



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية



## الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها قوة التشريع

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د حقوق في القانون العام

من إعداد الطالبة: فرواني أمال ليندة تحت إشراف: أ.د. بدران مراد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بدران مراد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة أ	د. رمضان فاطمة الزهراء
مناقشا	جامعة عين تموشنت	أستاذة محاضرة أ	د. زعزوعة فاطمة

السنة الجامعية 2020-2021

## شكر وتقدير

" وفوق كل ذي علم عليم " صدق الله العظيم

سورة يوسف آية 76.

الشكر لله عز وجل الذي أنعم علينا باتمام هذا البحث العلمي.

كما أخص بالشكر و التقدير و الإعتراف بالفضل

### للمشرف الأستاذ الدكتور بدران مراد

على إرشاداته القيمة وتوجيهاته السديدة وسعة صدره، وكافة مجهوداته

المبدولة لإتمام هذه الأطروحة، جزاه الله كل خير.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة،

وعلى الخصوص الأستاذ الدكتور تشوار الجيلالي الذي يشرفني ترأسه لهذه

اللجنة، على الجهد المبذول لقراءة وتقييم هذا العمل المتواضع: الأستاذة

زعزوعة فاطمة، الأستاذة رمضاني فاطمة الزهراء.

كما أتوجه بالشكر لكل من ساهم من بعيد أو من قريب بمد يد العون

وعلى أي وجه كان، وأخص بالشكر الزميل الدكتور بن طيفور عبد الباسط

على سخائه في مشاركة جميع المعلومات الشكلية والموضوعية، ودعمه

المستمر لاتمام هذه الأطروحة.

## إهداء

أهدي هذا البحث المتواضع إلى

الوالدين الفاضلين، أسأل الله عز وجل أن يطيل عمرهما و يمدهما

بالصحة و العافية.

أختي الكريمة، جزيل الامتنان و الشكر على الدعم والتحفيز المستمر

وسعة الصدر، أدامك الله لي نعمةً و سندا.

أخي العزيز، أسأل المولى عز وجل أن يكتب له التوفيق في كل خطوة.

## قائمة بأهم المختصرات

ص: صفحة.

ط: طبعة.

د. د. ن: دون دار النشر.

د. س. ط: دون سنة الطبع.

م: المادة.

م.أ: مجلس الأمة.

م.ش.و: المجلس الشعبي الوطني.

ج. ج. د. ش: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق: قضائية.

م. د: مطابقة دستورية.

## Liste des principales abréviations

**Art** : Article.

**Ass.** : Assemblé

**C.E** : Conseil d'Etat.

**CTHS** : Comité des travaux historiques et scientifiques

**DC** : Contrôle de constitutionnalité

**Éd** : édition.

**JORF** : journal officiel de la république française.

**L.G.D.J** : librairie générale de droit et de jurisprudence

**N°** : Numéro.

**Op.cit.** : Ouvrage Précédemment Cité.

**P.U.F** : Presse universitaire de France

**QPC** : question prioritaire de constitutionnalité.

**R.D.G** : revue

**R.D.P** : Revue du droit public

*Rec* : Recueil

**R.F.D.C** : Revue française de droit constitutionnel

**Vol** : Volume

.

مقدمة

---

مقدمة

## مقدمة

إن مرحلة الدستور الضامن لمبدأ الفصل بين السلطات قد انتهت، لتستبدل بنظرية الدستور الحامي للحقوق والحريات، هكذا يمكن اختصار مفهوم الدستورية الحديثة<sup>1</sup> le Néo-constitutionalisme. ويرى المفكرون الذين اتبعوا هذا الاتجاه الفقهي، أن أساس القانون الدستوري المعتمد على الفصل بين السلطات قد تغير منذ 1970، ليستحدث بالقضاء الدستوري<sup>2</sup>.

وقد تزامن تطور مبادئ ومفاهيم الدولة مع تحديث في اختصاصات هيئاتها، فقد كان الفصل بين السلطات سابقا يختصر في استحداث هيئات مختلفة ومستقلة عن بعضها. وبقي هذا الفصل المطلق لدى العديد من المفكرين شرطا أساسيا لأي نظام تمثيلي قائم على السيادة الشعبية، وضمانة ضرورية للمصالح المشتركة والحقوق الفردية<sup>3</sup>.

ومن الناحية النظرية، فإن الفصل المطلق بين السلطات لا يمكن تصوره، خاصة وأن "الدستورية الحديثة" لم تعد تركز على هذا المبدأ<sup>4</sup>، وإنما على القاضي الدستوري وعلى ضمان الحقوق والحريات.

وفي توزيع للوظائف في الدولة، اسندت الوظيفة التشريعية إلى البرلمان منذ بداية مرحلة الملكية المقيدة<sup>5</sup> بإعتباره الممثل الشرعي للإرادة العامة. غير أن التطور

---

<sup>1</sup> - Louis FAVOREU, Propos d'un néo-constitutionnaliste, in le constitutionalisme aujourd'hui, J.-L. Seurin (dir), Economica, Paris, 1984, pp.23-27.

<sup>2</sup> - Dominique ROUSSEAU, Une résurrection: la notion de constitution, R.D.P, 1990, n°1, p.8.

<sup>3</sup> - رابحي أحسن، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، دار الكتاب الحديث، 2013، ص 5.

<sup>4</sup> - يرجع سبب ذلك إلى عجز مبدأ الفصل بين السلطات على ضمان الحدود الفاصلة بين السلطات في الدولة، وبالتالي عدم ضمان الحريات السياسية للمواطنين، للتفصيل أكثر حول هذا الموضوع أنظر:

Dominique ROUSSEAU, op.cit., p.7.

<sup>5</sup> - ظهرت الملكية المقيدة سنة 1689، كحركة فكر سياسي تدعو إلى فصل السلطة التشريعية عن الملك، ويرتكز مبدؤها أساسا على أن مادامت الإرادة العامة الإنسانية هي من تضع القوانين، فلا يجب أن تحصر في

## مقدمة

الذي شهدته الأنظمة الدستورية والتجاذبات السياسية، بالإضافة إلى عجز البرلمان في الكثير من الحالات عن مواجهة الأزمات التي تحتاج إلى الخبرة والدراية، وبغرض التعاون والتكامل بين السلطات، فإن دور السلطة التنفيذية أضح يتنامى على حساب السلطة التشريعية من خلال وسائل قانونية تجد سندها في الدستور.

واستنادا إلى العديد من الاعتبارات العملية، منح للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية صلاحية التشريع عن طريق قرارات لها قوة القانون. وقد اعتمد المؤسس الدستوري الجزائري هذه الصلاحية منذ الدستور الأول الصادر سنة 1963<sup>1</sup> إلى غاية التعديل الدستوري الصادر سنة 2020<sup>2</sup>، باستثناء دستور 1989<sup>3</sup>.

وقد عرفت هذه القرارات بالأوامر في الجزائر، وتحت تسميات مختلفة في الأنظمة المقارنة كلوائح الضرورة، والقرارات بقوة القانون، واللوائح التفويضية، وقد اختلفت هذه التسميات تبعا للشروط المستوجب توافرها، وحالة التي تصدر خلالها.

وإن كانت الأوامر نصوصا قانونية مستوفية لجميع شروطها فإنها ذات طبيعة مختلطة، كونها تشريعا حكوميا يقابل التشريع البرلماني. فهي تمثل من جهة معايير تنظيمية طبقا للمعيار الشكلي لأنها صادرة عن السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس

---

إرادة شخص واحد، وبالتالي لا يحق للملك إنشاء قواعد جديدة أو تعديل أو إلغاء القواعد التشريعية القائمة، وإنما دوره يقتصر في تنفيذها فقط. وقد جعلت هذه النقطة من اشتراك إرادتين (البرلمان والملك) مصدرا للقانون، عوض إرادة الملك لوحده. للتفصيل أكثر حول هذا الموضوع أنظر: عمر فهمي حلمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، دار الفكر العربي، مصر، 1985، ص 286؛ ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، رسالة الدكتوراه، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص 21.

<sup>1</sup> - دستور 1963 المؤرخ في 10/09/1963 ج. ر. ج. ج.، العدد 64.

<sup>2</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، ج. ر. ج. ج.، رقم 82، المتضمن التعديل الدستوري.

<sup>3</sup> - دستور 1989 الصادرة بالمرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فبراير 1989 ج. ر. ج. ج.، العدد 09.



## مقدمة

الجمهورية، ومن جهة أخرى معايير تشريعية كاملة طبقا للمعيار الموضوعي كونها تصدر في المجالات المخصصة للتشريع.

ومادامت الأوامر تشكل معيارا متحركا وغير مستقر، لأن حياتها القانونية تمر بمراحل، فإن تكييفها القانوني يتأثر بتلك المراحل، وبالنتيجة فإن النظام الرقابي الذي قد تخضع له يتأثر كذلك. هذا وظلت هذه الطبيعة القانونية والنظام الرقابي الذي تخضع له الأوامر محل خلاف فقهي، خاصة وأن هناك علاقة طردية بين حجم هذا الاختصاص وإمكانية إساءة استعماله، فيهدد حقوق الأفراد وحياتهم، فكان لا بد من إخضاعها للرقابة.

وتعد الرقابة من أهم الوسائل الفنية التي ابتدعها العلم الدستوري لضمان مبدأ علو الدستور، وأهم الطرق التي لا بد منها لتحقيق العدالة في النزاعات بين الأفراد والدولة، وبما أن الحياة في المجتمع متطورة ومتجددة، فإن النظم القضائية التي تحكم النزاعات تطورت بالموازاة لذلك. ومع ذلك كانت بوادر الرقابة قد ظهرت قبل ظهور الإسلام في جزيرة العرب، فبعد كثرة الاعتداءات على حقوق الضعفاء، ظهر حلف الفضول الذي كان يعتبر أول مظاهر قضاء المظالم في مكة. أما بعد ظهور الإسلام، قلت المظالم بسبب الوازع الديني والرقابة الذاتية في الناس، وذلك إلى غاية عصر الأمويين أين تم إنشاء قضاء المظالم، الذي كان يختص بالنظر في النزاعات التي يكون أحد أطرافها من أقياء المال أو السلطة، و تم العمل به إلى غاية سقوط الخلافة<sup>1</sup>، واستنادا لهذا النظام طورت الدول الغربية من نظامها القضائي. وكان أبرزها إنشاء القضاء الإداري بعد الثورة الفرنسية سنة 1789<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - آدم أبو القاسم أحمد إسحق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار

الكتب القانونية، مصر ، سنة 2014، ص 67-103.

<sup>2</sup> - الرفاعي عبد المجيد، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 347.

## مقدمة

أما في مجال الرقابة على دستورية القوانين والتنظيمات، وبالرغم من تباين واختلاف الأنظمة، إلا أن كل الدول دسترت هذا النوع من الرقابة بإستثناء النظام الانجليزي.

وتبعاً لذلك، قسم الفقه الدستوري هذه الرقابة إلى رقابة سياسية ورقابة قضائية. وقد شهد كل نوع منها نموذجا رائدا فيها. فيستدل بالنموذج الفرنسي في الرقابة السياسية، والنظام الأمريكي كنموذج للرقابة القضائية على دستورية القوانين والتنظيمات.

فبالنسبة للنظام الفرنسي، يلاحظ أنه مر في مجال الرقابة القضائية بمرحلتين أساسيتين، الأولى قبل صدور دستور 1958 والثانية بعد صدور هذا الدستور. ويعتبر الفقيه Abbé Siyes أول من طرح فكرة<sup>1</sup> إنشاء هيئة تختص بالرقابة على مطابقة القوانين للدستور أمام المؤتمر الوطني<sup>2</sup>، وكان ذلك في بداية الثورة الفرنسية، وسميت الهيئة بمحلفين الدستورية<sup>3</sup> Jury Constitutionnaire. غير أن هذه الفكرة تلقت معارضة كبيرة، بسبب التخوف من أن تصبح على رأس جميع السلطات في الدولة. وبالرغم من ذلك نجح هذا الفقيه في إقامة أول هيئة للرقابة السياسية، سميت "بالمجلس الحامي للدستور"، وكانت مهمة هذا المجلس الحفاظ على

---

<sup>1</sup> - Le projet de Sieyes était présenté à la convention nationale le 2 et le 18 thermidor an III – 20 juillet et 5 aout 1795.

<sup>2</sup> - la convention nationale est un régime politique qui gouvernait la république française depuis 1792 jusqu'à 1795, son rôle était d'écrire la nouvelle constitution et décider du sort du roi. Michel BIARD, missionnaires de la République : les représentants du peuple en mission, 1793-1795, Paris, CTHS, coll « CTHS-histoire » N8, 2002, p623.

<sup>3</sup> - écrit à l'époque « *Jurie Constitutionnaire* »

## مقدمة

دستور فرنسا والتحقق من دستورية القوانين و القرارات والمراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية، غير أنه فشل في تحقيق أهدافه<sup>1</sup>.

ومنذ قيام الثورة الفرنسية تعاقب على النظام الدستوري الفرنسي 12 نظاما دستوريا مختلفا، وأجمعت كلها على عدم النص على أية رقابة دستورية أو قضائية على القوانين بصورة صحيحة وكاملة. وإنما وردت بعض الإشارات له دون أي تطبيق عملي. فنجد مثلا في عهد الإمبراطوريتين الفرنسييتين الأولى، والثانية ما كان يعرف بمجلس الشيوخ، حيث كان مكلفا بحماية القواعد الدستورية من كل ما يخالفها، مع وجود بعض الاختلافات في وسائل تحريك الرقابة بين الإمبراطورية الأولى و الثانية، هذه الهيئة الرقابية فشلت لعدم تمكنها من ممارسه اختصاصاتها بصفه مستقلة<sup>2</sup>.

أما في ظل الجمهوريتين الثالثة والرابعة، تم النص على إقرار هيئة مختصة للرقابة على الدستورية سميت باللجنة الدستورية، و لم تكن هذه اللجنة جهة رقابية أو قضاء دستوري وإنما هيئه للتوفيق بين مجلسي الجمعية الوطنية و مجلس الجمهورية، ومن هذه المرحلة بدأت بوادر الطابع السياسي في تشكيل الهيئات الرقابية. وبالنسبة لمضمون ومهام اللجنة الدستورية فكان يتعين عليها فقط فحص القانون والوصول إلى اتفاق بين الجمعية الوطنية و مجلس الجمهورية، ويتبين من اختصاصها أنها بعيدة

---

<sup>1</sup> - Marco FIORAVANTI, *Sieyès et le jury constitutionnaire : Perspectives historico-juridiques*, anales historiques de la révolution française, n°349,2007. pp 90-100.

<sup>2</sup> - ابراهيم محمد حسين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 29؛ يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين و اللوائح و تطبيقاتها في مملكة البحرين و الدول العربية و الأجنبية، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب و الوثائق القومية، 2015، ص 216.

## مقدمة

عن الرقابة على دستوريه القوانين، وأن جوهر أعمالها هو التوفيق بين المجلسين فلا يمكن اتخاذ أي إجراء تجاه القانون غير الدستوري ماعدا إبداء الرأي<sup>1</sup>.

أما في ظل الجمهورية الخامسة وبعد صدور دستور 1958، اتسع نطاق الرقابة بشكل ملحوظ خاصة بعد تعديل الدستور سنة 1974 حيث نص في مادته 56 و ما بعدها على إنشاء المجلس الدستوري. وحسب الأغلبية الفقهية وما أكدته أحكام هذا المجلس، أنه هيئة قضائية استنادا إلى تشكيلته واختصاصاته، وإجراءات النظر في الدستورية أمامه وكذلك القرارات الصادرة عنه والحجية التي تكتسبها<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية، فلم ينص الدستور الأمريكي سواء في النص الأصلي أو في التعديلات على سلطة المحاكم في بسط رقابتها على دستورية القوانين. ويرى بعض الفقه أن عدم النص على ذلك في الدستور هو افتراض واضعي الدستور أن المحاكم ينبغي أن تكون لها في الأصل هذه السلطة<sup>3</sup>.

ولا تفرض الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية على القوانين بواسطة جهة قضائية متخصصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض كما هو الحال في معظم الدول، بل تقوم بها محاكم القانون العام. وتقوم المحاكم الاتحادية أو التابعة للولايات بتقدير دستورية كافة الأعمال الصادرة عن السلطات العامة، سواء كانت تشريعات أو قرارات إدارية أو أحكام صادرة عن المحاكم القضائية الأدنى منها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 219

<sup>2</sup> - رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ط3، 1983، ص 48.

<sup>3</sup> - سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1999، ص 38.

<sup>4</sup> - مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت، الطبعة الأولى،

1990، ص 105.

## مقدمة

وإذا كان القضاء الأمريكي قد قرر لنفسه حق الرقابة على دستوريه القوانين بطريقه الامتناع عن تطبيق القانون مخالف للدستور، فقد ساهمت عدة نظريات في النظام الاتحادي في تطور هذه الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية، من بينها نظرية مارشال التي كانت تعكس الصراع القائم بين الاتحادين وخصومهم، مما أدى إلى تقوية مكانة المحكمة العليا، واعتبارها الأداة المباشرة للحكومة المركزية و لحماية النظام الاتحادي وتقويته. في حين سميت النظرية الثانية بالنظرية الفدرالية المزدوجة « dual federalism » والتي تسلم بازدواج السلطات العامة، ليصبح تبعاً لذلك دور المحكمة العليا هو تحقيق التوازن بين السلطتين الاتحادية والمحلية. أما النظرية الثالثة التي تعرف بالاتحادية التعاونية « cooperative federalism » فإنها تقوم على التعاون المتبادل بين السلطة المركزية وسلطات الولاية<sup>1</sup>.

وقد أثر الدور السياسي على تطور الرقابة على دستوريه القوانين، وعلى توجيه القضاء الاتحادي والمحلي. وبدأت المحاكم الأمريكية تقوم بالبحث في دستورية أول قانون سنة 1786، وحتى قبل إنشاء المحكمة الاتحادية العليا أثير الدفع بعدم الدستورية<sup>2</sup>، وكان أشهر حكم لارساء الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هو حكم Marbury في محكمه North Carolina الصادر سنة 1803، والذي قضى بعدم دستورية القانون، بعد التحقق من هذا الدفع امتنعت المحكمة من تطبيق القانون<sup>3</sup>. وبالرغم من أن الرقابة على دستوريه القوانين كانت معروفة في الولايات

<sup>1</sup> - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 566-567.

<sup>2</sup> - كان ذلك أمام محكمة New Jersey سنة 1780، وبسبب ضعف موقف المحكمة لم يؤخذ كسبب كافي ودليل قاطع لفرض الرقابة على دستورية القوانين.

<sup>3</sup> - أشار إلى ذلك: نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 567.

## مقدمة

المتحدة الأمريكية قبل هذا الحكم، لوجود عدد من السوابق الدستورية والسياسية، فإن محاكم الولايات كانت تمارس الرقابة على قوانين الولاية<sup>1</sup>.

أما في الجزائر فقد شهد النظام الرقابي بصفة عامة، مراحل متباينة بين الوحدة والإزدواجية القضائية في الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، بالإضافة إلى السير المتخوف نحو الرقابة الدستورية اللاحقة ذات الطابع القضائي على القوانين منذ الاستقلال إلى غاية صدور التعديل الدستوري<sup>2</sup> سنة 2020 سابق الإشارة إليه.

ومن أهم الاعتبارات التي أملت علينا اختيار موضوع الرقابة على القرارات الإدارية التي لها قوة التشريع، هو أن مشكلة الرقابة على هذه الأعمال تعد من بين المواضيع المبهمة التي تثار في الدول الديمقراطية، والتي تكرر مبدأ الدولة القانونية أين تخضع فيها السلطات العامة الحاكمة لمبدئي المشروعية والدستورية، ومن ثم تدعو الحاجة والضرورة لوجود تنظيم قانوني ودستوري يكفل ويضمن تحقيق علو الدستور في الدولة الديمقراطية.

كما أن النظام الرقابي المطبق على التشريع بأوامر في الجزائر، لم يحض بفصل نهائي وواضح حوله في الدستور، مقابل المكانة التي تحضي بها الأوامر نظريا وتطبيقيا. وبالرجوع إلى الأسباب والإعتبارات التي أدت إلى اعتمادها، والمرونة الكبيرة والحركية الواسعة اللتين يتميز بها هذا الإختصاص بالموازاة مع تذبذب وبطء اجراءات إصدار القوانين من طرف البرلمان، بالإضافة إلى عدم الاستقرار السياسي الذي شهدته الجزائر، والذي أدى إلى غياب المؤسسة التشريعية لفترة معينة، جعلت من هذا الحل الاستثنائي تشريعا منافسا للتشريع البرلماني، وهو ما يؤكد أهمية هذه الدراسة وأهمية تواجد الرقابة في هذه المرحلة من أجل عقلنة استعمال هذه

<sup>1</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 326.

<sup>2</sup> - للتفصيل أكثر حول هذا الموضوع يرجى الرجوع إلى الصفحة 163.

## مقدمة

الصلاحية، ولكفالة احترام نصوص ومبادئ الدستور. الأمر الذي جعل هذا الموضوع محل بحث للعديد من الدراسات السابقة<sup>1</sup>.

واستنادا لما سبق، يمكن أن نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى تمكنت

الرقابة القضائية في بسط آثارها على التشريع بأوامر؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة كالتالي:

- هل آليات الرقابة على هذه القرارات في الجزائر كانت كفيلة لعقلنة اللجوء

إليها، ولحماية الحقوق والحريات من تعسفها؟

- وهل ساهمت هذه الآليات بكسر حاجز غياب الرقابة اللاحقة على الأوامر

في الجزائر؟.

من أجل الاجابة على هذه الاشكالية، والتساؤلات اللاحقة بها سنحاول دراسة

وتحليل واقع القرارات بقوة القانون باعتبارها وسيلة تهيمن فيها السلطة التنفيذية على

الوظيفة التشريعية بموجب نص دستوري صريح. كما أن الحد من سوء استعمال هذه

الهيمنة، ومساسها بالحقوق والحريات يستدعي كذلك دراسة النظام الرقابي الذي يمكن

أن تخضع له خاصة وأنها ذات طبيعة قانونية متغيرة.

---

<sup>1</sup> - من بين أبرز الدراسات التي تطرقت إلى هذا الموضوع نذكر على سبيل المثال: كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015؛ محمد بن محمد كامل زين، نظرية التفويض التشريعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، 2002؛ بن طيفور نصر الدين، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة سيدي بلعباس، 2002-2003؛ ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، رسالة الدكتوراه، جامعة تلمسان، 2015-2016؛ مراد بدران، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور (النظام القانوني للأوامر)، مجلة الإدارة، المجلد العاشر، 2000، العدد الثاني؛ بدران مراد، التشريع بأوامر: أي جديد؟، مجلة الحقوق والحريات، العدد 04، 2016، ص41-52.

## مقدمة

---

إن هذه الدراسة ستعتمد على المنهج التحليلي من أجل التوصل إلى تحديد الطبيعة القانونية للأوامر وتحديد نوع الرقابة القضائية التي يمكن أن تخضع لها، في النظام الدستوري الجزائري من خلال التعديل الدستوري لسنة 2020، والتعديل الدستوري لسنة 2016 نظرا لحدثة التعديل الأخير و غياب النصوص التطبيقية له. بالإضافة إلى المنهج المقارن، من خلال مقارنة نصوص ودساتير بعض الدول الرائدة في مجال الرقابة القضائية سواء في فرنسا أو مصر أو الولايات المتحدة الأمريكية مع النصوص المطبقة في الجزائر. كما كان من المفيد والضروري الاعتماد في بعض العناصر المحددة على المنهج التاريخي.

ومن خلال ما سبق سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين:

يتناول الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة

القضائية.

أما الباب الثاني فيتناول: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية

التي لها قوة التشريع.



## الباب الأول

تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع

الرقابة القضائية

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

من أجل تحقيق المصلحة العامة، تقوم الإدارة بمجموعة من الأعمال التي يكون من الضروري، تحديدها وتصنيفها قانونيا، بهدف فرز ما تعنى به هذه الدراسة. فبالإضافة إلى تصرفها كفرد عادي في بعض الحالات، فإنها تبرم عقودا بإجراءات متميزة عن الإجراءات المعروفة، وتصدر القرارات الإدارية في الحالات الأخرى. و لا يكفي إصدار هذه القرارات الإدارية لكي تنفذ مباشرة، وإنما حتى يتم تطبيق مضمونها يشترط فيها أن تكون مشروعة، وأن تكون تنفيذية. و قبل كل شيء يجب أن تصدر تلك القرارات عن هيئة إدارية، سواء كانت أدنى هيئة إدارية، أو أعلى هيئة مركزية في السلم الإداري.

وإذا كان المبدأ أن ما يصدر عن السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة يعتبر قرارا إداريا، طبقا لفكرة التدرج الهرمي، و مبدأ الفصل بين السلطات، فإن المبدأ يقع عليه استثناءات، إذ ليس بالضرورة أن كل ما يصدر عن الإدارة يعد قرارا إداريا. ومن بين أهم الوسائل القانونية الممنوحة للسلطة التنفيذية - ممثلة في رئيس الجمهورية- في المجال الإداري، إصدار المراسيم الرئاسية طبقا للمادة 141 من الدستور الجزائري. و لما خص المؤسس الدستوري السلطة التنفيذية بصلاحيات واسعة في إطار تطبيق العقلنة البرلمانية، فقد وضع نصوصا دستورية تسمح لها بالتدخل في مجال التشريع و بنفس التقنية<sup>1</sup>. و تأكيدا لذلك نصت المادة 142<sup>2</sup> من

<sup>1</sup> - محمد الترابي، الطبعة القانونية للمراسيم التشريعية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر و التوزيع والترجمة، العدد 19، سنة 2017، ص407.

<sup>2</sup> - جاء مضمون المادة كما يلي: لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في المسائل العاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة. يخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر، على أن تفصل فيها في أجل أقصاه 10 أيام. يعرض رئيس الجمهورية الأوامر التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الدستور الحالي على إمكانية رئيس الجمهورية إصدار أوامر في المجالات المخصصة للقانون وفقاً لشروط محددة.

و بما أن الدستور يحدد السلطات العامة في الدولة، ويبين وظائفها و القيود الضابطة لنشاطها، فيجب على السلطة التنفيذية الالتزام و الخضوع أثناء مباشرة وظائفها لأحكام الدستور، وهذا الخضوع يظل مجرد فكرة نظرية في غياب نظام يوفر وسيلة لتطبيق الجزاء على النص المخالف للدستور. ولا شك أن الطريقة المثلى لاحترام الوثيقة الدستورية الأعلى في الدولة تتمثل في الرقابة<sup>1</sup>.

ويأتي موضوع الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية من بين الضمانات الأساسية و الهامة لضمان تطبيق الدستور، حيث تضمن هذه الرقابة مبدأ المشروعية بما يتفق ومبدأ سمو الدستور و تدرج التشريع.

والرقابة المفروضة على السلطة التنفيذية في إطار ممارستها للتشريع بأوامر، تهدف أساساً إلى التحقق من مشروعيتها ودستوريتها. وقد اختلفت الدول باختلاف أنظمتها من مسألة تنظيم الجزاء على مخالفة التشريع للدستور، بل تعددت الحلول واختلفت الاتجاهات. والواقع أن الرقابة على الأوامر اتخذت صوراً عديدة واختلفت أنواعها وأساليبها باختلاف النظام السياسي السائد في كل دولة على حدى<sup>2</sup>. غير أن هذه الدراسة ستتركز أساساً على الرقابة القضائية و ذلك نظراً إلى الطبيعة القانونية للأوامر.

وتعتبر الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية بصفة عامة، و على الأوامر الرئاسية بصفة خاصة من بين أهم الوسائل لتطبيق مبدأ المشروعية، بما

<sup>1</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 5

<sup>2</sup> - ناهد جميل أسعد فريته، الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة دراسة مقارنة مصر-الأردن- فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة القدس، 2006، ص35.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

يفرض على السلطة التنفيذية ضرورة خضوع جميع أعمالها لقواعد هذا المبدأ. و مادام أن الأوامر تعد أداة تشريعية يختص بها رئيس الجمهورية، وتتيح له سلطة صنع القانون في مكان السلطة التشريعية، فإنها تعتبر أهم وسيلة للتشريع في الوقت الحاضر، فقد انتشرت انتشارا سريعا و واسعا في غالبية دول العالم<sup>1</sup>.

ولكي يتم تحديد طبيعة و مجال الرقابة القضائية على الأوامر، ينبغي تحديد طبيعة هاته الأعمال القانونية، فهي التي ستسمح لنا بمعرفة التصرفات التي تشملها الرقابة، خاصة و أن التكليف القانوني للأوامر الصادرة عن السلطة التنفيذية قد أثار جدلا فقهيًا، من حيث مدى اعتبارها أعمالا إدارية خاضعة للرقابة القضائية الإدارية، أم أنها أعمال تشريعية لا يختص القاضي الإداري بالنظر في مشروعيتها.

وبناء على ما سبق، سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين على الشكل التالي:

**الفصل الأول:** بالتأصيل النظري والقانوني للقرارات التي لها قوة التشريع.

**الفصل الثاني:** ضمان مبدأ الفصل بين السلطات: الرقابة القضائية.

<sup>1</sup> - آدم أبو القاسم أحمد إسحق، المرجع السابق، ص 11.

## الفصل الأول

التأصيل النظري والقانوني للقرارات التي لها

قوة التشريع

تعد الرقابة القضائية من أكثر أنواع الرقابة ضمانا لحقوق الأفراد وحياتهم، فيفترض فيها أن تكون الأكثر تحقيقا لمبدأ المشروعية في جميع أجهزة الدولة، مما يفرض على السلطة التنفيذية ملاءمة جميع أعمالها لقواعد المشروعية، خاصة و أنها أكثر السلطات تمتعا بصلاحيات واسعة في جميع المجالات<sup>1</sup>.

كما أن ازدياد وظائف السلطة التنفيذية سمح لها بالتدخل من أجل منافسة البرلمان بواسطة وسائل عديدة، فأصبحت تملك معايير قانونية ذاتية تسمح لها بممارسة الاختصاص التشريعي دون الحاجة للرجوع إلى البرلمان<sup>2</sup>. والوضع الذي نحن أمامه من خلال هذه الدراسة هو ممارسة السلطة التنفيذية لعمل تشريعي، متمثل أساسا في إصدار نصوص قانونية ذات طبيعة مختلطة تعرف بالأوامر.

ولتحديد الطبيعة القانونية للأوامر أهمية كبيرة وخاصة تتعلق بتخصيص النظام الرقابي الملائم لها. وطالما أن تحديد الشكل الرقابي مرتبط بالطبيعة الأصلية للمعيار القانوني<sup>3</sup>، فإن ذلك سيؤدي إلى معرفة مرتبتها في هرم تدرج القواعد القانونية في الدولة.

وقد كانت هذه المسألة مثار خلاف فقهي تبعا للمعيار المعتمد عليه، فالبحث في هذه المسألة بدقة، يدعونا للكشف عن المعايير المعتمدة لتمييز هذا الصنف من التشريعات عن الأعمال القانونية المجاورة لها، من خلال البحث في هذه الطبيعة في كل مرحلة من المراحل التي تمر بها، سواء قبل أو بعد موافقة البرلمان عليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - آدم أبو القاسم أحمد إسحق، المرجع السابق، ص 11

<sup>2</sup> - راجي أحسن، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، المرجع السابق، ص 5.

<sup>3</sup> - خلوفي خدوجة، التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، جامعة خنشلة، جوان 2016، ص 146

<sup>4</sup> - عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة و البرلمان، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، 2007، ص 57.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

ومنه، ستقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، سيخصص الأول منهما إلى النظام القانوني للقرارات بقوة القانون، أما المبحث الثاني فيتعلق بالمعايير المحددة لطبيعتها القانونية.

### المبحث الأول

#### النظام القانوني للقرارات التي لها قوة التشريع

إن الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها بقواعد قانونية تعلق عليها، وتكون ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة. والثابت أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة و لصالحها، ومن ثم فقد أضحى خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة باعتباره الأساس الذي تقوم عليه الدولة القانونية<sup>1</sup>.

ومع ذلك قد يتعرض كيان الدولة والأمة ومصالحها العليا لمخاطر تهدد النظام العام، وتتسم بالخطورة الاستثنائية ولا تستطيع التشريعات العادية التصدي لها، وإزاء هذا الوضع تجد الدولة ذاتها ممثلة في بعض سلطاتها مضطرة إلى تجاوز هذه المبادئ الدستورية، أو الخروج عنها من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية، فتعتمد سلطات الدولة على آليات وصلاحيات استثنائية تقرها حالة الضرورة، وتعد الصلاحيات التشريعية من أبرزها.

<sup>1</sup> - عادل أحمد حسين بوعكري، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة دراسة مقارنة ما بين الأردن و الكويت، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2010، ص 17.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم خطورة تطبيق هذا النظام، إلا أنه لا ينتهك مبدأ المشروعية، بل يترتب عليه توسيع من نطاقه في إطار ما يعرف بالمشروعية الاستثنائية<sup>1</sup>.

لذا منحت مختلف دساتير الدول بما في ذلك الدستور الجزائري، للسلطة التنفيذية أساسا رئيس الجمهورية من الآليات ما يمكنه من المشاركة في العملية التشريعية. فقد يعترض على النص القانوني بطلب قراءة ثانية<sup>2</sup>، أو يخطر المجلس الدستوري -المحكمة الدستورية حاليا- للتحقق من مدى دستوريته<sup>3</sup>، أو يوافق عليه، وفي هذه الحالة يقوم بإصدار و نشر النص القانوني<sup>4</sup>.

واستنادا إلى سلطة أصلية قانونية، ومرجعية متمثلة في الدستور، منحت الدساتير لرئيس الجمهورية حق التشريع بأوامر في بعض الحالات التي تتطلب الإسراع في اتخاذ بعض التدابير الخاصة والمتزامنة مع غياب المجلس الشعبي الوطني.

وتبعاً لما سبق سيتم معالجة مدلول القرارات التي لها قوة التشريع في المطلب الأول، في حين ترتبط الطبيعة القانونية للأوامر وإستمراريتها بعرضها على غرفتي البرلمان للموافقة عليها فصلها في المطلب الثاني.

---

<sup>1</sup> - عز الدين بغدادي، الاختصاص الدستوري لكل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2009، ص 110.

<sup>2</sup> - المادة 1/149 من الدستور الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 2/148، نفس المرجع.

<sup>4</sup> - المادة 1/148، من الدستور الجزائري.



## المطلب الأول

### مدلول وشروط القرارات التي لها قوة التشريع

من خلال استقراء موقف الفقه والقضاء، يلاحظ تعدد للتعريف التي قيلت حول القرارات الإدارية التي لها قوة التشريع، بل أكثر من ذلك اختلفت الأنظمة و الدول في وضع تسمية موحدة لهذه الأعمال القانونية، وتبعاً لذلك تباينت في الفقه المصري التسميات بين لوائح الضرورة وتشريعات الضرورة<sup>1</sup>، بينما نص المؤسس الدستوري المصري على القرارات بقوانين<sup>2</sup>، و هي نفس التسمية المعتمدة في دولة فلسطين<sup>3</sup>، في حين يطلق عليها في الأردن القوانين المؤقتة<sup>4</sup>، أما في الكويت فتعرف بتسمية

<sup>1</sup> - نذكر منهم: سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 501؛ محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص 42؛ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 21.

<sup>2</sup> - تنص المادة 156 من الدستور المصري المؤرخ في 17 ربيع الأول 1435 الموافق لـ 18 يناير 2014 على أن " : إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار".

