجلس الدولة لا تظهر إلا في نظام الازدواجية القضائية، ولما
كان ظهور مجلس الدولة في فرنسا مرتبط بمبررات وعوامل منطقية تسايرت مع الزمن
ليظهر لنا في الأخير مجلس الدولة الذي يمتاز بازدواجية الوظيفة التي تعطيه مكانة
خاصة وسط الهيئات القضائية من جهة والهيئات الاستشارية من جهة أخرى فما هو الحال
بالنسبة لمجلس الدولة في الجزائر؟

الفرع الأول: صدور دستور 1996 وظهور مجلس الدولة

ان صدور دستور 28 نوفمبر 1996 ، كان منطلق مرحلة قضائية جديدة ستعرفها
الجزائر الحرة لأول مرة ، هذا الدستور الذي أنشأ مؤسسات جديدة متعلقة بالسلطة

⁸ احمد محيو ، المنازعات الادارية ، (ترجمة فائز انجق ، بيوض خالد) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،
سنة 2005 ، ص 67 .

القضائية وخاصة بالقضاء الإداري ، أهم هذه المؤسسات نجد مجلس الدولة 9 الذي يعتبر الركيزة وأهم ميزة للنظام القضائي الجديد لهذه المرحلة ألا وهو نظام الازدواجية القضائية ففي الفصل الثالث المعنون ب"السلطة القضائية" من الباب الثاني المتعلق بتنظيم السلطات من دستور سنة 1996 ، جاءت المادة 152 لتتص على: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المفوضة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم .

يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية " .

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على تأسيس محكمة التنازع ، تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.

من خلال نص المادة 152 من الدستور سنة 1996 ، يتضح لنا جليا اتجاه المشرع

الدستوري نحو الازدواجية القضائية ، ذلك لأنه اعتبر المحكمة العليا درجة قضاء عليا بالنسبة للمحاكم والمجالس القضائية (تمثل القضاء العادي) ، إلى جانبه أوجد مجلس الدولة الذي يمثل درجة التقاضي العليا بالنسبة لجهات القضاء الإداري ، وهي المحكمة الادارية¹⁰.

فدستور 1996 بإنشائه لمجلس الدولة هذه الهيئة المتميزة عن المحكمة العليا بازواج الوظيفة فإذا كانت الوظيفة القضائية تجعل له الدور العلاجي في الفصل في المنازعات الإدارية فهو له دور ثاني هام وهو الدور الوقائي المتمثل في الدور الاستشاري . كما أنه أوجد جهاز مختص في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي ، كما عرفنا سابقا من خلال نص المادة 152 من الدستور 1996 وهو محكمة التنازع هذه الأخيرة التي لا غنى عنها في ظل الازدواجية القضائية ، إذ تعتبر هي الأخرى من ميزات نظام الازدواجية القضائية.

⁹ مولود ديدان ، دستور 28 نوفمبر 1996 ، دار النجاح للكتاب ، الجزائر ، سنة 2002 .

¹⁰ عمار بوضياف ، القضاء الاداري في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية ، دار ريحانة ، الجزائر ، 2000 .

فالمشروع بعد 1996 أبقى على جهات قضائية كانت من قبل ،وهي المحاكم العادية والمجالس القضائية والمحكمة العليا،أي بعد أن كانت جهات القضاء الموحد صارت تمثل جهات القضاء العادي ،هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أوجد جهات قضائية جديدة هي المحاكم الإدارية ومجلس الدولة الذي يمثل هرم القضاء الإداري وكذلك محكمة التنازع تأتي بين الهرمين القضائيين العادي والإداري.

الفرع الثاني :خصوصية الازدواجية القضائية في الجزائر

بعد صدور دستور 1996 أصبح النظام القضائي الجزائري نظام ازدواجية قضائية من حيث الفصل الهيكلي بين القضاء العادي والقضاء الإداري، ولكن في ظل وحدة السلطة القضائية ،مما يجعلنا نقول أن الازدواجية القضائية التي عرفها النظام القضائي الجزائري من نوع خاص.

اذ يرى الأستاذ خلوفي 11 ، أن خضوع وانتماء القضاء الإداري للسلطة القضائية 12 وخضوع الإجراءات الواجب اتباعها أمام مجلس الدولة لاحكام 13،وكذلك خضوع قضاء الهيئات القضائية الإدارية للقانون الأساسي للقضاء لوجود سلك واحد للقضاة الذي يتوزع على القضاء العادي 14 يجعل من النظام القضائي الجزائري بعد 1996 يتميز عن نظام الازدواجية القضائية ،كما تميز قبل صدور دستور 1996 عن نظام وحدة القضاء. ولجوء المشروع الجزائري إلى تجسيد هذه الازدواجية هو بمثابة تقليد للنموذج الفرنسي الذي ينتهج الازدواجية القانونية والقضائية منذ الثورة الفرنسية فظهور الدور الاستشاري لمجلس الدولة والنظام القضائي المزدوج ككل في فرنسا لم يكن مفاجئا أو دفعة واحدة ،إنما كان

11 خلوفي رشيد ، المرجع السابق ص 168- 169 .

12 المادة 02 من القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 ، المتعلق بمجلس الدولة .

13 المادة 40 من القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة .

14 المادة 20 من القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة و المادة 03 من القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الادارية

نتيجة وتحصيل حاصل لعدة عوامل وأسباب تاريخية ودستورية ومنطقية وعقلية وعملية وواقعية¹⁵.

وقد مر تطور القضاء الإداري في فرنسا ، بمراحل يمكن تناولها باختصار كالآتي: شهدت فرنسا في فترة الإقطاع وقبل الثورة الفرنسية مرحلة عرفت بفساد الجهاز القضائي ثم قامت الثورة الفرنسية في السنة 1789 من خلالها أعلن الثوار الكثير من المبادئ وأقروا العديد من الإصلاحات.

حيث استقلت الإدارة العامة عن القضاء العادي ، وأصبح محظورا على القضاء النظر في المنازعات الإدارية والتعرض لأعمال الإدارة العامة وأصبحت الإدارة العامة 16 تختص بالنظر في شكاوى الأفراد ، وبالتالي أصبحت الإدارة هي الخصم والحكم في آن واحد¹⁷. ثم ظهر دستور جديد نص على إنشاء مجلس الدولة كهيئة استشارية تابعة للإمبراطورية فأول وظيفة كانت لمجلس الدولة هي الوظيفة الاستشارية وقد حظى مجلس الدولة بمكانة لا يستهان بها وبذلك ظهر في فرنسا نظام ازدواج القضاء والقانون -من كل ما سبق يمكن أن نخلص إلى بعض الملاحظات التي لها أهمية في دراسة الدور الاستشاري لمجلس الدولة في ما بعد وذلك كالآتي :

1)- إذا كان مجلس الدولة في فرنسا نشأ من خلال السلطة التنفيذية ويعتبر تابعا لها إذ هو هيئة قضائية وإدارية وهو ما يكرس فصل القضاء العادي عن القضاء الإداري وهذا كان راجعا للتفسير الثوري لمبدأ الفصل بين السلطات فهو عند المؤسس الدستوري الجزائري تابع للسلطة القضائية، ففي الجزائر حالة حال المحكمة العليا كلاهما يخضع للسلطة القضائية هذا رغم ما يتميز به مجلس الدولة عن المحكمة العليا.

¹⁵ عمار عوابدي ، عملية الرقابة القضائية على اعمال الادارة في النظام الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994، ص 33 .

¹⁶ محمد الصغير بعلي ، القضاء الاداري " مجلس الدولة " دار العلوم ، عنابة ، الجزائر ، سنة 2005 ، ص 21

¹⁷ احمد محيو ، المنازعات الادارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1994 ، ص 21

هنا يثار التساؤل التالي : ما الغرض من إيجاد مجلس الدولة في الجزائر إذا كان لم يكرس الازدواجية القضائية بمعناها الحقيقي ؟ وأين هو الاختلاف بينما كانت عليه الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قبل الدستور 1996 وما هو عليه مجلس الدولة اليوم ؟ إذ يرى في هذا الصدد الأستاذ خلوفي رشيد : "إن ما جاء بعد 1998 في إطار المادة 02 من القانون العضوي 01/98 لا يشكل إلا إخراج الغرفة الإدارية السابقة الموجودة ضمن المحكمة العليا ووضعها في صورة مجلس الدولة" 18، وبالنسبة للمركز القانوني لأعضاء مجلس الدولة في فرنسا لا يعتبرون قضاة ، إذ هم موظفون خاضعون للتوظيف العمومي حيث يوجد قانون أساسي يسري عليهم 19.

أما في الجزائر فأعضاء مجلس الدولة هم قضاة يسري عليهم القانون الأساسي للقضاء 20 وهذا ما لا يتماشى وتميز مجلس الدولة عن المحكمة العليا، وكذلك مع مقتضيات القضاء الإداري.

(2) إذا كان مجلس الدولة في فرنسا عرف لأول مرة كهيئة استشارية فهو في الجزائر عرف كهيئة قضائية، التي تعتبر الأبرز له إذا ما قارناه بوظيفته الاستشارية.

(3) إذا كان مجلس الدولة في فرنسا مر على وجوده أكثر من مائتي سنة من العطاء في كلا المجالين الاستشاري والقضائي ، إذ لا يمكننا إحصاء عدد الآراء الاستشارية التي قدمها مجلس الدولة في تطوير القضاء الإداري خلال هذه الفترة، فهو في الجزائر يتسم بالحدثة مقارنة بمجلس الدولة الفرنسي وما يتميز به من عراقة واحترافية.

المبحث الثاني: ماهية الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر :

في هذا المبحث سيتم الإحاطة بمفهوم الوظيفة الاستشارية وذلك عن طريق التعرف عليها من حيث أنها استشارة بمعناه البسيط تطلبها هيئة ما وتقدمها هيئة أخرى ولأن هذه

18 خلوفي رشيد ، مجلس الدولة ، مجلة الإدارة ، العدد 01، سنة، 1999 ، الجزائر ، ص59

19 محمد عبد الله مغازي، الدور التشريعي لمجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2005 ص13

20 محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 29

الهيئات هي هيئات سامية في الدول ، ومنظمة تنظيمها هيكلية أصبحت الاستشارة وظيفة قائمة بذاتها ، كما سنرى اختلافات بين تعريفات فقهاء القانون الإداري والحديث عن معنى الاستشارة كوظيفة لمجلس الدولة سيؤدي بنا إلى الحديث عن طبيعة الرأي الاستشاري ولأنه ليس من المنطق دراسة الدور الاستشاري من دون عرض الأساس القانوني له ، هذا الأخير الذي لا بد منه في جميع الدراسات والبحوث القانونية .

المطلب الأول: تعريف الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة والطبيعة القانونية لها:

الفرع الأول : تعريف الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة:

أولاً: تعريف الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة لغة لأن أصل الوظيفة الاستشارية يكمن في مصطلح الاستشارة من أشار واستشار واستشارة وإشارة.

قال الله تعالى "وأمرهم شورى بينهم" 21 وقال الله تعالى " وشاورهم في الأمر" 22 ، فقد أمر الله تعالى رسوله عليه الصلاة و السلام أن يشاور قومه في الأمر ، وفي المشورة فائدتان:

1) تأليف قلوبهم وإشاعة المودة بينهم نتيجة للمشاركة

2) تعويد المسلمين على هذا المنهج في معالجة الأمور ، لأن الرسول عليه الصلاة

والسلام الأسوة الحسنة لهم فإذا كان يلجأ إلى المشاورة فهم أولى أن يأخذوا بها.

وفي ذلك يرى المفسرون : "إن الله تعالى أمر نبيه عليه الصلاة والسلام أن يشاور

أصحابه وهو الذي يأتيه الوحي ، لأن المشاورة أطيب لنفوس القوم وحتى يبين للمسلمين

الرأي وأصوب الأمور في التدبير، وما للشورى من عظيم الفضل"23.

إذ عرف الإسلام الاستشارة وهي متعلقة بمصطلح الشورى ، وحث عليها من خلال آيات

القران الكريم ومن خلال سنة نبيه صلى الله عليه وسلم .

21 الاية 38 من سورة الشورى.

22 الاية 159 من سورة ال عمران

23 تفسير الطبري بجامع البيان عن تاويل اي القران لابي جعفر بن محمد جرير الطبري ، الجزء 07 ، طبعة دار المعارف مصر ، ص 343.

كما أن الإسلام في حد ذاته أكد أن الشورى عرفت في الرسائل السماوية السابقة وذلك لقوله عز وجل "واجعل لي وزيرا من أهلي، هارون أخي، اشتد به أزري وأشركه في أمري" 24 ودل كذلك على عهد المماليك لقوله عز وجل "قالت يا أيها الملأ أفتوني في أمري ما كنت قاطعة أمرا حتى تشهدون" 25

كان قول ملكة سبأ "الملكة بلقيس" تطلب المشورة والإفتاء من قومها في رسالة سليمان عليه السلام لها، التي كانت تدعوها إلى الإسلام إذ نجدها لم تتعجل الرد وشاورت قومها.

ثانيا: تعريف الوظيفة الاستشارية اصطلاحا

هناك جدل حول تعريف الاستشارة بين فقهاء القانون الإداري فيقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زوينة ما يلي: "إن ظاهرة الاستشارة أصبحت إحدى مميزات عالمنا اليوم وان الأنظمة القانونية المقارنة تستجد بمجلس الدولة أو الهيئات المماثلة له لتقديم المشورة القانونية ومنحت له رتبة الصدارة في هرم الهيئات الاستشارية في الدولة" 26. وذكر الأستاذ الدكتور أحمد بوضياف " إذا كانت الاستشارة في نظر الكثير من الفقهاء تعني شرحا منظما تحوي مجموعة من المبادئ الفقهية فانه يمكن القول أن الاستشارة مجموعة الآراء الفقهية التي تصدرها الهيئات الاستشارية وفقا لقواعد علمية فهي والحال هذه أقل من مستوى القانون" 27.

في حقيقة الأمران ظهور الاستشارة ليس مرتبطا بالقانون الإداري بل تمتد بجذورها إلى أعماق التاريخ فقد عرفت الأنظمة والحضارات القديمة، إلا أنه بمرور الزمن تطور مفهومها وكيفيتها، وذلك أنه بمرور الزمن تطور مفهوم الدولة سياسيا واقتصاديا واجتماعيا حتى صارت اليوم من مظاهر الدولة المتقدمة فنجد عدد الهيئات الاستشارية في تزايد

24 الايات 29 و 30 و 31 و 32 من سورة طه .

25 الاية 31 من سورة النمل .

26 عبد الرزاق زوينة ، الراي الاستشاري لمجلس الدولة ولادة كاملة و مهمة مبتورة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد

الاول ، سنة 2002 ، الجزائر ، ص 31 .