<sup>3</sup> - تنص المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل المؤرخ في 15 محرم 1424 الموافق لـ 18 مارس 2003 على أن: " لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير ادوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات و إلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

<sup>4</sup> - تنص المادة 94 من الدستور الأردني المؤرخ في 8 يناير 1952 والمعدل في 03 ماي 2016، على أحقية مجلس الوزراء - و بعد موافقة الملك - أن يضع قوانين مؤقتة لمواجهة الأمور التي تم تحديدها على سبيل الحصر

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

المراسيم بقانون<sup>1</sup>، ويطلق عليها في الفقه الفرنسي و الجزائري التشريع عن طريق الأوامر<sup>2</sup>، و تقابلها في اللغة الفرنسية<sup>3</sup> « les ordonnances » أما في النظام البريطاني فتعرف بـ « prerogative writ »<sup>4</sup>. وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتضمن الأول التعريف القانوني للأوامر، أما الفرع الثاني فسنحاول فيه الإلمام بالشروط التي وضعها المشرع الجزائري لممارسة هذا الاختصاص.

### الفرع الأول

#### التعريف الفقهي للأوامر

بالرجوع إلى النصوص الدستورية نجد أن المؤسس اكتفى بذكر حالات التشريع بأوامر دون وضع تعريف محدد لها، لذا حاول الفقهاء تحليل الطبيعة القانونية للأوامر واستخلاص تعريف من خلال إجراءات إصدارها، و من بين التعاريف التي طرحت بشأن لوائح الضرورة نذكر منها ما يلي:

---

في المادة وتتمثل في الكوارث العامة، حالة الحرب والطوارئ و الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتل التأجيل.

<sup>1</sup> - ينص الدستور الكويتي الصادر في 14 جمادى الثاني 1382 الموافق لـ 11 نوفمبر 1962، في المادة 71 على حق الأمير في إصدار مراسيم تكون لها قوة القانون علي أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية.

<sup>2</sup> - اعتمد المؤسس الدستوري الجزائري مصطلح التشريع بأوامر في جل دساتير الجزائر بداية من دستور 1963، سابق الإشارة إليه، و دستور 1976 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1976 ج. ر. ج. 76 في نص المادة 124. باستثناء دستور 1989 سابق الإشارة إليه، الذي لم يتضمن هذه الصلاحية تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات و بغرض إحداث التوازن المؤسساتي، و كذلك لحماية الاختصاصات التشريعية من اعتداء السلطة التنفيذية بواسطة الأوامر. وقد تم النص عليها في دستور 1996 سواء قبل تعديله أو بعد تعديله.

<sup>3</sup> - المادة 38 من الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - Edward JENKS, D.C.L, the prerogative writs in English law, YALE Law Journal, Vol 32, n°6, April, 1923, p523.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

- "أنها عبارة عن مراسيم أو لوائح تصدرها السلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد البرلمان أي أنه في عطل أو في فترة حله ويكون لهذه المراسيم أو اللوائح قوة القانون على أن تعرض على البرلمان عند اجتماع لإقرارها"<sup>1</sup>.

- كما عرفها الفقه بأنها "اللوائح التي يرخص الدستور للسلطة التنفيذية في إصدارها حين يقع أمر يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير عاجلة ومؤقتة وذلك فقط في فترات غياب البرلمان فيكون للسلطة التنفيذية أن تشرع القوانين الجديدة و أن تلغي و أن تعدل القوانين القائمة بدل من البرلمان"<sup>2</sup>.

- و اعتبرها البعض الآخر من الفقه بأنها "لوائح لها قوة القانون تصدرها الحكومة في ظروف استثنائية معينة لمواجهة حالة الضرورة، التي تستطيع في ظل تلك الظروف الاستثنائية أن تعدل أو توقف أو تلغي القوانين القائمة في حال غياب البرلمان أو استحالة انعقاده، مع توفر شروط حالة الضرورة التي لا يمكن معها انتظار دعوة البرلمان لاجتماعه لمواجهة حالة ضرورة كالحرب أو العصيان المسلح وغيرها"<sup>3</sup>.

- وعرفها البعض الآخر بأنها "قرارات تصدرها الحكومة في موضوعات من اختصاص السلطة التشريعية، بتفويض من هذه السلطة، وتكون لها قوة القانون رغم أنها تعد أعمالاً إدارية حتى تعرض على البرلمان بعد نهاية مدة التفويض ليقرر إما

<sup>1</sup> - محسن خليل، المرجع السابق، ص 42.

<sup>2</sup> - طعيمة الجرف، "القانون الدستوري ومبادئ القانون الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة"، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964، ص 373.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 21.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الموافقة عليها، وهنا تتحول إلى قوانين، وإما عدم الموافقة عليها وهنا تفقد قوتها القانونية اعتبارا من رفض البرلمان لها<sup>1</sup>

و استنادا إلى التعاريف السابقة يمكننا استنتاج تعريف موجز للأوامر: بأنها عبارة عن قرارات يصدرها رئيس الجمهورية في المجالات المخصصة للقانون لمواجهة الظروف المستعجلة. غير أن طبيعتها الإدارية تنتهي عند موافقة البرلمان عليها ، لتكتسب نفس الصبغة القانونية للقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

### الفرع الثاني

#### شروط التشريع بأوامر في الجزائر

من الطبيعي أن يكون لممارسة أي سلطة أو اختصاص شروط وضوابط، لتحديد إطار ممارسته أولا، ومنع إطلاقيته ثانيا. كذلك الأمر بالنسبة للتشريع بالأوامر، فمنذ تبني المؤسس الدستوري لهذه الصلاحية سنة 1963 أخضعها لثلاث شروط أساسية تتمثل في:

- أن يتخذها رئيس الجمهورية بناء على تفويض من المجلس الشعبي الوطني.

- إلزامية اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء.

- عرض هذه الأوامر على المجلس الوطني للمصادقة عليها، في أجل

أقصاه 03 أشهر.

في حين قلص دستور 1976<sup>2</sup> الشروط الواجبة إلى:

- إلزامية ممارسة هذه السلطة بين دورات المجلس الشعبي الوطني.

---

<sup>1</sup> - يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1995، ص38.

<sup>2</sup> - المادة 153 من نفس دستور 1976.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

- ووجوب عرض الأوامر التي اتخذها على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة له للموافقة عليها.

أما دستور 1996<sup>1</sup> فاشتراط على أن:

- يمارس رئيس الجمهورية هذا الاختصاص في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان.

- عرض الأوامر على كل غرفة من البرلمان يكون في أول دورة له لتوافق عليها.

- تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء.

أما تعديل الدستوري لسنة 2016 فاشتراط في المادة 142 أن:

- أن يكون التشريع بأوامر في المسائل العاجلة.

- ممارسة التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية.

- أخذ رأي مجلس الدولة، وتعد هذه الإضافة ذات أهمية بالغة، فبالرغم من أن الأخذ برأيه غير إلزامي، إلا أنه قد يلعب دورا رقابيا قبل إصدارها.

- عرض الأوامر على غرفتي البرلمان في أول دورة له باعتباره صاحب الإختصاص الأصلي، باستثناء قوانين المالية التي يمكن أن يصدرها رئيس الجمهورية بأمر له قوة القانون بعد 75 يوما من إيداعها لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، ويكون التصويت على الأوامر التشريعية بدون مناقشة.

- أن تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء<sup>1</sup>، ولعل سبب عرضها عليه هو احتمالية ارتباط موضوع الأمر بإحدى القطاعات الوزارية. غير أن الدستور لم

<sup>1</sup> - المادة 124 من نفس الدستور

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

يحدد وضعية مجلس الوزراء فيما إذا كان مساهما أم منفذا للأمر، ويطبق هذا الشرط على الأوامر التي تتخذ في الحالة العادية والتي تتخذ في الحالة الاستثنائية.

أما التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 فقد أضاف شرط جديد يتمثل في إخطار المحكمة الدستورية للنظر في دستورية الأوامر، والملاحظ أن هذا الشرط يطبق فقط على الأوامر المتخذة في حالة شغور الم.ش.و أو العطلة البرلمانية، كما يؤثر بشكل مباشر على نوع الرقابة المفروضة عليها أي أنها تقصى من الرقابة البعدية.

وقد يخلط البعض بين الأوامر التي تصدرها السلطة التنفيذية إثر تطبيقات الضرورة، سواء بين لوائح الضرورة و الأنظمة الصادرة في الحالات غير العادية، و اللوائح التفويضية الصادرة في الحالات العادية. لذا سنحدد في المطلب التالي أهم ما يميز التشريع بأوامر في الجزائر سواء بإزالة اللبس الناتج عن الخلط في التسميات أو بمقارنته مع الأوامر الصادرة في دول أخرى.

### المطلب الثاني

#### ذاتية التشريع بأوامر في الجزائر

يلاحظ من خلال التعريفات السابقة اختلاف الشروط الواجب توافرها في الأوامر لكي تستوفي عناصرها القانونية، فمن الأنظمة ما ربطها بوجود حالة تستدعي إصدارها وهو ما يعرف بحالة الضرورة، و من الأنظمة الأخرى من ربطتها بضرورة وجود تفويض تشريعي ممنوح من البرلمان للسلطة التنفيذية وتعرف باللوائح التفويضية، و بين تباين هاته الشروط سنحاول في هذا المطلب الإجابة على التساؤل

<sup>1</sup> - طبقا للفقرة 4 من المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والتي أصبحت الفقرة 5 من نفس المادة في التعديل الدستوري لسنة 2020.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

التالي: ما موقف المشرع الجزائري من الالتزام بحالة الضرورة و التقيد بالتفويض التشريعي لإصدار الأوامر؟

وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نحلل في الفرع الأول اشتراط توافر حالة الضرورة كمبرر لاتخاذ الأوامر، ودراسة التفويض التشريعي في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### مدى ارتباط اتخاذ الأوامر بتوافر حالة الضرورة

تحرص الكثير من الدساتير على منح السلطة التنفيذية الحق في إصدار قرارات تكون لها قوة التشريع في موضوعات محددة، لمدة معينة و أثناء ظروف معينة. وقد استخدمت عدة مصطلحات لنفس المفهوم، فنجد تارة مصطلح الظروف الاستثنائية<sup>1</sup>،

<sup>1</sup> - اختلف الفقهاء بين تطابق الظروف الاستثنائية مع حالة الضرورة، فهناك من يفصل بينهما انطلاقا من العامل الزمني، فمادام أن الحالة مؤقتة فهي حالة الضرورة، فإن أصبحت دائمة تسمى ظروف استثنائية. غير أن الفقهاء اختلفوا في التمييز بينهما من حيث النطاق، فيرى اتجاه أن فكرة الضرورة هي فكرة أصلية وأشمل من نظرية الظروف الاستثنائية، في حين يرى اتجاه آخر أن نظرية الظروف الاستثنائية توسع من مبدأ المشروعية في حين تقتصر فكرة الضرورة على سلطات الضبط. أما الاتجاه الذي لا يميز بينهما فيرى أنهما وجهان لعملة واحدة تبيح استخدام سلطات استثنائية لمواجهة الأزمات، وذهب الأستاذ بدران مراد في نفس هذا الرأي الأخير بقوله أن التمييز بين النظريتين لا يرتب أي نتائج قانونية مادام أن أساس النظريتين واحد، وأن نظرية الظروف الاستثنائية التي يمكن أن تطبق في النظام القانوني الحالي ما هي إلا تطبيق متطور في الشكل دون المضمون لنظرية الضرورة. للمزيد من المعلومات حول الموضوع أنظر: وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988، ص 24؛ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، ط 6، دار الفكر العربي، 1991، ص 121؛ بدران مراد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، 2004-2005، ص 35.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

وتارة مصطلح الضرورة<sup>1</sup>، كما أننا ولا نجد لفكرة الظروف الاستثنائية كنظرية قانونية تعريفاً دقيقاً و موحداً<sup>2</sup>.

ولطالما كانت الضرورة نظرية صعبة التحديد، فقد تتعرض الدولة لظروف استثنائية يكون التمسك فيها بالحدود الفاصلة بين القانون واللائحة مخالفة لهدف الدستور والقانون معاً، مادام أن القانون بمعناه الواسع وضع بهدف حماية الدولة والأفراد. ولهذا تعدد الدساتير إلى معالجة هذه الظروف الاستثنائية بمنح السلطة التنفيذية الحق في إصدار لوائح لها قوة التشريع. فعند إعلان حالة الطوارئ مثلاً تصدر السلطة التنفيذية قوانين استثنائية لا ينتهي نفاذها أو سريانها إلا بتعديلها أو استبدالها، أو بالتخلي صراحة عن نظامها بنص صريح واضح. و تستند السلطة التنفيذية في إصدارها إلى نص دستوري، كما أنها تبيح لها اختصاصات استثنائية خاصة بظروف معينة، ومؤقتة بمدة محدودة. لا تستطيع السلطة التنفيذية استخدامها في الظروف العادية، وإن كانت تتميز بطابع التنفيذ إلا أن هذا الطابع لا ينفي أنها سلطات لائحية لها قوة التشريع<sup>3</sup>.

وإجمالاً يقصد بحالة الضرورة في القانون الدستوري تلك الظروف الإستعجالية وغير المتوقعة التي يستصعب في ظلها -و من أجل الحفاظ على بقاء الدولة-،

---

<sup>1</sup> - بشار جاهم عجمي، ممارسة الوظيفة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية (حالة التفويض التشريعي ولوائح

الضرورة)، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العدد 40، المجلد 11، النجف 2016، ص 260

<sup>2</sup> - « l'état d'exception n'est pas défini avec précision », Saint François BONNET, l'état d'exception, Paris, P.U.F, coll. Léviathan, 2001, p2.

<sup>3</sup> - ناهد جميل أسعد فريتح، رأي قانوني حول القرارات بقوة القانون، الموقع الإلكتروني:

<https://www.academia.edu> ، تاريخ الاطلاع عليه: 20-09-2018.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

احترام قواعد المشروعية و الفصل بين السلطات، وممارسة كل سلطة للاختصاصات المخولة لها دستوريا في الحالات العادية<sup>1</sup>.

وفي معنى آخر، أنها تلك الحالة من الخطر الجسيم التي يصعب تداركها بالوسائل العادية مما يدفع السلطات القائمة أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع هذا الخطر<sup>2</sup>.

وإن كان من المستقر أن تأصيل نظرية الظروف الاستثنائية كانت قضائية، ترجع لمجلس الدولة الفرنسي، فقد تباين موقف الفقه في تحديد تاريخ ظهورها. وذهب أغلبية الفقهاء إلى اعتبار أن مجلس الدولة الفرنسي تبنى نظرية الظروف الاستثنائية خلال الحرب العالمية الأولى و أطلق عليها تسميات مختلفة كنظرية سلطات الحرب<sup>3</sup>. كما خالف هذا الرأي أقلية من الفقهاء، حيث اعتبروا أن مصطلح الظروف الاستثنائية قد استعمله مجلس الدولة الفرنسي قبل الحرب العالمية الأولى في عام 1901<sup>4</sup>، وأن سلطات الحرب هي نظرية تم إنشاؤها بمناسبة الحرب العالمية الأولى،

<sup>1</sup> - Selon la définition de *Geneviève CAMUS* : « on entend par état de nécessité en droit constitutionnel, des circonstances urgentes et imprévues qui rendent indispensable pour la sauvegarde de l'Etat, la concentration des pouvoirs sur la seule décision de l'organe appelé à en bénéficier », Geneviève Camus. — L'état de nécessité en démocratie, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. XVIII, Paris, L.G.D.J, 1965, p25.

<sup>2</sup> - وجدي ثابت غبريال ، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 75.

<sup>3</sup> - أشار إلى ذلك كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015، ص 19.

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص 20.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

تختلف عن نظرية الظروف الاستثنائية التي أنشأها مجلس الدولة بمناسبة الأزمات الداخلية التي وقعت في فرنسا<sup>1</sup>.

وترتكز نظرية الضرورة في القانون الدستوري على وجود خطر حال يهدد كيان الدولة ولا يمكن مواجهته بالقواعد القانونية العادية مما يتطلب تدخل السلطة التنفيذية، وتقدر جسامتها حسب المصلحة التي يهددها، فتمنح التشريعات في هذه الحالة رئيس الدولة السلطة في تقدير جسامته هذا الخطر<sup>2</sup>. أما في القانون الدولي، فترتكز حاله الضرورة على ثلاثة نصوص قانونية أساسية تتمثل في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>3</sup>، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>4</sup>، والاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان<sup>5</sup>، الإجراءات المتخذة في ظل حالة الضرورة يمكن أن تكون محل طعن أمام المحكمة لتحقيق ما إذا كانت الإجراءات المتخذة قد احترمت مبادئ المشروعية أي التناسب، والضرورة و التتطابق<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات أنظر: سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981، ص 108.

<sup>2</sup> - تونصير ابراهيم، تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، مذكرة الماجستير، جامعة محمد خيذر بسكرة، 2013-2014، ص 4.

<sup>3</sup> - نصت المادة 15 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي دخلت حيز التنفيذ في 4 نوفمبر/تشرين الثاني 1950 في روما، وبدأ تطبيقها في 3 سبتمبر سنة 1953، المعدلة بأحكام البروتوكول رقم 14، بدأ نفاذ مفعوله في 1 يونيو/حزيران 2010، على أن: " في وقت الحرب أو الطوارئ العامة الأخرى التي تهدد حياة الأمة، يجوز لأي طرف سام متعاقد أن يتخذ تدابير تخالف التزاماته الموضحة في الاتفاقية...."

<sup>4</sup> - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هو معاهدة متعددة الأطراف تم اعتماده من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976.

<sup>5</sup> - الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (المعروفة أيضًا باسم ميثاق سان خوسيه (Pacte de San José) هي معاهدة دولية رئيسية لنظام الدول الأمريكية لحماية حقوق الإنسان. اعتمد في 22 نوفمبر 1969 في اجتماع لمعظم دول القارة الأمريكية في سان خوسيه، كوستاريكا، وبدأ نفاذها في 18 يوليو 1978،

<sup>6</sup> - Jacqueline Morand DEVILLER, Réflexions sur l'état d'urgence, Journal Of Constitutional Research - vol. 3 | n. 2 Aout 2016, p 54.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

و من أمثلة هذه الحالة ما أشارت إليه المادة 16 من الدستور الفرنسي، الذي يمكن رئيس الجمهورية في ظروف استثنائية معينة أن يصدر لوائح لها قوة القانون لمواجهة حالة الضرورة، حيث يستطيع في ظل تلك الظروف الاستثنائية أن يعدل أو يوقف أو يلغي القوانين القائمة في حال وجود خطر حال يهدد استقلال الأمة ، أو سلامة أراضيها، أو تنفيذ التزاماتها الدولية، أو يعيق أو يقطع العمل المنتظم للسلطات العامة الدستورية<sup>1</sup>.

أما في الجزائر، فلم يستعمل المؤسس الدستوري أي مصطلح من الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة لتعيين الظروف غير العادية، وإنما اكتفا بتحديد الاجراءات المتبعة في كل حالة على حدى من خلال المواد من 105 إلى 111 من

---

<sup>1</sup> - l'article 16 de la Constitution de 1958, modifié par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 dispose que :

« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. »

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup> من 97 إلى 102 من التعديل الدستوري الأخير، التي منحت لرئيس الجمهورية حق تقريرها، إذا دعت الضرورة الملحة، أو كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. أما بالنسبة لمحل الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية، فقد نص الفقرة الخامسة من المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020، على إمكانية رئيس الجمهورية من التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور. فهذه الأوامر تكون مؤقتة و خاصة بهذه الفترة فقط، في حين تبقى صلاحية إصدار الأوامر في الحالة العادية المذكورة في الفقرة الأولى من نفس المادة قائمة ومرتبطة بالمسائل العاجلة. غير أننا نتساءل عن تكييف المواضيع التي قد تتسم بالعجلة في نظر رئيس الجمهورية؟ فبالرجوع إلى المواد 139 و 140 من الدستور المتعلقة بالمجالات التي يشرع فيها البرلمان بقوانين عادية وعضوية، نرى بأن جميع المجالات التي تظمنتها قد تحيط بها من الظروف ما تستوجب ضرورة وسرعة تنظيمها، بالإضافة لكون الحقوق والحريات من المسائل ذات الأولوية حتى ولو لم تكن في ظروف مستعجلة. فنرى أن استعمال هذه العبارة عوض حالة الضرورة جاء لتفادي حصر اتخاذ الأوامر في فترة محددة، وبالتالي فإن ربط اتخاذها بموضوع الأمر لا بالظروف المحيطة به يوسع بشكل كبير من دائرة السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، إذ بإمكانه اتخاذها حتى في الحالات المذكورة في المادة 97<sup>2</sup> من الدستور ما عدا تلك المذكورة في المادة 98<sup>3</sup> من الدستور.

<sup>1</sup> - القانون 16-01، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - تتعلق هذه المادة بحالتي الطوارئ والحصار.

<sup>3</sup> - تنظم هذه المادة الحالة الاستثنائية.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أما فيما يخص إجراءات ومراحل إصدار الأوامر في الحالة الاستثنائية، وطبيعتها القانونية، سيتم التفصيل فيها في فرع خاص<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### انعدام التفويض من الهيئة التشريعية للاتخاذ الأوامر في الجزائر

يقصد باللوائح التفويضية تلك اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية، تعهد بمقتضاه للأولى ممارسة سلطة التشريع في موضوع أو موضوعات محددة لمدة زمنية معينة تحت رقابتها في حدود الدستور بموجب قانون يطلق عليه "قانون التفويض"<sup>2</sup>.

و في تعريف آخر، يقصد بالتفويض التشريعي قيام السلطة التشريعية بالتنازل ومنح جزء من اختصاصاتها إلى السلطة التنفيذية، بناء على نص صريح يرد في الدستور يجيز التفويض، ويبين القيود والإجراءات اللازمة لإعماله<sup>3</sup>. وأمام هذه الفرضية لا يمكن السلطة التنفيذية إصدار عمل تشريعي إلا إذا سمحت لها السلطة التشريعية بذلك عن طريق تفويض اختصاصها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - يرجى الرجوع الى الصفحة 92.

<sup>2</sup> - محمد بن محمد كامل زين ، نظرية التفويض التشريعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، 2002، ص 10.

<sup>3</sup> - سفيان باكراد ميسروب، تزايد الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في الأنظمة الدستورية المعاصرة، دار الكتب القانونية، 2017، ص159.

<sup>4</sup> - Pierre BON, Les substituts à la loi : Les actes législatifs de l'exécutif, Annuaire international de justice constitutionnelle, presses universitaires d'Aix Marseille, 2004, p 473.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

كما يقصد بالتفويض التشريعي منح بعض من اختصاصات السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، حيث تتمثل هذه الاختصاصات في عملية سن القوانين. ويعد التفويض التشريعي استثناءً على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup>.

و تشبه الأنظمة التفويضية أنظمة الضرورة المشار إليها سابقاً، من جانب أن لكلاهما قوة القانون، إلا أنها تختلف عنها من جانب أنها لا تصدر إلا بناء على تفويض خاص من البرلمان، وبموجب قانون خاص يسمى قانون التفويض، في حين أن الغالب في أنظمة الضرورة أنها لا تصدر إلا في غيبة السلطة التشريعية سواء كان ذلك بسبب عطل البرلمان أو حل المجلس الشعبي الوطني، عكس اللوائح التفويضية التي تصدر سواء أثناء غياب البرلمان أو كان البرلمان منعقداً<sup>2</sup>.

وإذا كانت هذه التعريفات تمثل المعنى العام للنظرية، فتحديد المصدر القانوني للتفويض كان محل اختلاف الفقهاء، فنسبه البعض إلى قواعد الوكالة المعروفة في القانون المدني، بينما أرجعه البعض إلى اعتبارات عملية. و ذلك على الشكل التالي:

### 1- إسناد التفويض إلى قواعد الوكالة

انتقلت فكرة التفويض إلى القانون المدني الفرنسي القديم، حيث كانت تتضمن نفس المعنى الذي جاء به القانون الروماني في استعمال العلاقة الرابطة بين الأفراد كالعقود المسماة. وقد تناول بعض فقهاء القانون في فرنسا<sup>3</sup> فكرة التفويض في نهاية القرن الماضي، والتي كان لها مفهوم واسع. والمتضمن معنى الوكالة، أي تكليف

<sup>1</sup> - خليفي محمد، النظام القانوني للتفويض في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص32.

<sup>2</sup> - محمد زياد اللحام، القرارات بقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها

(دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية - غزة، 2015، ص38.

<sup>3</sup> - MESCHERIAKOFF A.-S, Droit des services publics, PUF, droit fondamentale, 1991, p.269 ; Léon DUGUIT, Manuel de droit constitutionnel, Paris, 1907, p.1022 ; Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif, 6<sup>e</sup> éd. Larose et Tenin, 1907, pp.308-309 ; Adhémar ESMEIN, De la délégation du pouvoir législatif, Versailles, extrait de la Revue politique et parlementaire, tome 1, 1894, p10.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

شخص نيابة عن شخص آخر بتصرف قانوني. فيرى أنصار هذا الاتجاه أن تفويض الاختصاص التشريعي من البرلمان إلى رئيس السلطة التنفيذية يستند إلى قواعد الوكالة المعروفة في القانون المدني، بحيث يقوم البرلمان باعتباره موكلًا بنقل جزء من اختصاصاته إلى رئيس الجمهورية الذي يتصرف باعتباره وكيلًا، وبالتالي فإن تصرفات الرئيس إذا صدرت في حدود الوكالة أي قانون التفويض في هذه الحالة، تكون كما لو كانت صادرة من الموكل ذاته أي البرلمان، نظرًا لوجود إذن نقل حقيقي للاختصاص التشريعي، فيتصرف الرئيس باسم البرلمان و بالنيابة عنه<sup>1</sup>.

غير أن هذا الاتجاه تعرض لانتقادات عديدة من بينها:

أ- أن التفويض يتعارض مع فكرة الاختصاص المعروفة في القانون العام، فالاختصاص ليس من قبيل الحقوق التي يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها، وإنما تشكل التزامًا فرضه الدستور، فالسلطات في الدولة تمارس اختصاصات مقيدة لا تملك حق التنازل عنها أو نقلها أو تعديلها<sup>2</sup>.

ب- إن تحويل القرار المتخذ من طرف رئيس الدولة إلى قانون حقيقي من قبل البرلمان، يفترض أنه لم يكن كذلك قبل الموافقة عليه من قبل البرلمان، بالتالي لا يعتبر توكيلاً لحلول الرئيس محل البرلمان بمقتضى التفويض، طالما أن ممارسة هذا الاختصاص يجب أن يكون تحت رقابة البرلمان، لذا يمكن أن لا يوافق على القرارات التي يتخذها الرئيس<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 169.

<sup>2</sup> - عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي و البرلماني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص 149.

<sup>3</sup> - عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص 150.

2- تبرير التفويض التشريعي بالاعتبارات العملية:

من بين الفقهاء الذين تبناوا هذا الاتجاه نجد الفقيه<sup>1</sup> Duveaux، الذي يرى بأن التفويض الممنوح لرئيس الدولة من أجل اتخاذ تدابير ذات طبيعة تشريعية يعتبر في الأصل مخالفة للأحكام الدستورية التي تنظم السلطات العامة في الدولة، إلا أن هذه المخالفة تبررها الاعتبارات العملية التي تفرض على الدولة اتخاذ حلول سريعة و الحتمية لحل الأوقات الأزمات.

ومع تكرار تنازل البرلمان عن سلطاته التشريعية تحت ظل الضرورات العملية، فقد أدى ذلك إلى ظهور عرف جديد يسمح بممارسة الاختصاص التشريعي أثناء هذه الظروف من أجل إيجاد الحلول السريعة والمناسبة لها<sup>2</sup>.

على أن هذه الفكرة لم تسلم هي الأخرى من الانتقاد، ذلك أنه من الصعب التسليم بمبدأ مخالفة العرف للدستور، لأن ذلك من شأنه أن يفقد المعيار الأساسي كل قوته القانونية إذا سلمنا مسبقا بضرورة خضوعه للوقائع والضرورات الملحة، ومن ثم فإن العرف يتعين أن يلعب دورا مكملا لأحكام الدستور لتصبح إمكانية مخالفته له احتمالا مرفوضا<sup>3</sup>.

و عمليا تجد الأوامر التفويضية سندها الدستوري في المادة 38 من الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958<sup>4</sup>، التي منحت السلطة التنفيذية حق إصدار أوامر تشريعية بمقتضى تفويض من البرلمان، والتي نصت على أنه يجوز للحكومة من أجل تنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان الإذن ولمدة محددة لإصدار أوامر

<sup>1</sup> - DUVEAUX J, Le régime des décrets, ed Sirey, Paris, 1924, p.p.1-10.

<sup>2</sup> - رابحي أحسن، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، المرجع السابق، ص 25.

<sup>3</sup> - رابحي أحسن، محاولة نظرية للاقترب من ظاهرة الأوامر التشريعية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، العدد الأول، 2008، ص 74.

<sup>4</sup> - modifié par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Op.Cit.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

التشريعية في موضوعات هي من اختصاص القانون. ومع ذلك، فإن مفهوم "البرنامج"<sup>1</sup> المذكور في مادة 38 لا يعادل في ذلك المفهوم المذكور في المادة 49 المتعلقة بمسؤولية الحكومة أمام البرلمان، فالمعنى المشار إليه في المادة أعلاه متعلق بتبرير طلب التفويض بالإشارة إلى الغرض من التدابير التي تنوي اتخاذها السلطة التنفيذية عن طريق الأوامر.

وقد حدد وشرح المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسيين هذا الشرط الدستوري، فقد جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 76-72 المؤرخ في 12 يناير 1977<sup>2</sup> أن المادة تشير إلى إلزامية الحكومة في إبراز وبدقه وقت إيداع مشروع قانون التفويض، وما هي المقاصد والتدابير التي تزعم اتخاذها بأوامر تشريعية. وقد أكد القاضي الدستوري على إلزامية الحكومة في تحديد أهداف ومجال التفويض بدقه<sup>3</sup>.

وتخضع الأوامر التفويضية إلى نوعين من الآجال كلاهما محددتين في قانون التفويض، فالأول متعلق بسلطة الحكومة في اتخاذ الإجراءات والتدابير التي تعتبر أصلا من مجال القانون عن طريق الأوامر، والثاني الذي من خلاله يجب على الحكومة أن تضع أمام البرلمان قانون التصديق حتى لا تعتبر هذه الأوامر لاغية.

---

<sup>1</sup>- «Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son Programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.....»

<sup>2</sup> - Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977 sur la loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire français des Afars et des Issas. JORF n° du 13 janvier 1976, p 343.

<sup>3</sup> - Direction De La Séance - Sénat, Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, Février 2014, p12. Lien du site : [www.sénat.fr](http://www.sénat.fr), date de consultation : 30-01-2017.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

وتحدد الآجل الأولى عادة ما بين ثلاثة إلى ثمانية أشهر، غير أن العادة جرت أن يتم تمديد هذه الآجال. وخلال هذه الفترة الأولى، يتم إراحة البرلمان: فتتقل القدرة على التشريع في الأمور المشار إليها في قانون التفويض -من أجل تحقيق الهدف المحدد- إلى الحكومة حتى نهاية المدة الزمنية. وعليه، وكما هو مذكور في الفقرة الثالثة من المادة 38 من الدستور الفرنسي، يجوز للحكومة تعديل الأوامر الصادرة قبل نهاية فترة التفويض، و فقط من قبل الأخير الذي يمكن أن يعارض أي محاولة برلمانية تتعارض و التفويض الممنوح<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 41<sup>2</sup>. وبالرجوع إلى الدساتير التي تعاقبت على الجزائر، نجد أن الدستور الصادر سنة 1963 فقط من نص على التشريع بأوامر في حالتين، تتمثل الأولى في التفويض التشريعي المنصوص عليه في المادة 58، والتي قضت بما يلي: يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محدودة بحق اتخاذ التدابير ذات الصبغة التشريعية عن طريق الأوامر التشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء أو تعرض على مصادقه المجلس في الثلاثة أشهر".

أما النوع الثاني الذي نصت عليه المادة 59 من نفس الدستور، فتتعلق بالتدابير الاستثنائية التي يجب على رئيس الدولة اتخاذها بهدف حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية<sup>3</sup>.

ووفقا لهاتين المادتين كان يشترط لاتخاذ الأوامر في تلك الفترة ما يلي:

<sup>1</sup> - Direction De La Séance - Sénat, Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, op.cit, p 17.

<sup>2</sup> - l'art 41 de la constitution française dispose que : « s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement [...] est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité »

<sup>3</sup> - دستور 08 سبتمبر 1963، سابق الإشارة إليه.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

**أولاً:** يقدم رئيس الجمهورية طلب التشريع بأوامر إلى المجلس الوطني، من أجل الحصول على التفويض التشريعي لمدة محددة، فيتعين عليه إيداع الأوامر التي اتخذها لدى مكتب المجلس الوطني خلال آجال ثلاثة أشهر.

**ثانياً:** أن يتم اتخاذ هذه الأوامر في إطار مجلس الوزراء، وهنا يمكن ملاحظة بأن دستور 1963 قد اعتمد على قاعدة جوهرية تتعلق بجواز الجمع بين منصب النائب و منصب وزير، حيث يعين رئيس الجمهورية ثلثي الوزراء من النواب، وبالتالي فإن المشاركة بهذا النشاط في إعداد الأوامر على مستوى مجلس الوزراء يكون كافياً لإقرارها على مستوى المجلس الوطني<sup>1</sup>.

أما ما يمكن ملاحظته هنا بأن المعالجة الدستورية لإمكانية استعمال الأوامر التشريعية خلال هذه الفترة جاءت بصفة ضمنية وغير صريحة. وحتى على المستوى الإجرائي لم تكن السلطة التنفيذية تحترم هذه الآجال، وكانت تودع الأوامر في أوقات متأخرة، عادة عند نهاية دورات المجلس الوطني، مما يجعل هذا الأخير يوافق عليها دون مناقشتها لضيق الوقت، مثال ذلك التنظيم الإقليمي للبلديات. وما يجب التأكيد عليه أن دستور 1963 أنه لم يضع تدابير الرقابة على الأوامر سواء في حالة التفويض التشريعي، أو في حالة الظروف الاستثنائية، فلم ينص الدستور على هيئة قضائية للرقابة على الأوامر قبل المصادقة عليها، ولا على هذه الهيئة دستورية لرقابة الأوامر بعد المصادقة عليها<sup>2</sup>.

في حين خلت الدساتير اللاحقة بمختلف تعديلاتها من النص على هذا المبدأ، بما يفيد تخليها عن تقنيات التفويض التشريعي خاصة مع ظهور نظام الأوامر

<sup>1</sup> - المادة 47 من دستور 1963، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - راجي أحسن، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، المرجع السابق، ص 30.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

التشريعية لرئيس الجمهورية الصادرة في شغور المجلس الشعبي الوطني أو العطلة البرلمانية، والتي تستدعي الموافقة عليها في أول دورة له.

### المبحث الثاني

#### الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر

بالرجوع إلى النظام الدستوري الفرنسي، نجد أن الأنظمة الصادرة طبقاً للمادة 16 من الدستور الفرنسي، تعتبر أعمالاً ذات طبيعة مختلطة، فتكون تشريعية إذا كانت صادرة في مجال المحدد للقانون، وتكون تنظيمية عندما تصدر في المجالات الداخلة في الصلاحية التنفيذية<sup>1</sup>.

و تمنح هذه المادة لرئيس الدولة الفرنسي صلاحية إصدار هذه الأنظمة لمواجهة الحالة الاستثنائية، أين تكون مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم ترتب عليه توقف سير المنتظم للسلطات العامة الدستورية، فيتخذ رئيس الدولة من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف. ونجد لمجلس الدولة في هذا المضمون قراراً<sup>2</sup> يدفع فيه بعدم اختصاصه في

<sup>1</sup> - Sébastien PLATON, Vider l'article 16 de son venin : Les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? , Revue Française de Droit constitutionnel, 2008/5 ( HS n°2), p108.