27 احمد بوضياف ، الهيئات الاستشارية في الادارة الجزائرية ، مؤسسة الكتاب الوطنية ، الجزائر ، سنة 1989 ، ص

وتفاهم وهذا ما يكرس الديمقراطية خاصة حينما نعلم أن الوظيفة الاستشارية تكفل تنسيقها بين الإدارات العمومية ، وتجعل السلطة المختصة قادرة على اتخاذ القرار²⁸.
التي - بحكم تخصصها في هذه الأمور - تعتبر أقدر أجهزة الدولة على تزويد وحدات الإدارة العامة بالرأي والمشورة ، سواء من الناحية القانونية أو الناحية الفنية وأهمية الاستشارة تعود إلى التقدم العلمي والفني الذي كان الباعث إلى زياد الهيئات الاستشارية في شتى القطاعات من جهة ، ومن جهة أخرى دفع تغير وظيفة الإدارة في حد ذاتها نتيجة التعقيد المستمر في أدائها وأهدافها ، فلم تبقى مهمته محصورة في تلبية الحاجات البسيطة والخدمات المتعددة والمتنوعة ، بل امتدت إلى انتهاج و استخدام وسائل وطرق وأساليب جديدة ومعقدة أكثر تطورا وغير مستقرة نتيجة للتطور التكنولوجي الدائم²⁹.
وبصفة خاصة فالدور الاستشاري لمجلس الدولة يعتبر مهم جدا ولا يقل أهمية عن دوره القضائي فان كانت الوظيفة القضائية المتمثلة في الفصل في النزاعات لها السمة العلاجية مهمة لتفادي خرق القوانين واللوائح ومراقبة تطبيقها ، فان مهمته الوقائية المتمثلة في مساعدة الإدارة والحكومة على صياغة أحكام التشريع وتصحيحه وتفسيره قبل صدوره ضروري بل لاغنى عنه لأنه يضمن حياة النشاط الإداري.
إذا فالاستشارة تضمن تفادي الأخطاء قبل وقوعها كما أنها تكفل لنا تكامل الأعمال الإدارية وصحتها.

ثالثا : الأساس القانوني للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة :

في إطار الدراسات و البحوث القانونية ، نجد معرفة الأساس القانوني لأي موضوع بحث تعتبر الأساس والركيزة التي تمكننا من بناء بحث جيد ، كما أنه نقطة الانطلاق التي من دونها يفقد البحث القانوني قيمته وصفته القانونية.

²⁸ احمد محيو ، المرجع السابق ، ص 23 .

²⁹ عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، مصر ، 1996 ص 05

وبالنسبة للأساس القانوني للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة ، فإننا نجد النصوص التي تنظم هذا الموضوع ، تختلف من حيث قيمتها في الهرم القانوني ، فمنها ماله الطابع الدستوري ومنها ما هو نصوص تنظيمية خاصة و الواردة بالنظام الداخلي لمجلس الدولة.

1- الأساس الدستوري والتشريعي للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة

أ) الأساس الدستوري للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة

إذا كانت المادتين 152 و153 من دستور 1996، تكلمتا على إيجاد نظام قضائي جديد وهو الازدواجية القضائية ، حيث نصتا علي تأسيس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية ، فإننا نجد أن المادة 119 في الفقرة الثالثة منها من دستور 1996 تنص على الآتي : "تعرض مشاريع القوانين على المجلس الشعبي الوطني". حيث تشكل هذه الفقرة من المادة 119 من الدستور 1996، النص القانوني الأسمى الذي أوجد الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة، كما يمكن إدراج رأي المجلس الدستوري رقم 06/ر.ق.ع.م/د.98، المؤرخ في 19/05/1998 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الخاص باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله في الدستور 30 ، ضمن الإطار الدستوري لمجلس الدولة.

ب) الأساس التشريعي للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة.

نصت المادة 153 من الدستور 1996 على أنه : "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ، ومجلس الدولة ، ومحكمة التنازع ، واختصاصاتهم الأخرى". وكان هذا القانون العضوي هو القانون رقم 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 والذي ينظم ويحدد اختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

2- الأساس التنظيمي للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة .

³⁰ رأي المجلس الدستوري رقم 06 المؤرخ في 19-05-1998 المتعلق بمطابقة قانون عضوي 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله ، الجريدة الرسمية ، عدد 37 .
³¹ القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة .

وهذا من خلال المراسيم الرئاسية والتنفيذية وكذا من خلال النظام الداخلي:

أ- اللوائح :

صدر بعد القانون العضوي 01/ 98 ، المؤرخ في 1998/05/30 ، المتعلق بمجلس الدولة مجموعة من المراسيم والتي لها علاقة بالوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة وهي كالاتي :

- مرسوم متعلق بتنظيم الدولة وتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 187/98 المؤرخ في 1998/05/29 ، المتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة.

- مرسوم متعلق بمسائل إجرائية أمام مجلس الدولة وهو المرسوم التنفيذي رقم 261/98 المؤرخ في 1998/03/29 ، المحدد لأشكال الإجراءات و كفاءاتها في المجال الاستشاري أمام مجلس الدولة³².

ب) النظام الداخلي لمجلس الدولة:

يشكل النظام الداخلي لمجلس الدولة، الذي يعده مكتب المجلس ضمنا لاستقلالية مجلس الدولة، واحتراما لمبدأ الفصل بين السلطات³³ .

أشارت المواد : 04، 07، 19، 22، 25، 41 من القانون العضوي 01/98، المتعلقة بمجلس الدولة إلى نظام داخلي يقوم بإعداده مجلس الدولة، وقد أحال هذا القانون بعض المسائل إلى النظام الداخلي، هذا الأخير الذي يتكفل بتنظيمها ، وتحديد كيفية تسييرها .

وقد جاء في نص المادة 04 من القانون العضوي 01/98 السالف الذكر : "يبيد مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين حسب الشروط التي يحددها القانون، والكيفيات المحددة في النظام الداخلي " كما نصت المادة 19 من نفس القانون:

"يحدد النظام الداخلي كفاءات تنظيم وعمل مجلس الدولة ، لا سيما عدد الغرف والأقسام ومجالات عملها ، وكذلك صلاحيات كتابة الضبط و الأقسام التقنية والمصالح الإدارية"

³² المرسوم التنفيذي 261/98 المؤرخ في 1998/08/29 ، المتعلق بتحديد اشكال الاجراءات و كفاءاتها في المجال الاستشاري أمام مجلس الدولة ، الجريدة الرسمية عدد 64.

³³ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 50 .

إضافة إلى المادة 41 التي تنص على : "تحدد أشكال و كفاءات الإجراءات في المجال الاستشاري عن طريق التنظيم .

فمن بين أهم المسائل المحالة إلى النظام الداخلي نجد مسألة الإجراءات وأشكالها في المجال الاستشاري.

كما أن المرسوم التنفيذي 261/98، السالف الذكر ، المحدد للأشكال و الكفاءات

المتعلقة بالاستشارة لدى مجلس الدولة ، جاء ذاكرا فقط للقواعد العامة في هذا الشأن

وتترك التفاصيل للنظام الداخلي ، بدليل المادة 07 منه التي تنص على : " يحضر محافظ

الدولة أو أحد مساعديه الجلسات والمداولات ، ويقدم مذكراته طبقا للكفاءات المحددة في

النظام الداخلي"،ناهيك عن المادة 09 من نفس القانون التي نصت على أن قواعد

الإجراءات تحدد في نظامه الداخلي.

وقد صدر النظام الداخلي لمجلس الدولة ،وذلك بمصادقة مكتب المجلس عليه بمداولة

مؤرخة في 2002/05/26 ، ويحتوي النظام الداخلي لمجلس الدولة على 141 مادة³⁴

موزعة على ثلاثة أبواب:

الباب الأول: يتعلق بتنظيم وتسيير مجلس الدولة

الباب الثاني: ينصب على الهياكل القضائية والاستشارية

الباب الثالث: يعرض الهياكل الإدارية التي يقوم عليها مجلس الدولة

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة الإحالة للنظام الداخلي هو وضع منتقد،يجب مراجعته من

حيث يجب التقليل في نطاق هذه الإحالة ، إذ يرى الأستاذ الدكتور خلوفي رشيد³⁵ أنها

طريقة غير ملائمة لطبيعة نشاط مجلس الدولة المفتوح للمتقاضين والمواطنين،وذلك لأن

³⁴ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 51 .

³⁵ خلوفي رشيد ، المرجع السابق ص 168 و ما بعدها.

المسائل المحالة للنظام الداخلي هي مسائل جوهرية، وتكتسي من الأهمية ما يجعل إحالتها له طريقة غير قانونية ، وغير معمول بها ، خاصة إذا علمنا أنه غير قابل للنشر . وعموماً، نجد أن النظام الداخلي ينظر في مسائل مهمة ، كمسألة الإجراءات في المجال الاستشاري كما ينظم مسائل أخرى لها علاقة بالوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لرأي مجلس الدولة:

إن الطبيعة القانونية لرأي مجلس الدولة الاستشاري ، هو بين الإلزامية والاختيارية، سواء بالنسبة له كإجراء وكموضوع للهيئة التنفيذية المستشيرة .

وما يميز العمل الاستشاري عن العمل التنفيذي ، هو أن الأول قائم على أساس التخيير، والثاني قائم على أساس الإلزام ، فالعمل التنفيذي نتفق يعتبر ملزم ، فمتى صدر أصبح واجب التنفيذ دون أن يترك فرصة الاختيار ، وينتج آثاره ويحدث قرينة على مشروعيته بمجرد تنفيذه، هذا بالنسبة لطبيعة العمل التنفيذي ، أما الطبيعة القانونية للعمل الاستشاري تجعلنا نتساءل عن مدى الزاميته سواء بالنسبة للسلطة المستشيرة أو الهيئة المستشيرة .

وفقها ، اختلف الرأي حول طبيعة الاستشارة ، فظهرت ثلاث تصنيفات أساسية 36 أولاً: في الحالة التي تكون الهيئة الإدارية التنفيذية لها كامل الحرية في إصدار قراراتها فهي حرة سواء في طلب الاستشارة من عدمه ، أو في الالتزام به من عدمه ، وهو ما يعرف بالرأي الاستشاري الاختياري .

³⁶ بن جلول مصطفى ، الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة ، رسالة ماجستير في العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2002 ، ص 12 .

ثانياً:الرأي الاستشاري الملزم أو الإجباري ،وهي الحالة التي تكون فيها السلطة المستشارة مجبرة قانونا على طلب الاستشارة ،وكانت أمام عيب عدم الاختصاص فالإجبارية هنا تكون في الاستشارة كإجراء قانوني،فمجرد احترام الجهة المستشارة لهذا الإجراء صار عملها صحيحا حتى ولو لم تلتزم بموضوع هذا الرأي الاستشاري.

ثالثاً:الرأي الاستشاري الموافق، وهي حينما تكون الجهة المستشارة ملزمة قانونا بالاستشارة كإجراء من جهة وملزمة بالأخذ به من جهة أخرى ، وإلا كان عملها باطلا شكلا وموضوعا.

مما سبق فالطبيعة القانونية للرأي الاستشاري لمجلس الدولة ملزمة من ناحية أنها إجراء لا بد للحكومة أن تتخذه ،وإلا كان عملها مشويا بعيب عدم الاختصاص . أما مسألة التزام الجهة المستشارة بموضوع الرأي المقدم من الجهة المستشارة ، فلا تستطيع إبطال عمل الهيئة التنفيذية ،سواء أخذت به هذه الأخير كليا أو جزئيا أو لم تأخذ به ككل،مادامت قد احترمت الأخذ برأي الهيئة الاستشارية شكلا³⁷.

وعليه لا يمكن تصور استشارة خارج هذه الحالة ، بل ما الفائدة منها في الحالات الأخرى سواء كانت إلزامية أو اختيارية .

نجد السلطة التنفيذية ملزمة بوجوب أخذ رأي مجلس الدولة الاستشاري في فرنسا قبل عملية اتخاذ وإصدار القرارات الإدارية العامة .

كما يستشار مجلس الدولة بصورة إلزامية وسابقة قبل اتخاذ القرارات الإدارية الفردية والتي يتم اتخاذها في صورة مراسيم في مجلس الوزراء.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد تستشير الحكومة والإدارة العامة المركزية بصورة اختيارية في بعض القضايا والمسائل الإدارية بصورة علنية أو بصورة سرية³⁸ .

³⁷ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 46

³⁸ عمار عوايدي ، النظرية العامة للمنازعات الادارية ، المرجع السابق ، ص 84

وفي هذا يقول الأستاذ بن جلول مصطفى : "وعليه لا يمكن تصور وظيفة استشارية خارج هذه الحالة ،بل ما الفائدة منها في الحالات الأخرى سواء كانت اختيارية أو ملزمة مع ترك الحرية في الأخذ بها من عدمه ،الأمر الذي يجعلها فارغة المحتوى ومجرد إجراءات شكلية، لا تحقق الهدف المنشود ولا الغاية المرجوة من الوظيفة الاستشارية أصلاً".³⁹

المطلب الثاني: التشكيلة الاستشارية لمجلس الدولة

دراسة التشكيلة الاستشارية لمجلس الدولة تقتضي التطرق لتنظيم مجلس الدولة لأنه جزء من وظيفة مجلس الدولة كهيئة استشارية ،فمن ناحية التنظيم البشري نجد أن الوظيفة الاستشارية ،يضطلع بها أعضاء تختلف طرق تعيينهم ،وكذلك مراكزهم القانونية. ومن جهة أخرى، فالوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة تقوم على نظام هيكلي محكم، يسهل العمل الاستشاري من الناحية الزمنية والإجرائية والوظيفية ،وهذا ما يضمن فعالية الاستشارة.

الفرع الأول: التنظيم البشري لمجلس الدولة⁴⁰

وتوجد في الفصل الثاني المعنون بتشكيلة مجلس الدولة ،من القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله السالف الذكر ، تنص المادة 20 منه على الآتي : "يشكل مجلس الدولة من القضاة الآتي ذكرهم من جهة:

*رئيس مجلس الدولة

*نائب الرئيس

*رؤساء الغرف

*رؤساء الأقسام

³⁹ بن جلول مصطفى ، المرجع السابق ، ص 13

⁴⁰ محمد الصغير بعللي، المرجع السابق، ص 63

*مستشاري الدولة

ومن جهة أخرى:

*محافظ الدولة

*محافظي الدولة المساعدين

يخضع القضاة المذكورين أعلاه للقانون الأساسي للقضاة"

ثم تأتي المادة 21 من نفس القانون لتتص على الآتي: "تشكيلة مجلس الدولة المبينة في المادة 20 أعلاه، يمكن أن تعزز عند ممارسة اختصاصه الاستشاري بمستشاري الدولة من ذوي الاختصاص في المهمة غير عادية".

من خلال المادتين السالفتين الذكر، نرى أن المشرع الجزائري حالة حال أغلب التشريعات لم يفرق بين أعضاء مجلس الدولة في تشكيلة الاستشارية وأعضائه في تشكيلة القضائية. ومنه سيتم التطرق لأعضاء مجلس الدولة ككل، ونركز على الذين سيساهمون في الوظيفة الاستشارية بشكل خاص.

أولاً: أعضاء مجلس الدولة وطريقة تعيينهم

1)رئيس مجلس الدولة:لمجلس الدولة الجزائرية منذ نشأته رئيس خاص به على خلاف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرأسه من الناحية القانونية رئيس مجلس الوزراء، ويعين رئيس مجلس الدولة بموجب مرسوم رئاسي طبقاً للمادة 78 من الدستور في فقرة الرابعة من الدستور 1996 41، وذلك باقتراح من وزير العدل، ويختار من بين رؤساء الأقسام والغرف، أو من بين المستشارين العاديين لمجلس الدولة، أو من بين نواب الرئيس، على أن يؤخذ بعين الاعتبار مبدأ الأقدمية⁴² كما أن القانون لم يحدد شروط خاصة في من يعين لرئاسة مجلس الدولة .

⁴¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 53

⁴² المرسوم الرئاسي 187/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، عدد 44.

-ولرئاسة مجلس الدولة صلاحيات متنوعة حيث يعتبر الممثل القانوني والرسمي للمجلس فهو ممثله في علاقاته بمختلف الجهات و الهيئات، يترأس الجمعية العامة كما يمكنه أن يترأس اللجنة الدائمة المكلفة بدراسة مشاريع القوانين في الحالات الاستثنائية عند ما ينوه الوزير الأول على استعجالها⁴³.

ويشرف على مختلف الغرف والأقسام ويتولى توزيع المهام على رؤسائها بعد استشارة مكتب المجلس⁴⁴ ، ويمكن لرئيس المجلس باعتباره قاضيا أن يترأس أية غرفة⁴⁵ وله أن يقرر إحالة بعض القضايا عند اللزوم على الغرفة المجتمعة وهو الذي يعد جدول الاجتماع⁴⁶ ويسهر على تطبيق النظام الداخلي للمجلس ويشرف على الأعمال الإدارية وعلى الأمانة العامة ويرأس مكتب المجلس.

يعتبر رئيس مجلس الدولة سلطة رئاسية وفقا لما هو محدد في القوانين و اللوائح بالنسبة للأمين العام للمجلس ولاسيما عندما يمارس مهامه كآمر للصرف⁴⁷ ، كما يمارس السلطة السلمية على مجموع الموظفين الإداريين ويملك سلطة التعيين بموجب مقرر في كل مناصب الشغل العمومية التي لم تقرر طريقة التعيين فيها في القانون العضوي . يحتل رئيس مجلس الدولة أعلى درجات السلم الوظيفي لأعضاء المجلس من الموظفين الفنيين تحقيقا لاستقلال مجلس الدولة على السلطة التنفيذية وبهذه الصفة يقوم بتنقيط قضاة المجلس وفقا للمادة 52 من القانون العضوي رقم 04-11 المذكور أعلاه ويختص كذلك باعتباره ممثل المؤسسة برفع التقرير العام السنوي إلى رئيس الجمهورية ويبلغ نسخة منه إلى وزير العدل ،ويجب أن يتضمن التقرير نوعية قرارات الجهات القضائية الإدارية التي تم النظر والفصل فيها أمام مجلس الدولة .

⁴³ المادة 22 فقرة 03 من القانون العضوي رقم 01/98 .

⁴⁴ المادة 22 فقرة 03 من القانون العضوي رقم 01/98 .

⁴⁵ المادة 34 فقرة 2 من القانون العضوي 01/98.

⁴⁶ المادة 32 من نفس القانون.

⁴⁷ المادة 04 من النظام الداخلي لمجلس الدولة .

وتوضيح ما أظهرته الأحكام أو البحوث من نقص أو غموض في المنظومة القانونية ككل.

(2) نائب الرئيس: يعين نائب الرئيس، بنفس الطريقة التي يعين بها الرئيس وذلك بعد موافقة الجمعية العامة للمجلس، ومهمتهم مساعدة الرئيس في الإشراف على المجلس واستخلافه في حال غيابه.48

(3) رؤساء الغرف: يعين رؤساء الغرف بمقتضى مرسوم رئاسي، بناء على اقتراح من وزير العدل وكان أول مرسوم رئاسي يعين رؤساء الغرف هو المرسوم الرئاسي 187/98 المتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة، وعددهم أربعة.

(4) رؤساء الأقسام: يعين رؤساء الأقسام التقنية والمصالح الإدارية لمجلس الدولة ، بناء على اقتراح من وزير العدل حافظ الأختام ، وبعد أخذ رأي رئيس مجلس الدولة حسب الأشكال المنصوص عليها في التنظيم المعمول به49.

(5) محافظ الدولة و مساعدو محافظي الدولة: يعين محافظ الدولة باعتباره قاضي بموجب مرسوم ولم يحدد القانون شروطا خاصة ولا إجراءات معينة والى جانب محافظ الدولة، يمكن تعيين محافظي دولة مساعدين وهم قضاة أيضا يعينون بمرسوم رئاسي وعددهم سبعة ، وهم يمارسون مهمة النيابة العامة سواء في القضايا ذات الطابع الاستشاري أو القضايا ذات الطابع القضائي ويقدمون مذكرتهم كتابيا ويشرحون ملاحظاتهم شفويا50.

(6) المستشارون : يشكل مستشارون الدولة أهم فئة بمجلس الدولة وعددهم عشرون وهم موزعون على قسمين.

المرسوم الرئاسي 187/98 المتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة ، حيث تشكل في بدايته من 44 عضوا بمخلف فئاته⁴⁸

⁴⁹ حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 03 / 166 المؤرخ في 09 / 04 / 2003 ، الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 263/98 المؤرخ في 29 / 08 / 1998 ، الذي يحدد كليات تعيين رؤساء المصالح و الأقسام لمجلس الدولة و تصنيفهم الجريدة الرسمية ن عدد 26 .

⁵⁰ المادة 26 من القانون العضوي 01/98 .

أ - مستشارو الدولة في خدمة عادية: يعين المستشارين الدائمون بمجلس الدولة من بين القضاة بموجب مرسوم رئاسي 51 ويصنفون في المجموعة السادسة من الرتبة خارج السلم يتم اختيارهم عن طريق الترقية على أساس الكفاءة مع مراعاة شرط الأقدمية من بين قضاة الرتبة الأولى.

إن المشرع الجزائري اعتمد أساسا لاختيار المستشارين في خدمة عادية على أسلوب الترقية وهي نفس الطريقة المتبعة في مصر ، ولم يأخذ بالنموذج الفرنسي حيث يتم اختيار ثلثي المستشارين عن طريق الترقية بالأقدمية من بين النواب ، على أن يكون للحكومة حرية اختيار الثلث المتبقي من بين كبار الموظفين في الدولة. يعتبر المستشارون القضاة الحقيقيون لمجلس الدولة يشاركون في التشكيلات القضائية يتداولون ويقررون فيها، فالمستشارون هم ، الذين يتولون الفصل في المنازعات والقضايا المطروحة وسيتم اختيار المستشار المقرر من هذه الفئة ويشارك المستشارون في مهمة عادية في التشكيلات الاستشارية 52 لمجلس الدولة ويمكنهم ممارسة وظيفة محافظ الدولة المساعد طبقا لنص المادة 29 فقرة 02 من القانون العضوي رقم 98-01. أما عميد المستشارين فهو عضو في مكتب مجلس الدولة 53.

ب) مستشارو الدولة في خدمة غير عادية: أضاف المشرع لتشكيلة المجلس مستشاري دولة في مهمة غير عادية 54 ، يتم اختيارهم من بين الشخصيات والإطارات البارزة ذوي الكفاءات العالية في المجالات المختلفة للنشاط الوطني يرتبطون بعضوية المجلس ولا يخضعون للقانون الأساسي للقضاء .

⁵¹ المادة 3 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 240/99 المؤرخ في 27 أكتوبر 1999 ، المتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة .

⁵² محمد العابدي، قضاء الالغاء ، دراسة مقارنة ، عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1995 ص23.

⁵³ المادة 24 من القانون العضوي 01/98 .

⁵⁴ المادة 21 من القانون العضوي 01/98 .

عدد مستشاري الدولة في مهمة غير عادية اثني عشر مستشارا على الأكثر يتم تعيينهم بموجب مرسوم تنفيذي لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة بناء على اقتراح وزير العدل وبعد أخذ رأي رئيس مجلس الدولة.

تعتبر وظيفة مستشار دولة في مهمة غير عادية وظيفة عليا في الدولة و يشترط للتعيين في هذه الوظيفة وفقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03-165 أن تتوفر في المرشح لها أحد الشروط التالية:

- إما أن يكون حائزا على شهادة دكتوراه في القانون أو في العلوم الاقتصادية أو المالية أو التجارية ويثبت سبع سنوات من الخدمة الفعلية على الأقل في تخصصه .

- وإما أن يكون حائزا شهادة جامعية تعادل على الأقل ليسانس ويثبت خبرة مهنية مدتها خمسة عشر سنة منها سبع سنوات على الأقل في الوظائف العليا للدولة.

- وإما أن يكون حائزا على شهادة جامعية تعادل على الأقل ليسانس أو شهادة معادلة لها ويثبت خبرة مهمة مدتها ستة عشرة سنة بعد الحصول على هذه الشهادة.

يقتصر دور مستشاري الدولة في مهمة غير عادية على عضوية التشكيلة الاستشارية

لمجلس الدولة من خلال مشاركتهم في إعداد وتقديم الآراء الاستشارية التي يقدمها مجلس الدولة للحكومة دون الاختصاص القضائي ، و يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بنظام المستشارين غير العاديين الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأته.

(7 ممثلو الوزارة لدى المجلس : يمكن للوزراء في حالة عدم حضورهم شخصا في

تشكيلات مجلس الدولة ذات الطابع الاستشاري أن يقترحوا من يمثلهم في الجلسات

المخصصة للفصل في القضايا التابعة لقطاعاتهم 55 ، فيعين الوزير الأول باقتراح من

الوزير المعني على مستوى كل وزارة موظفين للحضور و الإدلاء برأي استشاري في

جلسات الجمعية العامة واللجنة العامة في القضايا التابعة لقطاعاتهم فقط .

⁵⁵ المادتان 1-37 من القانون العضوي رقم 01/98 .

ولا يعتبر الوزراء بأعضائهم في المجلس ، وإنما هم مجرد مندوبين أمامه ، يستمدون سلطاتهم من مرسوم تعيينهم 56 .

8) الأمين العام : له دور إجرائي ، إذ يسهر على العلاقة بين مجلس الدولة والحكومة ومهمته هي استقبال مشروع القانون وعناصره ، وعموما نجد أن تعيين أعضاء مجلس الدولة والشروط الواجب توفرها فيهم ليكونوا أهلا لذلك ، لم تحضى بعناية كبيرة مقارنة مع التشريعات القانونية الأخرى 57 .

ويتكون مجلس الدولة في الجزائر من أربعة وأربعون عضوا وعند المقارنة بمجلس الدولة الفرنسي نجد نوعا آخر من التقسيم بحيث يضم حوالي 301 عضوا يتزأسهم الوزير الأول الذي هو رئيس مجلس الدولة وينوبه وزير العدل من الناحية القانونية ويتوزعون وفقا لتسلسل في مراتب ، المستمعون (هم الذين يختارون من بين حملة شهادة المدرسة الوطنية للإدارة) ، والمندوبين هم الذين يعتبرون مبعوثي الفقه لدى القضاء في النشاط القضائي ، وكذلك المستشارون بفتنتهم العادية وغير العادية.

ثانيا: المركز القانوني لأعضاء مجلس الدولة

تتمحور دراسة المركز القانوني لأعضاء مجلس الدولة في البحث عن الطبيعة القانونية لأعضاء مجلس الدولة ، أي بطرح السؤال التالي : هل يعتبرون قضاة تابعين للسلطة القضائية ، أم هم موظفين إداريين داخل مجلس الدولة ، ماداموا يعملون في القضاء الإداري ، وبالتالي تابعين لنظام الوظيف العمومي ؟.

لو رجعنا إلى مجلس الدولة الفرنسي لوجدنا أنهم يعتبرون موظفين وليسوا قضاة وذلك لأنهم تابعين لقانون الوظيف العمومي أصلا ، مع وجود قانون أساسي يسري عليهم كما هو الشأن بالنسبة لبعض الموظفين الآخرين (الدبلوماسيين مثلا) .

⁵⁶ المادتان 90 و 95 من القانون الداخلي لمجلس الدولة .
⁵⁷ سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مبدأ المشروعية في تنظيم القضاء الإداري دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 32 .

ولعل أهم ملامح نظامهم الخاص يتمثل في خضوعهم لنظام تأديبي أقل ضمانا مقارنة بوضع القضاة عموما من حيث قابليتهم للنقل ، كما أن إجراءات تأديبهم أقل حماية⁵⁸. ومبرر موقف المشرع الفرنسي ، هو ناتج عن ازدواجية القضاء، التي نادى بها الفرنسيون وكذا تفسيرهم لمبدأ الفصل بين السلطات .

كما نجد المشرع المصري أخذ بدرج المشرع الفرنسي، هذا لأن مجلس الدولة عند هذا الأخير، نموذج أصلي للدول التي اعتنقت نظام ازدواج القضاء فيما بعد، وكذلك الوضع بالنسبة لأغلب التشريعات التي تتبع نظام الازدواجية القضائية⁵⁹ لكن عند المشرع الجزائري نجد الأمر خلاف ذلك، إذ يعتبر أعضاء مجلس الدولة الجزائري قضاة يخضعون للسلطة القضائية، ولا يعتبرون موظفين إداريين.

وهذا ما أكدته النصوص القانونية، فبالرجوع إلى القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة السالف الذكر، ومضمون المادة 20 منه التي أعلنت أن قضاة مجلس الدولة يخضعون للقانون الأساسي للقضاء.

هذا ما يزيد من خصوصية و تميز نظام الازدواجية القضائية الذي تبنته الجزائر منذ 1996.

وما يزيد الأمر تعقيدا في عدم فهم النظام القضائي الجزائري ككل وخاصة مجلس الدولة الجزائري ، نجد أنه في ما يتعلق بالمركز القانوني لرئيس مجلس الدولة بالرجوع إلى نص المادة 78 من الدستور وفقرته الرابعة المتعلقة بتعيين رئيس الجمهورية لرئيس مجلس الدولة، ثم الفقرة السابعة المتعلقة بتعيين رئيس الجمهورية للقضاة. نفهم أنه من الضروري أن يكون رئيس مجلس الدولة قاضيا، خلافا لرئيس المحكمة العليا الذي يشترط فيه أن يكون قاضيا ، ثم تأتي المادة 20 من القانون العضوي 01/98 التي اعتبرت أعضاء مجلس الدولة قضاة بما فيهم رئيس مجلس الدولة.

⁵⁸ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 29
⁵⁹ بن جلول مصطفى ، المرجع السابق ، ص 67

هذا ما يجعلنا نطرح السؤال حول الغموض الذي يكتنف المركز القانوني لرئيس مجلس الدولة.

وبما أن المادة 20 اعتبرت أعضاء مجلس الدولة قضاة إذن ماذا قصد المشرع من ذكر الفقرة الرابعة من المادة الدستورية؟

ويذكر في هذا الصدد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زويينة :... بما أن المادة 20 من القانون العضوي قاطعة الدلالة على أن أعضاء مجلس الدولة بمن فيهم رئيسه . يخضعون جميعا للقانون الأساسي للقضاءوبناء على ذلك ، فإن اختيار رئيس الجمهورية لرئيس مجلس الدولة يكون من ضمن طائفة القضاة دون غيرهم. ومع تسليمنا بهذه القراءة ، فإن التخصيص بحكم خاص لرئيس مجلس الدولة له دلالاته القانونية

ولا يتصور أن المؤسس وضع الفقرة الرابعة من المادة 78 بدون مقتضى.