<sup>2</sup> - جاء هذا القرار نتيجة محاولة انقلاب في الجزائر العاصمة، فقرر رئيس الجمهورية، شارل ديغول، أولاً تنفيذ المادة 16 المذكورة أعلاه وإنشاء محكمة عسكرية للسماح له بالحكم على الجنود الذين شاركوا في الانقلاب. وبعد إدانة السيد *Rubin De Servens* من قبل هذه المحكمة، طلب من المحكمة العليا إلغاء قرار رئيس الجمهورية بتشكيل المحكمة المذكورة، ووقف تنفيذ الصادر ضده. ومع ذلك، رأى قضاة مجلس الدولة أن الإدارة لا يمكن أن تعرف مثل هذه النوع الرقابية، وبالتالي رفض النظر في مشروعية القرار الذي اتخذته رئيس الدولة، للاستزادة أنظر:

C.E, 2 mars 1962 - les pouvoirs exceptionnels de l'administration et l'application de l'article 16 de la Constitution, commentaire d'arrêt, Doc du juriste, 21 juin 2010, p.2, date de consultation du site : 16-02-2019. URL : <https://www.doc-du-juriste.com/droit->

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الطعن ضد مشروعية إنشاء المحكمة العسكرية<sup>1</sup>، لمحاكمة المتورطين بمحاولة الانقلاب في الجزائر، معتبرا أن قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى المادة 16 من الدستور له صفة عمل حكومي<sup>2</sup>، والذي يخول للرئيس اتخاذ كافة التدابير التي تستدعيها تلك الظروف، سواء كانت تدخل ضمن المجال التشريعي أو التنظيمي. وقد فصل المجلس في هذه الأعمال حسب الطبيعة المادية لكل منها، فما يصدر عن رئيس الدولة بوصفه سلطة تشريعية يكون خارج رقابة القضاء الإداري<sup>3</sup>. ومن هنا ظهرت بوادر أهمية تحديد طبيعة الأعمال الصادرة عن الحكومة لتمييز ما يمكن أن يتدرج ضمن اختصاص كل جهة قضائية.

وتبعا لذلك سنتطرق في المطلب الأول إلى الطبيعة القانونية للأوامر قبل موافقة البرلمان عليها، وإلى أهمية وتأثير موافقة البرلمان على الأوامر في المطلب الثاني.

### المطلب الأول

#### مشاريع الأوامر: قرارات ذات طبيعة إدارية قبل موافقة البرلمان عليها

إن لاعتبار الأوامر في الفترة السابقة على موافقة البرلمان مجرد أعمال إدارية، أو أعمال تشريعية، يقتضي التفرقة بينهما. فمن المسلم به أن القرارات الإدارية يمكن طلب إلغاؤها و التعويض عنها أمام القضاء الإداري، على خلاف القوانين التي لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري<sup>4</sup>.

---

public-et-international/droit-administratif/commentaire-d-arret/conseil-etat-2-mars-1962-pouvoirs-exceptionnels-administration-application-article-460369.html.

<sup>1</sup> - تم إنشاء المحكمة العسكرية بموجب الأمر 62-618، الصادر في 1 جوان 1962.

<sup>2</sup> - CE, Ass., 2 mars 1962, Arrêt *Rubin de Servens*, Rec. p. 143.

<sup>3</sup> - عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 534.

<sup>4</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، طبعة مزيدة و منقحة، دار الفكر العربي، سنة 2006، ص 175.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

فهذا التمييز كان محل جدل و خلاف فقهي، مرد ذلك إلى تقسيم وظائف السلطات في الدولة، والأخذ بالمفهوم المرن في الفصل ما بين السلطات<sup>1</sup>، كون مقتضيات العمل في معظم الدول، قد حالت دون تطابق التقسيم العضوي و الوظيفي للسلطات، فلم يتحدد عمل السلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين، وبالمقابل لم تتمكن السلطة التشريعية من الإنفراد بسن القوانين<sup>2</sup>. و بالتالي بات من الضروري تمييز القرارات الإدارية عن الأعمال التشريعية بصفة عامة، لتحديد بعد ذلك الصفة القانونية للأوامر التشريعية.

و على هذا الأساس تردد الفقه بين معيارين هما: المعيار العضوي و هو ما تم الحديث عنه الفرع الأول، و المعيار الموضوعي أو المادي الذي سنتناوله بالدراسة في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### المعيار العضوي في التمييز بين الأعمال الإدارية و التشريعية

بمقتضى هذا المعيار، فإن تصنيف الأعمال القانونية يعتمد على الجهة المصدرة للعمل، فالأعمال التشريعية بحسب المعيار العضوي هي الأعمال الصادرة من البرلمان، بينما تعتبر الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية قرارات إدارية<sup>3</sup>. فالمعيار العضوي يقف عند صفة القائم بالعمل دون النظر إلى موضوعه وفحواه، فيعتبر العمل الصادر من السلطة الإدارية قرار إداريا، سواء كان منشأ لمركز قانوني

<sup>1</sup> - سردار عماد الدين، محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، 2010، عمان ص 95.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 173.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 177.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

ذاتي أو عام<sup>1</sup>، وفي نفس السياق بنت المدرسة النمساوية تدرج القواعد القانونية للتمييز بين الأعمال الإدارية و التشريعية على أساس عضوي.

ومن هذا المنطلق سنتعرض إلى مضمون هذا المعيار في البند الأول، ثم إلى معيار المدرسة النمساوية في البند الثاني.

### البند الأول

#### مضمون المعيار العضوي.

إن تحديد طبيعة العمل و النظام القانوني الذي يحكمه، و قيمته القانونية وفقا لهذا المعيار، تستند إلى الجهة المصدرة للعمل، فإذا كان العمل صادرا عن السلطة الإدارية عد العمل إداريا، وإذا كان صادرا عن السلطة التشريعية عد العمل تشريعيا<sup>2</sup>. وبناء على ذلك يتعين التمييز بين السلطة الإدارية و السلطة التشريعية في مرحلة أولى (أولا)، و التمييز في مرحلة ثانية (ثانيا) بين العمل التشريعي و اللائحة من حيث الإجراءات، وذلك وفقا للشق الإجرائي من المعيار العضوي، حتى نتمكن من الوقوف على المفهوم الصحيح لهذا المعيار، أما في المرحلة الثالثة (ثالثا) سنعرض الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار.

#### أولا- التمييز بين السلطة الإدارية و السلطة التشريعية

أكد الفقيه الفرنسي كاري دي مالبيرج في طرحه أن القانون الإداري الفرنسي يقوم على فكرتين، فمن جهة فإن الإدارة ليست المهمة الوحيدة للسلطة التنفيذية، ومن جهة ثانية أنها المهمة الحصرية للسلطة التنفيذية، فلا يمكن اعتبار أي عمل قانوني عملا إداريا بقدر ما يمكن ربطه بالسلطة التنفيذية.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، سنة 2007، ص 17.

<sup>2</sup> - سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، المرجع السابق، ص: 96-97

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أما السلطة التشريعية بمقتضى هذا المعيار فينحصر مفهومها في الهيئة الخاصة بسن القوانين، فكل ما يصدر عنها في شكل عمل تشريعي، أي اتبعت في سنه إجراءات إصدار القوانين، تكون له قوة القانون بغض النظر عن طبيعته ومحتواه، سواء تضمن قواعد عامة و أنشأ مراكز قانونية، أو أنشأ مراكز قانونية خاصة. بالمقابل فإن أي قرار صادر عن السلطة الإدارية لا يمكن إطلاق عليه وصف التشريع حتى ولو كان مضمونه نفس مضمون القانون، أو حتى لو كان صادرا بناء على تفويض من البرلمان، و كان له من القوة ما يتمكن به من تعديل القانون<sup>1</sup>.

### ثانيا- المعيار الإجرائي للتمييز بين القانون و اللائحة.

إن من بين مظاهر التمييز بين العمل التشريعي و القرارات الإدارية، الإجراءات المتبعة لإصدار كل منهما، فالشق الإجرائي من المعيار العضوي، جوهره يكمن في اختلاف إجراءات سن القانون عن إصدار القرارات الإدارية. وبإسقاط هذا المعيار على إجراءات اتخاذ الأوامر في الجزائر، نلاحظ أن المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020، ألزمت رئيس الجمهورية أخذ رأي مجلس الدولة، قبل عرض مشروع الأمر على كلتا غرفتي البرلمان للموافقة عليه فقط دون مناقشته. هذه الإجراءات تعتبر أقرب إلى مراحل إصدار القوانين، لاشتراكها في عنصر موافقة غرفتي البرلمان على النص القانوني، مقارنة بإجراءات إصدار المرسوم الرئاسي.

ونتيجة لما سبق فإن المعيار الإجرائي يعد مكملا للمعيار العضوي، أي بمثابة قاعدة ثانوية للتمييز بين القرار الإداري و العمل التشريعي، خاصة في إطار غياب

<sup>1</sup> - R.Carré de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome 2, Edition du CNRS, Paris, 1922, p25.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الفصل بين السلطات أو جمع السلطتين التنفيذية و التشريعية في يد هيئة واحدة. لتصبح في هاته الحالة الإجراءات المتبعة لإصدار القرار الإداري وسن القانون معيارا ضروريا للتمييز بين العاملين القانونيين<sup>1</sup>.

### ثالثا- تقدير المعيار العضوي

من خلال التحليل السابق للمعيار العضوي - كأساس للتمييز بين القرار الإداري والقانون- وفكرة المعيار الإجرائي- كمكمل للمعيار العضوي، يتضح أن إيجابيات المعيار تكمن في بساطته وسهولة تطبيقه في الواقع العملي، لارتكازه على الجوانب العضوية لطبيعة العمل. و هو ما يعتبر نتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات، بالإضافة إلى توافق المعيار العضوي و معطيات القانون الوضعي، الذي يعتمد أساسا على الجوانب الشكلية و الإجرائية<sup>2</sup>.

و لكن على الرغم من المزايا التي ذكرت بشأن هذا المعيار، إلا أنه تعرض لبعض المآخذ، أساسها أنه يعتمد على مبدأ الفصل المطلق ما بين السلطات، الذي يقضي بتحديد وظيفة لكل من السلطات الثلاث التشريعية، والتنفيذية والقضائية، في حين أن الواقع العملي وطبيعة العمل الإداري المرنة والمتطورة تقتضي في أحيان كثيرة التداخل بين وظائف واختصاصات كل من السلطتين، وخاصة في الحالات التي تصدر فيها تشريعات عن السلطة التنفيذية كاللوائح.

كما أن أعمال السلطة التشريعية لا تقتصر فقط على إصدار القوانين باعتبارها قواعد عامة مجردة، فهي تمارس أعمالا إدارية من حيث المحتوى و المضمون، فإلى

<sup>1</sup> - رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص199.

<sup>2</sup> - برداخان عبد الحكيم ابراهيم، المعيار المميز للعمل القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة 1984، ص

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

جانبا القوانين يوجد ما يسمى بالأعمال البرلمانية، كالأعمال المتعلقة بالتنظيم الداخلي للبرلمان، و القرارات الخاصة بتعيين موظفي البرلمان وترقيتهم<sup>1</sup>. وقد وجه لهذا المعيار انتقادا فقها آخر، مفاده أن هذا المعيار ينسب العمل إلى الجهة التي أصدرته، فيصبح - بحسب الجهة التي أصدرته - عملا تشريعا أو إداريا، رغم وحدة مضمونه. و بالتالي يستصعب الأخذ به إلا إذا اقتضت كل سلطة على القيام بالأعمال المحددة لها أصلا. وعلى هذا الأساس ثار تساؤل عما إذا كانت طبيعة العمل ستتغير بتغير الإجراء الذي يمارس فيه، أم يبقى محتفظا بطبيعته على الرغم من ذلك؟

للإجابة على هذا السؤال انقسم الفقهاء إلى اتجاهين:

ذهب الاتجاه الأول من الفقهاء إلى اعتبار أن طبيعة العمل لا تتغير بتغير شكله، و الهيئة التي أصدرته، فتبقى القرارات الصادرة عن البرلمان في إطار تعيين وترقية موظفيها، محتفظة بطابعها الإداري على الرغم من صدورها عن السلطة التشريعية. فتماشيا مع هذا الرأي فإن اللوائح الإدارية تعد أعمالا تشريعية خاضعة لنفس النظام القانوني الذي يحكم القانون من حيث الإجراءات، وكذا من حيث الرقابة، فلا يختص القضاء الإداري بمراقبة مدي مشروعيتها و إلغائها، و لا تخضع لنظام الرقابة على دستورية القوانين في الدول التي لا تقر بهذا النظام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص18-19.

<sup>2</sup> - من بينهم مصطفى كامل، القواعد العامة في المسؤولية الدولية، الكتاب الأول، رقابة التضمين، مطبعة سريان، بغداد، 1974، ص 19

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

في حين ذهب اتجاه فقهي آخر<sup>1</sup> إلى أن طبيعة العمل تتغير كلما تغيرت الهيئة التي تملك حق إصداره، و كلما تغيرت الإجراءات التي أصدر فيها، فيصبح العمل الإداري قانونا إذا اتبع البرلمان الإجراءات المحددة في الدستور لاتخاذها. وبالتالي، فإن كل عمل يمارسه البرلمان سينطبق عليه وصف القانون، إذا ما اتبع في سنه و إصداره الإجراءات المنصوص عليها في الدستور حتى و لو كان ذو طبيعة و مضمون إداري، مما يرتب عليه نتيجة حتمية مفادها عدم خضوع هذه الأعمال لرقابة القضاء الإداري على الرغم من كونها قرارات إدارية من حيث المضمون. في حين تصبح القاعدة التشريعية عملا إداريا إذا أصدرته إحدى الجهات الإدارية.

كما يؤخذ على هذا المعيار أنه لم يعد كافيا كي تحصل القاعدة القانونية على صفة القانون لمجرد صدورها عن البرلمان، بل يشترط علاوة على ذلك أن تصدر في المجال المحدد لها صراحة في الدستور<sup>2</sup>، وبذلك ظهرت الفكرة الموضوعية للعمل التشريعي إلى جانب الفكرة العضوية.

وكما تم انتقاد هذا المعيار بسبب اعتماده على المظهر الخارجي للعمل دون الوقوف على مضمونه وجوهره في تكييفه وماهيته، فالأصل في التمييز بين الأعمال القانونية يجب أن يستند على أساس طبيعة العمل، لأن الاختلاف المادي للأعمال القانونية للدولة هو الذي يفسر الاختلاف العضوي والإجرائي. إذ أن طبيعة العمل هي التي تحدد شكله<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - طعيمة الجرف، القانون الإداري، طعيمة الجرف، القانون الإداري، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، 1974، ص 477-478.

<sup>2</sup> - و من ذلك مثلا المادة 34 من الدستور الفرنسي و المادتين 139-140 من التعديل الدستوري الجزائري الأخير، التي تنص على المجالات التي يشرع فيها البرلمان.

<sup>3</sup> - طعيمة الجرف، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 477.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

و من بين الانتقادات التي وجهت كذلك إلى هذا المعيار، أنه يتسم بالصعوبة في التطبيق عندما تعلن الدولة حالة الظروف الاستثنائية أو الانتقالية، أين تمارس بعض الهيئات نشاطات يصعب تكييفها أو نسبها لسلطة معينة. و من جهة أخرى يستصعب تطبيق هذا المعيار للتمييز بين الأعمال الصادرة عن الشخص نفسه أو الجهة نفسها كما هو الحال بالنسبة للأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية، حيث تقوم السلطة التنفيذية إلى جانب الوظيفة الإدارية بوظيفة التشريع، فوفقا لهذا المعيار تصبح القرارات الإدارية التنظيمية، منحصرة في مجال القرارات الإدارية بالرغم من تضمينها قواعد عامه ومجرده، وهو ما لا يتناسب مع طبيعة القواعد التشريعية و معناها الاصطلاحي، كما لا يمكن اعتبار القواعد الفردية قوانين كونها التطبيقات للقواعد القانونية التي تسبقها، فوجود القانون يسبق وجود القرار الفردي<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للمعيار الإجرائي المتبع في حالة اندماج السلطات، أين تكون الإجراءات المتبعة في إصدار العمل هي المميّزة بينها، فتم انتقاده من جانب أن ليس هناك ما يمنع السلطة من إتباع إجراءات معينة وهي بصدد إصدار عمل معين، فإضفاء الوصف الإداري أو التشريعي على عمل معين سيكون رهن إرادة الهيئة المصدرة له<sup>2</sup>، فتسمى العمل إداريا أو تشريعيًا استنادًا إلى الإجراءات التي اتبعت في

---

<sup>1</sup> - علي خاطر الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، جزء 1، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 320؛ سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، المرجع السابق، ص 108-109.

<sup>2</sup> - و من ذلك مثلا المادة 2 من المداولة رقم 92-02 المؤرخة في 14 أبريل 1992 ج.ر.ج.ج. 28، المتعلقة بالمراسيم ذات الطابع التشريعي التي كان يتخذها المجلس الأعلى للدولة في تلك الفترة، كتدابير ضرورية لاستمرارية الدولة، وتنفيذ برنامج الحكومة حتى يعود السير العادي للمؤسسات والنظام الدستوري. فكان المجلس الأعلى للدولة يجمع بين عدة سلطات في هيئة واحدة، يستصعب تحديد الطبيعة القانونية للأعمال التي يصدرها، وبصفة خاصة للمراسيم التشريعية التي طرحت مسألة مشروعيتها و التي بررها الفقه بحالة الضرورة.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

إصداره. ومن هذا المنطلق يبدو أن دور الإجراءات ليس حاسما في مسألة التمييز بين العاملين<sup>1</sup>.

و استنادا إلى الانتقادات السابقة، اتخذ بعض الفقه المعيار الموضوعي كأساس للتمييز بين القرار الإداري والعمل التشريعي، ونادى بالعدول عن الاعتماد على المعيار العضوي في هذا التمييز، وهو ما سوف نتطرق إليه في البند الثاني.

### البند الثاني

#### معيار المدرسة النمساوية

عرفت هذه المدرسة كذلك تحت تسمية "مدرسة التدرج الهرمي للقواعد القانونية"، أو "النظرية الوضعية للقانون". وكان من أبرز روادها كل من (كلسن) و (ميركل).

وأسس كلسن هذه النظرية على النظام القانوني داخل الدولة، الذي يتكون من مجموعه من القواعد، لا تقع كلها في مرتبه واحده، وإنما تشكل تركيبا تدرجيا موزعا على طبقات مختلفة. وتتمثل وحده هذا النظام في أن إنشاء القاعدة يكون وفقا لقاعدة أخرى التي تم تحديد إنشائها وصحتها بقاعدة ثالثة، إلى غاية الوصول إلى القاعدة الأساسية التي تركز عليها صحة النظام القانوني<sup>2</sup>.

وسبب هذا التدرج راجع إلى عدم وقوع السلطات العامة في الدولة في نفس المرتبة، وبالتالي يرتبط صدور التصرف القانوني بمرتبة الهيئة التي أصدرته. و يرتب (كلسن) القواعد أو السنن القانونية ترتيبا تنازليا، من حيث الإلزامية والعمومية والتجريد والتخصيص. فتحل السنن الافتراضية قمة السلم الهرمي، تليها القواعد الدستورية، ثم

<sup>1</sup> - سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، المرجع السابق، ص 109، محمد السناري، نفاذ القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، د. د. ن، دون سنة الطبع، ص 80.

<sup>2</sup> - هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة: د. أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986، ص 117.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، وتأتي في مرتبة أدنى اللوائح التي تصدرها السلطة الإدارية، ثم تليها القرارات الفردية التي تحتل المرتبة الأخيرة في السلم، وبالتالي تكون القاعدة التي تعلو السلم الهرمي تتميز بالعمومية والتجريد في حين تقل هاتين الخاصيتين، وتقرب القواعد إلى التجسيد التخصيص كلما نستمر في التدرج التنازلي إلى غاية الوصول إلى القرار الفردي<sup>1</sup>.

وبالتالي يجب على كل هيئة عامة وهي بصدد إنشاء قاعدة قانونية أن تراعي أحكام القواعد القانونية الأعلى منها وضوابطها، فدرجة إلزامية القاعدة القانونية الدنيا مرتبطة بماذا احترامها لأحكام وضوابط القاعدة الأعلى منها.

وتبني المدرسة النمساوية تدرج القواعد القانونية على أساس عضوي، فطبيعة التصرف ومكانته في السلم الهرمي هي نفس طبيعة الهيئة التي أصدرت العمل القانوني، أما في إطار التمييز بين القرار الإداري والعمل التشريعي، فيذهب رواد هذه المدرسة إلى اعتبار العمل التشريعي أنه ذلك العمل الذي يتضمن التنفيذ المباشر لنصوص الدستور، أما القرار الإداري فهو الذي يتضمن التنفيذ المباشر للتشريع<sup>2</sup>. أما بالنسبة للقرار الإداري، فيقصد به كل عمل يتضمن التنفيذ المباشر للقانون العادي أو اللائحة، فوظيفة الإدارة عند أنصار هذا الرأي هي تجسيد وتخصيص القواعد العامة و المجردة التي تتضمنها القوانين، سواء كانت قواعد عامه مجردة كما هو الحال بالنسبة للوائح، أو كانت قرارات إدارية فردية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - نفس المرجع، نفس الصفحة

<sup>2</sup> - يقصد بالتشريع هنا كل الأعمال التي تصدر السلطة التشريعية سواء كانت التضامن قواعد عامه مجردة و تنشئ مراكز قانونية عامه، أم كانت تتضمن إنشاء مراكز قانونية خاصة، شريطه أن يكون صدور العمل التنفيذ المباشر لنص دستوري.

<sup>3</sup> - سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، المرجع السابق، ص 113.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

فالمعيار المميز بين العمل التشريعي والقرار الإداري هو التنفيذ المباشر للنصوص، فإذا كانت السلطة بصدد تنفيذ نص دستوري عد العمل تشريعيا، و أما إذا كان تجسيدا وتخصيصا لنص تشريعي عد العمل إداريا.

أما في تقدير هذه النظرية فقد واجهت العديد من الانتقادات، أبرزها أنها تقيم أساس القانون على الشيء مفترض هو (السنن الأساسية) فإذا كانت كل قاعدة تستمد قوتها الإلزامية من القاعدة التي تعلوها، فمن أين تستمد السنة الافتراضية العليا قوتها الإلزامية؟ كما يلاحظ أن نظرية كلسن تخلط بين القواعد القانونية و الالتزامات القانونية، كونها تجعل التدرج الهرمي شاملا لكل الأعمال القانونية سواء كانت عامه ومجرده أم كانت أعمال فريده. كما لا يمكن تطبيق هذه النظرية على نظم تعتمد الرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث يكون القضاء مراقبا القوانين من حيث دستورتيتها<sup>1</sup>.

كما انتقد البعض هذه النظرية من جانب أنها تميز بين الأعمال القانونية، على أساس جوهر ومضمون الأعمال باختلاف طبيعتها الداخلية، حيث أنكر أنصار هذه النظرية وصف التشريع على اللائحة، فاعتبروها عملا تنفيذيا عندما تتميز بالتخصيص والتجسيد لعموميات القواعد العامة الصادرة عن السلطة التشريعية من جهة، وهو ما يعتبر اعتمادا على طبيعة التصرف وجوهره. وأضفى أصحاب هذه النظرية على اللائحة وصف التشريع من جهة أخرى، عندما تتسم بالعمومية والتجريد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - وقد أشار إلى ذلك عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية، قضائية، فقهية)، الطبعة الأولى، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص46؛ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 81.

<sup>2</sup> - محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1992، ص 179.

## الفرع الثاني

### التمييز بين الأعمال التشريعية و الإدارية وفقا للمعيار الموضوعي

يستند هذا المعيار في إطار التمييز بين الأعمال التشريعية و الأعمال الإدارية، يستند أساسا على جوهر العمل و مضمونه، وقد كان الفقيه دوجي و الفقهاء الجيز و سل و بونار، من أبرز أنصاره. وعليه سنتطرق في البند الأول إلى مضمون المعيار الموضوعي ثم إلى تقييم المعيار في البند الثاني.

### البند الأول

#### مضمون المعيار الموضوعي أو المادي

بني أنصار هذا المعيار التفرقة بين الأعمال القانونية المختلفة الصادرة عن السلطات الثلاث في الدولة، التشريعية والتنفيذية أو القضائية، على أساس طبيعة العمل وجوهره.

فلتمييز القرار الإداري عن العمل التشريعي يجب الاعتماد على فحوى موضوع العمل ذاته، دون الاعتداد بصفة العضو أو الهيئة التي صدر عنها، وسبب ذلك يرجع إلى عدم ارتباط طبيعة العمل الهيئة التي أصدرته، أو الأشكال و إجراءات إصداره<sup>1</sup>.

ووفقا لهذا المعيار يعتبر العمل تشريعيا إذا تضمن قواعد عامه ومجرده، فلا يهم من أصدر هذا العمل ولا الشكل الذي يتجسد فيه ولا الإجراءات التي تتبع في إصداره. وقد انقسم هذا المعيار إلى مجموعة من النظريات تنطلق من مضمون العمل القانوني لتمييزه عن غيره من الأعمال التي تصدرها الدولة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات أنظر: عمار بوضياف، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup> - عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، المرجع السابق، ص 516.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

ومفاد النظرية الأولى أن القانون يتضمن القواعد العامة المجردة التي لا تتصرف إلى حالة معينة أو شخص معين بالذات، بل تنطبق على كل من تتوفر فيه شروط تطبيقها، فيعتبر القانون حسب أنصار هذه النظرية مجسدا للإرادة العامة، وأن العمومية التي يتميز بها تكون مزدوجة: فتعتمد على الإرادة العامة من حيث المصدر، وعلى قواعد عامه ومجرده من حيث الموضوع.

أما النظرية الثانية التي تعتمد في التمييز بين القرار الإداري والعمل التشريعي على المساس بالمراكز القانونية للأفراد، أي الالتزامات المفروضة عليهم سواء في علاقتهم في ما بينهم، أو في علاقاتهم مع الدولة، فإذا كان العمل منشئا للمراكز القانونية العامة اعتبر تشريعيا، أما إذا أنشأ العمل مراكز قانونية خاصة تخص فردا أو أفرادا محددين بدواتهم أو تتعلق بحاله أو حالات معينة اعتبر هنا العمل إداريا<sup>1</sup>. وطبقا لهذا المعيار، فإن العمل التشريعي لم يعد مقترنا فقط بالبرلمان، طالما أن السلطة التنفيذية يمكنها أيضا سن قواعد عامة وموضوعية، تشكل قانونا كاملا من الناحية الموضوعية، وإن لم يكن كذلك من الناحية العضوية مثال ذلك الأوامر في المرحلة اللاحقة على موافقة البرلمان عليها. وقد أكد الفقيه دوجي بأن القانون لم يعد مرتبطا بفكره السيادة، بمعنى أنه لم يعد مقتصرا فقط على الهيئة الممثلة للسيادة الشعبية، طالما أنه توجد قواعد أخرى لها نفس خصائص القوانين العادية وصادرة عن هيئة أخرى غير البرلمان. والقانون بالنسبة لفقهاء هذا المعيار يدور حول فكرتين رئيسيتين هما: المراكز القانونية و الأعمال القانونية<sup>2</sup>، وذلك على الشكل التالي:

<sup>1</sup>– Maurice HAURIUO, Précis de droit administratif et de droit public, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 4<sup>eme</sup> éd, 1900, p31.

<sup>2</sup>– Maurice HAURIUO, op.cit., p42.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

شرطيه وهي التي تستند إلى فرض الأفراد معينين، فهي مكمله للأعمال المشرعة. المراكز القانونية العامة تظل شاغرة حتى تحدد الأعمال الشرطية من يشغلها.

وبناء على ما سبق، فإن هذا المعيار اسند القانون و القرار الإداري إلى الجانب الموضوعي، ولا يهتم في ذلك صفة من أصدر القاعدة ولا الشكل الذي تجسدت فيه الإجراءات التي تتبع في إصدارها. فوفقا للتمييز السابق تتضمن الوظيفة التشريعية جميع الأعمال المشرعة كالقوانين واللوائح<sup>1</sup>.

والفرق بين القانون الصادر عن البرلمان واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، أنه لا يقف عند صفة القائم بالأعمال القانونية؛ وإنما إلى تحليل العناصر الضمنية الموضوعية لهته الأعمال. فحسب هذه النظرية سيقوم القانون بدور الحارس للحريات العامة والحقوق الفردية، باعتباره القاعدة العامة هي التي تعبر عن إرادة الأمة الملزمة. أما اللوائح فهي قواعد لا تمس المواطنين ولا تنشئ أية حقوق والتزامات، وإنما تركز فقط على المحافظة عليها في حدود النظام القانوني القائم، والتسيير داخل الأجهزة الإدارية في الدولة، وتنظيم المرافق العامة، فتؤكد الأنظمة الإدارية السلطة التنظيمية المستقلة عن القانون و التي لا تحتاج إلى نصوص دستورية وقانونية لتقرها<sup>2</sup>.

وقد لاقت هذه النظرية تأييدا فقهيا كبيرا، وقد تأثر بذلك حتى الاجتهاد القضائي، حيث ورده في أحد الأحكام: " أن لكل من المراسيم والقوانين مواد خاصة، فلا يجوز للمراسيم أن تتطرق إلى ما هو من اختصاص القوانين..... ولتحديد حقل كل من المقررات المذكورة ينبغي القول بأنه يعود القوانين دون سواها أن تفرض على

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص178.

<sup>2</sup> - عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، المرجع السابق، ص 517.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الأفراد موجبات وأنه يعود بالعكس للسلطة التنفيذية صلاحية تنظيم المصالح العامة وما يتعلق بإرادتها شرط أن لا تمس بعملها"<sup>1</sup>.

وقد تم انتقاد هذه النظرية بسبب خلطها بين طبيعة كل من القانون والنظام الإداري، وبين مجال صدور كل منهما، بسبب مزجها بين الشيء ومصدره، فتعتبر أن القانون هو القاعدة القانونية مع أن القانون بالمعنى الخاص هو احد مصادر القاعدة القانونية، كما يمكن للأنظمة الإدارية أن تتعرض لحقوق الأفراد بالتنظيم والتقييد كالقرارات المتعلقة بالضبط الإداري"<sup>2</sup>.

في حين تنطلق النظرية الثالثة من هذا المعيار في تمييز القانون عن القرار الإداري، من اعتبار أن القانون هو الذي يحدد المبادئ الأساسية، في حين يتحدد دور القرارات الإدارية في تحديد الأحكام التفصيلية. غير أن صعوبة التمييز بين المبادئ والأحكام التفصيلية، ومعرفة الحد الفاصل بينهما ترتب عليه تعرض هذه نظرية للنقد الشديد، فوضع الأحكام العامة من قبل القانون وترك التفصيل للأنظمة الإدارية، وإن كان يعتبر تطبيقاً فإنه ليس قاعدة ملزمة. كما لا يوجد أي قيد دستوري على المشرع يمنعه من التطرق إلى التفاصيل"<sup>3</sup>.

وتعتمد النظرية الرابعة في هذا التمييز على تدرج القواعد القانونية، فالقواعد القانونية في الدولة تربط بينها علاقة تسلسل وتبعية وتدرج، ولا تكتسب قيمتها القانونية إلا إذا كانت مبنية على قاعدة أعلى وأصدق منها. وتأسيساً على هذا تكتسب القرارات الإدارية قوتها القانونية من القانون الذي تصدر على أساسه، وينسب

<sup>1</sup> - C.E. 19 Fev 1904, chambre syndicale des fabricants constructeurs de materiel pour chemin de fer tramway. Recueil, p.133. Lien du site: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2017-07-19/403928?> Date de consultation : 10-03-2017.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> - محمود محمد حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 195.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

القانون بدوره إلى النصوص الدستورية، فلا تمييز من حيث المضمون أو الموضوع، وإنما تتعاون كل سلطات الدولة وهيئاتها في تكوين البناء القانوني للدولة، بغض النظر عن مضمون كل العمل، إذ يمكن أن يتضمن قاعدة عامه مجردة أو تفصيلية. وقد يكون العمل فردياً وتفصيلياً يأتي تطبيقاً لقاعدة عامة سابقة. ويعاب على هذه النظرية أنها ترجع التمييز بين الأعمال القانونية إلى اختلاف مضمونها وطبيعتها، في حين ترجع وتتبع هذه الأعمال بالسلطات التي أصدرتها. كما يلاحظ أن هذه النظرية تميل في حججها وتبريراتها إلى المعيار العضوي أكثر من المعيار الموضوعي دون التصريح بذلك<sup>1</sup>.

### البند الثاني

#### تقييم المعيار الموضوعي

في إطار تقييم المعيار المادي أو الموضوعي، نلاحظ تميزه بمجموعة من المزايا وتعرضه لجملة من الانتقادات، نستعرضها في ما يلي.

#### 1- مزايا المعيار الموضوعي

يتضح من خلال استعراض أساس المعيار الموضوعي، أنه أقرب إلى حقائق الأمور، حيث يمكن الاستعانة بهذا المعيار أثناء المراحل الانتقالية، أين تجتمع وظيفتا التشريع والتنفيذ في يد السلطة التنفيذية، على عكس المعيار العضوي الذي يستصعب التمييز -استناداً عليه- بين الأعمال التي تمارس في مثل هذه الظروف كونها صادرة عن النفس الهيئة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، المرجع السابق، ص 520.

<sup>2</sup> - عبد الرحمن رحيم عبد الله، التمييز بين القرار الإداري والعمل التشريعي، مجلة زانكو، عدد خاص بأشغال المؤتمر العلمي الثالث للدراسات الإنسانية، ج1، مديرية مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، 1998، ص 37.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أما في الظروف العادية، فمن بين أهم الأسباب التي تدفع إلى الاعتماد على المعيار الموضوعي هو التمييز بين الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية من قرار إداري فردي ولائحة كون مضمونها ليس واحداً، فالقرار الإداري الفردي يتميز بطابع الخصوصية، عكس اللائحة التي تتميز بالتجريد والعمومية. ولكون هذا المعيار أكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء وأكثر مساعدة على تفهم حقيقة أعمال الدولة، إزاء الاهتمام بجوهر العمل وطبيعته الداخلية دون المظهر الخارجي<sup>1</sup>.

كما يلاحظ أن تحليل الفقيه ليون دوجي<sup>2</sup> في إبراز العلاقة بين المراكز القانونية و الأعمال القانونية يؤدي إلى تحقيق مبدأ المشروعية من جانبه المادي، وذلك عن طريق صدور الأعمال القانونية الشخصية مطابقة للأحكام القانونية التي تحكمها. وينطبق هذا المبدأ على كافة السلطات في الدولة سواء كانت البرلمان أو رئيس دولة<sup>3</sup>.

### 2- نقد المعيار الموضوعي

لم يسلم المعيار الموضوعي هو الآخر من النقد، فقد أخذ عليه أن صعوبته تكمن في عمليه التطبيق بسبب تداخل أعمال الهيئات العامة. كما أن هذا المعيار لا يتماشى و النظام القانوني للدول التي أخذت بمبدأ الفصل بين السلطات. فمن المتعين أن تتبنى الأنظمة المعيار العضوي للتمييز بين أعمال السلطة العامة التي يمكن أن تتصرف مع بعضها البعض، من حيث الطبيعة الداخلية ومضمون الأوامر

<sup>1</sup> - سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، المرجع السابق، ص 130.

<sup>2</sup> - Léon DUGUIT, Leçons de droit public général faites à la faculté de droit à l'université égyptienne pendant les mois : Jan ; Fév ; mars 1926 ; Paris ; E. de Boccard, 1926 ; p 147.

<sup>3</sup> - للمزيد من المعلومات حول هذه النقطة، أنظر: سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، المرجع السابق، ص 134؛ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 130؛ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 58.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الصادرة عن السلطة التنفيذية في المجال المحدد للبرلمان. فلا يمكن أن يعتبر أي عمل يتميز بالعمومية والتجريد عملاً تشريعياً كما لا يمكن انتفاء صفة التشريع على أي عمل غابت فيه العمومية والتجريد وكان صادراً عن السلطة التشريعية، ومن ناحية أخرى تمارس السلطة الإدارية الوظيفية التشريعية وتصدر قواعد عامة ومجرده، ومع ذلك تبقى خاضعة لرقابه الإلغاء<sup>1</sup>.

والملاحظ أيضاً أن الدول في نظامها القانوني تولي اهتماماً للعناصر العضوية والإجرائية أكثر من الجانب الموضوعي رغم اقترابه إلى المنطق، كما أن هذا المعيار لا يتفق ومبدأ لفصل المرن بين السلطات، كون أن طبيعة العمل لا تتغير بتغير الهيئة العامة في الدولة، فتطبيق هذا المعيار يجب أن يكون بالفصل المطلق بين السلطات، ذلك أن القانون الوضعي يسمح بالتداخل الوظيفي بين الهيئات العامة في الدولة<sup>2</sup>.