فالمشرع الجزائري بالتأكيد لو لم يكن يرمي الى المركز المتميز لرئيس مجلس الدولة عن مركز رئيس المحكمة العليا، لما خصه بفقرة خاصة هي الفقرة الرابعة واكتفى بالفقرة السابعة.

ويبدو⁶⁰ أن السبب في منح المؤسس الدستوري مركزا دستوريا متميزا لرئيس مجلس الدولة يرجع بالدرجة الأولى لكون مجلس الدولة مؤسسة جديدة، استحدثت بموجب التعديل الدستوري الأخير فأراد المؤسس الدستوري إبراز مدى أهمية هذه المؤسسة القضائية الجديدة نظرا للدور الذي تلعبه لتكريس دولة القانون و لم تكن نيته نزع صفة القاضي على رئيس مجلس الدولة ،بدليل انه اعتبر مجلس الدولة جزء من السلطة القضائية وجاءت كل الأحكام المتعلقة ضمن الفصل الثالث من الباب الثاني بعنوان السلطة

⁶⁰ جازية صاش، نظام مجلس الدولة في القضاء الإداري الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008 ص420

القضائية، ومنح له بموجب المادة 152 من الدستور نفس صلاحيات المحكمة العليا باعتبارها هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

الفرع الثاني : التنظيم الهيكلي لمجلس الدولة :

لقد فصل القانون العضوي 01/98 بين تشكيلة مجلس الدولة الممارسة لاختصاصاته

- القضائية وهي تتضمن غرفا، هذه التي يمكن تقسيمها إلى أقسام والتشكيلة الاستشارية - وهي ما سنركز عليه والمتمثلة في الآتي 61 .

أولا: الجمعية العامة: هي الهيئة الأولى التي تقوم على عاتقها الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الأحوال العادية، بمعنى آخر ، إن الحكومة عندما تطلب استشارة مجلس الدولة حول مشروع قانوني، فإن هذا الأخير يحال إلى الجمعية العامة لكي تبدي رأيها بشأنه.

حسب ما جاءت به المادة 37 من القانون العضوي 01/98 فهي تتشكل من:

نائب الرئيس

محافظ الدولة

رؤساء الغرف

5 مستشاري الدولة: بغض النظر عن طبيعة مهمتهم.

وبالتالي تشمل الجمعية العامة على ثلاثة عشر عضوا على الأكثر.

كما يحضر جلسات واجتماعات الجمعية العامة الوزراء أو أن يفوضوا من ينوب عنهم للحضور لدى الجمعية العام، وهذا عندما يتعلق مشروع القانون المعروض على الجمعية العامة بقطاع وزارتهم أو دائرتهم الوزارية ولقد جاء نص المادة 37 من القانون العضوي 01/98 السالف الذكر في فقرتها الثالثة: "يمكن للوزراء أن يشاركوا بأنفسهم أو يعينوا من يمثلهم في الجلسات المخصصة للفصل في القضايا التابعة لقطاعاتهم حسب الأوضاع المنصوص عليها في المادة 39 أدناه.

⁶¹ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 67

واختصاص الجمعية العامة يتمثل في إعطاء الرأي في مشاريع القوانين المقدمة لها من طرف الحكومة في الحالات والأوضاع العادية.

ثانيا: اللجنة الدائمة

وتمثل الهيئة الاستشارية الثانية لمجلس الدولة وهي تشبه قاضي الأمور المستعجلة، إذ تختص في إبداء الرأي حول مشاريع القوانين في حالات التي تكون ذات طابع استعجالي تتكون من:

الرئيس برتبة رئيس غرفة

أربعة (4) مستشاري دولة على الأقل⁶²

الوزير أو ممثله⁶³

وبالتالي فاللجنة الدائمة تتشكل من 06 أعضاء⁶⁴.

وتسند إلى اللجنة الدائمة مهمة الاستشارة، ولكن في الحالات الاستثنائية التي ينبه

الوزير الأول على استعجالها، وذلك طبقا لنص المادة 38 من القانون العضوي 01/98

التي تنص على: "تكلف اللجنة الدائمة بدراسة مشاريع القوانين في الحالات الاستثنائية

التي ينبه الوزير الأول على استعجالها".

وتعود فكرة تقسيم الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة إلى هيئات استشارية ذات

اختصاص عادي وهيئات استشارية ذات طابع استعجالي لأول مرة إلى الحرب العالمية

الثانية⁶⁵ في مجلس الدولة الفرنسي حيث نشأت فيها لأول مرة لجنة تعبر عن الدور

الاستعجالي، فكانت هذه الهيئة تختص بكل ما يت

المطلب الثالث: الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة في المجال الاستشاري.

⁶² تتشكل اللجنة الدائمة لمجلس الدولة الفرنسي من 20 عضو على الأقل .

⁶³ و هو موظف بالوزارة يعين من طرف الوزير الأول بناء على اقتراح من الوزير المعني .

⁶⁴ خلوفي رشيد مجلس الدولة ، المرجع السابق ، ص 68.

⁶⁵ بن جلول مصطفى ، المرجع السابق ، ص 73 .

هناك إجراءات خاصة بمجلس الدولة كهيئة استشارية من أجل التوصل إلى رأي استشاري حول مسألة قانونية ما.

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية لفحص مشاريع القوانين:

أولاً: عملية الإخطار واستلام الملف:

بعد مصادقة مجلس الحكومة على مشروع القانون يخطر مجلس الدولة من قبل الوزير الأول عن طريق الأمين العام للحكومة الذي يعتبر وسيطاً بين الحكومة ومجلس الدولة⁶⁶ فيتولى إرسال مشروع القانون وجميع الوثائق المتعلقة إلى أمانة مجلس الدولة، ولم يحدد المشرع نوعية الوثائق المتعلقة بمشروع القانون و التي يجب أن ترفق بملف الإخطار ، كما أن النظام الداخلي لمجلس الدولة لم يحدد عناصر ملف الإخطار واكتفت بالنص على وجوب إرسال جميع الوثائق المتعلقة بكل مشروع قانون في نسختين على الأقل⁶⁷ .

بعدما يستلم مجلس الدولة هذا الإخطار يسجله مباشرة في سجل خاص حسب ترتيبه الزمني⁶⁸.

ثانياً: تعيين المقرر: يقوم رئيس المجلس بإصدار أمر يقضي بتعيين مقرر من بين مستشاري الدولة أو مستشاري الدولة في مهمة غير عادية⁶⁹ ويمكن أن يعين إما تلقائياً وإما بناءً على طلب المستشار المقرر، فوج عمل لمساعدة هذا الأخير في دراسة مشروع القانون ثم ترسل نسخة من عناصر الملف إلى محافظ الدولة الذي يقوم بتعيين أحد مساعديه ليتكفل بمتابعة الإجراءات وتقديم ملاحظاته المكتوبة .

ويقوم المستشار المقرر من أجل تسيير الأشغال ، بتنظيم اجتماعات وجلسات عمل مع ممثلي الوزير الذي بادر بمشروع القانون.

⁶⁶ المادة 02 الى 04 من المرسوم التنفيذي رقم 261/98 .

⁶⁷ المادة 78 من النظام الداخلي لمجلس الدولة .

⁶⁸ المادة 79 من النظام الداخلي لمجلس الدولة .

⁶⁹ المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 261/98 و المادة 84 من النظام الداخلي لمجلس الدولة .

وبعد لذلك جدول الأعمال التي تدوم عادة حسب طبيعة و أهمية مشروع القانون موضوع الاستشارة⁷⁰ ولما ينهي المستشار المقرر أشغاله يطلب من رئيس مجلس الدولة استدعاء الجمعية العامة لإجراء المناقشة العامة حول مشروع التقرير النهائي⁷¹ فيقوم هذا الأخير بتحديد جدول الأعمال ويتولى استدعاء أعضاء الجمعية العامة والوزير المعني بمشروع القانون أو ممثلون في أجل كاف قبل التاريخ المحدد لانعقاد الجلسة⁷². و الملاحظ أن المواد النظام الداخلي لم تحدد بدقة الأعمال أو المهام المنوطة بالمستشار المقرر خاصة فيما يتعلق بكيفية إعداد مشروع التقرير النهائي. و على العموم هذه مهام المقرر حيث يعد التقرير الذي يتوصل اليه المقرر نقطة الانطلاقة لكل مسألة تعرض على المجلس في شقة الاستشاري ، لكونه يعرض الأدلة التي ترسم الطريق للحصول في الأخير على رأي استشاري ثري وإيجابي من قبل مجلس الدولة.

الفرع الثاني: مرحلة مناقشة المشروع والبت فيه بالرأي:

يتأسس رئيس مجلس الدولة الجمعية العامة التي تضم نائب الرئيس و رؤساء الغرف وخمسة من مستشاري الدولة على الأقل يعينهم الرئيس، كما تضم محافظ الدولة وأحد مساعديه الذي يحضر الجلسات و المداولات⁷³ ولا تصح مداولات الجمعية إلا بحضور الأغلبية البسيطة لأعضائها⁷⁴.

يفتح رئيس مجلس الدولة الجلسة و يدعو المستشار المقرر لعرض مشروع التقرير النهائي وتمنح الكلمة بعد ذلك مباشرة لمحافظ الدولة المساعد لتقديم ملاحظاته⁷⁵ وبعد السماع إلى عرض المستشار المقرر وملاحظات محافظ الدولة، يقوم رئيس مجلس الدولة بفتح

⁷⁰ المادة 87 من النظام الداخلي لمجلس الدولة .

⁷¹ المادة 88 من نفس النظام الداخلي.

⁷² المادة 91 من نفس النظام الداخلي.

⁷³ المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 261/98 .

⁷⁴ المادة 91 من النظام الداخلي لمجلس الدولة .

⁷⁵ المادتان 93 و 94 م نالقانون الداخلي لمجلس الدولة .

باب المناقشة التي يشارك فيها القضاة والوزير المعني أو ممثله ، ويتولى كاتب الضبط تدوين كل الملاحظات التي يدلي بها أعضاء الجمعية العامة ، وتختتم المناقشة عن طريق الانتخاب بالأغلبية البسيطة لأعضاء الجمعية العامة الحاضرين للمصادقة وفي حال تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا 76.

يدون المستشار المقرر التقرير النهائي طبقا لقرار الجمعية العامة ويوقعه ثم يوقعه رئيس مجلس الدولة ، ويرسل بعد ذلك إلى الأمانة العامة للحكومة 77 من قبل رئيس مجلس الدولة اثر ذلك تدون جميع الإجراءات في سجل خاص ويحفظ أصل التقرير وجميع الوثائق المتعلقة بالملف لدى المصلحة المختصة على مستوى قسم الاستشارة لمجلس الدولة 78. وعملية فحص مشروع القانون في اجتماع الجمعية العامة تشبه عملية فحص المشروع في اجتماع اللجنة الدائمة، سواء في ما يخص مناقشة مشروع التقرير النهائي أو فيما يتعلق بالتصويت عليه.

والجدير بالذكر هنا ، أن قراءة عنوان المرسوم التنفيذي 261/98 يجعل منا ننتظر من مضمونه الكثير إلا أنه على العكس من ذلك أحال أغلب المسائل المتعلقة بالإجراءات إلى النظام الداخلي ، هذا ما يجعلنا نتساءل حول الفائدة التي جاء بها المرسوم. ونلاحظ أنه لا فرق بين الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة حينما يكون الاختصاص للجمعية العامة ، أو الإجراءات أمام اللجنة الدائمة عدا ما يخص مسألة تعيين المقرر ومواعيد الاستشارة، سواء على مستوى المرسوم التنفيذي 261/98 أو على مستوى القانون الداخلي لمجلس الدولة.

ومهما كان وصف الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة في المجال الاستشاري سواء عادية أو استثنائية ، بسيطة أو معقدة ، نحصل في الأخير على رأي استشاري بخصوص النص القانوني المعروض عليه حيث يتخذ أحد الأشكال التالية:

76 المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 261/98 .

77 المواد 98 الى 100 من النظام الداخلي لمجلس الدولة.

78 المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 261/98 .

- مشروع غير صالح وبالتالي إعادة صياغته من جديد
- مشروع بأخطاء بسيطة يمكن إصلاحها قبل عرضها على البرلمان
- الإثراء وعرض المشروع على البرلمان

- كما تجدر الإشارة إلى أن الآراء الاستشارية لمجلس الدولة تكون غير قابلة للنشر وذلك لأنها موجهة بالأساس إلى الحكومة ، وهذا يعني أنها ذات طابع سري فلا يجوز لمجلس الدولة نشرها ولا تمكين الغير من الاطلاع عليها إلا بترخيص من الحكومة كما أن هذه الأخيرة غير ملزمة بنشر آراء المجلس⁷⁹.

⁷⁹ عبد الرزاق زوينة ، المرجع السابق ، ص 31

سنتطرق في هذا الفصل إلى المجال العملي للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة، بعد أن تم التطرق إلى الإطار المفاهيمي للوظيفة الاستشارية و سيكون ذلك انطلاقا من كونها تمثل دورا هاما يقوم به مجلس الدولة.

فسيتم تحديد الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة من خلال مختلف النصوص القانونية ، وكذا مشاركة مجلس الدولة في العمل التشريعي وتبيان حدودها مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري من أجل إظهار نقاط الاختلاف بالنسبة للدور الاستشاري لمجلس الدولة الجزائري وتغطية النقائص التي تشوبه لتواكب الأدوار المهمة لمجلس الدولة في البلدان التي تأخذ بنظام الازدواجية القضائية .

المبحث الأول : نطاق العمل الاستشاري لمجلس الدولة

بالإضافة إلى الاختصاصات القضائية التي يمارسها مجلس الدولة والتي لها دور فعال في بناء دولة القانون، من خلال رقابة نشاط الإدارة العمومية و إلزامها باحترام مبدأ المشروعية في كافة تصرفاته، فقد عهد له المشرع باختصاصات استشارية لا تقل أهمية يساهم بموجبها في الحد من المنازعات المحتملة ، ويشارك في صنع التشريع إلى جانب السلطات الأخرى وفي إثراء المنظومة القانونية¹

ونجد المشرع الجزائري من خلال القانون العضوي 01/98 فصل في مسألة اختصاصات مجلس الدولة بين الاختصاصات القضائية و الاختصاصات الاستشارية، وتجدر الإشارة إلى أن الازدواجية في الاختصاصات لمجلس الدولة لا تعني ازدواجية أعضاء مجلس الدولة فكما رأينا سابقا المشرع الجزائري لم يميز بين الأعضاء الذين يكون على عاتقهم مهمة القضاء والأعضاء الذين يكون على عاتقهم مهمة الاستشارة.

المطلب الأول: الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة

يستمد مجلس الدولة مجاله الاستشاري نزولا عند رغبة المشرع الدستوري الذي حدد العملية من خلال عرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة يودعها الوزير الأول مكتب المجلس الشعبي الوطني وتؤيد ذلك المادة (04) من القانون العضوي رقم 01/98، المتعلق بمجلس الدولة لدى ممارسة إبداء الرأي حول مشاريع القوانين حسب الشروط القانونية والنظام الداخلي له .