لذلك ليس هناك ما يمنع من صدور التشريع عن سلطه إدارية، و صدور العمل الإداري عن السلطة التشريعية ما دام أن العبرة بجوهر العمل وليس بالهيئة المصدرة له<sup>3</sup>. كما أن تعريف القانون حسب هذا المعيار ليس مانعاً كون أن اللائحة تنسم بالعمومية أيضاً. أما من حيث مجال كل منهما، فقد يخلط البعض بين طبيعة كل منهما وبين مجال صدورهم؛ كما أن ما ينطبق على القانون بشأن المساس بالمراكز القانونية للأفراد ينطبق كذلك على اللائحة. ومن بين الانتقادات التي وجهت لهذا

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص197.

<sup>2</sup> - سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، المرجع السابق، ص 135

<sup>3</sup> - Léon DUGUIT, leçons de droit public général ; op.cit., p83.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

المعيار أنه انتقد من جانب أنه لا يسمح للوائح بتنظيم حقوق الأفراد وحررياتهم إلا بمقتضى ما يعرف بالتفويض التشريعي<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى أن النظرية الأولى<sup>2</sup> كانت عرضة للانتقاد، إذ لا يمكن الاعتماد على هذا الاتجاه لتعريف القانون وتمييزه عن القرار الإداري، فهو غير جامع لأن القانون لا يتميز بطابع العمومية فحسب، بل يتميز أيضا بطابع الابتداع، وعدم الخضوع لشروط وقيود معينة ما عدا تلك المنصوص عليها في الدستور، فالتمييز الدستوري الوحيد بين المشرع والإدارة لا يمكن أن يكون على أساس المعيار المادي وفقا لهذه النظرية لمعرفة متى يمكن اعتبار العمل تشريعيا ومتى يمكن اعتباره إداريا؛ وإنما يركز التمييز أساسا على المعيار العضوي حتى يتحقق الفصل بين السلطات<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني

#### الموافقة الشكلية للبرلمان على الأوامر

وهي المرحلة التي تلي مصادقة البرلمان على الأوامر، فدراسة موقف النظام القانوني الجزائري و النظم المقارنة من طبيعة الأوامر الرئاسية في هذه المرحلة، تقتضي ابتداء أن نبين موقف الفقه والقضاء المقارن من التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية، لأن المسألة التي نحن بصددتها ليست محل اتفاق بين فقهاء القانون العام، حيث اختلفت آراؤهم بشأن طبيعة الأوامر بعد موافقة البرلمان عليها، هل تبقى محتفظة بصفة القرار الإداري مادام أنها صادرة عن السلطة التنفيذية، أم تكتسب قوة

<sup>1</sup> - محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص 176.

<sup>2</sup> - للإطلاع على مضمون هذه النظرية يرجى الرجوع إلى الصفحة 36.

<sup>3</sup> - R.Carré de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, op.cit., pp

227 et 326.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

التشريع طالما أنها تنص في مضمونها على قواعد عامة و مجردة، تعود للبرلمان أصلاً؟

وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى موقف الفقه والقضاء المقارن من طبيعة الأوامر بعد الموافقة عليها في الفرع الأول، ثم إلى طبيعة الأوامر الصادرة في الجزائر في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

**موقف الفقه والقضاء المقارن من طبيعة الأوامر بعد موافقة البرلمان عليها**

بالرجوع إلى موقف الفقه الفرنسي من الطبيعة القانونية للتدابير المنصوص عليها في المادة 38 من الدستور الفرنسي 1958 نلاحظ انقسامه إلى عدة آراء، فقد ذهب اتجاه فقهي إلى اعتبار التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية أعمالاً إدارية لأن التفويض التشريعي ليس تفويضاً للسلطة، ولا يمكن أن تعوض الحكومة البرلمان<sup>1</sup>. في حين اعتبرها اتجاه فقهي آخر من قبيل الأعمال التشريعية كونها تصدر ضمن التعداد الوارد في المادة 34 المتعلق بأهلية البرلمان في التشريع بقوانين، لذلك اعتبر هذا الاتجاه الأوامر أعمالاً تشريعية لا إدارية، كون العلاقة التي تنشأ بموجب تفويض تشريعي تكون قائمه على الوكالة<sup>2</sup>. أما مجلس الدولة الفرنسي فقد اعتبر الأوامر الصادرة بمقتضى المادة 38 من الدستور الفرنسي أعمالاً إدارية يجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة، وهو ما أكده في قراره الصادر في 3 نوفمبر 1961<sup>3</sup>، كما قد

<sup>1</sup> - للاستزادة حول هذا الموقف الفقهي، أنظر: عمر فهمي حلمي، المرجع السابق، ص 247.

<sup>2</sup> - للاستزادة حول هذا الموقف الفقهي، أنظر: سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية عليها، المرجع السابق، ص 280.

<sup>3</sup> -C.E sect, 3 novembre 1961, Damiani, Rec,Lebon.p. 607.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

نص المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 72-73 الصادر في 29 فيفري 1972<sup>1</sup> بأن الأوامر تحتفظ بطابعها الإداري مادام البرلمان لم يصادق عليها. ومن خلال القرارين الصادرين في 28 ماي 2020<sup>2</sup>، و3 جويلية 2020<sup>3</sup> أكد المجلس الدستوري الفرنسي اجتهاده من خلال التأكيد على أن أحكام الأوامر يجب أن ينظر فيها ابتداء من انتهاء المدة الزمنية للتفويض، وصادرة في مجال القانون كتلك المتخذة استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 61 وبالتالي لا يمكن التحقق من تطابقها للحقوق والحريات التي يحميها الدستور إلا من خلال "مسألة الأولوية الدستورية". وتبعاً لهذا الاجتهاد القضائي، أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً<sup>4</sup> يحدد فيه اجراءات وشروط الطعن في مشروعية الأوامر أمام القاضي الإداري. وقد حدد النظام القضائي على نحو يحقق ثلاث أهداف:

- ضمان أن لا يرتب أي تراجع في مبدأ سيادة الدولة للمتقاضين؛
- توفير "تعليمات الاستعمال" الأكثر تفصيلاً وتبسيطاً للمتقدمين؛

---

<sup>1</sup> - Décision du Conseil constitutionnel n° 72-73L du 29 février 1972, rendue sur saisine du Premier Ministre sur le fondement du second alinéa de l'article 37 de la Constitution en vue de déterminer la nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, lien de la decision : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1972/7273L.htm>, date de consultation du site : 14-03-2018.

<sup>2</sup> - Décision n°2020-843 QPC du 28 mai 2020. lien de la decision : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020843QPC.htm>, date de consultation du site : 14-10-2020.

<sup>3</sup> - Decision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020. Lien de la decision : [https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020851\\_852QPC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020851_852QPC.htm), date de consultation du site : 14-10-2020.

<sup>4</sup> - C.E, Assemblée, 16/12/2020, 440258, Publié au recueil Lebon.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

- التناسب والتكيف مع استراتيجية المنازعة التي يتبعها المتقدم بالطلب، والذي يظل حراً في المسائل التي يثيرها، بما في ذلك احتمال أن يكون لمبدأ دستوري ما يعادله في اتفاقية دولية أو في المبادئ العامة للقانون. ومادام أن المصادقة على الأمر من طرف البرلمان لم تتم، فيمكن الطعن فيه أمام مجلس الدولة، والذي يملك سلطة إلغائها. أما إذا انتهت المدة المحددة للتفويض التي منحها البرلمان لإصدار الأمر، فإن الطعن يتخذ شكل "مسألة الأولوية الدستورية"، وبالتالي يحيله إلى المجلس الدستوري إذا اتسم بالجدية<sup>1</sup>. ومن ناحية أخرى، يراقب مجلس الدولة دائماً تطابق الأمر مع القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية، ومع الإلتزامات الدولية للدولة الفرنسية، ومع المبادئ العامة للقانون، إضافة إلى الشروط والحدود التي وضعها البرلمان في قانون التفويض، وقواعد الاختصاص والشكل والإجراءات. وبالتالي سيكون قادراً على إلغائها إذا استندت عدم مشروعيتها لأحد هذه الأسباب، بغض النظر عن مصير الأمر الذي سيقره المجلس الدستوري بعد إحالة إليه مسألة الأولوية الدستورية<sup>2</sup>. أما المؤسس الدستوري المصري، فتبنى ما يعرف بلوائح الضرورة التي تتخذ في حال غياب مجلس الشعب، وتكون بسبب وجود ضرورة تستوجب الإشراف والتدخل الضروري، وترك الدستور المصري التدخل للسلطة التنفيذية، كما قيد اتخاذ لوائح الضرورة بعرضها على مجلس الشعب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - وجاء تحديد الأدوار وما لكل هيئة من اختصاص لمراقبة الأوامر غير المصادق عليها من طرف البرلمان، في إطار استئناف قدمته عدة نقابات ضد الأمر رقم 430-2020 المتخذ في 15 أبريل 2020 الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية 0093، والمتعلق باتخاذ أيام عطلة أثناء فترة الطوارئ الصحية. lien directe de

l'ordonnance: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2020/04/16/0093>

<sup>2</sup> - للاستزادة أنظر: الملحق 2، ص 7.

<sup>3</sup> - المادة 156 من الدستور المصري، سابق الإشارة إليه.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

وبمقتضى الدستور تكون للوائح الضرورة قوة القانون بمعنى أن للسلطة التنفيذية أن تنظم بلوائح كل ما يمكن أن ينظم بموجب القانون. وقد أكد القضاء المصري الموقف الفقهي<sup>1</sup> الذي يرى بأن لها نفس قوة القانون بعد موافقة مجلس الشعب عليها، في حكم أصدرته محكمة القضاء الإداري بشأن لوائح الضرورة، بأن القضاء المصري قد تبنى معيارا شكليا للترقية بين العمل التشريعي والعمل الإداري، فوفقا لهذا المعيار تكون الأعمال تشريعية إذا صدرت عن السلطة التشريعية أو من الجهة القائمة بمقتضى الدستور بشؤون التشريع، أما القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية وإن تضمنت من حيث الموضوع قواعد لأتية ذات صفة عامة، فإنها تبقى قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري<sup>2</sup>.

في حين خالف د. سامي جمال الدين هذا اتجاه، استنادا إلى أن الدستور أضفى على لوائح الضرورة قوة القانون لا الطبيعة القانونية. وبرر موقفه بأن موافقة البرلمان عليها تدخل ضمن الوظيفة الرقابية على أعمال السلطة التنفيذية، وتأكيدا لما لهذه القرارات من قوة قانونية. وبالتالي فليس لها أي أثر على الطبيعة القانونية للوائح الضرورة<sup>3</sup>.

على أن بعض الفقهاء حاول الحد من مجال لوائح الضرورة في ظل الدستور المصري لسنة 1923، فذهب اتجاه فقهي إلى اعتبار أن لوائح الضرورة لا يمكنها أن تعدل قوانين الانتخاب، لأن النص على وجوب دعوة البرلمان إلى اجتماع غير عادي

<sup>1</sup> - من بين الفقهاء الذين تبناوا هذا الاتجاه: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص519؛ محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص 277.

<sup>2</sup> - محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم 16/957 ق بتاريخ 01/26/1965، مجموعة 5 سنوات، ص 524 ؛ عن ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 173.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، المرجع السابق، ص 96-97.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

على وجه الاستعجال، وأن الاجتماع يجب أن يكون طبقاً لقانون الانتخاب الساري وقته مع البرلمان وهذا الرأي هو المنصوص عليه حالياً<sup>1</sup>.

أن هناك أمور لا تنظمها المراسيم بقوانين، كون اختصاص السلطة التنفيذية في التشريع المنصوص عليه في المادة 31 من الدستور المصري لسنة 1923، تقوم به باعتبارها هيئة إدارية لا سياسية، لوجود جملة من الاختصاصات التشريعية يقوم بها البرلمان باعتباره الهيئة السياسية و التشريعية في الدولة. وبالتالي لا يمكن أن تضمن لوائح الضرورة تلك المواد. على أن المادة 147 من الدستور الحالي أطلقت اختصاص الجمهورية في هذا الخصوص<sup>2</sup>.

وفي الحالة العادية انقسم الفقهاء إلى اتجاهين يرى الاتجاه الأول<sup>3</sup> أنه بالرغم من موافقة البرلمان عليها تبقى ذات طابع إداري، و بالرغم من اكتسابها قوة التشريع بعد الموافقة عليها، إلا أنها ليست بتشريع فعلي، فتكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري، وكذا رقابة المجلس الدستوري. هذا الاتجاه الفقهي اعتبر الأوامر اتساعاً للاختصاص التنظيمي الذي يحوزه الرئيس، فيرخص للسلطة التنفيذية بموجب هذه النظرية بتنظيم بعض المسائل، بتوسع نطاق اختصاصها العادي دون أن يفوض لها ممارسة الوظيفة التشريعية. وحسب هذه النظرية تعتبر الأوامر مجرد قرارات إدارية عادية من حيث طبيعتها وقوتها القانونية، لأنها صادرة من السلطة التنفيذية طبقاً للمعيار العضوي، وفي مجال اللائحة حسب المعيار الموضوعي، وذلك على أساس أنه يمكن للقانون أن يحول المسألة من المجال التشريعي إلى المجال اللائحي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 516.

<sup>2</sup> - الدستور المصري، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> - عبد الغاني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط3، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006، ص118؛ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، المرجع السابق، ص 197.

<sup>4</sup> - ميمونة سعاد، الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 85

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أما الاتجاه الفقهي الثاني<sup>1</sup> فيرى أن الأوامر هي لوائح إدارية قبل عرضها على البرلمان، أما بعد عرضها، فتكتسب الصبغة القانونية، ويعتبر هذا الاتجاه هو الراجح في الفقه، حيث قسم الطبيعة القانونية للأوامر إلى مرحلتين: الأولى تكون السابقة على عرض الأوامر على البرلمان لإقرارها، حيث تعتبر هذه اللوائح من الناحية الموضوعية أعمالاً تشريعية بإمكانها تعديل وإلغاء القوانين القائمة نظراً لتمتعها بقوة القانون المستمدة من قوانين التفويض. ولكن نظراً لصدور هذه اللوائح من السلطة التنفيذية، فإنها تعتبر من الناحية العضوية قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء<sup>2</sup>.

و قد استقر الفقه المصري على الرأي القائل بأن لوائح الضرورة وإن أنتجت أثرها بحكم الدستور كما لو كانت قوانين، فإنها وبحكم الهيئة المصدرة لها تعد أعمالاً إدارية وفقاً للمعيار العضوي ومن حيث طبيعتها القانونية هذا من جهة، و من جهة أخرى لصدورها عن السلطة التنفيذية، حيث أن رئيس الدولة لا يصدر قوانين وإنما يصدر داخل حدود سلطته قرارات ومراسيم، وإن كان لها قوة القانون فهي في حقيقة الأمر ليست قانون، مادام أن السلطة التشريعية لم تصدرها، بل صدرت نتيجة لظرف طارئ في ظل غيبة البرلمان<sup>3</sup>.

و طبقاً لتغيير موقف الفقه، لم يبق لموقف القضاء المصري الأول من تحديد الطبيعة القانونية للوائح الضرورة أي قيمة. وهو ما سارت عليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الذي نص على ما يلي " إن القرار المطعون فيه وهو القرار الجمهوري بقانون رقم 23 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 38 لسنة

<sup>1</sup> - حسين عثمان، القانون الإداري، أعمال الإدارة العامة، الدار الجامعية، د.د.ن، 1998، ص 60؛ محمود عاطف البناء، القضاء الإداري دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 28-29.

<sup>1</sup> - ميمونة سعاد، الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص 453.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

1972 في شأن مجلس الشعب، هذا القرار الجمهوري وإن كانت السوابق القضائية تؤيد القول بأن القرارات الجمهورية بقوانين هي قرارات إدارية يجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة لحين عرضها على البرلمان، إلا أن هذه القرارات بقوانين تأتي أن تبحث في القرار بقانون من وجهة مطابقته أو عدم مطابقته للقوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية. لأن هذا المرسوم له قوة القانون بنص الدستور فيكون قادرا على تعديل تلك القوانين ومخالفتها، ومن ثم تمتع محاسبته على أساس مكانته التي زوده بها الدستور، لتتحصر الرقابة عليه في التأكد من التزامه بأحكام الدستور، بمعنى أن تلك الرقابة هي من قبيل الرقابة الدستورية المباشرة<sup>1</sup>. "

و بين تباين الاتجاهات الفقهية السابقة في مصر، ظهر تطبيق ثنائي للرقابة على الأوامر، بحيث تخضع لرقابة القضاء الإداري ممثل في مجلس الدولة المصري، ورقابة القضاء الدستوري ممثلا في المحكمة الدستورية العليا، فإذا ما أراد الفرد أن يطعن في الأوامر نتيجة مخالفتها للقانون أصبح القضاء الإداري مختصا بالنظر في مشروعية الأوامر. أما إذا كان الطعن مبنيا على أساس مخالفتها للدستور، فإن الاختصاص يرجع للمحكمة الدستورية العليا لمراقبة مطابقة الأوامر للدستور<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محكمة القضاء الإداري في 29/05/1979 لسنة 33ق، أورده مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة عن ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 174.

<sup>2</sup> - ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 169؛ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 436.

## الفرع الثاني

### طبيعة قرار البرلمان بشأن الأوامر المعروضة عليه

إذا كانت المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016، قد سمحت لرئيس الجمهورية بممارسة اختصاصا يدخل أصلا في مجال السلطة التشريعية، فإن هذا الاختصاص ما هو إلا استثناء، لأن الغرض منه هو مواجهة أوضاع غير طبيعية و غير متوقعة قد تتعرض لها الدولة في فترة معينة، فإن نفس المادة في فقرتها الثانية قيدت رئيس الجمهورية بعرض الأوامر على البرلمان في أول دورة مقبلة له، حيث نصت على "...ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على غرفة البرلمان في أول دورة مقبلة له ليوافق عليها"، ويرجع السبب في وجوب عرض الأوامر على البرلمان، كما ذكرنا سابقا، أن رئيس الجمهورية يباشر سلطة استثنائية في المجال التشريعي الممنوح أصلا للسلطة التشريعية، الذي يجب الرجوع إليها باعتبارها صاحبة الولاية العامة في مجال التشريع، و يكون ذلك في أول دورة مقبلة لانعقاد البرلمان، سواء بالموافقة عليها فتكسبها قوة القانون دون مناقشتها<sup>1</sup>، أو برفضها فتعتبر لاغية وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة بقولها " تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان " فلا يستطيع أحد الإنكار بأن الموافقة على الأوامر هي من تحدد طبيعتها القانونية<sup>2</sup>.

وما يلاحظ أن الأوامر التشريعية في الجزائر تكتسب قوتها القانونية بمجرد صدورها، فالدستور لا يمنح أي سلطة للبرلمان لمراقبة أعمال السلطة التنفيذية في

---

<sup>1</sup> - حميد محيد ، التشريع بالأوامر في الجزائر وتأثيره على استقلالية البرلمان، سلسلة الإصدارات القانونية، الجزائر، 2008، ص182؛ ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 193.

<sup>2</sup> - Cécile CASTAING, La Ratification implicite des Ordonnances de Codification, P.U.F, R.F.D.C, 2004/2 n° 58, p279



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

مجال التشريع، بل أنه يقيد سلطته من خلال إلزامه بالموافقة أو الرفض على تلك النصوص دون مناقشة في أول دورة، وهذا ما أكده القانون العضوي المنظم للمجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما و بين الحكومة<sup>1</sup>.

وإن كان البرلمان لا يعدل أو يناقش، فإن موافقته على الأوامر تلعب دورا في الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر، لذا يتعين علينا تحديد الطبيعة القانونية للقرار الذي يصدره البرلمان بشأنها، لأن هذا القرار هو الذي يحدث التغيير في طبيعة الأوامر، فيضفي عليها الطبيعة التشريعية، ويجعلها تنتقل من الرقابة القضائية إلى الرقابة الدستورية للقوانين.

ولهذا استدعت الدراسة التفصيل في الإشكالات التالية:

- هل تعتبر الموافقة على نص الأوامر عمل برلماني أم عمل تشريعي ؟
- ما مصير الأوامر التي لم تُعرض على غرفتي البرلمان؟
- إذا نص المؤسس الدستوري على حالتي الموافقة والرفض، فما مصير النص الذي سكت البرلمان عنه؟

فبالنسبة للفرضية الأولى المتعلقة بطبيعة قرار البرلمان، فيما إذا كان عملا برلمانيا أو تشريعيًا، فنجد أن الفقه اعتمد معايير للتمييز بين هذه الأعمال بصفة عامة، لنحدد بعد ذلك مكانة قرار البرلمان بشأن التشريع بأوامر، فيما إذا كان يصنف ضمن الأعمال التشريعية أو البرلمانية.

---

<sup>1</sup> - أكدت المادة 37 من القانون العضوي رقم 16-12 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 الموافق 25 غشت سنة 2016 يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبالحكومة، على أن البرلمان يصوت و يصادق علي نص الأمر دون مناقشة في الموضوع، بعد أن يُعرض عليه.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

ومن المتعارف عليه أن البرلمان لا يقوم بأعمال تشريعية فقط، بل يقوم بأعمال برلمانية، والتي تنحصر التفرقة بينهما في المعايير الكلاسيكية المتمثلة في المعيار العضوي والمعياري الشكلي. وفي هذا الإطار يعرف الفقه الأعمال البرلمانية بأنها جميع الأعمال القانونية والمادية التي يقوم بها البرلمان بموجب الدستور، و التي لا تكتسي القيمة القانونية للأعمال التشريعية، لكن عمليا لا يمكن أن يستند التمييز بين هاتاه الأعمال على المعيار العضوي، لأننا بصدد نفس السلطة بمعنى أنهما يصدران عن البرلمان<sup>1</sup>. أما تمييز ما تقوم به السلطة التشريعية من تشريعات عن أعمالها البرلمانية، فيجب أن يتم بمعيار موضوعي، لذلك عرف البعض العمل البرلماني بأنه أعمال المشرع التي ليست لها صفة التشريع<sup>2</sup>.

أما بشأن قرار البرلمان حول الأوامر سواء بالموافقة أو الرفض، فإما أن يكون عملا برلمانيا، أو عملا تشريعيًا، ولتحديد التكييف القانوني الصحيح لطبيعة هذا القرار، يتعين علينا دراسة كل طرح على حدى. وعلى هذا الأساس استند القضاء المصري<sup>3</sup> على معيارين، يتمثل الأول في التمييز بين التصديق القانوني والتأييد السياسي للعمل، ويقصد بالتصديق القانوني الحالة التي يتطلب فيها الدستور عرض موضوع على البرلمان للموافقة عليه، فلا يستكمل العمل الإداري أركانه ولا يصبح نافذا إلا بعد تصديق البرلمان عليه. إن التمييز بين التصديق القانوني و التأييد السياسي يتم من خلال موقف الدستور، حيث أنه إذا ألزم الدستور موافقة البرلمان

---

<sup>1</sup> - عيد أحمد الحسبان، الرقابة على الأعمال غير التشريعية في النظام الدستوري الأردني، دراسة مقارنة مع النظام الاسباني، مجلة الشريعة و القانون، العدد 20، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 186.

<sup>2</sup> - كيجل كمال، مداخلة بعنوان التشريع بأوامر في الدستور الجزائري، منشورة في الموقع الالكتروني: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t371-topic>، تاريخ الإطلاع: 2019-03-25.

<sup>3</sup> - حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، دعوى رقم 35/3123، جلسة 1981/12/22.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

على العمل الإداري للحكومة، فإننا نكون أمام التصديق القانوني للبرلمان، ويصبح العمل عملاً برلمانياً، أما إذا وافق البرلمان على عمل الحكومة أو الإدارة دون أن يخالف الدستور بذلك، فإن هذه الموافقة تعد مجرد تأييد سياسي لا يؤثر في طبيعة عمل الحكومة، ويظل عملاً إدارياً<sup>1</sup>. و يترتب عن هذا التمييز حالتين: الأولى: عندما يكون اكتساب العمل الحكومي لقوته القانونية متوقفاً على تصديق البرلمان عليه، فلا ينتج آثاره إلا من تاريخ التصديق عليه، ليصبح العمل بعد هذا التصديق عملاً برلمانياً محصناً ضد رقابة القضاء<sup>2</sup>.

أما الحالة الثانية: فهي عكس الحالة الأولى، فنكون بصدد ما عندما لا يكون نفاذ العمل الإداري معلقاً على موافقة البرلمان عليه، بل يكتسب هذا العمل قوته القانونية وينتج آثاره بمجرد صدوره. فلا تعطي موافقة البرلمان للعمل الإداري قوة النفاذ، بل مجرد تأييد سياسي له، فيحتفظ هذا العمل بعد الموافقة البرلمان عليه بطبيعته الإدارية ويبقى خاضعاً لرقابة القضاء<sup>3</sup>.

أما المعيار الثاني فيعتمد على التمييز بين العمل البرلماني وتنفيذه. فيعتبر بأن القرار الصادر من البرلمان بالموافقة أو عدم الموافقة على التشريعات بأوامر، هو قرار مستمد من الدستور، وبالتالي لا يمكن تصور خضوعه لرقابة القضاء. أما إذا نفذت الحكومة هذا القرار تنفيذاً خاطئاً كأن تقوم بتسوية الآثار السابقة للأمر، فحين يقرر البرلمان إلغاءه بأثر رجعي، هنا لا يمكن أن يخضع قرار البرلمان لرقابة

1 - حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضية رقم 28 لسنة 28 قضائية دستورية 1985/5/4.

2 - كيجل كمال، المرجع السابق، ص 1

3 - نفس المرجع. نفس الصفحة.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

القضاء، و إما يجوز في هذه الحالة الطعن في قرار الحكومة الذي بني على التفسير الخاطئ لقرار البرلمان<sup>1</sup>.

من خلال المعيارين السابقين، يمكننا أن نخلص إلى أن كلاهما يعتبر قرار البرلمان خارج عن رقابة القضاء، فإذا حاولنا تطبيق المعيار الأول على قرار البرلمان حين تعرض عليه التشريعات بأوامر، يتعين القول بأن هذا القرار هو عمل برلماني محصن من رقابة القضاء.

أما بالنسبة للقرار الصادر عن البرلمان بشأن الموافقة أو رفض نص الأوامر فيعتبر عملاً تشريعياً، حتى وإن كان قد صدر عن السلطة التنفيذية، وحتى وإن لم يملك البرلمان سلطة تعديل أو مناقشة الأوامر أثناء مرحلة عرضها عليها، ما دام البرلمان يستطيع تعديلها أو إلغائها بقانون بعد صدورها.

و اعتبر الاتجاه الآخر أن موافقة البرلمان على الأوامر بمثابة رقابة باعتباره الجهة المختصة بحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وباعتبار الممثلة لإرادة الأمة تكون له فرصه رفض هذه الأوامر.

✚ أما بالنسبة لمصير الأوامر التي لم تُعرض على غرفتي البرلمان، فقد تعرض المؤسس الدستوري المصري لهذه الحالة، حيث أكد هذا الأخير على أن عدم عرض اللوائح على البرلمان، يزيل ما يكون للائحة الضرورة من قوة القانون بأثر رجعي، دون الحاجة إلى إصدار قرار بذلك<sup>2</sup>. و هو نفس ما سار عليه الدستور الفرنسي بشأن الأوامر الصادرة استناداً إلى المادة 38، فالحل الوحيد لتفادي إلغائها هو عرضها على البرلمان، عكس اللوائح التفويضية الصادرة استناداً إلى المادة 74 الفقرة 1 من الدستور الفرنسي، التي تعد لإغيه في غياب موافقة البرلمان عليها بعد

<sup>1</sup> - كيجل كمال، المرجع السابق، ص3.

<sup>2</sup> - المادة 156 من الدستور المصري، سابق الإشارة إليه.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

18 شهر من نشرها. و قد أكد مجلس الدولة في قرار له هذا الأمر<sup>1</sup>. ولقد حدث خلاف فقهي حول الأثر المترتب على عدم عرض الأوامر التفويضية على البرلمان، فهناك من يرى<sup>2</sup> بأن المؤسس الفرنسي قد أزال القوة القانونية للأوامر التي لم تعرض على البرلمان خلال المدة المحددة، في المستقبل و ليس بأثر رجعي لتفادي الإضرار بالمصلحة العامة و الحقوق المكتسبة. في حين فسر اتجاه فقهي آخر<sup>3</sup> النص الدستوري، بأثر رجعي من تاريخ صدور المرسوم التفويضي<sup>4</sup>.

أما المؤسس الدستوري الجزائري فقد أوجب عرض الأوامر التشريعية على البرلمان بغرفتيه، بينما لم يوضح مدى الحاجة إلى صدور قرار بذلك من عدمه<sup>5</sup> كما فعل المشرع المصري، كما لم يوضح الأثر المترتب على عدم عرضها على غرفتي البرلمان كبطلان اللائحة.

أما فيما يخص موقف البرلمان بغرفتيه من الأوامر، فقد نص المؤسس الدستوري على حالتي الموافقة والرفض، التي سنفصل فيها فيما يلي، بالإضافة إلى الحالة التي لا يرد البرلمان لا بالرفض ولا بالموافقة، خاصة و أن الأوامر مقترنة بحالة الضرورة و الاستعجال التي تستدعي صدور النص لمواجهة.

<sup>1</sup> - Arrêt du C.E du 17 décembre 1999, Union hospitalière privée. Lien de l'arrêt : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008075020> date de consultation: 20-04-2018.

<sup>2</sup> - للاستزادة حول آراء الفقهاء في هذه النقطة، أنظر: بشار عبد الهادي، التفويض في الإختصاص "دراسة مقارنة"، ط1، درا الفرقان، الأردن، 1982، ص 39.

<sup>3</sup> - للاستزادة حول آراء الفقهاء في هذه النقطة، أنظر: سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 277.

<sup>4</sup> - سفيان باكراد ميسروب، المرجع السابق، ص 209

<sup>5</sup> - غير أن الممارسة أجابت على هذه النقطة، حيث بينت الشكل المعياري لدخول الأمر التشريعي إلى البرلمان (على شكل مشروع أمر)، و بالتالي فخروجه من البرلمان يكون بقرار.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

فبعد موافقة البرلمان تصبح الأوامر في نفس درجة القوانين الصادرة عن البرلمان، وطبقا لقاعدة توازي الأشكال لا يمكن إلغاؤها أو تعديلها إلا بأمر أو قانون، وتكتسب هذه الأوامر القوة التشريعية من تاريخ صدورها<sup>1</sup>. أما في حالة رفض البرلمان للأوامر المعروضة عليه، فقد نصت المادة 142 صراحة بأنها تعد لاغية، على خلاف المادة 153 من دستور 1976 التي لم تحدد صراحة مصير الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان، و حسب الأستاذ السعيد بوشعير، فإن سبب إغفال هذا الدستور التطرق لهذه النقطة، يرجع لضعف احتمال معارضة المجلس الشعبي آنذاك لهذه التدابير، لأنه يمثل معارضة للرئيس<sup>2</sup>. أما الحالة الثالثة، التي تتمثل في عدم اتخاذ البرلمان أي موقف تجاه الأوامر المعروضة عليه، و لعل سبب طرح هذه الفرضية هو عدم فرض الدستور لأية وسيلة قانونية للفصل في التدابير المعروضة عليه، و قد ذهب الفقه إلى تفسير صمت البرلمان على أنه رفض ضمني لأوامر<sup>3</sup>.

وهذا على عكس النظام الفرنسي الذي منع منذ المراجعة الدستورية لعام 2008، التصديق على الأوامر ضمناً. فحتى عام 2008، أقر الاجتهاد القضائي بأن التصديق يمكن أن يكون ضمناً. وهكذا وافق المجلس الدستوري و مجلس الدولة على أن موافقة البرلمان يمكن أن تكون ضمنية دون أن يبدي رأيه صراحة حول الأوامر المعروضة عليه<sup>4</sup>. و بموجب المادة 14 من القانون الدستوري رقم 2008-

<sup>1</sup> - رابحي أحسن، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> - سعيد بوشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في ظل النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1984، ص 308.

<sup>3</sup> - رابحي أحسن، المرجع السابق، ص 75

<sup>4</sup> - ونجد لمجلس الدولة عدة قرارات تجسد هذا الموقف من بينها:

Arrêt du Conseil d'État du 10 juillet 1972, Compagnie Air Inter ; arrêt du Conseil d'État du 11 juin 1990, Congrès de la Nouvelle-Calédonie et dépendances ; arrêt du Conseil d'État du 7 février 1994, M. Ghez ou encore arrêt du Conseil d'État du 17

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

724 ، الذي تم اعتماد بمبادرة من السيد جان لوك وارزمان Jean Luc Warsmann ، مبدأ التصديق الصريح. كان هذا التطور ردًا على ثلاثة انتقادات، كما يشير تقرير جان جاك هيست Jean-Jacques Hiest ، الذي قدمها نيابة عن لجان القوانين: أولاً ، يحظر التصديق الضمني إجراء مناقشة متعمقة لأحكام المنصوص عليها في الأوامر، ثانياً، إنها تحافظ على إمكانية الطعن أمام القاضي في إجراء تم اتخاذه بأمر وبالتالي تدعم حالة عدم اليقين القانونية، وأخيراً ، تثير ممارسة التصديق الضمني أسئلة حول نطاق التصديق ، وهو الأمر الذي يقع في معظم الحالات على عاتق القاضي في تعيينه<sup>1</sup>.

---

décembre 1999, Union hospitalière privée ; arrêt du Conseil d'État du 29 octobre 2004  
lien du site : <https://www.conseil-etat.fr/> .

كما نجد تأييداً للمجلس الدستوري الفرنسي في ما يلي:

- القرار رقم 72-73 الصادر في 29 فيفري 1972 حيث جاء في تصريح النص الأصلي ما يلي:  
« L'article 38, non plus qu'aucune autre disposition de la Constitution ne [faisait] obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi » de ratification et que « par suite, cette ratification [pouvait] résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement ». CC, 72-73 DC, 29 février 1972, Participation des salariés, Rec. p. 31. Lien de la decision : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1972/7273L.htm> date de consultation: 21-04-2018.  
- Le conseil constitutionnel a confirmé, par sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence en déclarant : « *il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement [...]* saisi d'une loi de cette nature, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution » . Lien de la decision : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm> date de consultation: 21-04-2018

<sup>1</sup>-Direction de la seance – senat, op.cit., pp 55-58.

## الفصل الثاني

ضمان مبدأ الفصل بين السلطات: الرقابة

القضائية



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

يقصد بمبدأ سمو الدستور أن تكون جميع القواعد القانونية في الدولة، خاضعة للدستور كونه أعلى وثيقة فيها، فلا يمكن للقوانين أن تعدل ما يعلوها من قواعد دستورية. وأصبح مبدأ سمو الدستور من المبادئ المقررة في النظم القانونية الديمقراطية، وبالتالي هذه القواعد الدستورية تسمو على غيرها من القوانين أو القرارات التي تتخذها السلطات العامة في الدولة وبشكل خاص القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية.

والمقصود بأن يكون التشريع صحيحا، هو صدوره من الناحية الشكلية والموضوعية سليما. فمن الناحية الشكلية يجب أن يصدر القانون وفقا للشروط والإجراءات المقررة في الدستور، فيبين السلطة المختصة بوضع القواعد العادية وإقرارها وإصدارها ونشرها، فإذا لم يستوف هذه الإجراءات والشروط كان التشريع باطلا. أما من الناحية الموضوعية فيشترط موافقته لروح النص الدستوري<sup>1</sup>.

وبالرغم من أن هذا المبدأ يجسد قاعدة التدرج الهرمي للقواعد القانونية، فإن علو الدستور يجب أن يضمن في الواقع، وإلا بقي مجرد تأكيدا فارغا. ويتحقق هذا الضمان بوضع رقابة على جميع القوانين التي يصدرها المشرع، فلا يجب أن تخالف القواعد القانونية الأحكام والنصوص التي جاء بها الدستور، فإن أقر بمخالفتها فإن هذا يعني أن القوانين العادية قد عدلت مواد الدستور، ولا يمكن تصور هذه الحالة نظرا لجمود الدستور.

<sup>1</sup> - نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري، ط 7 دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص547.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

ويستوجب تحصين القواعد الدستورية من التعديل، وجود جزاء ينص على إلغاء أو عدم تطبيق القواعد القانونية التي تخالف نصوص الدستور<sup>1</sup>.  
غير أن تسليم هذه المهمة لنفس الهيئة التي تضع القوانين لا يمكن تصوره، فلا تستطيع هذه الهيئة توقيع الجزاء على نفسها، يتضمن إلغاء القواعد القانونية التي وضعتها. على أن مهمة توقيع الجزاء أو الرقابة تتضمن في الواقع، التحقق مما إذا كان القانون مخالفاً للدستور، ثم الحكم بإلغائه أو عدم تطبيقه في حاله التأكد من ذلك.

وهذه المهمة تعتبر مهمة قضائية محضة، لأنها تتضمن البحث في ما إذا كان القانون مخالفاً للدستور، فإذا كانت قاعدة قانونية معينه تخالف الأخرى، فنقرر في حالة تحقق هذه المخالفة ببطلان القانون. إلا أن الرقابة على دستورية القوانين لا تنصب عليها بعد اكتمالها فقط، بل حتى في مرحلة إعدادها لاحتمال مخالفة مشروع قانون لمضمون الدستور. وقدارتأت بعض الأنظمة التشريعية إسناد هذه الرقابة إلى هيئة قضائية وهو ما يعرف بالرقابة القبلية على دستورية القوانين<sup>2</sup>.

ونظراً للمؤهلات القانونية التي تتمتع بها السلطة القضائية، وما تمتاز بها من ضمانات الحيادة والاستقلال والثقة المتبادلة بينها وبين الأفراد، وفي ظل تراجع الثقة بالرقابة البرلمانية على الأوامر نتيجة للانتقادات التي وجهت إليها، بدأت الأنظمة تتجه نحو الرقابة القضائية<sup>3</sup>، حتى قيل بأن الرقابة القضائية ضرورية ومكملة لرقابة

<sup>1</sup> - منذر شاوي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ط. الأولى، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، 2007، ص56.

<sup>2</sup> - نعمان احمد الخطيب، المرجع السابق ص545

<sup>3</sup> - واجهت الرقابة البرلمانية العديد من الانتقادات منها: أنها تركز أولاً على حرية أعضاء البرلمان أنفسهم في إبداء رأيهم أم لا، ولاشك أن هذه الركيزة هي بذاتها أول عامل مؤثر في فعالية الرقابة البرلمانية، وذلك إما نتيجة للاعتبارات الحزبية التي تفرض على النواب، خاصة إذا ضمنت الحكومة المشكلة من حزب الأغلبية ولاء البرلمان

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

البرلمان ولا تتعارض معها، فإنها أحسن من يقوم بدور الرقابة على دستورية القوانين، في حالة ما إذا سلمنا بأن الأوامر لها نفس قوة القوانين<sup>1</sup>.

ومن هنا تظهر أهمية الرقابة المتوازنة بين السلطة الممنوحة للإدارة، وحقوق الأفراد وحررياتهم والمصلحة العامة، فلا تكون أعلى منها إلى درجة شل حركتها، ولا أدنى منها حتى تجعلها خاضعة لها. وعلى وجه التخصيص، فإن السلطة التنفيذية تلتزم باحترام مبدأ المشروعية في جميع تصرفاتها من حيث المبدأ إلا أن ذلك غير كاف في غياب الرقابة عليها<sup>2</sup>.

وبما أن هذه الدراسة تتطلب البحث في إمكانية تفعيل الرقابة على الأوامر من طرف هيئة قضائية، ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: يتضمن المبحث الأول الأصول العامة للرقابة القضائية، من خلال دراسة وتحديد التكيف القانوني للرقابة القضائية وللتشريع بأوامر في الجزائر، وتظهر أهمية دراسة هذه الجزئية في أن الفهم الصحيح لمعنى الرقابة ينعكس على تحديد أي نوع منها يطبق على الأوامر. أما المبحث الثاني فيتضمن الطبيعة القانونية للأوامر في الجزائر.

---

عن تصرفاته كحزب حاكم، و من الانتقادات أيضاً أن الرقابة البرلمانية محض رقابة سياسية خاصة، وأن البرلمان باعتباره جهازاً سياسياً في الأساس لا يهتم في غالب الأحيان بمشروعية اللوائح، وإنما يهتم فقط بمداهها السياسي والعملية، ويترتب على ذلك كله أن تكون آثار الرقابة البرلمانية غير منتجة لآثارها. للمزيد من التفصيل بشأن الانتقادات التي وجهت للرقابة البرلمانية، أنظر: سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص51؛ محمد زياد اللحام، القرارات بقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة غزة، سنة 2015، ص 72؛ الشنطاوي فيصل، الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 8، 2007، ص349.

<sup>1</sup> - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق ص555.

<sup>2</sup> - آدم أبو القاسم أحمد إسحق، المرجع السابق، ص12

## المبحث الأول

### التكييف القانوني للرقابة القضائية والأوامر الصادرة في الجزائر

من متطلبات مبدأ المشروعية أن يكون هنالك توافق ما بين تصرفات الإدارة ومواد القانون وفقا للمبدأ "حيثما ما تكون السلطة تكون المسؤولية". لذلك كان من الضروري إيجاد التوازن بين السلطة والمسؤولية، من أجل ذلك جاءت الرقابة القضائية إلى جانب الرقابة السياسية والرقابة الإدارية بهدف المحافظة على هذا التوازن<sup>1</sup>.

وتسمية الرقابة القضائية ترمز إلى الجهة التي تباشرها، أي الجهة المخول لها ممارستها، فهي السلطة التي يُعهد بها إلى هيئة قضائية بهدف التحقق من مطابقة أحكام التشريع للدستور ولمبدأ المشروعية.

وللرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية دور هام من حيث فعاليتها في حماية مبدأ المشروعية ومبدأ سمو الدستور، كون السلطة القضائية أقدر على كشف الانتهاكات الممكنة لهذين المبدئين، ومعالجتها سواء بإلغاء الأعمال المعيبة أو تعويض المتضررين منها.

و الأصل في الرقابة القضائية على المشروعية أنها تقوم على أساس تدخل القاضي بهدف تطبيق القانون على ما يعرض عليه من منازعات، فيكون ملزما باستبعاد القانون المخالف للدستور، وذلك إعمالا بالمبدأ العام الذي يحكم تدرج القوانين في حالة تعارضها، فيكون القاضي ملزما بمقتضاه، عندما تتعارض قاعدتان

<sup>1</sup> - ناهد جميل أسعد فريتح، الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة، دراسة مقارنة بين مصر - الأردن - فلسطين، المرجع السابق، ص57.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

قانونيتان ولا يستطيع التوفيق بينهما أن يعمل بحكم القاعدة الأعلى وإهدار القاعدة الأدنى<sup>1</sup>. أما في الرقابة الدستورية فيعمل على التحقق من مطابقتها لأحكام الدستور. لذا فإنه من الضروري التطرق بداية في المطلب الأول إلى الأصول العامة للرقابة، ثم إلى طبيعة الأوامر في الجزائر والاستحداث في الرقابة المطبقة على الأوامر في التعديل الدستوري لسنة 2020 في المطلب الثاني.

### المطلب الأول

#### الأصول العامة للرقابة القضائية

إن الفهم الصحيح لمعنى الرقابة القضائية يعتمد على تحديد جميع المفاهيم التي ذكرت بشأنها، فكلمة الرقابة في الاصطلاح تعرف مضافة إلى مصطلح آخر كالرقابة السياسية و الإدارية.. إلخ، وفي اللغة العربية من المراقبة، يراقب وراقبا أي الملاحظة بانتباه، والرقابة بمعنى المراقبة، فيقال مراقب أي عمل من يراقب الكتب والصحف قبل نشرها، أما الرقابة في الاقتصاد السياسي، فيقصد بها تدخل الحكومة أو البنوك المركزية للتأثير في سعر الصرف، وتسمى رقابة الصرف<sup>2</sup>.

و يقال راقبه الله أو ضميره في عمله أو أمره بمعنى خافه وخشيه. وفلان لا يراقب الله في أمره أي لا ينظر إلى عقابه فيركب رأسه في المعصية. و وردت كلمة الرقابة في القرآن الكريم في عدة آيات، تشير كلها إلى نفس المعاني التي وردت في القواميس العربية. ومن ذلك قول الله تعالى: "إن الله كان عليكم رقيباً"<sup>3</sup>.

و من بين التفسيرات التي وردت حول كلمة الرقيب في الآية: الحافظ و المنتظر، وقال بن كثير في تفسير ذلك، أن الله مراقب لجميع أحوالكم وأعمالكم. كذلك

1 - عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995، ص 58.

2 - المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، الطبعة الثانية، بيروت. سنة 2015.

3 - القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 1.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

قوله تعالى: " فلما توفيتني كنت أنت الرقيب عليهم"<sup>1</sup>، أي العالم بهم و الشاهد على أفعالهم مواصله. وأصله المراقبة بمعنى المراعاة ومنه المراقبة لأنها في موضع الرقيب من علو المكان.

قوله تعالى "وكان الله على كل شيء رقيباً"<sup>2</sup>، وورد معنى الرقيب هنا بنفس المعنى السابق.

أما كلمة الرقابة في اللغة الفرنسية تقابلها كلمة « contrôle »، و تعنى التدقيق و الضبط، كما تحمل معاني مختلفة بالرغم من اختلاف المعاني هذه الكلمات كالمراقبة، والتفتيش، والمتابعة، والملاحظة، والبحث<sup>3</sup>. أما في اللغة الانجليزية فتعنى « control »، وتحمل عدة معاني منها السلطة، والفحص، والتنظيم، حكم والسيطرة، وإشراف، والضبط وغيرها<sup>4</sup>.

ويمكن استنتاج معنى الرقابة بالمعنى اللغوي على أنها القدرة المستعملة على اكتشاف أوجه القصور الخلل ومعالجتها.

أما كلمة القضاء لغة مشتقة من قضى يقضي و قضاء، و يحمل عدة معاني تختلف بحسب موضعها، فيقصد به أمر لقوله تعالى " وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحساناً"<sup>5</sup>. و كذا وفى وأدى، فيقال "قضى ديناً"<sup>6</sup>.

واصطلاحاً، فقد وردت بشأنه مجموعة من التعريفات نذكر أهمها:

1 - سورة المائدة الآية 117

2 - سورة الأحزاب، الآية 52.

3 - قاموس قانوني فرنسي- عربي مع نماذج من العرائض القضائية، الطبعة الثالثة، دار النشر SNED، الجزائر، 1982، ص68.

4 - الأثير، قاموس عربي-إنجليزي، لجنة الأبحاث والترجمة بالدار، دار الراتب الجامعية، 2001.

5 - سورة الإسراء، الآية 23.

6 - المنجد في اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

- "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"<sup>1</sup>.

- "فصل الخصومات و النزاعات"<sup>2</sup>.

- "مجموعة القواعد القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم، كما تطلق على الحجية التي يمكن أن تسند إلى هذه الأحكام، أي: الحجية التي تستخلص من السوابق القضائية"<sup>3</sup>.

سنحاول في هذا المطلب التطرق في الفرع الأول إلى الجانب الفقهي والقانوني للرقابة القضائية، ومن ثم إلى الطبيعة القانونية للرقابة القضائية على الأوامر.

### الفرع الأول

#### الرقابة القضائية في التعريف الفقهي و القانوني

لم يرد وفقا للمعيار الفقهي والقانوني تعريف محدد و الموحد للرقابة، بالرغم من كثره استعمالها في مجال الإدارة العامة والقانون الإداري، والعلوم الاقتصادية، والإدارية، والقانونية وغيرها، ويرجع سبب ذلك إلى تنوع استعمالها واختلاف مجالات الرقابة، ومن بين أهم التعريفات التي وردت بشأن الرقابة نجد بأنها:

"التحقق من أن كل شيء قد تم طبقا للخطة التي اختيرت و الأوامر التي أعطيت ومبادئ التي أعطيت بقصد توضيح الأخطاء والانحرافات حتى يمكن تصحيحها تجنب الوقوع فيها مره أخرى"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - تعريف القضاء عند المالكية للاستزادة أنظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت، 1992، ص 352.

<sup>2</sup> - تعريف القضاء عند الحنفية للاستزادة أنظر: ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986، ص9.

<sup>3</sup> - عبد الحي حجازي، مدخل للدراسات القانونية، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، 1970، ص428

<sup>4</sup> - بسيوني عبد الغني، أصول الإدارة العامة، المرجع السابق، ص 346.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

و في تعريف آخر أنها: " التأكد من تنفيذ أهداف الخطة بأعلى كفاية ممكنة، ومن صحة و شرعية الأعمال الإدارية لتصحيح ما يكتشف من أخطاء وانحرافات"<sup>1</sup>.  
وجاء كذلك "أنها مجموعة من العمليات تتضمن جمع البيانات وتحليلها للوصول إلى نتائج تقوم بها أجهزة معينه للتأكد من تحقيق المشروع وأهدافه بكفاية، ما إعطاء هذه الأجهزة سلطة التوجيه لاتخاذ القرارات المناسبة"<sup>2</sup>.

وما يمكن ملاحظاته من هذه التعريفات أنها تركز على الرقابة الإدارية الداخلية دون الأخذ بعين الاعتبار الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية. وبالنظر إلى كتب الدراسات القانونية، نجد أنها لم تعر الاهتمام لتعريف الرقابة من الناحية القانونية، بل استعملت الكلمة دون ذكر معناها، وتابع المشرع نفس التيار باستعمال الرقابة كمصطلح مسلم به دون إعطائه معنى محدد. و لعل السبب في ذلك راجع إلى أن هذا المصطلح كان يستعمل للتعبير عن العلاقة التي تجمع بين السلطة العليا والسلطة الدنيا. وكانت الرقابة الإدارية أو الرقابة الذاتية أو الرقابة الداخلية تفيد معنى واحد<sup>3</sup>.

أما تعريف الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية فقط اكتفى الفقهاء بتمييزها وتفريقها عن أنواع الرقابة الأخرى، و من بين التعريفات التي وردت بشأنها نجد بأنها:

" الرقابة القضائية ما هي إلا رقابة تطبيق القوانين واللوائح دون تدخل في عملية التقدير النشاط ذاته"<sup>4</sup>.

1 - بسيوني عبد الغني، أصول علم الإدارة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، يسروت 1984، ص 346

2 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 - آدم أبو القاسم أحمد اسحاق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية، المرجع السابق، ص 18

4 - هيكل، الرقابة على المؤسسات العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971، ص 168.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

و في تعريف آخر: "تحقيق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة يكون عن طريق إصدار أحكام ملزمة في الخصومات الإدارية، و يقصد بالخصومات الإدارية القضايا التي تكون الدولة طرفاً فيها"<sup>1</sup>.

"تتولى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها سواء كانت محاكم عادية أو محاكم إدارية، وهذه المحاكم هي المؤهلة حقا لحماية حقوق الأفراد وحياتهم من تعسف الإدارة ولاسيما إذا توفرت لرجالها الضمانات الكفيلة باستقلالها في أداء وظائفهم"<sup>2</sup>.

كما يجب أن تتسم الرقابة القضائية وبصفة خاصة على أعمال السلطة التنفيذية بما يلي:

- نصت المادة 156 من التعديل الدستوري 2016<sup>3</sup>، والمادة 163 من تعديل 2020<sup>4</sup> على خاصية أساسية تتمثل في استقلالية السلطة القضائية سواء عن السلطة التشريعية أو التنفيذية، فلا يخضع القضاء لأوامر وهم بصدد تطبيق القانون، فالأحكام الصادرة منهم تركز أساساً على تطبيق مبدأ المشروعية على أعمال السلطة التنفيذية<sup>5</sup>.

- وكننتيجة للخاصية السابقة، يشترط في القاضي و هو بصدد ممارسة الرقابة عدم التحيز لأي طرف في النزاع، وإصدار الحكم بموضوعية<sup>6</sup>. وسنطبق هذا الشرط

1 - مهنا محمد فؤاد، دروس في القانون أداري، الدار المصرية للطباعة، الإسكندرية، 1957، ص 26.

2 - أبو القاسم أحمد اسحاق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية، المرجع السابق، ص 51.

3 - القانون 16-01، المتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

4 - التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليه.

5 - آدم أبو القاسم أحمد اسحاق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية، المرجع السابق، ص 53.

6 - يقصد باستقلال القضاء كشرط الضروري لقيام أي دولة، عدم خضوع القضاة لأية جهة و أن يكون الحكم مطابقاً لما يمليه القانون دون أي اعتبار آخر. للاستزادة أكثر أنظر: فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، دار

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

على النزاعات التي تكون السلطة التنفيذية طرفاً فيها، باعتبارها طرفاً ذو امتيازات خاصة و سلطة موازية في الدولة للسلطة القضائية.

- كما تنحصر الرقابة القضائية على مدى مطابقة أعمال السلطة التنفيذية لمبدأ المشروعية، بحيث لا تمتد الرقابة إلى البحث في مدى ملائمة العمل الصادر عن السلطة التنفيذية إلا في حدود ما يسمح به القانون.

- وبالإضافة إلى ذلك فإن الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية كغيرها من الرقابة على أعمال الإدارة لا يسعى القاضي من تلقاء نفسه إلى تحريك الدعوى، بل من خلال رفعها من قبل ذوي المصلحة أمام القضاء وفقاً لإجراءات و المواعيد المنصوص عليها قانوناً.

- وتكتسب الأحكام الصادرة ضد السلطة التنفيذية حجية الأمر المقضي به، فلا تستطيع أن تمتنع عن تنفيذها وإلا تعرضت للمساءلة، ذلك أن أحكام القضاء تمثل التعبير الصحيح لمضمون القانون.

- كما أن طبيعة عمل القاضي تجعله الأكثر حرصاً على حسن تطبيق القانون بمعناه الواسع، وفقاً للمستجدات، خاصة في مجال نشاط السلطة التنفيذية، الذي يتميز بتأقله مع متطلبات المصلحة العامة<sup>1</sup>.

- ويقوم التنظيم القضائي في الجزائر على مبدأ التقاضي على درجتين، فعرض النزاع على هيئة ثانية يعزز تحقيق العدالة، و تطبيق مبدأ المشروعية، و لكن ما يميز الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية - إذا كانت صادرة عن سلطة مركزية - أن مجلس الدولة هو من يفصل فيها كقاضي اختصاص ابتدائياً ونهائياً

---

المؤلف، الطبعة الثانية، بيروت، 1999؛ عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار الريحانة للكتاب، الطبعة الأولى، الجزائر، 2003، ص 9.

<sup>1</sup> - آدم أبو القاسم أحمد اسحاق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية، المرجع السابق، ص 52

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

طبقا للمواد 901 من قانون إجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، و9 من القانون العضوي 11-13 المعدل والمتمم<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### طبيعة الرقابة القضائية على الأوامر

مادام أن الأوامر تحتمل نوعين من الرقابة، إما على المشروعية أو على الدستورية، فإن الرقابة على المشروعية تعتبر قضائية وقانونية محضة لا نقاش فيها، إلا أن التساؤلات ثارت بشأن الرقابة الدستورية فيما إذا كانت سياسية أم قانونية. ولقد تباينت الآراء الفقهية حول هذه المسألة، فمنهم من يرى أنها ذات طبيعة قانونية صرفة، في حين يرى اتجاه آخر أنها ذات طبيعة قضائية وسياسية معا. نفلها كما يلي:

- **الاتجاه الأول:** يرى الفقه الدستوري<sup>3</sup> الذي تبني هذا الاتجاه بأن الرقابة على دستورية الأوامر تعتبر قانونية، إستنادا إلى أن وظيفة القاضي الطبيعية هي الفصل في المنازعات ذات الطبيعة القانونية. فإذا كان النزاع يحتاج لتطبيق نص قانوني معين، وكان يتعارض مع الدستور فإن من وظيفة القاضي تطبيق الدستور باعتباره النص الأعلى. مما يجعل من هذه الوظيفة عملا قضائيا لا سياسيا مادام أن القاضي لم يتجاوز حدود وظيفته.

1 - نصت المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 على أنه: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية"

2 - القانون العضوي رقم 98 - 01 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل و المتمم بالقانون العضوي 13-11 المؤرخ في 24 شعبان عام 1432 الموافق لـ 26 يوليو سنة 2011.

3 - للمزيد من المعلومات حول هذا الاتجاه، أنظر: علي السيد باز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية الأجنبية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1987، ص 122-123.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

-الإتجاه الثاني: أما هذا الجانب من الفقه، فيرى أن الرقابة على دستورية القوانين ومنها الأوامر، ذات طبيعة قانونية وسياسية معا. مسترشدا بأن مهمة القاضي لا تقتصر فقط على التحقق من مقابلة النص القانوني لحرفية الدستور، وتبيان أوجه التطابق والتعارض معه، بل تمتد إلى الإعتبارات السياسية. فمادام أن عمل القاضي في هذه الحالة متصل بقدرة السلطة -المخول لها- على القيام بمهام التشريع، الأمر الذي يجعل عمل القاضي ينتهي إلى الموازنة بين الجوانب القانونية والسياسية<sup>1</sup>

### المطلب الثاني

#### الطبيعة القانونية للأوامر في الجزائر و استحداث للرقابة المطبقة عليها

إن تقسيم وظائف السلطات في الدولة، والأخذ بالمفهوم المرن في الفصل ما بين السلطات، جعل التمييز بين الأعمال الصادرة عنها خاصة التشريعية والإدارية، يثير جدلا فقهيًا كما ذكرنا سابقا. ومادام التشريع بأوامر يعتبر أحد الأعمال المختلطة من حيث الطبيعة القانونية، ومادام أنها وسيلة قانونية معتمدة في النظام الدستوري الجزائري، ارتأينا التطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية للأوامر في الجزائر في الفرع الأول، ثم إلى الرقابة السابقة على الأوامر المستحدثة في الدستور الجزائري الأخير في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### تحديد الطبيعة القانونية للأوامر في الجزائر

إذا كان المؤسس الدستوري قد منح لرئيس الجمهورية اختصاص التشريع بأوامر، ليمارسه في ظل الظروف العادية، وفي الحالة الاستثنائية<sup>2</sup>، فإن الفقه أبدى كذلك رأيه حول الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في كل حالة، و نجد لذلك في

<sup>1</sup> - Pour plus de détails, voir : Goerges BURDEAU, Traité de science politique, T4, Paris, 1969, p.481.

<sup>2</sup> - المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016، و التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليهما.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الحالات العادية: الأوامر المتخذة في غياب البرلمان سواء في العطلة البرلمانية أو في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، والتشريع بأوامر في المجال المالي وهو ما سنعالجه في البند الأول، ونخصص البند الثاني لتلك المتخذة في الحالات الاستثنائية.

### البند الأول

#### الطبيعة القانونية للأوامر المتخذة في الحالة العادية

بالنسبة للأوامر المتخذة في غياب البرلمان، يرى جانب من الفقه<sup>1</sup> بأنها في حكم القوانين بعد إقرارها بواسطة البرلمان، هذا وإن كانت تحتفظ بطبيعتها الإدارية في الفترة السابقة على موافقة البرلمان، فإنها تكتسب قوة القانون بعد ذلك، إلا أن القوانين تخضع للرقابة الدستورية ولا يجوز الطعن ضدها بالإلغاء، بعد أن كان ذلك الطعن جائزا ضد هذه اللوائح قبل إقرارها من البرلمان.

بينما اتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بأن القرارات بقوانين تبقى محتفظة بطابعها الإداري، و أن موافقة البرلمان تضي عليها القوة القانونية دون تغيير طبيعتها، لأن التصديق على الأوامر لا يكتسبها صفة القانون، كونه يدخل ضمن الأعمال الرقابية للبرلمان في إطار ممارسته للوظيفة السياسية بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وبالتالي لا يكون له أي اثر قانوني على طبيعة اللائحة<sup>2</sup>.

أما في الجزائر، فلم يبين المؤسس الدستوري و النظام القضائي موقفهما تجاه الطبيعة القانونية للأوامر المتخذة من قبل رئيس الجمهورية، في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو في العطلة البرلمانية. وفي المقابل نجد فريقا كبيرا من الفقه قد

<sup>1</sup> - للاستزادة حول هذا الرأي، يرجى الرجوع إلى الصفحة 95.

<sup>2</sup> - ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية و رقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 167-169؛ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 502.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

تأثروا بموقف كل من الفقه ومجلس الدولة الفرنسيين، إذ اعتبر أن الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان تعد قرارات إدارية قبل عرضها على البرلمان، يمكن الطعن فيها قضائياً بالإلغاء أو التفسير أو بفحص المشروعية أمام القضاء الإداري، و بذلك يعتبر مجلس الدولة الجهة المختصة بذلك ، طبقاً لنص المادة 09 من القانون العضوي 98-101 المعدل والمتمم، وكذا طبقاً لنص 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup>. لتتحول بعد موافقة البرلمان عليها إلى أعمال تشريعية، وتكتسب هذه الأوامر بعد ذلك صفة التشريع وتتفي عنها الرقابة القضائية أمام مجلس الدولة، لتصبح قابلة لرقابة المجلس الدستوري - المحكمة الدستورية حالياً- سواء السابقة أو اللاحقة، بعد إخطاره من جهات الإخطار المحددة دستورياً.

وقد تبنى هذا الرأي كل من الأستاذ بدران مراد، على اعتبار أن الأوامر تتحول بعد موافقة كل غرفة من البرلمان عليها إلى تشريعات، حتى وإن كانت تتمتع قبل ذلك بالطبيعة الإدارية شأنها شأن التشريعات الصادرة من البرلمان المتمتعة بقوة القانون، بكل ما يترتب عن ذلك من نتائج، وبهذا تخضع للرقابة القضائية لمجلس الدولة ورقابة المجلس الدستوري باعتبارها تنظيمات. و بمجرد موافقة البرلمان عليها تخضع لرقابة المجلس الدستوري-المحكمة الدستورية حالياً-<sup>3</sup>.

وهو نفس ما سار عليه الأستاذ نصر الدين بن طيفور، بأن الأوامر لا تكتسب تلك الصفة التشريعية إلا بعد موافقة البرلمان عليها، وقبل ذلك تكون مجرد قرارات

<sup>1</sup> - القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، المعدل و المتمم، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر.ج.ج عدد رقم 21 الصادرة بتاريخ 23-04-2008.

<sup>3</sup> - بدران مراد ، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور ( النظام القانوني للأوامر)، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ( إدارة)، المجلد 10، العدد 02، سنة 2000، ص 25.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

إدارية وتخضع بالتالي لرقابة القضاء، تأخذ مرتبة القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار اختصاصاته التنظيمية<sup>1</sup>.

أما الجانب الآخر من الفقه الجزائري، فقد ذهب إلى خلاف ذلك، وأصبغ الصفة التشريعية على الأوامر بمجرد اتخاذها من قبل رئيس الجمهورية، وبالتالي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري وبعبارة أخرى، اعتبر هذا الفريق من الفقه الأوامر المتخذة من قبل رئيس الجمهورية في غياب البرلمان تشريعاً منذ صدورها<sup>2</sup>.

وفي رأينا حول طبيعة الأوامر الصادرة في الجزائر والمتخذة في غياب البرلمان، نرى أن الدستور الجزائري نص على طبيعتها صراحة في المادة 124 من دستور 1996، قبل تعديله، وفي المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020، حيث ذكر عبارة "يشرع"، فباستخدام هذا اللفظ يكون الدستور قد منح من خلالها لرئيس الجمهورية سلطة التدخل بأمر في مجال التشريع العائد للبرلمان ليصبح للعمل نفس الخصائص التي يتميز بها القانون الذي يصدره البرلمان، كما أن نص المادة 142 سابقة الذكر قد جاءت ضمن الفصل الخاص بالسلطة التشريعية، مباشرة بعد المادة المتعلقة بالمجالات التي يشجع فيها البرلمان بقانون. فلو اعتبر المؤسس الدستوري الأوامر من قبيل القرارات الإدارية لنص عليها ضمن الاختصاصات الإدارية لرئيس الجمهورية، كما أننا نعترف بأن موافقة البرلمان هي من تنتقلها من صنف القرار إداري إلى صنف القانون.

<sup>1</sup> - بن طيفور نصر الدين، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، ص 285، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 171؛ محمد أمين أسود، دور رئيس الجمهورية في عملية التشريع، مجلة الحجة، نقابة المحامين لناحية تلمسان، ديسمبر 2005 - 28، العدد 0، ص 36

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أما بشأن الأمر التشريعي المتخذ لإصدار قانون المالية، فنلاحظ أنه تم تخويل السلطة التنفيذية اختصاصات واسعة في تقديم مشروع قانون المالية، ومنح لرئيس الجمهورية سلطة إصدار قانون المالية بموجب أمر، لسبب وحيد يتمثل في حالة عدم مصادقة البرلمان على مشروع قانون المالية خلال الأجل المحدد<sup>1</sup>، وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر<sup>2</sup>.

ويلاحظ من خلال المنظومة القانونية في الجزائر، أن الأوامر الصادرة في المجال المالي تتسم بمجموعة من الخصائص، أبرزها أن رئيس الجمهورية يمارس هذا الاختصاص بناء على نص دستوري صريح وهو نص المادة 138 من الدستور المعدل والمتمم، فلا يمكن للسلطة التشريعية منعه من ممارسة هذا الاختصاص إذا ما تحقق سبب إصدار الأمر، كما لا يمكنها مناقشة قانون المالية الصادر بموجب أمر بعد انقضاء المدة الزمنية المحددة للمصادقة على مشروع قانون المالية<sup>3</sup>.

وبما أننا ذكرنا سابقا بأن المعيار العضوي هو المعيار المتفق عليه من طرف أغلب الفقه في الجزائر، فإن الأمر الصادر عن رئيس الجمهورية في المجال المالي

---

<sup>1</sup> - المادة 120 من التعديل دستوري لسنة 1996: يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة و سبعين يوما ( 75 ) من تاريخ إيداعه طبقا للقرارات السابقة وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد دستوريا يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر. المادة 146 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - لقد كانت السلطة المالية وبالتالي التشريع المالي فيما مضى من اختصاص الملوك، غير أنه نتيجة للصراع الذي وقع بينهم وبين ممثلي الشعب خاصة في بريطانيا انتقلت هذه السلطة إلى البرلمانات وأصبحت صاحبة الاختصاص في التشريع المالي، وذلك عن طريق دراسة مشاريع القوانين المتعلقة بميزانية الدولة والمصادقة عليها. راجع في ذلك، أحمد بركات، وسيلة مباشرة رئيس الجمهورية لاختصاص السلطة التشريعية في مجال صنع

القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، جوان 2009، العدد 01، ص 166

<sup>3</sup> - راجي أحسن، المرجع السابق، ص 48، .



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

يبقى عملاً إدارياً حسبهم، حتى وإن كان مرتبطاً بفكرة الاستعجال، لأن هذه الفكرة لا تغير من الطبيعة القانونية للأمر، بل عكس ذلك تساعد على الحفاظ على المصالح المالية للدولة بإصدار هذا القانون<sup>1</sup>، الذي يبقى رغم هذا ضمن الاختصاص الأصلي للبرلمان<sup>2</sup>.

غير أن المادة 44 من القانون العضوي 16-12<sup>3</sup>، نصت في الفقرة الأخيرة منها، على أن رئيس الجمهورية يصدر مشروع قانون المالية الذي قدمته الحكومة بأمر، إذا لم يصادق عليه البرلمان خلال الأجل المحدد، و يكتسب هذا الأمر قوة قانون المالية، ومادام أن المادة فصلت في قوتها القانونية لا في طبيعتها القانونية، فإنها تأخذ مرتبة التشريع فقط، ومادام أن البرلمان لم يتدخل فيها لا بتفويض أو موافقة فإنها تبقى ذات طبيعة إدارية.

---

<sup>1</sup> - بدران مراد، قانون المالية وفكرة سيادة البرلمان، م.ج.ع.ق.ا.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، العدد الثالث، ص 14 ؛ ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتهما في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 176.

<sup>2</sup> - خالفا لما كان عليه الحال في ظل الدساتير الجزائرية السابقة، والتي كانت تمنح سن قانون المالية و بصفة منفردة للبرلمان، اختار المؤسس الدستوري الجزائري في دستور 1996 المعدل في 2016، منح رئيس الجمهورية صلاحية إصدار قانون المالية بموجب أمر، في حالة تخلف البرلمان عن المصادقة على مشروع القانون المودع لديه من قبل الحكومة، خلال الأجل التي حددها الدستور لذلك، للاستزادة أكثر أنظر: هاملي محمد، آليات إرساء دولة القانون في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011-2012، ص 25.

<sup>3</sup> - القانون العضوي رقم 16-12 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 الموافق لـ 25 غشت 2016، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج.ر.ج.ج العدد 50.

## البند الثاني

### الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية

لقد ذكرنا سابقا بأن بعض الدول اشترطت إصدار السلطة التنفيذية للوائح ذات قوة قانونية، بتوافر حالة استثنائية<sup>1</sup> و فجائية تكون فيها الدولة مهددة بمخاطر داخلية أو خارجية، والتي تعتبر بعض الإجراءات الإدارية غير المشروعة في الظروف العادية إجراءات مشروعة في بعض الظروف، إذا كانت هذه الإجراءات تهدف إلى حماية النظام العام أو استمرار خدمات المرافق العامة.

ويقصد بالحالة الاستثنائية وجود البلاد في خطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سالمة ترابها<sup>2</sup>، ويعود أصلها إلى المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

وقد أوضح الفقه الفرنسي بأن حالة الضرورة التي تؤدي إلى مخالفة القانون هي حالة مؤقتة وتستند إلى ظرف طارئ أو قوة قاهرة، إلا أن هذه الضرورات على العكس من ذلك قد تدوم وقتا طويلا نتيجة الظروف التي أدت إليها كالحروب الفترات الحرجة وفي هذه الحالة تسمى ظروف استثنائية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عرفت الظروف الاستثنائية تسميات مختلفة كحالة الحرب وحالة الطوارئ، و نظرية الضرورة، و التدابير الخاصة بأمن الدولة وغيرها، إلا أن كل من التشريع والفقه والقضاء لم يتفقوا على تسمية جامعة مانعة للظروف الاستثنائية. فكانت التسمية المشتركة بين الفقهاء في مصر قديما هي "نظرية الضرورة". أما في الفقه الحديث فقد ميزوا بين ظرف الحرب "ووضعوا له نظرية" وبين كافة الظروف الاستثنائية وخصوها بنظرية أخرى وهذا الاتجاه هو السائد في الفقه الفرنسي، للاستزادة أنظر: تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية و تطبيقاتها في الدستور الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2002-2003، ص 9.

<sup>2</sup> - المادة 107 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المادة 98 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليهما.

<sup>3</sup> - ناهد جميل أسعد فريتح، الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة، دراسة مقارنة بين مصر - الأردن - فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة القدس، سنة 2006 ص 14

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

وقد منح الدستور الجزائري صراحة تقرير الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية لما ينطوي على هذه الحالة من خطورة على حقوق الأفراد وحررياتهم خاصة، وأن هذه الحالة تؤدي إلى تعطيل بعض أحكام الدستور<sup>1</sup>. وتمكن الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية من إصدار لوائح تدخل ضمن دائرة عمل القانون، فالبرلمان لا يملك أن يحرم السلطة التنفيذية من إصدار القرارات واللوائح المنصوص عليها في الدستور، ما لم يحجز صراحة هذا الأخير للسلطة التشريعية تنظيم موضوعا معيناً بقوانين، مما يخول الحق للسلطة التنفيذية بالتدخل بواسطة إصدارها للوائح في الحالة الواردة في صلب الدستور. ولعل من بين أهم النتائج المترتبة على وجود ظروف الاستثنائية هي اختلال قاعدة تدرج الأعمال القانونية، و ذلك بارتفاع القوة القانونية والإلزامية للتدابير المتخذة أثناءها، وتركيز جميع السلطات في يد رئيس الجمهورية، لذلك تعتبر الأوامر من بين الأعمال الأشد خطورة في مثل هذه الظروف، فهي تملك في الواقع سلطة الإلغاء القوانين القائمة، أو تعديلها، أو تعطيل نفاذها<sup>2</sup>.