¹ بوجادي عمر ،النظام القضائي الجزائري ،رسالة دكتوراه ،جامعة تيزي وزو،كلية الحقوق،2011، ص 320

الفرع الأول: مضمون النشاط الخاضع للاستشارة:

أولا من خلال دستور 1996: يكمن دور مجلس الدولة الاستشاري، في محاولة تقديم خدمة استشارية حول مشاريع القوانين الحكومية، التي قد تصدر في شكل نص تشريعي ، كما تصدر في شكل نص تنظيمي ، ويظهر ذلك لأي دارس يحاول تفحص الواقع القانوني لأية دولة، فيلاحظ أن الدستور يمنح السلطة التنفيذية نوعين من الوظائف بغرض تنظيم إدارة شؤون الدولة في علاقتها الداخلية أو الخارجية وهما التشريع والتنظيم.¹ و عند قراءة المادة 119 " لكل من الوزير الأول، أو النواب حق المبادرة بالقوانين، تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها عشرون نائبا....". نستخلص أن المشرع الدستوري، حاول تبيان العمل التشريعي على أنه مقسم بين طرفين هما الإدارة المركزية، وأعضاء المجلس الشعبي الوطني في حالة تقديمه من قبل 20 نائبا فما فوق.

وعلى هذا الأساس يمكن مناقشة عناصر المادة كالتالي:

الأصل في تقسيم السلطات أن كل واحدة تلتزم بحدود وظيفتها السلطوية دون أن تتعداه إلى مجال الوظيفة الأخرى² إلا أن هذا المبدأ نجده غير محترم من قبل الإدارة المركزية والدليل في ذلك مستهل نص المادة التي نحن بصدد مناقشتها الذي يفتح تعبيره بانتهاك حرمة الهيئة التشريعية بإعطائه الأولوية إن لم نقل الاستحواذ الكلي على عملية التقنين. وأيضا في القراءة لنص المادة 119 من الدستور نجد أن المؤسس الدستوري قصد بمشاريع القوانين الدلالة على المبادرة بالقانون التي هي حق للسلطة التنفيذية، فلو كانت هذه القراءة

¹ سعيد بوشعير ، مجال القانون في دساتير الجزائر و المغرب و تونس (المبادرة بالتشريع)، مجلة الادارة، الجزائر عدد 2، 1998، ص 32.

² بوجادي عمر، المرجع السابق، ص 322

الوحيدة لمصطلح مشاريع القوانين لكننا انطلقا من هذا المنطلق ، ولكنه يمكن أن يكون المقصود بهذا المصطلح المذكور في المادة 119 من الدستور أعلاه معناه الواسع بحيث ينصرف ذلك إلى النصوص التنظيمية التي تعتبر بدورها قواعد عامة ومجردة¹، هذا وكما يرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زوينة ، أن الدستور يتميز عن سائر القواعد القانونية الأخرى من حيث معالجتها لمختلف المواضيع التي تضمنها الدستور وعادة ما تكون أحكامه لا تتناول التفاصيل، بل تحيلها إلى القواعد القانونية الأدنى منه ، و يكفي الدستور عادة بالقواعد الكلية أساسا.

ولم يحدد الدستور من خلال نص المادة 119 ، بوضوح المقصود بمشاريع القوانين التي تكون موضوع الاستشارة على أساس أنه لا يمكننا الجزم بأنه قصد أحد المفهومين المفهوم الضيق الذي يحصر الاستشارة في مادة التشريع لا التنظيم، أو المفهوم الواسع الذي يجعل الاستشارة تشمل كذلك النصوص التنظيمية (مشاريع القوانين ، مشاريع المراسيم بنوعها التنفيذية والرئاسية..الخ)

ثانيا: من خلال القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق

باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله : وبالجوء إلى القانون العضوي 01/98

السالف الذكر لأجل تحديد اختصاصات مجلس الدولة ، وطبيعة النصوص موضوع

الاستشارة .

لقد نص الدستور في المادة 153 منه على أن يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا

ومجلس الدولة ومحكمة التنازع وعملهم واختصاصاتهم الأخرى.

¹ عبد الرزاق زوينة ، الرأي الاستشاري بمجلس الدولة ولادة كاملة و مهمة مبتورة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 01، سنة 2002 ، ص 24

نفهم من نص المادة 153 أن اختصاصات مجلس الدولة تكون محددة ضمن قانون عضوي وفعلا جاء القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة ، تنظيمه و اختصاصه وعمله، حيث نصت المادة 12 منه من الباب الثاني المعنون ب: "الاختصاصات الاستشارية " على ما يلي " يبدي مجلس الدولة رأيه في المشاريع التي يتم إخطاره بها حسب الأحكام المنصوص عليها في المادة 04 أعلاه ، ويقترح التعديلات التي يراها ضرورية".

فجاء مصطلح " المشاريع " مبهم حيث أحالتها المادة 12 إلى المادة 04 من ذات القانون العضوي و التي جاء نصها كالآتي : " يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين حسب الشروط التي يحددها هذا القانون ، والكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي". يظهر لنا جليا أن هذه المادة لا تمنحنا إجابة على السؤال المطروح، وان كان النظام الداخلي قد حاول سد هذا الفراغ ، فان القانون العضوي هو الأنسب لتنظيم هذه المسألة على أساس أنه 1 أولا: القانون العضوي هو الأنسب قانونا لتحديد مسألة طبيعة القوانين.

ثانيا: القانون العضوي يتسم بالاستقرار و الديمومة مقارنة مع النظام الداخلي.

ثالثا: من خلال النظام الداخلي.

بالنسبة للاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة جاء نص المادة 78 الواردة في قسم الأحكام العامة من الفصل الثالث من الباب الثاني للنظام الداخلي لمجلس الدولة المؤرخ في 26/05/2002 كالآتي: "يكلف مجلس الدولة بإعطاء الآراء حول مشاريع القوانين".

ومنه نفهم أن النظام الداخلي لمجلس الدولة حاله حال القانون العضوي 01/98 رغم أنه كان من المترقب قبل صدوره أن يفصل في ما يخص اختصاصات مجلس الدولة إلا أنه جاء مبهما ولم يحدد المقصود بمصطلح "مشاريع القوانين" هذا الأخير الذي يحتمل المفهومين اللذان تم توضيحها أعلاه.

¹ عبد الرزاق زويينة ، المرجع السابق ، ص 25

رابعاً: من خلال رأي مجلس الدستوري رقم 06/ر.ق.ع.م.د/98 ، المؤرخ في 1998/05/19 :

بما أن المؤسس الدستوري دون غيره من المؤسسات الدولة يحتكر تفسير أحكام الدستور، كما أن قراراته والآراء الصادرة عنه محصنة بالحجية المطلقة تطبيقاً للمادتين 168 و169 من الدستور ،فمجلس الدولة وكذلك مؤسسات الدولة الأخرى، عليهم أن يأخذوا باجتهادات المجلس الدستوري ولا ينحرفوا عنه.

ولقد كانت المادة 04 من القانون العضوي 01/ 98 السالفة الذكر قبل أن تعدل من قبل المجلس الدستوري كما يلي: "يبيدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين والأوامر، حسب الشروط التي يحددها هذا القانون و الكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي. كما يمكن أن يبيدي رأيه في مشاريع المراسيم التي يتم إخطارها بها من قبل رئيس الجمهورية أو الوزير الأول، حسب الحالة".

نفهم من هذه المادة قبل تعديلها ، أن المشرع أراد من خلالها منح مجلس الدولة ممارسة مهامه الاستشارية كاملة لتشمل جميع النصوص القانونية على اختلاف مصدرها ووظيفتها، سواء كانت تشريعاً أو تنظيمياً وبالتالي وسع نطاق الاستشارة، بناءً على القراءة الواسعة لمصطلح "مشاريع القوانين" من المادة 119 من الدستور.

ولكن بعد تعديل المجلس الدستوري في رأيه رقم 06/ر.ق.ع.م.د/98 المؤرخ في 1998/05/19 والمتعلقة بمراقبة القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة كما جاء سابقاً، فإن المجلس الدستوري حصر نطاق الاستشارة في مشاريع القوانين ،وبالتالي أخذ بالمفهوم الضيق والقراءة الحرفية لمصطلح مشاريع القوانين¹

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 184

-من خلال ما سبق يساهم مجلس الدولة في الاقتراح التشريعي من خلال اقتراح التعديلات التي يراها ضرورية عند مراجعته لمشروع النص المعروض عليه¹، فقد منح له المشرع ضمناً حق المشاركة في إعداد التشريع، إذ تنص المادة 12 من القانون العضوي رقم 01/98 على أن "ييدي مجلس رأي في المشاريع التي يتم إخطارها بها حسب الأحكام المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه، ويقترح التعديلات التي يراها ضرورية".

يساهم كذلك مجلس الدولة في الاقتراح التشريعي من خلال التقارير السنوية التي يقدمها طبقاً للمادة 6 من القانون العضوي رقم 01-98، فالاقترحات التي يقدمها مجلس الدولة في تقريره السنوي الذي يرفعه إلى رئيس الجمهورية تتضمن تقدير نوعية قرارات الجهات القضائية الإدارية التي رفعت إليه وحصيلة نشاطاته، كما يتضمن مختلف المعايينات عن النقائص الموجودة في مشروعات القوانين التي عرضت عليه خلال سنة.

فكل الاقتراحات المقدمة من خلال هذه التقارير والتي تدخل ضمن الصلاحيات الاستشارية المعترف بها لمجلس الدولة بموجب المادة 6 أعلاه تخول له حق الاقتراح التشريعي والهدف من التقرير السنوي هو التعريف بمجلس الدولة ونشاطاته وجلب انتباه السلطات العمومية حول النقائص الموجودة في المنظومة القانونية وكيفية معالجتها، كما أنه بالنسبة لمجلس الدولة وسيلة لاقتراح التعديلات والإصلاحات الضرورية على المنظومة التشريعية.

الفرع الثاني: مشاركة مجلس الدولة في العمل التشريعي

¹ جازية صاش، المرجع السابق، ص 418

يمارس مجلس الدولة وظيفته الاستشارية باعتباره جهاز فني متخصص يتولى مراجعة و صياغة القوانين ، من خلال رقابة نوعية مشروع النص المعروض عليه لمراجعته وإبداء رأيه فيه من خلال البحث عن مدى مطابقته مع القانون السائد¹.

أولاً: رقابة مجلس الدولة على نوعية مشروع النص

1- الرقابة الشكلية: أول ما يقوم به مجلس الدولة وهو يمارس رقابته يتمثل في تحديد طبيعة نصوص مشروع القانون المعروض عليه إن كانت تشريعية أولائية ويحدد الموضوع الذي تندرج فيه، ولا تتوقف رقابة مجلس الدولة عند مجرد المراجعة اللغوية للصياغة إنما تشمل جانب أكبر أهمية، يتمثل بكفالة التوفيق قدر المستطاع بين تشريعات الدولة ورفع احتمالات التضارب فيما بينها وتوحيد الاتجاهات والتنبيه إلى ما قد يوجد بينها من تعارض أو خلط². وان رقابة نوعية الشكل لا يعني فقط مسايرة مشروع النص للقانون ، وإنما يقوم مجلس الدولة من خلال رقابته بتذكير جهة الإدارة بضرورة الترابط بين القاعدة القانونية الجديدة والنصوص الموجودة من قبل والتي سوف تضاف إليها هذه القاعدة ويبحث فيما إذا كانت هذه النصوص المعروضة تحقق الأغراض المنشودة منها والتي تقصدها الحكومة.

أما العمل الثاني لمجلس الدولة بصدد الرقابة الشكلية فهو يتعلق بهيكل النص من حيث مستواه والخطة المعروضة فيه وطبيعة المواد القانونية ، وطريقة تسلسلها وترابطها والنظام القانوني المستخدم ، ويحرص مجلس الدولة على أن تكون النصوص محررة في أسلوب واضح ودقيق من أجل ضمان وجود نص قانوني واضح لا يكتنفه الغموض ، ويقول الدكتور سليمان محمد الطماوي بهذا الشأن : "إن الصياغة هي مجرد إفراغ الحكم المقترح في العبارة القانونية السليمة المؤدية للمعنى دون لبس ودون نقص أو زيادة"³.

¹ جازية صاش، المرجع السابق، ص 412.

² ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر، 2000، ص 175

³ سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء الالغاء ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، 1976 ، ص 161-162

وان هذه الرقابة ضرورية وهي ضمانة من الضمانات التي تحقق عدم تعرض النص القانوني بعد إصداره إلى تفسيرات وتأويلات متناقضة وغامضة.

2) الرقابة على الصفات الموضوعية (تقدير الملائمة)

إن رقابة مجلس الدولة على نوعية مشروع النص القانوني المعروض عليه لا تقتصر على الشرعية بل تتعدى هذا الدور للبحث في تقدير ملائمة مع المصلحة العامة.¹

وان الرقابة مشروع القانون في هذه الشأن تكون أكثر اتساعا من الرقابة التي يقوم بها المجلس في إطار وظيفته القضائية عندما يفصل في المنازعات الإدارية المعروضة عليه إذ تبرز مهمته في الدعوى القضائية الإدارية في التحقق من احترام الإدارة فيما اتخذته من تصرفات لمبدأ المشروعية، و يتمتع عن تقدير مدى ملائمة التصرف المطعون ضده، أما في إطار وظيفته الاستشارية فتكون له نظرة واسعة فيبحث ويتطرق إلى ملائمة مشروع النص المعروض للظروف القائمة من حيث تبريراته الاجتماعية والاقتصادية فيبدي الملاحظات التي يراها هامة فيما يتعلق بمدى توافق النصوص مع أهدافها²، ولا يتردد عند ابداء رأيه في مشروع القانون في الابتعاد عن وجهة النظر القانونية البحتة للدخول إلى مجال تقدير الوقائع فيضع تقييما للمزايا والعقبات التي يمكن أن تواجه مشروع النص المعروض عليه ويتحقق من فعالية التعديل المطروح وإمكانية نجاحه.

ورقابة الملائمة التي يمارسها مجلس الدولة يجب فهمها من وجهة نظر إدارية عادية فهو لا يبدي آرائه فيها يتعلق بالاختيارات السياسية للحكومة ولكن فيما يتعلق بطرق تطبيقها.

ثانيا: رقابة مجلس الدولة حول مدى توافق مشروع النص مع القانون

¹ عبد الرزاق زويينة، الراي الاستشاري لمجلس الدولة، المرجع السابق، ص 29

² ماجد راغب حلو، القضاء الاداري، المرجع السابق، ص 175

1- رقابة القواعد الإجرائية: يقوم مجلس الدولة الفرنسي عند مراجعته لمشروع النص المعروض عليه بتوضيح حالات عدم المشروعية المحتملة المتعلقة بالإجراءات، فيتحقق إذا كان بصدد استشارة مسبقة إلزامية أو اختيارية وان كانت الاستشارة الإلزامية مسبقة بموجب نص دستوري أو نص تشريعي أو لائحي.

وتظهر أهمية هذا النوع من الرقابة في الأنظمة التي تمنح لمجلس الدولة صلاحيات واسعة في المجال الاستشاري بحيث يبدي رأيه في مشروعات القوانين والأوامر والمراسيم، أما بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري الذي تتمثل صلاحياته الاستشارية في مجرد مراجعته لمشروعات القوانين فإن البحث في مدى مراعاة القواعد الإجرائية ينحصر في التأكد من أن الإخطار ورد من الجهة المختصة ووفقا للإجراءات المحددة قانونا¹

2) رقابة مدى مراعاة قواعد الاختصاص: إن المادة 122 من الدستور الجزائري حددت مجال تدخل السلطة التشريعية، كما حددت المادة 125 منه نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بمعنى أن المؤسس الدستوري جعل الموضوعات المحددة حصرا للمشرع تخرج من مجال السلطة التنظيمية (اللائحية) والمجلس الدستوري هو المكلف بمراقبته مدى تطبيق هذه النصوص، ومع ذلك مجلس الدولة من خلال فحصه لمشروع القانون المعروض عليه وفي إطار وظيفته الاستشارية يراقب مدى احترام الحكومة لقواعد الاختصاص، ففي حالة اعتداء التشريع على مجال اللائحة في مشروع القانون الذي تقدمه الحكومة، فإن مجلس الدولة يصحح الوضع عند مراجعته لمشروع القانون.

يدرج ضمن تأشيريات القانون أو استشارة مجلس الدولة تحت العبارة التالية: "...بعد استشارة مجلس الدولة..." وعلى مجلس الدولة أن يتأكد أيضا إذا كان المشروع القانوني المعروض

¹ بوجادي عمر، المرجع السابق، ص 329

عليه قد أشار أو نص، ضمن تأشيراته على موافقة الوزارة المعنية، وهذا لكي يضمن في الأخير بأن العمل بين الوزارات قد احترم كل الإجراءات القانونية.

(3) رقابة مدى مراعاة القواعد ذات القيمة الأعلى

يراقب مجلس الدولة من خلال دراسته لمشروع النص مدى احترام الحكومة لقاعدة تدرج القوانين و مفاد قاعدة تدرج القواعد القانونية أنه على مختلف الهيئات والسلطات العمومية أن تحترم في ممارسة أعمالها القانونية والمادية، مبدأ تدرج القوانين في شكل تدرج هرمي يكون على أعلى قمة نص قانوني في الدولة وهو الدستور.

ويكون ذلك على أساس احترام الأعمال وقرارات الهيئات والسلطات الأعلى منها درجة من الناحية الشكلية والموضوعية على حد سواء.

ترتبط قاعدة تدرج القوانين ارتباطا وثيقا بمبدأ المشروعية، حيث لا يمكننا أن نتصور قيام هذا المبدأ إلا من خلال قاعدة تدرج الأشكال والقواعد القانونية، بل تعتبر هذه الأخيرة مضمون المبدأ في حد ذاته، ومبدأ المشروعية هو خضوع ومطابقة القرارات الإدارية مهما كانت طبيعتها وموضوعها وشكلها للقانون في مفهومه الواسع.

ويستند مجلس الدولة أثناء مراقبته لمشاريع النصوص القانونية ومدى مطابقتها للقانون إلى قاعدة تدرج الأشكال والقواعد القانونية من جهة وإلى مبدأ المشروعية من جهة أخرى، حيث تعتبر الأولى ممارسة رقابة مطابقة القانون من الناحية الشكلية، في حين يعني مبدأ المشروعية الناحية الموضوعية لهذه الرقابة.

المطلب الثاني: حدود الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة

إن الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر ضيقة ومحدودة جدا، فهو لا يبدي رأيه إلا بخصوص مشاريع القوانين للمادة 119 فقرة 3 و المادة 4 من القانون العضوي

رقم 01/98، أما الأوامر الصادرة عن الرئيس الجمهورية طبقا للمادة 124 من الدستور فإنه لا يؤخذ بشأنها رأي مجلس الدولة، كما لا تخضع مشاريع القرارات التنظيمية الصادرة طبقا للمادة 125 من الدستور لاستشارته.

ويرجع سبب تقليص الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة إلى تفسير الخاطئ الذي أبداه المجلس الدستوري بشأن المادة 119 فقرة 3 من الدستور، ذلك التفسير الضيق الذي لا يتفق مع ما هو معمول به في الأنظمة المقارنة.

الفرع الأول: الاختصاص الاستشاري الفعال لمجلس الدولة الفرنسي

يعتبر مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأته الأولى بموجب دستور السنة الثامنة للثورة الفرنسية، حيث خولته المادة 52 منه تحضير مشاريع القوانين والأنظمة¹، بل نشأ من أجل هذه الاختصاصات الاستشارية ليكون جهة مكلفة بإعطاء الرأي والمشورة للحكومة في المسائل التشريعية أو اللائحية.

فكانت وظيفة مجلس الدولة باعتباره هيئة استشارية تنحصر أساسا في إعطاء المشورة والرأي للفصل في الشؤون القانونية والمسائل الإدارية حيث نصت المادة 52 من الدستور أعلاه "يختص مجلس الدولة، تحت إشراف القناصل بصياغة مشروعات القوانين ولوائح الإدارة العمومية وحل الصعوبات التي تظهر في المجال الإداري".

وقد احتفظ مجلس الدولة الفرنسي باختصاصاته الاستشارية التي تضمنها معظم الدساتير الفرنسية خاصة منها دستور 1852 ودستور 1958، وبهذا يعتبر الاختصاص الاستشاري هو الاختصاص الأصيل لمجلس الدولة الفرنسي.

¹ محمد الصغير بعلي، لمرجع السابق، ص 22

أولاً: الاستشارة الإلزامية لمجلس الدولة الفرنسي.

إن القانون مجلس الدولة الصادر في 31 يوليو 1945 نص في المادة 21 منه على وجوب عرض مشروعات القوانين التي تقترحها الحكومة وكذا مشروعات الأوامر واللوائح على مجلس الدولة لإبداء رأيه فيها.

ولما صدر الدستور الفرنسي لسنة 1946، فإنه لم يتضمن أية إشارة للاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة، مما ترك المجال مفتوحاً للسلطة التشريعية لسحب الاختصاصات التشريعية من المجلس، حيث تنص المادة 13 من الدستور الفرنسي على أن: "الجمعية الوطنية تصوت وحدها على القانون"، إلا أنه من الناحية الواقعية والعملية وظيفة مجلس الدولة لم تكن محل منازعة، بل احتفظ بكافة اختصاصاته وفقاً لقانون 1945، بل اتسعت مهام الاستشارية بصفة ملموسة¹.

و بصدد الدستور الفرنسي لسنة 1958 تم النص صراحة على الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة حيث تضمن هذا الدستور أربع حالات لأخذ رأي مجلس الدولة بصورة إلزامية تتمثل فيما يلي:

1) تقرر المادة 39 فقره 2 من الدستور الفرنسي على أن يتم أخذ رأي مجلس الدولة بالنسبة لمشروعات القوانين قبل مناقشتها في مجلس الوزراء، وتقرر المادة 38 من هذا الدستور ذات الأمر بالنسبة لمشروعات الأوامر التي يجب أخذ رأي مجلس الدولة بشأنها بصفة إلزامية.

2) كما تفرض المادة 37 فقرة 2 أخذ رأي مجلس الدولة فيما يتعلق بمشروعات المراسيم التي تعدل النصوص ذات الشكل التشريعي التي تم إقرارها قبل العمل بالدستور الجديد والتي تتناول موضوعات لائحية بموجب هذا الدستور.

¹ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 156.

3) تنص المادة 37 من الدستور على وجوب أخذ رأي مجلس الدولة كقاعدة عامة بالنسبة لكل المراسيم التنظيمية.

4) يتعين كذلك أخذ رأي مجلس الدولة بالنسبة لكل مشروعات القوانين الاستثنائية، سواء تعلقت بتعديل الدستور أو القوانين المالية أو القوانين خاصة بالمصادقة على معاهدة دولية أو اتفاقية.

وكقاعدة عامة استشارة مجلس الدولة إلزامية عندما يقرر القانون ضرورة النص التشريعي أو اللائحي عليه وان اختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن لا يمكن أن يكون مقيدا بالحالات المنصوص عليها في الدستور فحسب، ففي الواقع أكثر آراء مجلس الدولة تصدر بناء على نصوص تشريعية بل و لائحية، إذ كثيرا ما تنص القوانين على أن المراسيم التنظيمية المطبقة لها تصدر بعد أخذ رأي مجلس الدولة¹.

وقد شجع المجلس الدستوري في فرنسا توسيع² مجال الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة حيث اعتبر في أحد قراراته: "أن بعض الإجراءات يكون من شأنها الإضرار بالمبادئ الأساسية المتعلقة،بحرية إدارة الهيئات المحلية ونظام الملكية،وان الالتزام باللجوء إلى مرسوم صادر بعد أخذ رأي المجلس الدستوري يجب اعتباره في هذه الحالة ضمانا أساسية بالنسبة للهيئات والأفراد المعنيين بهذه الإجراءات ويكون لهم الحق بهذا الوضع في الاعتراض عليها ولهذا السبب فان هذه النصوص تدخل ضمن اختصاص المشرع فيما لو نصت على صدور المراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة وحددت الشروط والأوضاع التي يوجد فيها ما يدعو لإصدار هذه النصوص."وفي هذا القرار يتضح أن المجلس الدستوري في فرنسا لم يحصر الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة بالنظر إلى أحكام الدستور بل اعترف

¹ حمدي أبو النور السيد العويسي ، الادارة الاستشارية و دور القضاء الاداري في الرقابة عليها ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان كلية الحقوق ، 2003 ، ص 374-375 .

² محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 32

للمشروع بحقه في منح هذا الاختصاص لمجلس الدولة، ولم يعتبر ذلك مساساً بأحكام الدستور ما دام الإجراء اتخذ كضمانة أساسية للأفراد.

ومفاد الاستشارة الإلزامية أنه لا يمكن للحكومة أن تتخذ التصرف قبل أخذ رأي مجلس الدولة بشأنه إلا أنها غير ملزمة بمضمونه .

ثانياً: الاستشارة الاختيارية لمجلس الدولة

تكون استشارة مجلس الدولة اختيارية كقاعدة عامة في حالة عدم وجود نص يفرض هذه الاستشارة، وذلك سواء بالنسبة لمشروعات المراسيم البسيطة، أو أية مسألة قانونية يمكن طلب الرأي فيها من قبل الوزراء، وخاصة فيما يتعلق بالصعوبات التي تواجههم بخصوص المسائل الإدارية المختلفة.

كما يمكن للحكومة أن تطلب رأي المجلس الاستشاري لتفسير أو شرح أحكام دستورية بشأن مسألة معينة¹، أو لتفسير نص قانوني أو لإبداء رأي في أي مشكلة قانونية، وتشبهه آراء المجلس أحكامه فهو يحدد المسألة القانونية ويجيب عليها بأسباب مختصرة، كما يمكن لمجلس الدولة أن يبادر باقتراحات للسلطات العمومية حول الإصلاحات التشريعية والتنظيمية التي يرى ضرورة إجراءها.

الفرع الثاني: الدور الاستشاري الفعال لمجلس الدولة المصري:

لقد أحاط المشراع المصري الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بوظيفتين أساسيتين، تتعلق الأولى بإبداء الرأي في مسائل معينة والثانية بمراجعة مشاريع مختلف النصوص القانونية.

¹ حمدي ابو النور عويس ، المرجع السابق ، ص 376 .

أولاً: الإفتاء

يختص هذا القسم بإبداء الرأي القانوني في المسائل التي تهم جهات الإدارة، حيث يتكون كل قسم من إدارات متخصصة لجهات الإدارة المختلفة:

في المسائل الدولية، الدستورية، التشريعية... وغيرها من مسائل القانونية التي تحال إليه نظراً لأهميتها من قبل رئيس الجمهورية، أو الهيئة التشريعية أو أحد الوزراء، أو رئيس مجلس الدولة.

في المسائل التي ترى إحدى اللجان الاستشارية للمجلس فيها رأياً مخالفاً للجنة أخرى أو للجمعية العمومية.

في المنازعات التي تثار بين الوزارات، أو بين المصالح العامة، أو بينه وبين المجموعات المحلية.

ثانياً: مراجعة الصياغة يتولى قسم مهمة الصياغة القانونية للتشريعات واللوائح، وإعداد مشاريع هذه القوانين واللوائح والقرارات التي تحيلها السلطة التنفيذية إلى مجلس الدولة بهذا الغرض¹.

الفرع الثالث: الاختصاص الاستشاري المبتور لمجلس الدولة في الجزائر.

يرجع سبب تضيق مجال اختصاص مجلس الدولة في الجزائر إلى تفسير المجلس الدستوري لأحكام المادة 119 فقرة 3 من الدستور بمناسبة مراقبة تطابق القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة لأحكام الدستور.

¹ سامي جمال الدين المرجع السابق، ص 361.

فقبل رقابة المجلس الدستوري للقانون العضوي وإعادة صياغة المادة 43 منه، كان المشرع في مشروع القانون المتعلق بمجلس الدولة قد وسع من نطاق الوظيفة الاستشارية للمجلس ومنح له اختصاصات شاملة في مجال مراجعة القوانين بمفهومها الواسع¹. إلا أنه بموجب الفقرتين 4 و5 من رأيه، استبعد المجلس الدستوري مشاريع الأوامر ومشاريع المراسيم التنظيمية من مجال الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة، وذلك بإعادة صياغة المادة 4 من القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة، واعتبار المادة 13 منه غير مطابقة للدستور مما استوجب إلغائها.

ان المجلس الدستوري اعتمد للتضييق من الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة على أحكام المادة 153 من الدستور يرى أن هذه المادة تخول المشرع تحديد اختصاصات أخرى لمجلس الدولة غير منصوص عليها في الدستور فيما يتعلق بالوظيفة القضائية دون الاستشارية، واعتبر هذه الأخيرة محددة حصراً، في مراجعة مشاريع القوانين طبقاً للمادة 119 فقرة 3 من الدستوري على سبيل الحصر تتعلق بمشاريع القوانين دون سواها التي تعرض وجوباً على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها قبل عرضها على مجلس الوزراء طبقاً للمادة 119 الفقرة الأخيرة من الدستور.

أما بخصوص الفقرة 5 من رأي المجلس الدستوري و الذي انتهى بموجبها إلى عدم دستورية المادة 13 من القانون العضوي و التي تنص، على إمكانية مجلس الدولة و بمبادرة منه جلب انتباه السلطات العمومية حول الإصلاحات التشريعية أو التنظيمية أو الإدارية ذات المنفعة العامة، وحتى و إن كان ذلك اختيارياً، فإنه يكون قد أسند له اختصاصاً يتعدى نطاق الاختصاصات الاستشارية.

¹ عبد الرزاق زويبة، الرأي الاستشاري لمجلس الدولة، المرجع السابق، ص 25.