و تكمن أهمية تحديد التكييف القانوني للأوامر التشريعية المتخذة من قبل رئيس الجمهورية في هذه الحالة، في كونه يقودنا إلى تخصيص النظام الرقابي الملازم لها، طالما أن تحديد نمط الرقابة مرهون كقاعدة عامة بالطبيعة الأصلية للمعيار القانوني. وبالرجوع إلى الدستور الجزائري المعدل سنة 2020، نجد أن المادة 142 منه منحت في فقرتها الرابعة، لرئيس الجمهورية للتشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 98 من نفس الدستور.

كما نجد حالة تطبيقية في الجزائر لاجتماع سلطات الدولة في يد السلطة التنفيذية، فيما يتعلق بالأوامر الصادرة في إطار أمر 10 جويلية 1965. فيلاحظ

<sup>1</sup> - طبقاً لنص المادة 98 من دستور الصادر سنة 2020.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية، المرجع السابق، ص 73.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

من خلال هذا الأمر أن المادة السادسة منه قد نصت على ما يلي: "التدابير التي تتخذها الحكومة تصدر بحسب الكيفية على شكل أوامر أو مراسيم". وبالتالي يمتد النشاط التشريعي على ثلاثة معايير قانونية، أولاً الأوامر المتخذ من مجلس الثورة كسلطة جمعيه مطلقه وتتعلق بالمجال المخصص للقانون، ثانيا الأوامر الرئاسية المخولة لرئيس مجلس الثورة وحده وتتعلق بمجال المخصص للقانون، بالإضافة إلى المناصب الحكومية التي يتم اتخاذها في مجلس الوزراء وتعلق بالمجال المخصص للائحة. كما يلاحظ في ظل هذا الدستور المصغر غياب السلطة التشريعية، والدمج شبه الكلي للسلطات، حيث اعتبرت الأوامر طريقه جديدة لإصدار القانون، كتشريع عادي وحيد غير مقيد وغير مشروط بأي شرط شكلي. فإنتاج هذا الصنف من المعايير القانونية يجعلها قوانين بمضامينها وليس بأشكالها، مما يفقد الأمر خصائصه التقليدية، وبالتالي تمتعه بنفس خصائص القانون العادي. ولم ينص هذا الدستور على أية أداة قضائية إداريه أو دستورية قادرة على رقابه الأوامر الصادرة خلال هذه الفترة<sup>1</sup>.

كما أن المادة 16 من دستور الجمهورية الفرنسية، التي نصت في مضمونها على أنه عندما تتعرض مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة، وسلامة أراضيها، لتهديد خطير وسريع، ويتعطل الأداء السليم للسلطات العامة الدستورية، يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تستلزم مواجهة هذه الظروف بعد التشاور مع رئيس الوزراء ومع رؤساء المجلسين ومع المجلس الدستوري. ويأتي سبب اتخاذ بعض التدابير في الرغبة في تزويد السلطة العامة الدستورية في أقصر وقت ممكن بما يلزم من وسائل

<sup>1</sup> - راجي أحسن، المرجع السابق، ص 30.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أداء واجباتها لمواجهة هذه الحالة، بالتشاور مع المجلس الدستوري بخصوص هذه التدابير، ودون حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلطة الخاصة بالطوارئ<sup>1</sup>.

وظهر اختلاف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للقرارات بقوة القانون الصادرة في الحالة الاستثنائية، خاصة و أن الشخص المصدر لها يجمع السلطتين التشريعية والتنفيذية معا، وأنه يستمد هذا الحق في إصدار الأوامر في الظروف الاستثنائية من الدستور مباشرة.

وفي هذا السياق ثار خلاف بين الفقهاء الفرنسيين، فذهب رأي<sup>2</sup> إلى اعتبار طبيعة قرار رئيس الجمهورية في المادة 16 عمل من أعمال السيادة، وبالتالي لا يخضع للرقابة القضائية. والاختلاف كان حول طبيعة القرارات المتخذة استنادا إلى الصلاحيات رئيس الجمهورية بموجب هذه المادة، فذهب اتجاه من الفقه إلى اعتبارها تدابير ذات طبيعة خاصة لا تخضع لرقابة القاضي الإداري، دون أن يميز هذا الاتجاه بين القرار الصادر استنادا إلى المادة 16، والقرارات المتخذة للإعلان عنها، ولا بين التدابير المتخذة في المجال التشريعي وتلك الصادرة في المجال اللائحي، انطلاقا من تفسير النص حرفيا دون التفريق بين هذه التدابير.

---

<sup>1</sup> - جاء النص الأصلي للمادة كالتالي: "إذا تعرضت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الوطن أو وحدة أراضيه أو تنفيذ التزاماته الدولية لخطر جسيم وفي حال توقفت السلطة العمومية الدستورية عن سيرها المنتظم يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيسي المجلسين وكذا المجلس الدستوري. ويخبر الأمة بذلك في خطاب يوجهه إليها.

ويجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الرغبة في منح السلطة العمومية الدستورية الوسائل التي تمكنها من أداء مهامها في أقرب وقت ممكن.

ويُستشار المجلس الدستوري بشأن هذه التدابير، ويعقد البرلمان اجتماعه قانونيا و رسميا .

لا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلطة الاستثنائية".

<sup>2</sup>- Georges VEDEL, Pierre DELVOLLE, Droit administratif, 12<sup>eme</sup> éd, 1vol, presse universitaire de France, 1992, p23.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

و ميز هذا الاتجاه بين نوعين من التدابير:

تتعلق الأولى بالنصوص القانونية التي تشكل المجال المحجوز للبرلمان، و هذه النصوص لا يجوز الطعن فيها قضائياً، أما النوع الثاني من التدابير، فتتعلق بالقرارات الإدارية التي تدخل ضمن المجال التنظيمي، و تخضع لرقابة القاضي الإداري<sup>1</sup>. كما ميز هذا الاتجاه بين القرارات المتعلقة بالمجال التشريعي ويعتبرها أعمالاً تشريعية، والأعمال المتعلقة بمجال اللائحة التي تعتبر قرارات إدارية.

وفي المقابل ظهر اتجاه آخر يعتبر هذه الأعمال التي يقوم بها رئيس الجمهورية في هذا الصدد تعد أعمالاً تشريعية كاملة على أساس أن رئيس الجمهورية يصدرها لمعالجة مواضيع تشريعية بالطبيعة، وإن كان لا يملكها بالمعنى الفني الدقيق، فمن الصعب اعتبارها تدابير إدارية خاضعة لرقابة القضاء<sup>2</sup>.

واعتبر اتجاه الفقهي آخر<sup>3</sup> جميع الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية استناداً للمادة 16 قرارات إدارية بطبيعتها لصدورها عن سلطه إدارية و ليس تشريعية، طبقاً للمعيار العضوي، حتى وإن كانت تندرج ضمن المجال المحجوز للبرلمان، كونها تشكل تدابير لها قوة التشريعات. وتخضع جميع الإجراءات المتخذة في الحالة الاستثنائية لرقابة المشروعية من جانب مجلس الدولة الفرنسي. لكن هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات الموجهة إليه، تتمثل في الخلط بين الطبيعة القانونية للعمل و قوته الملزمة، وذلك لأن المؤسس الدستوري قيد الحكومة عندما تتخذ الأوامر التي لها قوة القانون بعنصر الضرورة، كون هذه الإجراءات القانونية هي اللوائح ذات طبيعة تشريعية من ناحية الموضوع، ومن جهة أخرى أنه لا داعي للاعتراف

<sup>1</sup> - Jean RIVERO, Droit administratif, 3<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 1965, p.63.

<sup>2</sup> - Georges VEDEL, Cours de droit constitutionnel et institutions politique, LGDJ, Paris, 1959, p.936.

<sup>3</sup> - Georges BURDEAU, Droit constitutionnel et institutions politiques, 17<sup>ème</sup> éd, LGDJ, Paris, 1976, p634.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

لإجراءات المادة 16 بطبيعة القانون، واكتفاء بمنحها قوة القانون. وبذلك يستطيع الرئيس أن يتدخل في مجال القانون<sup>1</sup>. و هو نفس الرأي الذي أكده الأستاذ مراد بدران استنادا إلى أن المؤسس الدستوري لم يلزم رئيس الجمهورية بعرض الأوامر على البرلمان للموافقة عليها في ظل هذه الظروف<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لموقف القضاء، فقد ميز مجلس الدولة الفرنسي بين قرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة 16 والقرارات التي يصدرها استنادا إلى الصلاحيات المخولة له وفقا لهذه المادة. فبالنسبة للقرار بتطبيق المادة 16 اعتبره من أعمال السيادة استنادا إلى انه يخص العلاقة بين السلطات العامة، وبذلك إخراجها من رقابة القضاء. أما القرارات المتخذ بناء على قرار تطبيق المادة 16 فلم يخضعها مجلس الدولة لحكم واحد، وإنما فرق بين ما إذا كانت هذه القرارات تنظم المسائل المحجوزة للقانون بموجب المادة 34 من الدستور الفرنسي، أو كانت متعلقة بالمجال اللائحي المنصوص عليها في المادة 37 من نفس الدستور، فحسب الطرح الأول تكون القرارات ذات طابع التشريعي غير خاضعة للرقابة القضائية في حين أنها في الطرح الثاني تكون قرارات إدارية تخضع لرقابه قاضي المشروعية. وموقف مجلس الدولة الفرنسي هذا كان حول الأوامر التشريعية في الحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 16 من الدستور الفرنسي، و ذلك في القرار المعروف بـ: *Rubin De Servens*، وعبر فيه مجلس الدولة صراحة، بأنه ليس من صلاحياته تقرير مدة تطبيق المادة 16. ومع ذلك، فمن الممكن الحفاظ على هذه الصلاحيات بعد اختفاء

<sup>1</sup> - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 60.

<sup>2</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص

<sup>3</sup> - للاستزادة حول حيثيات هذا القرار أنظر الصفحة 44.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الظروف التي جعلتها ضرورية. وهكذا، في عام 1961، واصل الرئيس الدولة الفرنسية استخدام المادة 16 بعد فترة طويلة من انتهاء الأحداث الذي برر استخدامها. واستعادت سلطات الدولة الدستورية عملها المنتظم، كما سبق أن قيل إنه لم ينقطع فعلاً. علاوة على ذلك، إذا كان من الممكن اعتبار الحرب الجزائرية ووجود حركات حزبية تهديدًا خطيرًا لمؤسسات الجمهورية، فلا يمكن اعتبار هذا التهديد العام فورياً<sup>1</sup>.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في قرار لها حول السلطة التقديرية لرخصة التشريع الاستثنائي الممنوحة لرئيس الدولة في حالة الضرورة بأن " : مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات في نواحي المجتمع... وأن الأسر المصرية تنتظر هذا الإصلاح منذ سنة 1905... وان جاز أن يتدرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو إلى سلطة التشريع الأصلية (المجلس النيابي) إلى سن قوانين جديدة. أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصوره، إلا أن لا يتحقق بها الضوابط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 147 من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أن لم يطرأ خلال غيبة المجلس ظرف معين يمكن أن يتوفر مع تلك الحالة التي تحل رخصة التشريع الإستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 147 من الدستور أو تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب. وإقرار مجلس الشعب لهذا القرار بقانون (رقابة برلمانية أو سياسية) لا يحول دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره. ولما كان القرار المطعون فيه قد استهدف بتنظيم التشريعي المرتبط

<sup>1</sup> – Sébastien PLATON, Vider l'article 16 de son venin : Les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ?, op.cit., p.102.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

موضوعا واحدا قصد بمعالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة وكان العيب الذي شاب قد عم بتمام لتخلف سند إصداره<sup>1</sup>.

أما في حالة الإعلان الرسمي على إنهاء الحالة الاستثنائية، فمصير الأوامر التشريعية التي صدرت في ظلها يؤول إلى سقوطها من تلقاء نفسها، فحسب رأي الفقه الفرنسي فإن الأمة تعود إلى نظامها الدستوري العادي، معتبرا أن انتهاء تلك الحالة سببا مؤديا إلى سقوط جميع الإجراءات الاستثنائية من تلقاء نفسها بما فيها الأعمال التشريعية<sup>2</sup>.

ونفس القاعدة تطبق على المادة 98 من الدستور الجزائري، فبالنظر لطبيعة الأوامر لصادرة في الحالة الاستثنائية، فإنه ينبغي أن ينتهي العمل بها بمجرد الإعلان عن رفع الحالة التي تمت في ظلها، و تعد لاغية الأوامر التشريعية باعتبارها قوانين زمنية و مؤقتة، فسلطة التشريع عن طريق الأوامر الممنوحة لرئيس الجمهورية بموجب المادتين 98 و 142 والتي تدخل في الأصل و في الظروف العادية في اختصاص السلطة التشريعية هي استثناء و ليس قاعدة عامة، والاستثناء لا يمكن أن يطبق إلا إذا اجتمعت شروطه كما لا يمكن أن يقاس عليه، لذلك تزول هذه الأوامر بمجرد الإعلان الرسمي عن انتهاء الحالة الاستثنائية<sup>3</sup>.

ولكن هل يجوز لرئيس الجمهورية أن يقرر بشكل صريح استمرار هذه الأوامر التشريعية خارج النطاق الرسمي للحالة الإستثنائية التي صدرت بموجبها، أي سريانها بعد تاريخ الإعلان عن رفع هذه الحالة؟ ذهب الفقه الفرنسي في تعليقه على مثل هذه الحالة - و ذلك بمناسبة قرار رئيس الجمهورية الصادر في 29 سبتمبر 1961

<sup>1</sup> - المحكمة الدستورية العلي المصرية، قرار رقم 28، لسنة (2) ق، مجموعة 3، ص 195.

<sup>2</sup> - وجدي ثابت غبريال، مرجع سابق . ص 278

<sup>3</sup> - بدران مراد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

باستمرار العمل ببعض القرارات التي كان قد أصدرها إستنادا إلى السلطة التي تخولها له المادة 16 من الدستور -إلى أن هذا القرار مجرد من كل أساس قانوني لأنه كان يجب التشريع عن طريق الأوامر و أثره على السلطة التشريعية في ظل دستور 1996 إن كانت الأوامر في الظروف الاستثنائية تبقى متمتعة بمرتبة إلزامية تعادل قوة القانون في تدرج القواعد القانونية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### استحداث الرقابة السابقة على الأوامر

مادامت الأوامر ذات طبيعة ثنائية، فإن الرقابة التي تخضع لها تختلف حسب الحالة بين الرقابة السابقة واللاحقة، ومادام أن الدستور الجزائري المعدل سنة 2020 خص الأوامر الصادرة في الحالة العادية بالرقابة السابقة فقط، فإن الرقابة اللاحقة تبقى مطبقة على الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية وفي المجال المالي. وتبعاً لما سبق سنحاول في هذا المطلب دراسة الرقابة السابقة على الأوامر، على نحو تعريفي وتقديري في الفرع الأول، وتحليلي للرقابة السابقة على الأوامر في الجزائر في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### تأطير الرقابة السابقة

كثيراً ما يربط الفقهاء الرقابة السابقة بهيئة ذات طابع سياسي<sup>2</sup>، بحيث تكون سياسية ما دامت وقائية تسبق صدور النص القانوني إذا خالف الدستور. وإن كان هذا

---

<sup>1</sup> - بدران مراد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 151.

<sup>2</sup> - يعتبر الفقهاء أن الرقابة الدستورية تقوم بها هيئة سياسية استناداً إلى الطريقة التي يتم بها تعيين أعضائها والإختصاصات التي منحها لها الدستور.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

التعريف الفقهي يتماشى في الغالب مع نماذج الرقابة السياسية<sup>1</sup>، إلا أن اتجاهها فقهيًا آخر خالف هذا الطرح، حيث يرى أن الرقابة تتخذ أكثر من صورة منها السياسية ومنها القضائية، ولا يشترط أن تكون الرقابة السياسية رقابة سابقة على صدور القانون، بل يمكن أن تكون لاحقة على صدوره، كما لا يجب أن تكون الرقابة القضائية فقط لاحقة على صدور القانون بل يمكن أن تكون سابقة على صدوره، و السبب الذي يجعل الرقابة السياسية تأخذ هذه الصفة هو طابعها الوقائي كونها تنتظر إلى مشاريع القوانين<sup>2</sup>. ومنه يقصد بالرقابة السابقة تلك الرقابة الوقائية التي تمارس على القوانين في المرحلة الواقعة بين سننها وإصدارها<sup>3</sup>. فالنص القانوني محل هذه الرقابة لن يتم إصداره إذا كان مخالفًا للدستور لذلك فهي تمنع حدوث الآثار التي قد تترتب لو كانت الرقابة بعد نفاذ القانون<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني

#### الرقابة السابقة على الأوامر في الجزائر

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري المعدل سنة 2020، نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري نص صراحة في المادة 142 على خضوع الأوامر الصادرة في غياب البرلمان للرقابة السابقة على إصدارها من طرف المحكمة الدستورية في أجل

<sup>1</sup> - من بين الفقهاء الذين تبنوا هذا الاتجاه: فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1974 ص 198؛ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 200.

<sup>2</sup> - من بين الفقهاء الذين تبنوا هذا الاتجاه: رمزي الشاعر طه، القضاء الدستوري في مملكة البحرين دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003، ص 17؛ عبد العزيز محمد سالم، المرجع السابق، ص 77-78؛ علي السيد الباز، رقابة دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية، دار الجامعات المصرية بالاسكندرية 1978، ص 46-47.

<sup>3</sup> - فؤاد العطار، المرجع السابق، ص 197.

<sup>4</sup> - ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصره دار النهضة العربية القاهرة، 1971، ص 118.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أقصاه 10 أيام. مما يقصى هذه الأوامر من الرقابة اللاحقة في حالة صدورها. وعلى الرغم من عدم نص المؤسس الدستوري على أن تغير الظروف من شأنه أن يجعلها محلا للرقابة اللاحقة، إلا أن التطور المنطقي للمجتمع، و ضرورة حماية الحقوق والحريات قد تفرض ذلك. كما نلاحظ أن النصوص الدستورية لم تنص على الإجراءات الواجب تطبيقها عند فحص دستورية مشاريع الأوامر قبل اصدارها، ما أدى تلك المتعلقة بالتداول في جلسة مغلقة، والأجال الخاصة باصدار القرار<sup>1</sup>. كما أن القوانين الصادرة عن طريق الاستفتاء لا تخضع للرقابة حتى ولو كانت في مجال قوانين عضوية، من ذلك قانون الوئام المدني وقانون السلم والمصالحة الوطنية، حيث صدرت مباشرة بعد استفتاء الشعب حولها، استنادا إلى المبدأ الدستوري القائم على أن الشعب مصدر كل سلطة<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني

#### طرق الرقابة القضائية على الأوامر في جانبها النظري

إن فكرة الرقابة على العمل التشريعي للسلطة التنفيذية، تكتسب أهمية بالغة لكفالة احترام مبادئ الدستور، وضرورة لاحترام اختصاصات كل سلطة في الدولة، خاصة مع توسع مجالات تدخل السلطة التنفيذية، مما ترتب عليه وجود عدة أنواع من الرقابة تأسيسا لمبدأ: "أينما وجدت السلطة وجدت المسؤولية"، كرقابة القضاء الإداري، والرقابة السياسية، والرقابة البرلمانية، و تنصب تلك الرقابة على جميع أعمال السلطات المركزية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - طبقا للمادة 194 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة عليه.

<sup>2</sup> - لزرق خبشي، الرقابة الدستورية على القوانين العضوية وآثارها على الحريات العامة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 51، جوان 2019، ص 11.

<sup>3</sup> - ابراهيم محمد حسين، المرجع السابق، ص 11.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

ونظرا لاعتبار الأوامر قرارات صادرة عن السلطة التنفيذية، يفتح المجال واسعا للطعن فيها أمام القضاء بدعوى الإلغاء أو التعويض، أما إذا ما وافق عليها البرلمان، واكتسبت نفس القوة القانونية للتشريع، فإنها تخضع لرقابة فحص دستوريته فقط.

وقد سبق أن أبرزت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها الفرق بين عيب عدم الدستورية وعيب عدم المشروعية حيث نصت أن: "القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصا دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضاه...، بينما يشوب القرار الإداري العام عيب عدم المشروعية إذا خالف قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة"<sup>1</sup>.

وأمام استحداث المؤسس الدستوري الجزائري للرقابة السابقة المذكورة سابقا، وأمام عدم إدراج مصطلح الأوامر ضمن اختصاص الرقابة القضائية أو الدستورية اللاحقة، سواء تلك المتخذة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان، أو في الحالة الاستثنائية، فإن التساؤل يثور حول ما إذا كانت هذه الأوامر تخضع للرقابة سواء الدستورية أو القضائية؟

وبما أن تخصص هذه الدراسة يحصرها في الرقابة القضائية، سواء كانت قضائية نسبة إلى الهيئة (السلطة القضائية)، أو إلى طبيعة الرقابة أي من حيث مضمون الرقابة، ارتأينا شرح الجانب النظري لطرق الرقابة القضائية اللاحقة في هذا المبحث، والتي يمكن أن تكون الأوامر خاضعة لها، سواء قبل أو بعد موافقة البرلمان عليها (المطلب الأول)، أو بعد موافقة البرلمان (المطلب الثاني)، وتطبيقاته الرقابة في بعض الأنظمة.

<sup>1</sup> - حكم المحكمة الإدارية العليا مصر، في الطعن رقم 929 لسنة (3) قضائية عادية، تاريخ الجلسة 12-07-1958.

## المطلب الأول

### رقابة القضاء الإداري على الأوامر

إن السلطة التنفيذية وما تملكه من اختصاصات و سلطات واسعة لإقامة النظام العام، تجعل الأفراد وما يملكون من حقوق و حريات في مركز ضعيف في مواجهة الإدارة، الأمر الذي يستدعي تدخل سلطة أخرى لردع هذه الأخيرة عند انتهاكها للحقوق و الحريات. ومن هنا جاءت ضرورة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. فيعد القضاء الإداري ضماناً أساسية لحماية الحقوق والحريات العامة، من خلال بسط رقابته على الأعمال التي تتخذها الإدارة في جميع الحالات، لمواجهة انحرافها في حالة إساءة استخدامها لهذه السلطات<sup>1</sup>.

ونفس المبدأ يطبق في حالة صدور الأوامر دون موافقة البرلمان، إذ تحتفظ بصفة القرار الإداري حتى و إن كانت تتضمن مواضيع من اختصاص السلطة التشريعية أصلاً. ويختلف نطاق الرقابة القضائية على الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية بين الحالة العادية والحالة الاستثنائية، كما يختلف باختلاف نوع الأوامر المتخذة، بين تلك التي يتخذها رئيس الجمهورية دون الحاجة إلى عرضها على البرلمان<sup>2</sup>، والأوامر المتخذة في غياب المجلس الشعبي الوطني. والإشكال لا يطرح هنا مادام أن القوانين نصت صراحة على خضوع القرارات الإدارية لرقابة القضاء

<sup>1</sup> - وداد عطوي، الرقابة القضائية على رخصة البناء في الجزائر، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، 2016، ص 139.

<sup>2</sup> - مثال ذلك الأمر المتخذ لإصدار قانون المالية.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الإداري<sup>1</sup>. وإنما بالنسبة للأوامر التي تتخذ في غيبة البرلمان التي تتحصن من الرقابة القضائية بمجرد الموافقة عليها<sup>2</sup>.

وعليه سنخصص الفرع الأول للإطار النظري للرقابة القضائية على الأوامر في الجزائر، أما الفرع الثاني فسندرس فيه تقدير أسلوب الرقابة القضائية من خلال الفقه و القضاء.

### الفرع الأول

#### التأسيس الفقهي للرقابة القضائية الإدارية على الأوامر

ذكرنا سابقا بأن الأوامر تعتبر بعد إصدارها وقبل موافقة البرلمان عليها عملاً إدارياً، وبهذه الصفة فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري ويمكن الطعن بها أمامه، فالرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم على أعمال إدارة وفقاً للنظام القضائي المتبع في كل دولة، ويختص بها في الجزائر القضاء الإداري، مادام أن الدولة تعتمد على ازدواجية القضاء.

وتعتبر الرقابة القضائية ضماناً حقيقية للأفراد من تجاوز وتعسف السلطة التنفيذية، في حالة خروجها عن مبدأ المشروعية، ولما لهذه الرقابة من تأثير بالغ في ظل الدولة القانونية التي تخدم هذا المبدأ، خاصة في ظل الظروف غير العادية، التي تجعل منها أهم وسائل الرقابة وأقواها على سلطات الإدارة<sup>3</sup>.

و تتولى الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في هذه الحالة، المحاكم الإدارية إلى جانب القضاء العادي، للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، أو للبحث في دستورية القوانين واللوائح في بعض الأنظمة. فالأصل كما ذكرنا أن

<sup>1</sup> - المادة 900 من القانون 08-09، سابق الإشارة إليه؛ والمادة 9 من القانون 98-01، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 190.

<sup>3</sup> - الشنطاوي فيصل، المرجع السابق، ص 350

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

الإدارة مسؤولة عن تصرفاتها، ويجب أن يخضع كل ما يصدر عنها لرقابة القضاء، حفاظا على مبدأ المشروعية خاصة وأن السلطة التنفيذية تتمتع بمزايا متعددة، وصلاحيات استثنائية، خاصة وأنها تمس بتصرفاتها حقوق الأفراد وحررياتهم، فمن الأهمية أن تخضع تصرفاتها للرقابة<sup>1</sup>.

ونجد هذا الوضع مطبقا في الجزائر مصر وفرنسا، باعتبارها دول تأخذ بنظام القضاء المزوج. فقد ذهب فريق من الفقه المصري<sup>2</sup>، إلى تقسيم القرارات بقوانين التي يتخذها رئيس الجمهورية إلى فترتين، ففي الفترة السابقة على موافقة البرلمان تعتبر قرارات إدارية، تخضع لرقابة القضاء الإداري بنفس طرق الدعاوى التي تطبق على جميع القرارات الإدارية، ويكون للقاضي الإداري فحص الجوانب المختلفة للأمر، من حيث الشكل والسبب والاختصاص والمحل والغاية ليقرر مشروعيتها أو عدم المشروعية<sup>3</sup>. أما في الفترة التي تلي موافقة البرلمان عليها، فإنها تعتبر من قبيل القوانين، فلا يجوز الطعن ضدها بالإلغاء أمام القضاء<sup>4</sup>. وبالتالي فالرقابة القضائية وفق هذا الاتجاه الفقهي هي رقابة زمنية ترتبط بالفترة السابقة على موافقة البرلمان على الأوامر<sup>5</sup>.

أما الاتجاه الفقهي الثاني، فقد اعتمد على المعيار العضوي في التمييز بين الأعمال القانونية للسلطات في الدولة، وتطبيقا لهذا المعيار يخرج من اختصاص

1 - ناهد جميل أسعد فريتيخ، المرجع السابق، ص 72.

2 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 502؛ محمود حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 260.

3 - سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 171

4 - سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 516

5 - ميونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 266.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

القضاء الإداري النظر في مشروعية القوانين، واعتبروا أن الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية تبقى محتفظة بطابعها الإداري حتى بعد إقرارها من طرف البرلمان، و بالتالي تخضع للرقابة القضائية في جميع الحالات<sup>1</sup>. وكما أشرنا سابقا فإنه وفقا للمعيار العضوي فإن القرارات الصادرة عن رئيس الدولة بصفته سلطة تنفيذية تكتسب طبيعة الأعمال لإدارية بينما تكتسب الأعمال الصادرة عن البرلمان الطبيعة القانونية. وعليه فإن البرلمان لا يغير من الطبيعة الإدارية للوائح الضرورية فتبقى مجرد لوائح تتمتع بقوة القانون؛ وتظل خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها ودستوريتها. وبالتالي يعد تصديق البرلمان للوائح الضرورية عملا رقابيا، تابعا لممارسة وظيفته السياسية، فتبقى اللوائح تتمتع بقوة القانون<sup>2</sup>.

ونفس الحال نجده في مصر، حيث يمكن الطعن ضد لوائح الضرورية، شرط أن يكون الطعن قبل عرضها على مجلس الدولة المصري، باعتبارها قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية. إلا أن الطعون التي تنصب على هذه القرارات تتعلق بدستوريتها دون مشروعيتها، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكم لها عام 1979 أعلنت فيه أن: "القرار المطعون في وهو القرار الجمهوري رقم 23 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب، هذا القرار الجمهوري وان كانت السوابق القضائية تؤيد القول بأن القرارات الجمهورية بقوانين هي قرارات إدارية يجوز الطعن بها أمام مجلس الدولة لحين عرضها على البرلمان، إلا أن الرقابة القضائية على هذه القرارات بقوانين لا تبحث في مدى مطابقة أو عدم مطابقة القرار للقوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية. وحيث أن هذه

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات حول هذا الرأي أنظر: سامي جمال الدين، لوائح الضرورية وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 93، و ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 267

<sup>2</sup> - ناهد جميل أسعد فريخ، المرجع السابق، ص 77،

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

القرارات لها قوة القانون، فإنها تكون قادرة على تعديل القوانين العادية ومخالفتها، وعليه تنحصر الرقابة عليها في التأكيد على مدى التزامها بإحكام الدستور، وتكون الرقابة هنا على الدستورية فقط". و كانت مثل هذه الرقابة في مصر تباشر في محاكم القضاء الإداري قبل النص على محكمة دستورية متخصصة في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وبذلك خرجت مثل هذه الرقابة عن اختصاص محكمة القضاء الإداري<sup>1</sup>.

أما الأوامر الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية فتبقى أعمالاً إدارية، حسب بعض الفقهاء، وتخضع لرقابة القضاء الإداري على مشروعيتها، بصفته الجهة الإدارية المختصة بنظر الطعون المتعلقة بالقرارات، وكذلك لكونها صادرة في ظروف خاصة. وبالرغم من أن الجزائر عرفت تطبيق حالة الضرورة، لكن لم تتح الفرصة أمام القضاء الجزائري لإبداء رأيه حول هذه المسألة، إلا أن الراجح أن قرار اللجوء إلى حالة الطوارئ أو الحصار أو الحالة الاستثنائية يعتبر من أعمال السيادة<sup>2</sup>. وهناك اتجاه فقهي آخر اعتبر التدابير المتخذة في الحالة الاستثنائية نموذجاً خاصاً محصناً من للرقابة القضائية، كونه من أعمال السيادة التي تعلق القوانين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حكم غير منشور، أشار إليه: فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، 2004، القاهرة، ص 51

<sup>2</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 231.

<sup>3</sup> - تونصير إبراهيم، تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بني الدستور الجزائري والمصري، مذكرة ماجستير، جامعة بسكرة، 2013-2014، ص 152؛ ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 282.

## الفرع الثاني

### الاعتراضات الفقهية الراضة للرقابة القضائية على الأوامر

بالرغم من المزايا التي تتمتع بها الرقابة القضائية، إلا أنها واجهت مجموعة من الاتجاهات الفقهية الراضة لها، والرقابة القضائية التي نحن بصدد دراسة الانتقادات الموجهة لها، هي الرقابة القضائية على دستورية الأوامر عندما تكتسب نفس القوة القانونية للتشريع.

وأخذت الاعتراضات على الرقابة القضائية مداها الأوسع في فرنسا، حيث استرشد الفقه و القضاء في رفضه للرقابة القضائية على أسس تاريخية (أولاً) و قانونية ذات طابع عام منها المبني على نظرية سيادة الأمة (ثانياً) ، ومنها مستمد من مبدأ الفصل ما بين السلطات (ثالثاً) ومنها من اعتبر أن هذه الممارسة تعتبر عملاً سياسياً (رابعاً).

### أولاً- الاعتراضات ذات المصدر التاريخي

كانت آراء الفقه الفرنسي، تتسم بعدم الثقة تجاه السلطة القضائية، بسبب المحاكم التي كانت قائمة قبل الثورة والمعروفة بالمحاكم البرلمانية *les anciens parlements*<sup>1</sup>، والتي كانت تخضع لسلطة ونفوذ البرلمان. فكانت تعرض جميع محاولات الإصلاح بواسطة السلطة الملكية للرفض، وكانت الأوامر الملكية تبدو غير مناسبة في نظر هذه البرلمانات، فترفض تسجيلها و الحكم بأنها مخالفة للقوانين الأساسية للمملكة، وكرد على تلك المرحلة الاستبدادية للبرلمان، تم استبعاد السلطة القضائية من النظر في القوانين باعتبارها معبرة عن الإرادة العامة. ونجد مثال لذلك

<sup>1</sup> - Émile DUCOUDRAY, La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime, dans Annales historiques de la Révolution française, n° 327, 27 avril 2004, p 464

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

في قانون 16-24<sup>1</sup> الصادر في أوت عام 1790 الذي جاء فيه أن لا يمكن للمحاكم القضائية التدخل سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة في مجال ممارسة السلطة التشريعية، ولا أن تمنع أو توقف تنفيذ المراسيم الصادرة عن الهيئة التشريعية المصدق عليها بقانون وإلا وقعت بذلك في دائرة ارتكاب جريمة الغدر. فيلاحظ أنه من بين الأسباب التي دفعت الفقه إلى إبعاد السلطة القضائية من النظر في مشروعية أو دستورية الأعمال التشريعية، هو عدم ثقة رجال الثورة في القضاء<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى وجود نصوص قانونية وتشريعية ودستورية تمنع القضاء والقضاة من القيام بالرقابة القضائية على القوانين، ولعل من أهم الأسباب التي جعلت القضاء الفرنسي يعتبر أن الرقابة الدستورية محظورة عليه، هو نص المادة الثالثة من أول دستور بعد الثورة الفرنسية لسنة 1791 التي تنص على أن المحاكم ليس لها أن تتدخل في أعمال السلطة التشريعية أو أن تمنع تنفيذ القوانين أو إيقافها كذلك نصت المادة 127 قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة القضاة التي الذين يتدخلون في الوظيفة التشريعية عن طريق الامتناع عن تنفيذها أو وقفها<sup>3</sup>.

### ثانيا - الاعتراض مبني على نظرية سيادة الأمة:

وتكملة للمخاوف التاريخية لرجال الثورة الفرنسية، أضاف الفقه فرنسي نظرية فلسفية لتدعيم رفضهم للرقابة القضائية، وذلك استنادا إلى نظرية سيادة الأمة، فمادام

---

<sup>1</sup> - طبقا لنص المادة 10 من القانون 16-24 الصادر في أوت 1790، المتعلق بالتنظيم القضائي الصادر عن الجمعية الوطنية الثورية التي جاء مضمونها كما يلي:

« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

<sup>2</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 60

<sup>3</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية و التطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 42.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

أن القوانين تعبر عن إرادة الأمة وسيادتها المتجسدة في ممثليها ونوابها، فلا يمكن لأحد أن يمسه اعتباراً أن الهيئة التشريعية هي السلطة الواحدة و الوحيدة في الدولة، وأن القانون يعبر عن إرادة الشعب فهو صادر عن الدولة. فكان من المستحيل تصور تصدى المحاكم بالنظر في مدى دستورية القوانين<sup>1</sup>.

### ثالثاً - الاعتراض المستمد من مبدأ الفصل بين السلطات

تنص المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان الصادر عن الجمعية الوطنية للثورة في 26 أوت 1789، على أن: "كل مجتمع لا يضمن حقوق الأفراد ولا يفصل بين السلطات هذا المجتمع ليس له دستور" وانطلاقاً من هذه المادة اعتبر الفقه الفرنسي<sup>2</sup> أن رقابة القضاء على دستورية القوانين تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات بمفهومه الجامد. وبالتالي إن من شأن الرقابة على دستورية القوانين، أن تجعل السلطة المختصة بالرقابة تتدخل في أعمال المشرع، مما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات. ويرد على هذا الانتقاد بأن مباشرة الرقابة على القانون ما هو إلا توزيع للمهام التشريعية بين هيئتين الأولى من أقرت القانون والثانية التي ألغت القانون أو أوقفت العمل به لأن عملها هذا لا يخرج عن كون وضعاً لقاعدة تشريعية جديدة عكس القاعدة الملغاة<sup>3</sup>.