إن المجلس الدستوري لم يوفق فيم ذهب إليه من تقليص دور الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة ، حيث كانت رقابته لمدى مطابقة القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة لأحكام الدستور مجرد رقابة شكلية اعتمد فيها على حرفية النصوص دون البحث عن نية المؤسس الدستوري لتحديد المقصود بعبارة " مشاريع القوانين " الواردة في المادة 119 فقرة 3 من الدستور ، فهو لم يهتم بروح النص و جوهره ، و تمسك بالمعنى الظاهري و الشكلي له عندما قرر التضييق من اختصاصات مجلس الدولة الاستشارية و حصرها في مجرد مراجعة القوانين بمعناها الضيق دون سواها ، و يعتبر تفسير المجلس الدستوري غير مؤسس قانونا 1 و ذلك للأسباب التالية :

أولا : إن المجلس الدستوري لم يراع فكرة تدرج القواعد القانونية عند تفسيره لأحكام المادة 119-3 من الدستور 2 ، فإذا كانت هذه الأخيرة تمنح لمجلس الدولة صلاحية مراجعة القوانين ، فمن باب أولى أن يكون له صلاحية مراجعة القوانين الأدنى مرتبة أي المراسيم التنظيمية تطبيقا للقاعدة المعروفة " من يملك الأكثر يملك الأقل " 3

ثانيا : إن المجلس الدستوري تجاهل الطبيعة القانونية للأوامر و التي تكتسب بعد المصادقة عليها من الطبيعة التشريعية ، وقوة القانون و مجاله و حصانته.

فبهذا المعنى فإن مشاريع الأوامر لا تختلف عن مشاريع القوانين ، و كان من المفروض تماشيا مع ما هو معمول به في الانظمة المقارنة ، أن تخضع لمراجعة مجلس الدولة .

ثالثا : ان المجلس الدستوري فسر المادة 119 فقرة 3 من الدستور استنادا إلى المعيار الشكلي ، فحصر القانون في القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية متجاهلا المعيار المادي .

¹ محمد الصغير بعلي المرجع السابق ، ص 189

² عبد الرزاق زوينة ، ا لراي الاستشاري لمجلس الدولة ، المرجع السابق ص 26

³ رشيد خلوفي ، مجلس الدولة ، مجلة الموثق ، العدد 2 جويية - اوت 2001 ، ص 35

و يقول أنصار النظرية المادية إن التنظيم يتضمن قواعد عامة مثله مثل التشريع فهو يعتبر قانونا من الناحية المادية ، و إن التميز الوحيد بين التشريع و التنظيم يكمن في الجهة المصدرة لهما و القوة الإلزامية لكل منهما 1 .

و من هذا الجانب كان على المجلس الدستوري أن يفسر عبارة " مشروعات القوانين " الواردة بالمادة 119-3 من الدستور تفسيرا واسعا يتماشى مع الفقه القانوني و يترتب عليه كل الآثار القانونية بأن يجعل اختصاصات مجلس الدولة الاستشارية شاملة لكل القوانين التشريعية منها و التنظيمية .

و في الأخير و نظرا أن القرارات و الآراء الصادرة عن المجلس الدستوري محصنة بالحجية المطلقة 2 ، و ان هذا الأخير ضيق من مجال الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة بصفة واضحة و صريحة ، وذلك بعدم منحه صلاحية إبداء الرأي فيما يتعلق بمشروعات الأوامر و القرارات التنظيمية.

المبحث الثاني : مدى فعالية الدور الاستشاري لمجلس الدولة

إن الدور الاستشاري لمجلس الدولة لا يتوقف فعاليته على مدى اتساع نطاق الوظيفة الاستشارية و شمولها مختلف النصوص القانونية ، من مشاريع القوانين ، بل هناك مسألة أخرى لا تقل أهميتها عن ما سبق و هي تكمن في مدى إلزامية هذه الاستشارة سواء في كونها إجراء تجبر الحكومة على اتخاذه ، أو في كونها آراء قد تعدل أو تلغي مشروع القانون.

¹ عمار عوايدي ، نظرية القرارات الادارية بين علم الادارة العامة والقانون الاداري ، المرجع السابق ، ص 44 و 46
² عبد الرزاق زويينة ، لراي الاستشاري لمجلس الدولة ، المرجع السابق ص 27 .

المطلب الأول : طبيعة الاستشارة بين الاختيارية و الإلزامية

إن موضوع طبيعة الآراء الاستشارية لمجلس الدولة جد هام ، لأنها الصورة التي تعكس الأهمية التي يعطيها المشرع للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة¹ كما أنها المقياس القانوني لمعرفة درجة فعالية الدور الاستشاري لمجلس الدولة

الفرع الاول : الاستشارة كإجراء ملزم للحكومة

بالنسبة للتشريع الجزائري ، فالحديث عن استشارة مجلس الدولة من قبل الحكومة باعتباره إجراء إما لازما أو اختياريا ، نجده من غير ممكن لأن نطاق الاستشارة لا يسمح بذلك فالمشرع كان قد حدد و قلص مجال استشارة مجلس الدولة لتشمل فقط مشاريع القوانين فإذا كان القانون العضوي 01/98 لم يسمح للمجلس أن يبدي رأيه إلا في مشاريع القوانين فكيف يمكننا تصور حالات للاستشارة تكون فيها تارة إجبارية و تارة أخرى اختيارية ؟ الحالة الوحيدة التي نجدها عند مجلس الدولة الجزائري هي أن الاستشارة إلزامية حول مشاريع القوانين ، فما المفيد من عبارة المادة 119 من الدستور في فقرتها الأخيرة و التي تنص على:

" تعرض مشاريع القوانين بعد الأخذ برأي مجلس الدولة " إن استشارة مجلس الدولة بخصوص مشاريع القوانين ، استشارة إلزامية و ليست اختيارية ، و بالتالي فان السلطة التنفيذية ملزمة بطلبها .

من خلال هذا النص الدستوري نستخلص أن الاستشارة استشارة إلزامية ، و مع ذلك يبقى نص المادة 04 من القانون العضوي 01/98 ، غامضا و لا يفصل في الأمر ويقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زويينة " ... و من المؤسف أن المادتين 01 و 12 من القانون العضوي 01/98 ، لا تفيدان البتة الصفة الإلزامية للاستشارة ، وهذا بالرجوع إلى الألفاظ

¹ بن جلول مصطفى ، المرجع السابق ، ص 97

العامة التي حررت بها ، و كان على محرر هذه المرجعية أن يستمد حكم المادتين السابقتين من القاعدة الدستورية تطبيقا لقاعدة تدرج القوانين¹ .

و لكن بالنظر إلى الحيثية الثانية حول طبيعة الاستشارة في رأي المجلس الدستوري رقم 06/ ر. ق . ع / م . د / 98 المؤرخ في 19/05/1998 ، و هو بصدد تعليل رأيه حول المادة 04 من القانون العضوي 01/98 يتأكد لنا استشارة مجلس الدولة هي ملزمة بالنسبة للحكومة و ذلك في قوله : " ... و اعتبارا أن الاختصاصات الاستشارية ... تتعلق بمشاريع القوانين دون سواها التي تعرض وجوبا على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها قبل عرضها على مجلس الوزراء " .

فبقراءة فحوى نص المادة 04 و المادة 12 من القانون العضوي 01/98 ، المتعلق بمجلس الدولة ، لا نستشف صيغة الإلزام أو الجبر ، حيث جاء نص المادتين عاما لا يميز ما إذا كانت الاستشارة إجبارية أم اختيارية .

يترتب على ذلك أن استشارة مجلس الدولة تكون وجوبيا قبل إيداع الوزير الأول مشاريع القوانين لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني ، ومن ثم فان كل قانون لا يتضمن هذا المقتضى يعتبر و كأنه خالف قاعدة شكلية جوهرية دستورية ، يمكن أن تعرض النص لعدم دستوريته إذا ما تم إخطار المجلس الدستوري ، فلا شك في أنه سيثير هذه الشكلية تلقائيا دون الخوض في مسائل الموضوع ويقول الأستاذ عبد الرزاق زوينة: "... لكن الممارسة تسمح لنا أن نسجل بكل أسف عدم الإشارة إلى هذا المقتضى ضمن القوانين التي أبدى مجلس الدولة رأيه فيها .. "

و تجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي مستقر على تطبيق هذه القاعدة الجوهرية بصفة ثابتة و دائمة¹

¹ عبد الرزاق زوينة ، الرأي الاستشاري لمجلس الدولة ، المرجع السابق ص 30

يتمثل لنا الوضع في الجزائر في الاستشارة الإجبارية غامضا و محدودا جدا ، و في الاستشارة الاختيارية معدوما تماما .

و هذا من الأمور التي تحول دون التكلم عن مهمة استشارية بارزة في القانون الجزائري. كما تجدر الإشارة إلى أن تعديل المجلس الدستوري لنص المادة 04 من القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة ، الذي كان ينص على حالات اختيارية ، إضافة إلى حالات إجبارية متعددة ، الأمر الذي شكل عائقا أمام تجسيد وظيفة استشارية كاملة و ظاهرة و مهما اختلفت حالات الاستشارة و أنواعها سواء كانت إجبارية أو اختيارية .

فالسؤال المطروح هنا يكمن في مدى إلزامية الاستشارة كموضوع ، أو بعبارة أخرى ماهي القيمة القانونية التي يتمتع بها رأي مجلس الدولة ؟ و هل الحكومة ملزمة بتعديل مشروع القانون حسب الرأي الاستشاري لمجلس الدولة حوله ؟ .

الفرع الثاني : الرأي الاستشاري كموضوع غير ملزم للحكومة:

من القاعدة العامة التي تعتبر أن آراء مجلس الدولة هي مجرد آراء استشارية ، لا تلزم الحكومة في شيء ، بل تعطي لها الحرية الكاملة في إتباع رأي المجلس أو عدم الأخذ به فان النصوص القانونية تشير فقط إلى استشارة المجلس من عدمها ، إلا أنها لم تنص على مسألة إتباع الحكومة لتلك الاستشارة مما يجعلها حرة في ذلك .

و بعد الانتهاء من إجراءات المناقشة و التصويت على مستوى القسم الاستشاري داخل مجلس الدولة حول مشروع النص القانوني المعروض عليه ، فان رأي مجلس الدولة هنا يحتمل ثلاثة صور :

(1) الموافقة على المشروع

(2) الرفض الكلي لمشروع ، كما في حالة عدم دستورية و اقتراح مشروع جديد

¹ بن جلول مصطفى ، المرجع السابق ، ص 57

3) التعديل الجزئي في المشروع ، فيوافق على جزء منه و يرفض جزءا آخر أو يعدله 1 و بعد أن يصل الرأي الاستشاري لمجلس الدولة إلى الحكومة ، فان لهذه الأخيرة الحرية في الاختيار ، إما المصادقة على تقرير مجلس الدولة ، أو أن ترجع و تبقى على نص المشروع الأول الذي اقترحته ، غير أنه لا يمكنها إصدار نص مختلف عن مشروعها الأساسي الذي أحاله لاستشارة مجلس الدولة 2 . كما لا يمكن لها أن تمزج بين النصين الأول و النص المقترح من قبل مجلس الدولة ، و لقد صرح الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زويينة المستشار السابق ، بمجلس الدولة في مقاله حول الرأي الاستشاري لمجلس الدولة فيما يخص إلزامية الحكومة الأخذ برأي مجلس الدولة بالآتي ، وإذا كان الأخذ برأي مجلس الدولة إلزاميا ، فانه في نفس الوقت مجرد من كل صفة تنفيذية بمعنى أن الجهة المخطرة يمكنها أن تحلل منه فلها حرية الاختيار بأن تأخذ به كليا أو جزئيا أو تطرحه جانبا و أضاف أيضا " و إذا كانت آراء مجلس الدولة غير ملزمة ، فان الحكومات في الأنظمة المقارنة تأخذ بها لأنها تتضمن الرأي القانوني لأعلى هيئة استشارية ، وبالنسبة لنا لا يمكننا الاطلاع على آراء مجلس الدولة ذلك لأنها موجهة أساسا إلى الحكومة ، مما يعني الطابع السري لهذه الآراء . فلا يجوز لمجلس الدولة نشر آرائه أو تمكين الغير من الاطلاع عليها ، إلا بتعليمة من الحكومة هذه الأخيرة التي في حد ذاتها ليست ملزمة بنشر آراء مجلس الدولة ، و هذا ما يحول دون معرفة مدى أخذ الحكومة و إتباعها لآراء مجلس الدولة الجزائري .

المطلب الثاني : ضعف الدور الاستشاري لمجلس الدولة

¹ تنص المادة 82 من النظام الداخلي لمجلس الدولة في فقرتها الثانية على : " يحتوي رأي مجلس الدولة على اقتراحات تركز على اثناء النص او تغييره او الغائه ، اذا كان يحتوي على قرارات قد تكون منافية للدستور " .
² محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 185 .

إن ضعف الدور الاستشاري هو واقع في مجلس الدولة الجزائري ، فمن خلال دراسة النصوص القانونية المتعلقة بذلك ، نجد أن عدم فعالية و ضعف المهمة الاستشارية لمجلس الدولة تتأكد لنا على عدة أصعدة :

الفرع الأول : العوامل المؤثرة في مدى فعالية الدور الاستشاري لمجلس الدولة

اولا : تقليص نطاق الاستشارة¹ : ضعف المهمة الاستشارية متوقف على المجال و

الاختصاص المتاح لها باعتبارها متعلقة بإعطاء الرأي و المشورة للحكومة ، فيؤخذ على المشرع الجزائري أنه جعل نطاق الاستشارة محدودا جدا مما شكل عائقا للوظيفة الاستشارية ، إذن ما دام نطاق الاستشارة يشمل مشاريع القوانين دون سواها ، فستبقى المهمة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر ناقصة وضعيفة .

ثانيا : مدى إلزامية الرأي الاستشاري لمجلس الدولة :

إن ما يصيب الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في صميمها إصابة مباشرة ، هو القوة القانونية التي يتمتع بها الرأي الاستشاري لمجلس الدولة باعتباره يعني عمل الحكومة وما يملئن أن يتعرض إليه من انتقادات المجلس الدستوري أو من الطعن فيه أمام مجلس الدولة كهيئة قضائية فيما بعد و هذا حسب كونه تشريعا أو تنظيميا ، اذ نرى أن إلزاميتها كإجراء جاءت من أهميتها كموضوع ولولا الفائدة التي تقدمها اقتراحات مجلس الدولة باعتباره أعلى هيئة استشارية في الدولة ، لما نص القانون على وجوب الأخذ برأي مجلس الدولة كإجراء ، و ذلك لأنه ليس من المنطقي تشريع هذه الإلزامية في المادة 119 في فقرتها الثالثة من الدستور كشكلية فارغة من دون هدف ، ولكن من جهة أخرى القوة الملزمة للرأي الاستشاري سواء من كونها إجراء أو كونها آراء و اقتراحات قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ بها فهي تبقى

¹ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 185.

مرهونة بنطاق الاستشارة و التي تعتبر جد ضعيفة و محدودة بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري¹ .

ثالثا : من حيث الإطار القانوني : يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعط الأهمية اللازمة لدور الاستشاري لا من حيث الكم و لا النوع ، سواء على مستوى النص الدستوري أو النص التشريعي أو التنظيمي ، فإضافة إلى الغموض الذي يكتنف النصوص القانونية نجد أن المشرع اعتمد طريقة غير ملائمة ، تكمن في إحالته للنظام الداخلي الذي يعتبر غير مستقر نظرا لطبيعته القانونية فتركيز النصوص القانونية سواء على مستوى الدستور أو التشريع على تنظيم الوظيفة القضائية لمجلس الدولة على حساب الوظيفة الاستشارية يمثل إجحافا من طرف المشرع لان الوظيفة الاستشارية هي الأخرى تعطي معنى لمجلس الدولة يميزه عن المحكمة العليا .