ونفس الشيء طبق في مصر، فقد اختلف الفقهاء بين رأيين، الأول يقول بعدم

امتلاك المحاكم لحق الرقابة على الدستورية، استناداً في عدم إقرار اختصاص

<sup>1</sup> - M.VERDUSSEN, Les douze juges. La légitimité de la cour constitutionnelle, Labor, Bruxelles, 2004, p94.

<sup>2</sup> - Lech GARLICKI, La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problème anciens c/développements récents ; Revue française de droit constitutionnel, n°78/2 ; 2009, p230 ; André HAURIOU, Jean GIQUEL, Patrice GELARD, Droit constitutionnel et institutions politiques, 6<sup>ème</sup> é, 1974, p.361 ; Maurice DUVERGER, Institutions politiques et droit constitutionnel ; 1996 ; p.650.

<sup>3</sup> - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، المرجع السابق، ص276

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

المحاكم بالرقابة على الدستورية، إلى خضوع القضاة المصريين للسلطة التنفيذية في تعيينهم ونقلهم وبالتالي عدم استقلالهم، بينما ذهب الرأي الثاني<sup>1</sup> إلى إقرار للمحاكم بهذا والامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور وذلك من خلال ناحيتين: **الأولى:** أكد هذا الجانب من الفقه بأن حرمان القضاء من حق مباشرة الرقابة على دستورية القوانين يعد مخالفا لمبدأ المشروعية ويتعارض مع مبدأ الحكومة الشرعية<sup>2</sup>.

**والناحية الثانية:** أن الرقابة على الدستورية تعد أصلا من طبيعة عمل القاضي ووظيفته، فمن صميم عمل القاضي الفصل في النزاعات ليس فقط بين الأفراد وإنما أيضا بين التعارض بين قانونين أحدهما يعلو الآخر مرتبة، وعلى القاضي عند النظر في الدعوى أن يغلب القانون الأعلى والأسمى وهو الدستور<sup>3</sup>.

### رابعا - ممارسه الرقابة الدستورية من طرف القضاء يعتبر عملا سياسيا

أسس هذا الاتجاه الفقهي اعتراضه إسناد إلى أن القاضي خلال ممارسته للرقابة الدستورية يكون قد خرج عن مهمته للقيام بأعمال سياسية. وممارسة القاضي للرقابة الدستورية تخرجه عن وظيفته القضائية المتمثلة في تطبيق القانون على المنازعات الفردية وتجعله سلطة سياسية. ومن أبرز الفقهاء الذين اتبعوا هذا الرأي

<sup>1</sup> - للاستزادة حول هذه الآراء الفقهية، أنظر: أحمد سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 161؛ ناهد جميل أسعد فريتخ، المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> - إبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 745.

<sup>3</sup> - ناهد جميل أسعد فريتخ، المرجع السابق، ص 63

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

<sup>1</sup>G.Burdeau والفقيه Esmein وكذلك Carré de Malberg الذي كان من اشد معارضي اختصاص القضاء في الرقابة الدستورية <sup>2</sup>.

### المطلب الثاني

#### محل الأوامر من الرقابة على الدستورية

كما سبق لإشارة إليه سابقا فإن الأوامر الصادرة في غياب البرلمان تكتسب قوة القانون بمجرد موافقة البرلمان عليها، وأن كل ما يشترط فيها بعد ذلك هو احترام أحكام الدستور، فإنها بذلك تستبعد من مجال الرقابة القضائية الإدارية على مشروعيتها. مما يفتح المجال للرقابة القضائية على الدستورية لتحقيق التوازن بين السلطة و المسؤولية.

لذا سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم الرقابة القضائية على دستورية الأوامر، ثم إلى تقدير هذا الأسلوب من الرقابة في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول

##### الرقابة القضائية على دستورية الأوامر في شكلها النظري

يقصد بالرقابة القضائية على دستورية الأوامر: " الرقابة على القيود والشروط التي وضعها الدستور لممارسة التشريع الإستثنائي"<sup>3</sup> ، والرقابة القضائية لدستورية الأوامر هي رقابة قانونية، يقوم بها قاضٍ، مهمته الأساسية تتمثل التحقق من تطابق هذا العمال القانونية مع الدستور، و التعرف ما إذا كان قد احترامها أم خرج عن نطاقها.

<sup>1</sup> - Georges BURDEAU, op.cit, P271.

<sup>2</sup> - R.Carré DEMALBERG, Contribution à la théorie générale de l'état, op.cit., p 235.

<sup>3</sup> - آل بن علي، لوائح الضرورة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1992، ص 165.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

لذا كان من الضروري أن تعهد هذه المهمة القانونية إلى هيئة قضائية، تتكون من أشخاص صفتهم الحيطة والنزاهة، والتكوين القانوني السليم، مما يجعل هذه الرقابة أكثر ضمانا و احتراماً لأحكام الدستور.

وتهدف الرقابة على الدستورية بشكل أساسي إلى رقابة أي تجاوز على مبدأ المشروعية، فعملية الرقابة تبدأ من تفسير النص الدستوري المدعى مخالفته. و على إثر هذا التفسير يحدد ما إذا تم مخالفة الدستور أم لا. و مما لا شك فيه أن هذه الرقابة تجعل من الجهة المكلفة بإصدار الأمر أكثر حرصاً على الالتزام بأحكام الدستور فلا تخالف ولا تعتدي بالتالي على حقوق وحرقات الأفراد التي كفلها لهم الدستور<sup>1</sup>.

لكن التساؤل الذي يمكن أن يثار هو ما هي الجهة التي يمكن أن تتولى الرقابة، هل تمنح للقضاء العادي أم الإداري، أم تنشأ محكمة خاصة لهذا الغرض؟ و بصدد الإجابة على هذا التساؤل نجد أن الدول اختلفت بين جعل الاختصاص للمحكمة العليا في النظام القضائي العادي، و بين منح هذا الاختصاص لمحكمة دستورية خاصة.

فبالنسبة للدول التي انتهجت الاتجاه الأول في منح اختصاص البت في دستورية القوانين للمحكمة العليا اختلفت في الإجراءات، فبعض الدول فتحت مجال اللجوء للمحكمة الاتحادية العليا طالبا إلغاء القانون متى كان له مصلحة حالة أو مستقبلية<sup>2</sup>، و من الدول من جعلت الطعن مرتبطاً بدعوى قضائية، فيقدم صاحب

<sup>1</sup> - عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 74

<sup>2</sup> - مثال ذلك: المادة 191 من الدستور السويسري الصادر في 29 ماي 1874 المعدل سنة 2014.



## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

المصلحة أو المدعى العام بدفع للمحكمة المعروض أمامها القضية، كما يجوز للمحكمة إثارة مسألة عدم الدستورية من تلقاء نفسها<sup>1</sup>.

أما الاتجاه الثاني فيتمثل في جعل الاختصاص لمحكمة دستورية متخصصة، وهو ما يعرف بمركزية الرقابة، حيث تختص محكمة واحدة بإنشائها الدستور بالرقابة على الدستورية، و تكون هذه الرقابة إما سابقة أو لاحقة على صدور القانون. وأما فيما يخص الأطراف التي تملك حق رفع دعوى، فقد اختلفت الدول بين منح لأفراد حق رفع الدعوى أمام المحكمة سواء بطريقة مباشرة أو بصورة غير مباشرة، و بين منع الأفراد من الطعن و تقرير هذا الحق للسلطات العامة<sup>2</sup>.

أما في الجزائر، قد تبنى المؤسس الدستوري بداية الرقابة السياسية على القوانين عن طريق المجلس الدستوري، ثم انتقل تدريجيا إلى فتح المجال للرقابة اللاحقة، كإلغاء الأمر الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، واعتماد طريقة الدفع بعدم الدستورية لتمكين الأفراد من الطعن في دستورية القوانين، ومؤخرا تغيير المجلس بالمحكمة الدستورية التي سيتم التفصيل فيها في الباب الثاني.

### الفرع الثاني

#### تقدير أسلوب الرقابة القضائية على الدستورية

ازدهرت فكرة الرقابة الدستورية بعد الحرب العالمية الثانية وشملت معظم دساتير العالم، إلا أن موقف الفقه منها جاء متباينا بين مؤيد ومعارض، على أن النظام الأكثر تخوفا من الرقابة القضائية على الدستورية، هو النظام الفرنسي<sup>3</sup>. وقد ذكرنا سابقا أن فرنسا كانت رافضة تماما لفكرة هذه الرقابة، واستبعد دستور فرنسا لسنة

<sup>1</sup> - عبد العزيز محمد سالم، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 80.

<sup>3</sup> - Renaud BAUMERT, La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique, LGDJ, 2009, p. 25.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

1946 كل رقابة قضائية على دستورية القوانين، غير أنه جعلها منوطة بلجنة خاصة ينتخبها البرلمان تسمى اللجنة الدستورية<sup>1</sup> Le comite constitutionnel ، تتمثل مهمتها في البحث في تعارض القوانين مع الدستور. وحصل خلاف بين الفقهاء حول الرقابة على الدستورية بين معارض لها وبين مؤيد وستعرض لحجج المعارضة وكذا التأييد كما يلي:

**أولاً:** انتقد البعض رقابة الدستورية تأسيساً على أنها تكسر حيوية المشرع، انطلاقاً من أن النصوص الدستورية تبدو ميتة إلى أن تأتي السياسة فتبعث فيها الحياة. ورد مؤيدو الرقابة على الدستورية بأن القول بمصادرة القضاء الدستوري لخيال رجال السياسة يرجع سببه إلى المبادئ الدستورية المملوءة بالرغبة والأمل. ويأتي هذا القضاء لكي يحقق معاشة التطور الاجتماعي باسم الدستور وباسم الوعود التي عبر عنها<sup>2</sup>.

**ثانياً:** ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى تأكيد بأن الرقابة على الدستورية تؤدي إلى وضع حد للنزاع بين الاتجاهات السياسية المختلفة حول مضمون بعض القوانين، فتساهم هذه الرقابة في:

- ✓ تجنب الاضطراب التشريعي والمساس بالقوانين،
- ✓ الحفاظ على الحقوق و المراكز القانونية من خلال المنازعات التي تنشأ عن طريق القانون.

<sup>1</sup> - Le titre XI de la Constitution du 27 octobre 1946 instituant le Comité constitutionnel.

<sup>2</sup> - للمزيد من المعلومات حول هذه المسألة، أنظر: أحمد سرور، المرجع السابق، ص162؛ يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص227.

## الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة التشريع على نوع الرقابة القضائية

✓ وينفرد القضاء الدستوري كذلك بتحديد وتفسير معاني الدستور، مع الحفاظ على الاستقرار القانوني من خلال كفالة وحدة النظام القانوني القائم على سيادة الدستور<sup>1</sup>.

كما اعيب على الرقابة الدستورية الممارسة من طرف هيئة مختصة، بمجموعة من الانتقادات انصبت على تشكيل واختصاص هذه الهيئة نذكر منها:

✓ يلاحظ أنها رقابة مقرررة لحماية المجال اللاتحي للحكومة من اعتداء السلطة التشريعية، كما أن تشكيل المجلس لا يضم العناصر القانونية والقضائية خاصة في إطار عدم استقلال أعضائه.

✓ أن الرقابة الدستورية من طرف هيئة مختصة تكون مقرره لصالح السلطات العامة، وليس لصالح الأفراد، إذ لا يجوز لهم الطعن أمام المجلس الدستوري-المحكمة الدستورية حالياً- بعدم دستورية قانون يمس حقوقهم.

✓ أن اختصاص المجلس يبقى مشلولاً ومقيداً بنظام الإحالة إذ لا يمكن النظر في دستورية أي قانون حتى يتم إحالته إليه.

✓ إن الرقابة التي يقوم بها المجلس الدستوري لا توفر الضمانات الكاملة التي تحيط بالعمل القضائي. كما أن الرقابة السابقة التي يمارسها المجلس لم تكشف العيوب التي يمكن أن تظهر من خلال التطبيق العملي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات حول هذه المسألة، أنظر: ناهد جميل أسعد فريتح، المرجع السابق، ص 60؛ سليمان

الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 378.

<sup>2</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 228.

الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها قوة  
التشريع

---

الباب الثاني  
ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات  
الإدارية التي لها قوة التشريع

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها قوة

### التشريع

يتمثل أساس قيام الدولة القانونية في سمو دستورها، واحترام قوانينها، وقوة وفعالية واستقلالية الرقابة فيها. وهذا السمو لا معنى له إذا لم توجد رقابة جديّة على دستورية القوانين، ومشروعية القرارات، لتكفل سيادته من جميع أنواع التجاوزات والمخالفات لتقاعده، فتكون جديرة بالإلغاء أو عدم التطبيق، وهو ما يؤكد تلازم مبدأ المشروعية ومبدأ سمو الدستور<sup>1</sup>، خاصة إذا كانت قد صدرت هذه الأعمال عن السلطة التنفيذية. وهذا البطلان إما أن يكون بشكل صريح في نصوص الدستور، أو كنتيجة طبيعية وحتمية.

غير أنه وكما ذكرنا سابقاً<sup>2</sup>، أن الدساتير لا تتشابه في نماذجها أو أنظمتها في نوع الرقابة، بل تمايزت من حيث إجراءاتها والهيئات التي لها الحق في ممارستها. فقد تواترت بين الرقابة السياسية و القضائية بالنظر إلى مدى رجاحة وغلبة الطابع السياسي على اختصاصات الهيئة، وكذا المجال المتاح للأفراد في مباشرة الدعوى الدستورية. أما منح الاختصاص لجميع المحاكم فيجعلها بالضرورة رقابة قضائية لامركزية، وهو ما لم يأخذ به النظام الجزائري.

وتفصل الجهة القضائية المركزية على وجه الأولوية في الطعن في دستورية النص القانوني المعروض أمامها، ليكتسب الحكم الصادر بشأنها حجية مطلقة ملزمة للجميع، كونها هيئة مخصصة لهذا الغرض، مادام أن للأفراد الحق في تقديم الطعن أمامها سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لأنهم هم المعنيون بالدرجة الأولى بالنصوص المطبقة عليهم والماسة بحقوقهم وحياتهم، مما يجعل هذه الهيئة جهة

<sup>1</sup> - طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 1994، ص 45.

<sup>2</sup> - للاستزادة أنظر الصفحات 109 وما بعدها.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها قوة

### التشريع

قضائية<sup>1</sup>. ويطبق هذا النوع من الرقابة لاحقا على صدور النص القانوني، فلا يمكن للأفراد أو القاضي التدخل في دستورية نص لم يصدر بعد.

ومادام أن المؤسس الدستوري الجزائري ألغى مبدئيا احتمالية الرقابة اللاحقة على الأوامر الصادرة في حالات غياب البرلمان، فلا مجال للرقابة القضائية عليها بموجب الدفع بعدم الدستورية.

وقد انتهينا في الباب الأول من دراسة الأساس النظري للرقابة القضائية، والطبيعة القانونية للأوامر الرئاسية المتباينة بين كونها قرارات إدارية، أو نصوص تشريعية. الأمر الذي يستدعي الفصل إما في طبيعتها أو في نوع الرقابة التي تخضع لها، خاصة وأن الرقابة القضائية تعد من بين الوسائل الفعالة لحماية الحقوق و الحريات العامة.

وفي هذا المقام ارتأينا في هذا الباب الربط بين الرقابة القضائية و القرارات الإدارية التي لها قوة التشريع، عن طريق دراسة الميكانيزمات والتطبيقات الممكنة لأشكال الرقابة القضائية على الأوامر في الجزائر مع التدليل بالأنظمة المقارنة من خلال التقسيم التالي:

**الفصل الأول** يشمل أساليب وتطبيقات الرقابة القضائية على دستورية الأوامر بصفة عامة، وفي الجزائر بصفة خاصة، وحجية وأثر الحكم الصادر عن الدعوى الدستورية.

<sup>1</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 291.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها قوة

### التشريع

---

أما الفصل الثاني سنبحث فيه عن دور جهات القضاء الإداري في الرقابة على الأوامر، استنادا إلى أن هذه الأخيرة تحمل في طياتها صفة القرارات الصادرة عن السلطة المركزية.

## الفصل الأول الرقابة على دستورية الأوامر



## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

يقصد بالرقابة الدستورية أن يتولى القاضي فحص دستورية الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية، شرط أن يكون البرلمان قد وافق عليها، للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور. واقتناعا بمزايا هذه الرقابة فقد اتخذتها عدة دول مما يجعل منها وسيلة فعالة لضمان احترام الدستور. و تتميز الرقابة القضائية عن الرقابة السياسية أن من يقوم بها هو هيئة قضائية، فتمنح إما عن طريق الحلول القضائية للمحاكم المختلفة و التي يكون لها فقد الامتناع عن تطبيق الأمر المخالف للدستور، و إما محكمة مركزية أو دستورية عليا ينص عليها الدستور، و التي يكون من حقها إبطال أو إلغاء الأمر المخالف للدستور. و مثلما اختلفت الدول في مصدر تخويل حق الرقابة، اختلفت أيضا في تنظيم ممارسة هذا الحق، فأخذت الدول التي تعتمد على أسلوب الحلول القضائية بالرقابة عن طريق "الدفع الفرعي" أثناء النظر في النزاع، و يكون من اختصاص جميع المحاكم.

أما الدساتير التي تضمنت حق الرقابة عن طريق الدعوى، فحولت لمحكمة وحيدة عن طريق ما يعرف بالدعوى الأصلية. و بالتالي يمكن تقسيم أنواع الرقابة الدستورية على الأوامر إلى رقابة مركزية و أخرى لامركزية<sup>1</sup>.

وكان الدستور الجزائري قد خص الفصل الأول من الباب الرابع للمحكمة الدستورية، وعهد إليها في المادة 190 منه مهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وفي ظل عدم صدور أي نص قانوني لتنظيم أوضاع المحكمة تبقى تلك الخاصة بالمجلس الدستوري مطبقة لتبيان اختصاصاته، ومحددا ما يدخل في ولاياته

---

<sup>1</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 260؛ أشرف فايز اللساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية و المواثيق الدولية، الطبعة الأولى، المصدر القومي للإصدارات القانونية، 2009، ص 17.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

حصرا، و مستبعدا من مهامه ما لا يندرج تحتها<sup>1</sup>، ومفصلا طرائق هذه الرقابة، وكيفية إعمالها في مجال الرقابة على الدستورية، المنحصرة في النصوص التشريعية، أيا كان موضوعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أصدرتها. فمنح الدستور الجزائري كغيره من الأنظمة الأخرى، أمر هذه الرقابة الى هيئة واحدة بيدها وحدها زمام إعمالها، كي تحدد بنفسها معاييرها ومناهجها وتتولى دون غيرها بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور<sup>2</sup>.

وقد حدد القانون المتظم لعمل المجلس الدستوري، القواعد الموضوعية والإجرائية التي يباشر من خلالها الرقابة على دستورية النصوص التشريعية، وكيفية اتصال الدعوى بهذه الهيئة. و لهذا ارتأينا في هذا الفصل التطرق إلى الطرق القضائية الممكنة لإخضاع الأوامر للرقابة الدستورية، بهدف التحقق من دستورتها دون مشروعيتها، و ذلك من خلال الخطة التالية:

#### المبحث الأول: طرق الرقابة القضائية على دستورية الأوامر: سنحاول من

خلال هذا المبحث التفصيل في الطرق الممكنة للرقابة على دستورية الأوامر على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع بقوة القانون.

#### المبحث الثاني: حجية الحكم ونطاق الرقابة في الدعوى دستورية: إن الفصل

في الدعوى الدستورية يكسب الحكم قوة وحجية بهدف تفعيل وتطبيق هذه الرقابة، غير أن مجال تطبيقه يكون محددًا وفق نطاق زمني، لذلك خصصنا هذا المبحث

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 16-201، الصادر بـ11 شوال 1437 الموافق لـ 16 جويلية 2016 المتعلق بالقواعد

الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري، ج.ر.ج.ج العدد 43.

<sup>2</sup> - إبراهيم محمد حسين، المرجع السابق، ص 130.

لدراسة حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية المرفوعة ضد الأمر، ونطاق تطبيق هذه الرقابة.

### المبحث الأول

#### طرق الرقابة القضائية على دستورية الأوامر

نظرا لمزايا الرقابة القضائية واقتنعا بضمانات الحيادة والاستقلال وكفالة حق التقاضي اعتنتها العديد من الدول، خاصة بعد الانتقادات التي وجهت للرقابة السياسية، فأصبحت الرقابة القضائية الوسيلة الفعالة لضمان احترام الدستور .  
ومثلما اختلفت الدول في الجهة التي تمارس حق الرقابة على الأوامر، فقد اختلفت أيضا في تنظيم كيفية ممارسة هذا الحق. وقد رأينا سابقا أن طرق الرقابة القضائية على الأوامر تختلف في تفصيلاتها وفقا لطبيعتها ووفقا لما يقرره الدستور فتعتمد بعض الدول على ما يعرف بالحلول القضائية عن طريق أسلوب الدفع الفرعي أثناء النظر في النزاع، حيث جعلته من اختصاص جميع المحاكم على اختلاف درجاتها، في حين منحت دول أخرى هذه الرقابة لمحكمة وحيدة مختصة ومتخصصة بالنظر في دستورية الأوامر عن طريق دعوى أصلية<sup>1</sup>.

وإجمالا عرض الفقه الدستوري المقارن طريقتين للرقابة القضائية على الدستورية، تتمثل في الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية (المطلب الأول) والرقابة عن طريق الدفع الفرعي أو ما يعرف في الجزائر بالدفع بعدم الدستورية (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - كتاب اشرف فايز المساوي، المرجع السابق، ص. 17.

## المطلب الأول

### الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية

يقصد بالرقابة عن طريق الدعوى الأصلية<sup>1</sup> أن يقوم الطرف الذي تضرر من الأمر الرئاسي، برفع دعوى مباشرة أمام المحكمة من أجل مطالبتها بإلغائه، ادعاء بمخالفته لأحكام الدستور، دون أن ينتظر تطبيقه، أي أن هذا النوع من الرقابة قد يكون سابقا لدخول الأمر حيز التنفيذ، أو لاحقا لصدوره<sup>2</sup>. وتكون المحكمة هنا أمام احتمالين إما اقتناعها بعدم دستورية الأمر الرئاسي وذلك من خلال التحقق من وجود مخالفات دستورية، فتقوم في هذه الحالة بإلغائه بحكم نهائي لا يقبل الطعن فيه، وله حجية مطلقة أمام الجميع، أو أن ترى بأنه دستوري فتقضي برفض الدعوى موضوعا.

وما يمكن ملاحظته من مميزات هذا النوع من الرقابة أنها طريقة هجومية وليست دفاعية، حيث يقوم المدعى بمهاجمة الأمر مباشرة أمام المحكمة بدعوى مبتدئة ومستقلة عن أي نزاع آخر. كما تتميز بأن حكم المحكمة يحسم الأمر في المنازعة الدستورية بصفه نهائية فهي تضمن تصفية النزاع دفعة واحدة وبصفة

---

<sup>1</sup> - عرفت هذه الرقابة أيضا لدى بعض الفقه برقابة الالغاء، نظرا إلى الأثر المترتب عليها والمتمثل في إلغاء التشريع غير الدستوري. للاستزادة أنظر: كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص144.

<sup>2</sup> - عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المعهد العالي للعلوم السياسية دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني 2001 ص 10؛ خرشي عبد الصمد رضوان، عبد الدنعم بن أحمد، أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد الرابع، جانفي 2017، ص8.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

مطلقة، ليكتسب الحكم الصادر فيها حجية مطلقة أمام كافة المواطنين والسلطات، فإذا قضت المحكمة بدستوريته فلا يجوز إبطاله مره أخرى.

ونظرا لخطورة النتائج المترتبة على الدعوى الأصلية فإنه يعهد بهذه الرقابة إلى محكمة خاصة ولا تترك لجميع المحاكم على اختلاف درجاتها، وعادة ما تكون المحكمة التي تودع إليها الدعوى محكمة وحيدة في الدولة تعرف بالمحكمة الدستورية ذات تشكيلة خاصة أو المحكمة العليا داخل نفس النظام القضائي<sup>1</sup>.

و الراجع لدى فقه القانون الدستوري المقارن أن أساليب ممارسة الرقابة في هذا الشأن تقتصر على أسلوبين، يتمثل أولهما في عقد الاختصاص للمحكمة العليا في النظام القضائي العادي، ويتمثل الثاني في عقده لمحكمة دستورية خاصة<sup>2</sup>، وهو النهج الذي اتخذته الجزائر اثر إنشائها المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا)، بالرغم من تضييقها لدائرة الأطراف الذين يحق لهم إخطاره أو إحالة الدفع بعدم دستورية إليه.

ويشترط لتقديم الدعوى الصفة والمصلحة لدى رافعها، والصفة هي السلطة والأهلية والقدرة على رفع الدعوى الدستورية أمام القضاء، فهي الإجازة التي تمنح للشخص أن يطلب من القضاء البت في النزاع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 262.

<sup>2</sup> - اشرف فايز، المرجع السابق، ص 19.

<sup>3</sup> - جمال عباس عثمان، النظرية العامة في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، مصر 2007، ص 140؛ هزيل جلول، الصفة والمصلحة في المنازعة الدستورية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 13.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

أما المصلحة فلها موقع مهم في الدعوى الدستورية، كونها الفائدة العملية أو المكسب الذي سيعود جراء الحكم لفائدة المدعي. ويعتبر شرط المصلحة الشخصية المباشرة من شروط قبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، حيث يشترط ضرورة ارتباط المصلحة القائمة بالدعوى الموضوعية حتى يستطيع الحكم في الدعوى الدستورية التأثير في طلبات دعوى الموضوع<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك سنحاول التطرق إلى أوجه عدم دستورية الأوامر (الفرع الأول) والجهة المختصة بالطعن (الفرع الثاني)

### الفرع الأول

#### أوجه عدم دستورية الأوامر في الدعوى الأصلية.

بما أن القضاء الإداري قد حدد أوجه عدم مشروعية القرار الإداري<sup>2</sup>، فإن الرقابة على الدستورية لها كذلك أوجهها تجعل من التشريعات غير دستورية، فمنها ما هو متعلق بالشكل والاختصاص والمحل، ومنها ما هو متعلق بموضوع التشريع، خاصة وأن الدستور ينص في الكثير من الأحيان على المراحل التي يمر بها التشريع حتى يصبح نافذاً، ويضع قيوداً عليه من حيث الإجراءات الواجب إتباعها وتحديد السلطة المختصة بإصداره<sup>3</sup>.

وبناء على ما سبق، يمكن تقسيم أوجه الرقابة على دستورية الأوامر إلى رقابة ترد على العيوب المتعلقة بالشكل، وأخرى تتعلق بالموضوع، على أن هذه الأوامر

<sup>1</sup> - ناهد أسعد فريتخ، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> - القانون رقم 08-09، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> - محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 2000، ص 263.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

تتمتع بقرينة الدستورية، والتي مفادها أن كل ما يصدر في مجال القانون صحيح وصادر طبقا للدستور. ونجد تأكيدا في أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر على القرينة الدستورية للتشريعات في افتراض مطابقتها للدستور<sup>1</sup>.

وبالتالي فالمشروعية الدستورية توجب خضوع كل من القانون واللائحة للقيود التي يفرضها الدستور فيما يتعلق بالاختصاص وبالشكل الذي يجب أن تصدر فيه، وبمحلها أو مضمونها والهيئة التي لها حق إصدارها، كما يبين القيود الموضوعية التي لا يجوز أن تتخطاها. ومن خلال ما سبق سيتم تقسيم هذا الفرع إلى بندين، ندرس في البند الأول دراسة العيوب شكلية، أما البند الثاني فندرس فيه العيوب موضوعية.

### البند الأول

#### العيوب الشكلية

إن العيوب الشكلية التي قد تصيب الأمر تتمثل في عدم الاختصاص وعبء الشكل. ويقصد بها اجمالا عدم احترام الأمر لقواعد الاختصاص الدستوري، أو عدم مراعاة قواعد الشكل والإجراءات الدستورية في إصداره ونشره من طرف الهيئة المختصة بذلك، وسيتم التعرض لعيب عدم الاختصاص (أولا) ثم عيب الشكل والإجراءات (ثانيا).

#### أولا- عيب عدم الاختصاص

يفترض في التشريع أيًا كانت درجته أو الهيئة المصدرة له، أن يصدر من السلطة المختصة طبقا لما نص عليه الدستور. فالأصل في صاحب الإختصاص

<sup>1</sup> - الحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 7 ماي 1994 في القضية رقم 1 لسنة 15 قضائية دستورية.

ممارسة اختصاصه بنفسه ولا يمكن تفويضه دون نص دستوري. وقد اختلفت الدساتير في مسألة تفويض اختصاص السلطة التشريعية بوضع القوانين للسلطة التنفيذية، فمنها من نص صراحة على حق السلطة التشريعية في تفويض اختصاصها للسلطة التنفيذية، في حين منعت دول أخرى هذا النوع من التفويض. وذهبت بعض الدول إلى اغفال النص عليه، إلا أنه ومن الناحية العملية، فإن التفويض مطبق في أمور محددة، مثلما كان عليه الحال في ظل الجمهورية الرابعة في فرنسا سنة 1946. في حين منحت دساتير أخرى للسلطة التنفيذية ممارسة هذا الاختصاص كحق دون الحاجة إلى تفويض<sup>1</sup>.

ويقسم عيب عدم الاختصاص إلى أربع أنواع، تتمثل في عدم الاختصاص العضوي، والموضوعي، والزماني والمكاني نبينها على الشكل التالي:

#### أ- عيب عدم الاختصاص العضوي

وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر الأمر عن السلطة التي لم يمنحها الدستور اختصاصا تشريعيا. وإذا كان إصدار الأوامر يعتبر حالة استثنائية مادام أن التشريع هو من اختصاص البرلمان أصلا، إلا أنه مبرر ومشروع بموجب نص دستوري. وبالتالي فلا يمكن تصور أو افتراض أن يصدر الأمر الرئاسي من احد الوزراء. كما لا يمكن لرئيس الجمهورية إصدار الأوامر بدون تفويض تشريعي وإلا جاء قراره معيب بعيب عدم الاختصاص الدستوري<sup>2</sup>. ويكون الاختصاص العضوي بنص صريح في الدستور من ذلك المادة 142 من الدستور الجزائري.

<sup>1</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 164—165.

<sup>2</sup> - للاستزادة انظر: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 129، 130.



**ب- عيب عدم الاختصاص الموضوعي:**

يتحقق عيب عدم الاختصاص الموضوعي، إذا صدر الأمر خارج الموضوع المحدد دستوريا، كأن يصدر رئيس الجمهورية قرار بقانون بناء على تفويض من البرلمان، ويكون هذا القرار معيبا بعدم الاختصاص الموضوعي إذا صدر خارج نطاق التفويض الممنوح له<sup>1</sup>.

والملاحظ أن هذا العيب الدستوري صعب الوقوع في الجزائر لأن رئيس الجمهورية يمارس التشريع بأوامر بموجب نص دستوري و ليس بموجب تفويض تشريعي، وثانيا مادام أن مجال القانون محدد على سبيل الحصر، فإن النطاق الموضوعي للأوامر يكون محددا وواضحا.

**ج- عيب عدم الاختصاص الزمني:**

يضع الدستور في الكثير من الحالات القيود الزمنية لممارسة التشريع بأوامر، فيتحقق هذا العيب عندما تصدر السلطة المختصة الأمر في وقت لم يكن لها الحق بإصداره. وتحقق هذه الحالة إذا ما أصدر رئيس الجمهورية الأمر الرئاسي أثناء دورة البرلمان، أو إذا كان المجلس الشعبي الوطني غير منحل<sup>2</sup>، أو في الحالة العادية التي لا تحمل في طياتها أي طابع استعجالي أو حالة ضرورة، حيث يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضرورة في غير الزمان المحدد بموجب المادة 142 من الدستور. أو في حالة التفويض التشريعي في فرنسا أين يتعين على رئيس الجمهورية إصدار القرار بقانون خلال مدة محددة، فيكون الأمر هنا معيبا بعدم الاختصاص الزمني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ابراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 842.

<sup>2</sup> - حيث نصت صراحة المادة بأن التشريع بأوامر يكون في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني.

<sup>3</sup> - المادة 38 من الدستور الفرنسي، سابق الإشارة إليه.

د- عيب عدم الاختصاص المكاني:

يكون الأمر معيباً بعدم الاختصاص المكاني إذا ما تم اتخاذه في غير المقر الرسمي للسلطة المختصة بإصداره. وهذا العيب لا يمكن تصوره في إطار التشريع بأوامر مادام رئيس الجمهورية اختصاصه المكاني يشمل جميع التراب الوطني.

ثانياً - عيب الشكل و الإجراءات

يقصد بعيب الشكل أن يصدر الأمر على عكس الأشكال والإجراءات والمراحل التي نص عليها الدستور، سواء أثناء عرضه على البرلمان أو إقراره أو في مرحلة إصداره<sup>1</sup>. وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية حكماً، قضت فيه بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الطعون الشكلية الموجهة إلى النصوص القانونية التي تقوم في مبنائها على مخالفة هذه النصوص للأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور سواء ما كان منها متصلاً باقتراحها أو إقرارها أو إصداره<sup>2</sup>، يجب أن يكون التسبب جدياً بمعنى لا يبنى على أسباب عامه أو غامضه أو مجهولة أو يكون خالياً من الأسباب.

ومن أمثلة الإجراءات نجد تسبب الأمر الرئاسي في مصر، حيث تذكر الأسباب التي دعت إلى إصدار الأمر قبل مضمونه.

<sup>1</sup> - ازهر هاشم أحمد الزهيري، الرقابة على دستورية الأنظمة و القرارات الإدارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية للنشر و التوزيع، 2017، ص 129.

<sup>2</sup> - حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 3 جويلية 1995 القضية رقم 25 للسنة القضائية 16 الدستورية.

## البند الثاني

### العيوب الموضوعية

تتمثل العيوب الموضوعية في عيب المحل و عيب الانحراف في استعمال السلطة، وتعتبر هذه العيوب أكثر أهمية من العيوب الشكلية لندرة المخالفات المتعلقة بإجراءات إعداد وتقرير الأوامر، خاصة وأن الفقهاء يربطون الرقابة الدستورية بالنص كونه متصل بمضمون الدستور والمبادئ التي يرسمها، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر في النظر في إلغاء القوانين استنادا لعيب موضوعي رغم شمول هذه الرقابة للعيوب الشكلية والموضوعية معا<sup>1</sup>. وسيتم الحديث عن عيب المحل (أولا) ثم عيب الانحراف في استعمال السلطة (ثانيا).

#### أولاً- عيب المحل

يقصد بالمحل موضوع أو مضمون النص القانوني سواء كله أو بعضه. كما يعرف هذا العيب في القانون الدستوري بعيب مخالفة مضمون نصوص الدستور. فالأصل أن يكون محل التشريع متوافقا مع الضوابط و القيود الواردة في الدستور. ونفس المعنى ينطبق على الأوامر التشريعية، فيراد بعيب المحل مخالفتها لنص من نصوص الدستور التي تحدد لرئيس الجمهورية إطار السلطة التي يمارسها، فيما إذا كانت تقديرية أو محددة. فالحالة الأولى تظهر خاصة في النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة، غير أنها ليست مطلقة. فمهما اتسعت، لا يجب أن تصل إلى درجة إهدار أصل الحق أو الانتقاص منه، وإنما

<sup>1</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 144.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

تمارس في نطاق الدستور ولا تخرج عن أحكامه<sup>1</sup>. بالإضافة إلى النصوص الأخرى التي ترسم للمشرع سلطة محددة، وتضع قيودا في تنظيمها. وفي كلتا الحالتين أي الخروج عن تلك القواعد المفروضة دستوريا، فإنها تكون معيبة بعبء عدم الدستورية في محلها. وسيتم الحديث عن النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات، ثم النصوص الدستورية التي تضع للمشرع سلطة محددة على الشكل التالي:

#### أ- النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات:

تنظم النصوص الدستورية عادة الحقوق والحريات من خلال طريقتين: حقوق وحريات عامة ينظمها القانون بسلطة تقديرية، تتيح للمشرع ملاءمة الإختيار في هذا التنظيم، مما يمنع السلطة التنفيذية من التدخل مباشرة لتنظيمها بلوائح، على أن يراعي المشرع الغاية والغرض المحدد له في الدستور أثناء تنظيمه للحقوق والحريات. فإذا خرج عن الغرض المحدد له، يكون الأمر معيبا بعبء الانحراف التشريعي، وليس بعبء المحل.