رابعا من حيث التنظيم البشري : لم يفصل المشرع بين الأعضاء الموكلة لهم الوظيفة الاستشارية و الأعضاء الموكل لهم الوظيفة القضائية و هذا من شأنه إضعاف الدور الاستشاري لمجلس الدولة و ذلك لإنعدام التخصص الوظيفي .

خامسا : من حيث التنظيم الهيكلي : لم يولي المشرع اهتماما كبيرا للتنظيم الهيكلي لمجلس الدولة في تشكيلته الاستشارية حيث أن جميع مشاريع القوانين مهما كان قطاعها أو الوزارة المنتمي إليها فانه يمر على نفس أعضاء الجمعية العامة و اللجنة الدائمة في حالة الاستعجال .

سادسا : من حيث علاقة مجلس الدولة بالحكومة : إن مدى العلاقة التي تربط مجلس الدولة بالحكومة هي من المسائل المهمة التي تؤثر في مدى فعالية الدور الاستشاري لمجلس الدولة و يتبين أن الذي يربط هذا الأخير بالحكومة من ناحية التعامل بينهما هو الوظيفة

¹ عبد الرزاق زويينة ، المرجع السابق ، ص 25 .

الاستشارية ، باعتبار الأول مستشار للثانية ، أما من ناحية التبعية فنجد أن مجلس الدولة على عكس التشريعات المقارنة في هذا الصدد التي تعتبر مجلس الدولة تابعا للسلطة التنفيذية ، فانه في الجزائر تابع للسلطة القضائية بنص القانون و تبرير المشرع لذلك من أجل حماية الاستقلالية القضائية وكان هذا على حساب اختصاصاته الاستشارية ، و يضيف الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زوينة حيث يقول : " و بالنسبة لمجلس الدولة في بلادنا بالرغم من أن ولادته كاملة ، إلا أنها مهمة استشارية مبتورة على عدة أصعدة"

الفرع الثاني : سبل تفعيل الدور الاستشاري لمجلس الدولة

أولا : توسيع مجال الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة : على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في ما يخص الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر بواسطة تعديلات قانونية توسع مجال الدور الاستشاري ليضم كل المشاريع القانونية ، التشريعية منها و التنظيمية .

و يقول في هذا الأستاذ الدكتور خلوفي رشيد¹ في مقاله المنشور بمجلة الإدارة : "..... إن رد اعتبار الدور الاستشاري لمجلس الدولة يقتضي إعادة النظر في نص المادة 04 من القانون العضوي 01/98 ، بتوسيع مجاله الاستشاري إلى النصوص التنظيمية ، كما جاء في مشروع الحكومة و إلى النشاطات التي تراها هذه الأخيرة ضرورية

ثانيا : إعطاء القوة القانونية اللازمة للرأي الاستشاري : لا بد على المشرع الجزائري أن يضيف على آراء مجلس الدولة نوعا من القوة الإلزامية ، والتي توجب على عارض المشروع احترام ما توصل إليه المجلس ، فإفراغ آراء مجلس الدولة في هذا الطابع التحيزي غير الإلزامي يجعل منها آراء شكلية و صورية ، فما الفائدة من لجوء الحكومة إلى استشارة

¹ خلوفي رشيد ، المرجع السابق ، ص 90

مجلس الدولة مادام أن لها الحرية الكبيرة في عدم الالتزام بأرائه و كيف يتم إلزام الحكومة باستشارة مجلس الدولة دون إعطاء أهمية لرأيه فيما بعد 1 ..

ثالثا : إعادة النظر في الإطار القانوني للتوظيف الاستشارية لمجلس الدولة : من خلال

زيادة الاهتمام بالنصوص القانونية كما و كيفا

رابعا : إعادة النظر فيما يخص تشكيلة مجلس الدولة: وذلك بالفصل بين التشكيليين

الإستشارية و القضائية.

خامسا : من حيث التنظيم الهيكلي : بحيث تخصص أقسام إدارية متخصصة تقوم على

عانتها المهمة الاستشارية على نحو ما تبناه المشرع الفرنسي في هذا الصدد.

¹ بن جلول مصطفى ، المرجع السابق ، ص 129 .

الخاتمة

الخاتمة

تحدد نطاق هذا البحث بدراسة الدور الاستشاري لمجلس الدولة هذا الأخير الذي نشأ كجهة قضائية إدارية عليا بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996 الذي أعلن من خلاله المؤسس الدستوري عن تحول القضاء الجزائري من نظام وحدة القضاء إلى نظام الازدواجية القضائية حيث استحدث جهازا قضائيا إداريا موازيا للجهاز القضائي العادي الذي كان موجودا.

وقد تم تحديد الإطار المفاهيمي للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الفصل الأول انطلاقا من دراسة مراحل تطور القضاء الإداري في الجزائر خلال الفترة الاستعمارية وبعد الاستقلال وصولا إلى تبني المشرع الجزائري لنظام الازدواجية القضائية الذي يسمح بوجود هذا الدور بشكل متخصص، وبعد ذلك تم توضيح معنى الاستشارة لغة واصطلاحا بالإضافة إلى الإحاطة بكل النصوص القانونية والتنظيمية التي تشكل الإطار القانوني للوظيفة الاستشارية مع ملاحظة ما يشوبها من نقص من ناحية قلة النصوص القانونية ومن الناحية النوعية وبالخصوص الطريقة المنتقدة كثيرا والتي تؤخذ على المشرع الجزائري وهي الإحالة إلى نظام الداخلي.

وأیضا تم التطرق لتشكيلة الاستشارية لمجلس الدولة من حيث التنظيم البشري أي أعضاء مجلس الدولة باعتبار أن المشرع لم يفرق بين الأعضاء الموكلة لهم المهمة القضائية وأولئك الذين يمارسون الدور الاستشاري، وكذا التنظيم الهيكلي لمجلس الدولة في تشكيلته الاستشارية حيث أن جميع مشاريع القوانين مهما كان قطاعها أو الوزارة التي تنتمي إليها

الخاتمة

فانه يمر على نفس أعضاء الجمعية العامة أو اللجنة الدائمة في حالة الاستعجال وذلك وفقا لإجراءات محددة بموجب المرسوم رقم 98-261 والنظام الداخلي لمجلس الدولة.

أما الفصل الثاني الذي يتعلق بالاطار العملي للوظيفة الاستشارية فتم التعرض لنطاق العمل الاستشاري من خلال تبيان مضمون الاختصاصات الاستشارية التي عهد بها المشرع لأعضاء مجلس الدولة والتي لا تقل أهمية عن الاختصاصات القضائية حيث يساهم بموجبها مجلس الدولة في الحد من المنازعات المحتملة، ويشارك في صنع التشريع عن طريق مراجعة صياغة القوانين من خلال رقابة نوعية مشروع النص المعروض عليه لمراجعته وابداء رأيه فيه اثرءا منه للمنظومة القانونية هذا من جهة ومن جهة أخرى توضيح حدود تلك الاختصاصات الاستشارية التي حصرها رأي المجلس الدستوري في مشاريع القوانين فقط، كما أن الطبيعة القانونية والقوة الملزمة التي تتمتع بها آراء مجلس الدولة واعطاء الحرية لصاحب المشروع في الأخذ برأي مجلس الدولة من عدمه جعلت من مهمة مجلس الدولة مهمة مبتورة على حد تعبير الدكتور عبد الرزاق زوبنة وهذا مقارنة بالتشريعات الأخرى وعلى رأسها مجلس الدولة الفرنسي الذي له دور حيوي في تقديم الرأي والمشورة والاقترحات حول ما يحال اليه من مشاريع القرارات والمراسيم و الأوامر وكذا مجلس الدولة المصري الذي له دور رائد في القضاء الإداري بالنسبة للوطن العربي ويعد ذو خبرة معتبرة فرضت نفسها أن تذكر في هذا البحث وهاته المقارنة من أجل اظهار نقاط الاختلاف بالنسبة للدور الاستشاري لمجلس الدولة في الجزائر وتغطية النقائص التي تشوبه عن طريق جملة من النقاط المهمة وهذا لتواكب الأدوار المهمة التي تتناط بمجلس الدولة في بلدان التي تأخذ بالازدواجية القضائية والتي تعتبر عريقة في هذا النظام.

قائمة المراجع

أولاً: قائمة الكتب

- 1- أبي جعفر بن محمد جرير الطبري، الجزء السابع، دار المعارف، مصر.
- 2- أحمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، مؤسسة الكتاب الوطنية الجزائرية، 1989.
- 3- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998
- 4- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، (ترجمة فائز أنحق، بيوض خالد)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005.
- 5- حسن مصطفى حسين، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1982.
- 6- حسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجديدة الإسكندرية مصر، 2000
- 7- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2000
- 8- محمد العابدي، قضاة الإلغاء، دراسة مقارنة، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995
- 9- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري "مجلس الدولة"، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005
- 10- محمد فؤاد عبد الباسط القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم واختصاصات مجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005
- 11- محمد عبد الله مغازي، الدور التشريعي لمجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2005
- 12- سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية في تنظيم القضاء الإداري "دراسة مقارنة" منشأة المعارف، الإسكندرية 2003

13- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، القاهرة، دار الفكر العربي 1976

14- عبد الله بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، مصر، 1996

15- عمار بوضياف، القضاء الإداري، في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية (62-2000) دار ربحانة، الجزائر، 2000

16- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، 2003

17- عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في النظام الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998

18- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998

19- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري الجزائر، دار هومة، 1998

20- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

ثانياً: قائمة الرسائل الجامعية

1- بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، الجزائر 2011

2- جازية صاش، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008.

3- حمدي أبو عويس، الإدارة الإستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق، 2003

ثالثا: المقالات

- سعيد بو شعير ، مجال القانون في دساتير الجزائر والمغرب وتونس (المبادرة بالتشريع)

مجلة الإدارة، الجزائر، عدد 2 ، 1998

2- رشيد خلوفي، مجلس الدولة، مجلة الإدارية، العدد 01، 1999، الجزائر

3- رشيد خلوفي ، مجلس الدولة ،مجلة الموثق، العدد 02، 2001،

رابعا: قائمة النصوص القانونية

دستور الجمهورية الجزائرية، الصادر في 28 نوفمبر 1996

2- القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق بمجلس الدولة.

3- رأي المجلس الدستوري رقم 06/ر.ق.ع.م.د/98 المتعلق بمطابقته قانون عضوي 01/98

المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله لدستور، الجريدة الرسمية، عدد 37

4- الأمر 978/65

5- المرسوم الرئاسي رقم 240/99 المؤرخ في 27/أكتوبر 1999 المتعلق بالتعيين في

الوظائف المدنية و العسكرية للدولة، جريدة الرسمية، عدد 75

6- المرسوم التنفيذي 201/98 المؤرخ في 29/08/1998 المتعلق بتحديد أشكال

الإجراءات و كفييتها في المجال الاستشاري أمام مجلس الدولة ،الجريدة الرسمية العدد 64

7 المرسوم التنفيذي رقم 261/98 المؤرخ في 29/08/1998 المحدد لأشكال ة كفييات

الإجراءات في المادة الاستثمارية لدى مجلس الدولة،

8-المرسوم التنفيذي رقم 165/03 المؤرخ في 09 افريل 2003 المحدد لشروط و كفييات

تعيين مستشاري الدولة في مهمة غير عادية لدى مجلس الدولة.

9- المرسوم التنفيذي رقم 166/03 المؤرخ في 09 افريل 2003 الذي يحدد كفييات تعيين

رؤساء المصالح و الأقسام لمجلس الدولة و تصنيفهم.

10- النظام الداخلي لمجلس الدولة المؤرخ في 26 ماي 2002

الفهرس

- 1.....المقدمة
- 5.....الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للوظيفة الاستشارية
- 6.....المبحث الأول : تطور القضاء الإداري و ظهور الوظيفة الاستشارية
- 7.....المطلب الأول : مراحل تطور القضاء الإداري في الجزائر
- الفرع الأول : القضاء الإداري خلال فترة الاستعمار الفرنسي بين سنتي (1830-1962)
- 8.....الفرع الثاني : مرحلة الجزائر المستقلة و الإصلاحات القضائية
- 10.....المطلب الثاني : ظهور الدور الاستشاري لمجلس الدولة في الجزائر
- 10.....الفرع الأول : صدور دستور 1996 و ظهور مجلس الدولة
- 12.....الفرع الثاني : خصوصية الازدواجية القضائية في الجزائر
- 15.....المبحث الثاني : ماهية الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر
- المطلب الأول : تعريف الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة و الطبيعة القانونية لها.....15
- 15.....الفرع الأول : تعريف الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة
- 21.....الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لرأي مجلس الدولة
- 23.....المطلب الثاني : التشكيلة الاستشارية لمجلس الدولة
- 23.....الفرع الأول : التنظيم البشري لمجلس الدولة
- 32.....الفرع الثاني : التنظيم الهيكلي لمجلس الدولة
- 34.....المطلب الثالث : الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة في المجال الاستشاري
- 34.....الفرع الأول : المرحلة التحضيرية لفحص مشاريع القوانين
- 35.....الفرع الثاني : مرحلة مناقشة المشروع و البث فيه بالرأي

- 38.....الفصل الثاني : الإطار العملي للدور الاستشاري لمجلس الدولة في الجزائر.....
- 39.....المبحث الأول : نطاق العمل الاستشاري لمجلس الدولة في الجزائر.....
- 39.....المطلب الأول : الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة.....
- 40.....الفرع الأول : مضمون النشاط الخاضع للاستشارة.....
- 44.....الفرع الثاني : مشاركة مجلس الدولة في العمل التشريعي.....
- 48.....المطلب الثاني : حدود الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة.....
- 49.....الفرع الأول : الاختصاص الاستشاري الفعال لمجلس الدولة الفرنسي.....
- 52.....الفرع الثاني : الاختصاص الاستشاري الفعال لمجلس الدولة المصري.....
- الفرع الثالث : الاختصاص الاستشاري المبتور لمجلس الدولة في الجزائر.....
- 53.....
- 56.....المبحث الثاني : مدى فعالية الدور الاستشاري لمجلس الدولة في الجزائر.....
- 56.....المطلب الأول : طبيعة الاستشارة بين الاختيارية و الإلزامية.....
- 56.....الفرع الأول : الاستشارة كإجراء ملزم للحكومة.....
- 59.....الفرع الثاني : الرأي الاستشاري كموضوع غير ملزم للحكومة.....
- 60.....المطلب الثاني : ضعف الدور الاستشاري لمجلس الدولة و سبل تفعيله.....
- الفرع الأول : العوامل المؤثرة في مدى فعالية الدور الاستشاري لمجلس الدولة في الجزائر.....
- 63.....الفرع الثاني : سبل تفعيل الدور الاستشاري لمجلس الدولة.....
- 65.....الخاتمة.....

قائمة المراجع

الفهرس