أما التنظيم الثاني فيكون بصفة عامة ومطلقة بدون أية قيود كون الدستور كفلها مباشرة. وهذه الطائفة من الحقوق والحريات هي التي يمكن أن يقع المشرع بشأنها في عيب المحل، فإذا حدث وتدخل في تنظيمها متضمنا أي قيد ولو بشكل بسيط أصبح الأمر غير دستوري لأن موضوعه مخالف لنصوص الدستور.

و لتبيان كيف يمكن أن يكون الأمر مخالفا للدستور في المحل نقدم المثال

التالي:

---

<sup>1</sup> - محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتثال على دستورية القوانين، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2012، ص 76؛ يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 1992، ص 137.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

- مبدأ المساواة الدستوري: كرس الدستور الجزائري في المادة 37 منه هذا الحق، بجعل جميع المواطنين سواسية أمام القانون والقضاء<sup>1</sup>، لمن تماثلت مراكزهم القانونية أو ظروفهم. ولهذا يتمتع المشرع بسلطة تقديرية يسعى بموجبها إلى وضع شروط موضوعية عامة ومجردة، بهدف تحديد المراكز القانونية التي يتساوي بها الأفراد أمام القانون. ولكونه حقا لصيقا بعدم التمييز، وهذا يعد نتيجة منطقية لمبدأ المساواة، يمنع تسبب التمييز بين المواطنين على أساس المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي<sup>2</sup>.

والحقيقة أن المساواة المطلقة غير ممكنة، إلا إذا كان الأفراد المخاطبين بها في نفس الأوضاع، فبناء على هذا يمكن للمشرع أن يضع شروطا و إعتبارات و معايير لهذا المبدأ<sup>3</sup>، وهو ما يعرف بالتمييز الإيجابي<sup>4</sup>. والعيب الدستوري الذي يلحق الأمر في محله إستنادا إلى هذا المبدأ، قد يكون إما في تحديد للفرد الحرية المطلقة، أو وضع شروط استثنائية عليه وهو في نفس الأوضاع، ويكون الأمر مخالفا للدستور في المحل لتعارضه مع مبدأ المساواة الدستوري.

<sup>1</sup> - المادة 158 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 166 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليهما.

<sup>2</sup> - المادة 37 الفقرة الثانية، والمادة 35، والمادة 67 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> - ونجد مثال لهذه الحالة في الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، الذي أعفى بعض الفئات من الرسم على القيمة المضافة.

<sup>4</sup> - نبالي فطة، المجلس الدستوري والحق في المساواة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 48، العدد 2، جامعة الجزائر 1، ص398

وقد أكد حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا القول، حيث جاء فيه: صور التمييز المجافية للدستور وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل التفرقة أو تقييد أو تفضيل أو إستبعاد ينال من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور أو القانون.<sup>1</sup>

#### ب- نصوص دستورية تضع للمشرع سلطة محددة:

وهذه النصوص الدستورية وإن كانت لا تنظم مجال الحقوق والحريات، ولكن سلطة المشرع تكون فيها محددة ومقيدة، بحيث أن مخالفتها تجعل من القانون معيبا دستوريا. ونجد مثالا لذلك في المادة 87 من الدستور التي اشترطت فيمن يتعين لرئاسة الجمهورية أن يكون جزائريا ومن ثم لو صدر أمر يجيز تولي الأجنبي للرئاسة يكون معيبا في محله للدستور.

#### ثانيا- عيب الانحراف في استعمال السلطة أو الانحراف التشريعي:

يتعلق الانحراف التشريعي بعنصر الغاية من الأمر الرئاسي، فإذا كانت القرارات الإدارية تستهدف المصلحة العامة، فإن عيب الإنحراف التشريعي يتعلق بالهدف من إصدار الأمر الرئاسي، وعادة ما يكون محددًا في الدستور. فالإنحراف التشريعي يتضمن نفس فكرة الهدف من القرار الإداري. وتتحقق هذه الحالة إذا إنحرف رئيس الدولة أثناء إصداره للأمر عن غاية الصالح العام، أو الغاية المحددة في الدستور بنص خاص. غير أن الإنحراف التشريعي غالبا ما يتحقق إذا كانت النصوص تمنح سلطة تقديرية للمشرع في تقدير ملاءمة التشريع وأسلوب تنظيمه حسب ما يراه مناسبا. فالأصل أن المشرع في حدود الدستور يملك سلطة

<sup>1</sup> - للاستزادة حول هذا الحكم، أنظر الصفحة 138.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

تقديرية في التشريع. وبإسقاط هذه الحرية على الأوامر، نجد أن السلطة التقديرية في إصدار الأوامر تكون في حدود الإجراءات المحددة دستورياً له. وهذا العيب لا يتضمن مخالفة حرفية لنصوص للدستور، بل لروح و فحوى النصوص الدستورية، لأنه عيباً متصلاً بالغايات، و يختلف عن عيب الانحراف بالسلطة في القرار الإداري، بأنه عيب احتياطي يلجأ إليه القاضي الدستوري في حالة ما إذا لم تثبت عيوب أخرى في الأمر. كما أن هذا العيب في القضاء الإداري يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته إستناداً إلى شق ذاتي و شق موضوعي<sup>1</sup>. فإذا كان الشق الذاتي متعلقاً بالنوايا والغايات التي دفعت رجل الإدارة إلى إصدار القرار، فإن الشق الموضوعي هو المصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها، أو الغاية المحددة له بموجب نص، وهو الشيء الذي لا يمكن تطبيقه على الإنحراف في ممارسة السلطة في المجال التشريعي، إذ يفترض في السلطة المشرعة دائماً استعمال المصلحة العامة كهدف بغرض تحقيقها<sup>2</sup>. وبما أن للأمر نفس قوة القانون، فيفترض فيه أن يضع قواعد عامة ومجردة، إذ لا يمكن تصور إصدار أمر تشريعي كقرار فردي. ومع ذلك، وإن تحقق الإنحراف التشريعي في مجال الأوامر، يتحقق عندما يصدر رئيس الجمهورية أمراً يستهدف من خلاله حالة خاصة، وحتى وإن كان له مظهر التشريع العام المجرد، فيمكن إثبات الانحراف في استعمال السلطة من خلال الأعمال التحضيرية له، ومن ملابسات الظروف والقراءات المحيطة به، أو حالة خاصة فردية استهدفها.

<sup>1</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 151.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 154.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

ويلاحظ في الأمر التشريعي أن شرعية الإجراءات المتخذة من قبل رئيس الجمهورية مرتبطة بالدرجة الأولى بوجود حالة الضرورة، لذا خص الدستور رئيس الجمهورية بإجراءات في ظل هذه الضرورة، بحيث لا يمكن أن يكون للأمر هدف آخر قائماً فعلاً غير ذلك المحدد في الدستور، واتخاذ الرئيس إجراء له طابع تشريعي خارج حالة الضرورة يجعل هذا الأمر مخالفاً للغاية التي خصصها له النص الدستوري<sup>1</sup>.

ولتأكيد الطرح السابق، أصدرت محكمة القضاء الإداري في مصر، حيث تم الطعن أمامها في قرار الرئيس الذي صدر أثناء تطبيق حالة الضرورة، وقد أوضحت المحكمة أن القرار صدر في تاريخ لاحق على وقوع الأحداث، أي أنها صدرت في وقت لم تكن الأمور تستلزم صدورها مما يجعله مشوباً بعيب الانحراف التشريعي لمجاوزته الغاية مخصصه له<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### الجهة المختصة بالنظر في الدعوى

إن عيوب اللامركزية القضائية تتمثل في استمرار تطبيق النص المخالف للدستور، بسبب عدد الأشخاص المحدد الذين يحق لهم إخطار المجلس الدستوري، وبالإضافة إلى ذلك يترتب على اللامركزية القضائية الامتناع عن تطبيق النص الدستوري، و من أخطر نتائج ذلك هو تضارب الأحكام. في حين أنه من أبرز مميزاته أنه يعمل على توحيد الأحكام المتعلقة بدستورية الأوامر بصفة نهائية من أجل تحقيق الاستقرار القانوني من خلالها.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 125.

<sup>2</sup> - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 11 فبراير 1982 في الدعوى رقم 3123 لسنة 35 قضائية.



## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

ومن أجل تفادي العيوب السابقة، قامت الدول التي تأخذ بطريقة الدعوى الأصلية، بتخصيص هيئة قضائية واحدة و مركزية، يقوم الدستور بتحديدتها للتحقق من دستورية القوانين. ويختلف اختصاص هذه الهيئة من دولة إلى أخرى، فمن الدول من جعلت هذا الاختصاص من حق المحكمة العليا، ويحدد القانون كيفية تشكيلها ويبين اختصاصها، والإجراءات التي تتبع أمامها. وهناك دول أخرى جعلت ذلك من اختصاص هيئة مستقلة عن الجهاز القضائي، وتمارس على وجه الخصوص في مجال القضاء ما يلي: الفصل في دعاوى والدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن الجزائر أخذت بهذا النوع من الرقابة، بمنحها لهيئة مركزية متمثلة في المجلس الدستوري<sup>2</sup>، إلا أنها لم تتبنى أسلوب الدعوى الأصلية ضد الأوامر، كوسيلة من وسائل تحريك الدعوى الدستورية أمام المجلس الدستوري، وهو ما يعني أنه لا يجوز الطعن في التشريعات، والنصوص المخالفة للدستور مباشرة أمامه، بل فضل المؤسس الدستوري الإعتداد على أسلوبين هما "الإخطار"<sup>3</sup> و الدفع بعدم الدستورية".

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل أنظر: يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 342.

<sup>2</sup> - أكدت المادة 182 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن المجلس الدستوري هو الهيئة المكلفة بالسهر على احترام الدستور، و أكدت المادة 185 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على نفس الطرح بالنسبة للمحكمة الدستورية.

<sup>3</sup> - يقصد بالإخطار ذلك الاجراء الذي بموجبه يباشر المجلس الدستوري عمله الرقابي، للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر: عمار كوسة، آلية إخطار المجلس الدستوري في الجزائر: من نظام الإخطار المقيد إلى نظام الإخطار الموسع، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 9، جانفي 2018، جامعة خنشلة، الجزائر، ص 430، كما نصت المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016 في مضمونها على الهيئات التي يحق لها

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وإن كان يعتبر المجلس الدستوري هيئة سياسية سابقا<sup>1</sup>، نظرا لتشكيله تتكون أغلبها من أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية<sup>2</sup>، فإن التعديل الدستوري لسنة 2016 ولسنة 2020 وفقا محايدين بتسميته بالهيئة المستقلة، دون تحديد إن كانت سياسية أو قضائية محضة. وبين عدد الأعضاء المنتخبين والمعيّنين<sup>3</sup>، ويلاحظ أن أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية. في حين أحدث التعديل الدستوري الصادر سنة 2020 نقلة نوعية بتغيير المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية.

وفي رأينا أن التعيين في تشكيلة الهيئة التي تقوم أساسا بالرقابة يحد من استقلاليتها، فالإبتعاد عن أي شكل من أشكال التبعية يمنحها المصادقية و الحياد

---

اخطار المجلس الدستوري. والمادة 193 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على الهيئات التي يمكنها اخطار المحكمة الدستورية.

<sup>1</sup> - ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابته في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص242.

<sup>2</sup> - طبقا لنص المادة 163 من دستور 1996 قبل تعديله، فإن المجلس الدستوري كان يتكون من 9 أعضاء، 3 أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المجلس، 2 ينتخبان من المجلس الشعبي الوطني، و2 ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو تنتخبه المحكمة العليا، وعضو آخر ينتخبه مجلس الدولة.

<sup>3</sup> - نصت المادة 183 من التعديل الدستوري لسنة 2016 أن المجلس الدستوري يتكون من اثني عشر 12 عضوا : أربعة 4 أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية واثنتان 2 ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني واثنتان 2 ينتخبهما مجلس الأمة واثنتان 2 تنتخبهما المحكمة العليا واثنتان 2 ينتخبهما مجلس الدولة. وقد غير التعديل الدستوري لسنة 2020 في تشكيلة المحكمة الدستورية، حيث قلص عدد الأعضاء الذين ينتخبهم مجلس الدولة و المحكمة العليا، إلى عضو لكل هيئة، وألغى الأعضاء الذين ينتخبهم م.ش.و. ومجلس الأمة. إلا انه قام بتعويضهم بأعضاء ينتخبون من بين أساتذة القانون الدستوري.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

في اتخاذ قراراتها، وأن تكون هيئة قضائية بتشكيلة منتخبة يعتبر الطرح الأنسب لتحقيق الهدف الذي أنشأت من أجله.

ولقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري بين ما إذا كان هيئة سياسية أم قضائية<sup>1</sup>، على أن المجلس الدستوري ظل ينفرد بمهمة الرقابة على دستورية القوانين طبقا للمادة 190 من التعديل الدستوري 2020. وعلى الرغم من عدم نص المؤسس الدستوري على إمكانية الرقابة على الأوامر الرئاسية، إلا أنه سابقا لم يوجد ما يمنعه من إضفاء الرقابة عليها عمليا، باعتبار أن موافقة البرلمان تمنحه قوة تشريعية موازية للقوانين الصادرة منه، غير أن التعديل الدستوري 2020 نص صراحة على إخضاعها للرقابة السابقة من طرف المحكمة الدستورية.

أما في حالة صدور الأوامر في العطلة البرلمانية، أو في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، فقد ذكرنا سابقا بأن أغلب الفقه اعتبرها تنظيمات قبل موافقة البرلمان عليها، وذلك نظرا لصدورها عن رئيس الجمهورية، ولتنظيمها موضوعات بصفة مستقلة. أي أنها غير مقيدة بصدور قانون سابق لتنفيذها.

وإن كان المجلس الدستوري يضطلع بحق الرقابة، إلا أنه لا يفصل بحكم قضائي في دستورية الأوامر وإنما كان يبدي رأيه فيها وأصبح يفصل فيها بقرار<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> - للاستزادة حول آراء الفقهاء، أنظر: سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين ميله، 1993، ط2، ص 426؛ محمد أمقران بوشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص42؛ عبد الحكيم ابراهيم بدر خان، معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص197-199.

<sup>2</sup> - طبقا لنص المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادتين 9 و10 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الصادر في 7 رمضان 1440 الموافق 12 ماي 2019 والمعدّل والمتّمّم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر عام 1441 الموافق 17 أكتوبر سنة 2019، فإنه من المسائل المتعارف عليها

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

بصفة اختيارية إذا ما تعلق مضمون الأمر بمجال القوانين العادية، وبصفة إجبارية في مجال القوانين العضوية<sup>1</sup>، شرط أن يكون الإخطار بعد موافقة البرلمان وقبل دخول الأمر حيز التنفيذ. غير أن المجلس الدستوري لا يبدي رأيه من تلقاء نفسه، وإنما بناء على إخطار من طرف رئيس الجمهورية<sup>2</sup>.

أن المجلس الدستوري - المحكمة الدستورية حالياً- يمارس نوعين من الرقابة ترتبط أساساً بصور القانون. فالرقابة السابقة كانت تتم بموجب رأي أما الرقابة اللاحقة فتتم بموجب قرار. وعلى إثر التعديل الدستوري الصادر في 2016، الذي نص على أن المجلس الدستوري أصبح يفصل برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، جادلت الأستاذة ميمونة الطرح الذي مفاده أن مضمون المادة 186 قد يفهم ضمناً بتخلي المؤسس الدستوري عن الرقابة اللاحقة، واعتماد الرقابة السابقة فقط، وإن كان كذلك، فما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة حول الرقابة على دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات يعتبر تكراراً منه، غير أنها أجابت أن ما فعله المؤسس الدستوري هو الصواب بجعل الرقابة اللاحقة في إطار الدفع بعدم الدستورية، والرقابة السابقة التي تتم بوسيلة الإخطار على المعاهدات والقوانين والتنظيمات. وإن كنا نؤيد هذا الطرح إلا أننا نرى أن الإبقاء على الإخطار حتى بعد تنفيذ النصوص القانونية يعتبر دعامة أساسية لمبدأ سمو الدستور وعدم مخالفة نصوصه، ولتفادي تطبيق النصوص التي لم يدفع بعدم دستورتها. وإن كان لا يوجد من النصوص القانونية ما يمنع من إخطار المجلس الدستوري بعد إصدار النص القانوني إلا مفهوم الفصل برأي المرتبط بالرقابة السابقة. للمزيد من التفاصيل أنظر: ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية وراقبتها في ظل الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص 244. والملاحظ في التعديل الدستوري الصادر التعديل الدستوري لسنة 2020 أن المادة 190 في فقرتها الرابعة أن المحكمة الدستورية أصبحت تفصل بقرار في مطابقة القوانين قبل إصدارها.

<sup>1</sup> - جاء النص على حالات التشريع بقوانين عضوية في العديد من المواد من التعديل الدستوري لسنة 2016 كالتالي: 141، 194، 188، 177، 176، 172، 166، 132، 129، 125، 120، 106، 103، 54، 35، 4. وفي التعديل الدستوري لسنة 2020 كالتالي: 4، 53، 57، 59، 94، 97، 119، 120، 123، 132، 128، 135، 146، 140، 172، 179، 180، 183، 196، 199، 201.

<sup>2</sup> - اتضح من نص المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016، أن دائرة الهيئات التي يحق لها إخطار المجلس الدستوري قد اتسعت لتشمل بالإضافة إلى "رئيس الجمهورية و رئيس المجلس الشعبي الوطني، و رئيس مجلس الأمة"، الوزير الأول، وخمسين نائباً أو خمسين عضواً. في حين قلصت المادة 193 من التعديل الدستوري لسنة 2020 حق الإخطار إلى 40 نائباً أو 25 عضواً في مجلس الأمة، والملاحظ أن المؤسس

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

ويمكن التماس أهمية الإخطار من خلال أحكام المجلس الدستوري التي تنعكس ايجابيا على مجال الحقوق و الحريات<sup>1</sup>، وعلى جودة العمل التشريعي<sup>2</sup>. وفي رأينا أن إخطار البرلمان للمجلس الدستوري في هذه الحالة<sup>3</sup> هو الوسيلة الأكثر حيادا، إذ لا يمكن تصور أن تقوم الجهة المصدرة " للأمر " بالاطار بعدم دستورية العمل الذي أعدته، حتى وإن كانت هذه الجهة هي الحامية للدستور. كما استحدثت التعديل الدستوري لسنة 2016 آلية الدفع بعدم الدستورية، كوسيلة للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين التي دخلت حيز التنفيذ، حيث يختص المجلس الدستوري بحق البت فيها بصفة نهائية. ونظرا لارتباط هذه الآلية بأكثر من

---

الدستوري الجزائري قد حذى نفس خطى المؤسس الدستوري الفرنسي في الجهات التي يحق لها اخطار المجلس الدستوري مع اختلاف بسيط في عدد أعضاء كلتا الغرفتين. غير أن الاخطار في مجال القوانين العضوية يعتبر من اختصاص رئيس الجمهورية فقط، طبقا للفقرة الثانية من نص المادة 190 " يخطر رئيس الجمهورية المحكمة الدستورية وجوبا، حول مطابقة القوانين العضوية للدستور بعد أن يصادق عليها البرلمان. وتفصل المحكمة الدستورية بقرار بشأن النص كله".

<sup>1</sup> - رأي رقم 1 ر. أ.ق.ع/م. د المؤرخ في 06 مارس 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، ج.ر.ج.ج. رقم 12، السنة 34، 1997، ص40، حيث أكد المجلس الدستوري في هذا الرأي على دور المشرع في ضمان الممارسة الفعلية والحماية لحقوق الانسان و الحريات الأساسية المعترف بها دستوريا.

<sup>2</sup> - رأي رقم 07/ر.ق.ع/م.د/ 98 المؤرخ في 24 ماي 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيفها وعملها للدستور، ج.ر.ج.ج. رقم 39، 07 يونيو 1998، ص06، حيث فسر المادة 14 من هذا القانون، أن اختصاص محكمة التنازع في تحديد قواعد سيرها يتعلق أساسا بتحديد كيفية عملها لا كيفية تنظيمها، كونه التفسير الدستوري الوحيد.

<sup>3</sup> - الحالة المقصودة هنا هي حالة التشريع بأوامر ما بين دورتي البرلمان التي كانت موجودة سابقا، أو أثناء شغور المجلس الشعبي الوطني.

جهة قضائية، وأنها أقرب وسيلة لتحقيق امكانية الرقابة القضائية على الأوامر، إرتأينا التفصيل فيها في المطلب الموالي.

### المطلب الثاني

#### رقابة الإلغاء اللاحقة على دستورية الأوامر -الدفع بعدم الدستورية -

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين، أو ما يعرف برقابة الامتناع، شكلا من أشكال الرقابة القضائية التي تطبق على القانون بعد دخوله حيز التنفيذ. وقد اسند هذا النوع من الرقابة إلى هيئة ذات صفة قضائية محضة، يحرك أمامها بواسطة الدفع لا الدعوى المباشرة. وبالتالي يحق لجميع الجهات القضائية على اختلاف درجاتها، فحص دستورية القوانين أو إحالة الدفع استنادا إلى هذه الوسيلة<sup>1</sup>.

ويرجع أصل نشأة هذا الأسلوب من الرقابة إلى الحكم الشهير للمحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، الذي أصدره القاضي " جون مارشال " عام 1803 في قضية " ماربوري ضد ماديسون " أن: كل من يضع دستورا مكتوبا إنما يهدف دون شك إلى أن يجعله القانون الأسمى و الرئيسي للأمة.... و حيث يتنازع التطبيق في قضية ما القانون و الدستور.... و مادام أن الدستور أقوى من أي قانون عادي، فإنه هو الذي يجب تطبيقه"<sup>2</sup>. وتتوفر شروط تطبيق الدفع في حالة وجود نزاع معروض على القضاء، فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية ذلك القانون المراد تطبيقه على النزاع، وهنا يعمل القاضي على التحقق من القوانين المطابقة للدستور والقوانين المخالفة للدستور، ليصدر بعد ذلك حكما بالامتناع عن

<sup>1</sup> - Michael CLEGG, Katherine ELLENA, David ENNIS, Chad VICKERY ( 2016), The hierarchy of laws Understanding and Implementing the Legal Frameworks that Govern Elections. International Foundation for Electoral Systems, pp. 1-3

<sup>2</sup> - WINFIELD H. Rose, Further Thoughts on "Marbury v. Madison, American Political Science review. Vol. 37, No. 3 (Jul., 2004), p. 391

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

تطبيق القانون المخالف للدستور، ولكن لا يقوم بإلغائه بل يظل قائماً إلى أن يلغى بقانون آخر<sup>1</sup>.

وإن كان هذا الحكم هو الأشهر في تاريخ الرقابة القضائية، إلا أنه ليس الأقدم، فقد بدأت بوادر رقابة القضاء على القوانين في المملكة المتحدة سنة 1610، وتتمثل حيثيات القضية في أن الملك هنري السابع أصدر عدة أوامر ملكية تتضمن النظام الأساسي لكلية الأطباء الملكيين بلندن، وجعل لكلية المذكورة أن تفرض غرامة لمزاولة الطب في مدينة لندن، يؤول نصف قيمتها إلى الملك والنصف الآخر للكلية. وتأكدت هذه الأوامر بعد ذلك بقانون أصدره البرلمان، وأضاف فيه نص بحبس المخالفين الممتنعين عن دفع الغرامة. ثم جاء الدكتور بونهام وهو أحد خريجي كلية الطب بجامعة كامبردج، وأخذ يباشر عمله في لندن دون موافقة كليته أو الحصول على رخصة منها، محتجاً بأن جامعة كامبردج لا تخضع لأوامر وتنظيمات تصدرها جامعة لندن. وانتهى الأمر بالحكم عليه بالغرامة، فلما امتنع عن دفعها قبض عليه وحبس، وعرضت القضية أمام "اللورد إدوارد كوك" الذي أصدر حكماً بشأنها عام 1610 مقررًا براءة بونهام وعدم جواز القبض عليه وحبسه، مؤسساً حكمه على أن القانون الذي حبس بونهام بمقتضاه قانون باطل<sup>2</sup>، قائلاً بعد ذلك مقولته الشهيرة "ويظهر في كتبنا أنه في أحوال كثيرة تكون قواعد القانون العامة قيوداً على البرلمان بحكم تصرفاته، ويقر عليها بالبطالان، لأنه حين تكون أعمال البرلمان

<sup>1</sup> - J.A.C. GANT, judicial control of legislation: a comparative study, The American Journal of Comparative Law. Vol. 3, No. 2 (Spring, 1954), p. 191

<sup>2</sup> - أشار إلى هذا أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، طبعة

1960، مكتبة النهضة المصرية، ص 164-165

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

متعارضة مع قواعد الحق والمنطق، أو مستحيلة التنفيذ، فإن قواعد القانون العامة تقضي عليها بالبطلان<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أقدمية التجارب السابقة، إلا أن الجزائر تبنت في مجال الرقابة على دستورية القوانين نفس النهج الذي اتبعته فرنسا، بإنشاء المجلس الدستوري باعتباره وسيلة لإصباح الصفة القانونية العليا والملزمة للدستور.

وقد نص التعديل الدستوري لسنة 2020 كمعظم الدساتير السابقة التي مرت على الجزائر<sup>2</sup> على المجلس الدستوري (المحكمة حاليا) كهيئة تسهر على احترام الدستور<sup>3</sup>، كما أنشأ التعديل الدستوري لسنة 2016 آلية جديدة لم تعرفها التجربة الدستورية الجزائرية من قبل تتمثل في "الدفع بعدم الدستورية"<sup>4</sup>، متبنيا ما أقرته التجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008 فيما يسمى "مسألة أولوية الدستورية"<sup>5</sup>. ومن خلال ما سبق و نظرا لحدثة الأسلوب الدفع في الجزائر، يمكن طرح التساؤل التالي: كيف يمكن تصور تطبيق الدفع بعدم الدستورية في الجزائر مقارنة بتجارب الدول الغربية؟

<sup>1</sup> - 8 Co.Rep. 114a, 77 Eng. Rep. 646 (C.P 1610). The pleadings are at 8 Co. Rep. 107a, 77 Eng. Rep. 683. For citation to the literature, see: Berger Raoul (Feb.1969). Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or constitutional Theory? university of Pennsylvania Law review, Vol.117, N.4, P521

<sup>2</sup> - باستثناء دستور الصادر 1976، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> - طبقا للمادة 185 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليه.

<sup>4</sup> - المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016، سابق الإشارة إليه

<sup>5</sup> - بلمهدي ابراهيم، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3 العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2017، ص 2.



## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

للإجابة على هذا التساؤل سيتم التطرق إلى تطبيق الدفع بعدم الدستورية في التجارب المقارنة (الفرع الأول)، ثم الدفع بعدم الدستورية في النظام الجزائري (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تطبيق الدفع بعدم الدستورية في التجارب المقارنة

من المتفق عليه أن نجاعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين مرتبطة بمنحها لهيئة مستقلة عن الجهة المصدرة للقانون، غير أن الدول اختلفت في الجهة المكلفة بهاته الرقابة، فاعتمدت بعض الدول الرقابة القضائية، في حين تبنت دول أخرى الرقابة السياسية، ليكون القاسم المشترك بينها هو منح المتقاضين إمكانية الدفع بعدم دستورية القوانين. وعليه سنتطرق إلى تطبيق الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الأنجلوسكسونية بصفة عامة و الولايات المتحدة الأمريكية كمثال (البند الأول)، ثم إلى تطبيق الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الفرانكفونية وأبرز مثال فيها النظام الدستوري الفرنسي (البند الثاني).

### البند الأول

#### الدفع بعدم الدستورية في النموذج الأمريكي

عرفت الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة، ثلاثة أساليب تتمثل في: أسلوب أوامر المنع، أسلوب الحكم التقريري، وأسلوب الدفع، وبما أن موضوع الدراسة يتعلق بالأسلوب الأخير، سيتم التطرق في هذا البند إلى طبيعة الدفع بعدم دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية أولاً، ثم إلى شروطه ثانياً.

أولاً- طبيعة الدفع بعدم دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية :

احتكر القضاء الأمريكي منذ القرن التاسع عشر، إلى غاية بداية القرن العشرين ميدان الرقابة على دستورية القوانين، دون وجود نص دستوري خاص يقرها<sup>1</sup>، على اعتبار أنها تتصل بطبيعة عمل القاضي. فحينما يدفع الخصم في القضية بعدم دستورية القانون القابل للتطبيق لمخالفته للدستور، فإنه من طبيعة وظيفة القاضي أن يرجح كفة الدستور باعتباره التشريع الأعلى، عندما يتعارض معه القانون الأدنى منه<sup>2</sup>.

ولم ينص الدستور الأمريكي على رقابة الدفع بعدم الدستورية، وإنما قررتها المحكمة الاتحادية العليا كمبدأ قضائي يستند على فكرة الدستور الجامد، وهو ما يتماشى مع طابع دستور الولايات المتحدة و دساتير الولايات. كما سارت المحاكم الأمريكية على طريقة الدفع الفرعي و طبقته فيما بعد، حيث صدر عام 1803 في قضية " ماربوري ضد ماديسون " حكماً قضائياً يقرر مبدأ الرقابة بأسلوب الدفع الفرعي، وأسس حكمه على مبدأ علو الدستور<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Hans Kelsen, Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. The journal of politics, Volume 4, Number 2, 1942, p.184 ; MEDÉCIGO.A.N Rule of Law and Fundamental Rights: Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in the United States. Germany and Mexico (2015) Springer: Cham.p.20.; J.A.C GRANT, Judicial Control of Legislation: A Comparative Study, The American Journal of Comparative Law Vol. 3, No. 2 , Oxford University Press,(Spring, 1954).

<sup>2</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 266

<sup>3</sup> -Winfield H. ROSE, Further Thoughts on "Marbury v. Madison, op.cit., p.395; WILLIAM E. Nelson, Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review, Second Edition, Revised and Expanded, University Press of Kansas, p.120 2018.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

غير أن فكرة الرقابة على دستورية القوانين عرفت قبل هذا الحكم الشهير، حيث ظهرت العديد من الأحكام التي مهدت لفكرة الرقابة، فكانت محاكم الولايات تمارسها على قوانين الولاية، و كان المجلس البريطاني الخاص يمارس هذه الرقابة على التشريعات التي تصدرها المستعمرات قبل الثورة<sup>1</sup>.

كما أن القضاء عندما يعرض عليه نزاع يتعارض فيه نص أدنى مع نص أعلى، يقوم بتغليب و ترجيح حكم النص الأعلى و استبعاد تطبيق النص الأدنى<sup>2</sup>. وفي المقابل شجع الدستور الأمريكي ضمناً على الأخذ بهذا النوع من الرقابة، وهذا ما جاء في المادة 2/6 من الدستور الأمريكي الصادر عام 1787<sup>3</sup> التي تنص على أن: "هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأسمى للبلاد والقضاة في كل البلاد سيقتيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها". كما أن المادة 2/3 من نفس الدستور تنص على الاختصاص القضائي حيث جاء في مضمونها أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل هذا الدستور<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - يوسف عيسى العاشمي، المرجع السابق، ص 325.

<sup>2</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 280

<sup>3</sup> - الدستور الأمريكي الصادر في 17 سبتمبر 1787، شاملاً تعديلاته لغاية 1992، المنشور على الموقع:

Project.Org www.constitute تاريخ الاطلاع عليه: 2019-09-25.

<sup>4</sup> - الدستور الأمريكي الصادر في 17 سبتمبر 1787، سابق الإشارة إليه.

ثانياً: شروط الدفع بعدم الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية.

إن الشروط اللازمة لقبول الدفع بعدم الدستورية هي ذات الشروط اللازمة لقبول سائر الدعاوى، والتي تتمثل في شرطين أساسيين: وجود خصومة موضوعية وضرورة توفر الصفة و المصلحة الشخصية لدى الطاعن بعدم دستورية القوانين. فبالنسبة للشروط الأول، فقد نص عليه الدستور الأمريكي في المادة الثالثة منه<sup>1</sup>، إذ قررت أن الوظيفة القضائية تشمل جميع المنازعات والخصومات التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور، ويشترط لقيام الخصومة وفقاً للمحكمة العليا، وجود متخاصمين معروض نزاعهما أمام القضاء.

أما بالنسبة للشروط الثاني، فقد هدفت المحكمة العليا من خلاله إلى تضيق مجال الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية، حيث قررت أن الطعن لا يقبل إلا لمن له صفة (standing)، و مصلحة شخصية (personal)، فعلى الطاعن أن يثبت أن تطبيق القانون عليه ينطوي على تعارض مع الدستور، كما يشترط أن يكون الضرر وشيك الوقوع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - جاء في نص المادة الثالثة في فقرتها الثانية أن "تشمل السلطة القضائية جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطتها "

<sup>2</sup> - يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص 329.

## البند الثاني

### الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الفرانكوفونية

اعتمدت الدول الفرانكوفونية و في مقدمتها فرنسا، الرقابة السياسية على دستورية القوانين، التي تقتضي منحها لهيئة غير قضائية، وفي الغالب ما تتكون هذه الجهة من هيئة سياسية، تستمد مشروعيتها من الدستور.

و تجدر الإشارة إلى أن الرقابة السياسية تقوم بالبت في دستورية القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها. و بهذا المعنى نكون أمام رقابة قبلية، بحيث تعمل على تصفية القانون من المقتضيات غير الدستورية قبل إصداره. وتعتبر الرقابة التي يأخذ بها المجلس الدستوري الفرنسي أقرب مثال للرقابة السياسية<sup>1</sup>. وعليه سنتطرق في هذا البند إلى دراسة تطور الدفع بعدم الدستورية في فرنسا أولاً، ثم إلى إجراءاته ثانياً.

### أولاً: تطور الدفع بعدم الدستورية في فرنسا

إذا كان الدستور الأمريكي قد سكت عن الرقابة القضائية، فلم يجزها صراحة و لم يمنعها، فإن الدساتير الفرنسية في البداية منعت القضاء من مراقبة دستورية القوانين، انطلاقاً من فكرة أن القانون هو المعبر عن الإرادة العامة، و لا رقابة من جانب القضاء على الإرادة العامة<sup>2</sup>. ثم اتبعت بعد ذلك في الرقابة على دستورية القوانين الأسلوب المركزي، بواسطة المجلس الدستوري.

---

<sup>1</sup> - الجدير بالذكر أن تأصيل الرقابة المركزية يرجع إلى إنشاء محكمة دستورية عليا في النمسا عام 1920، للتفصيل أكثر حول هذا الموضوع أنظر: هزيل جلول، المرجع السابق، ص 4. ومن الملاحظ أن المغرب اتجهت إلى هذا النوع في دستورها لعام 2011، ومن ثم تأتي الجزائر التي قامت أيضاً بتنظيم هذا النوع من الرقابة في التعديل الدستوري لسنة 2016.

<sup>2</sup> - Albrecht WEBER, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale, perspective comparative. Annuaire international de justice constitutionnelle, 1987, p.41.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

و كان النظام الفرنسي هو الوحيد في أروبا الذي لا يسمح بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين<sup>1</sup>، إلى غاية التعديل الدستوري لسنة 2008<sup>2</sup> من خلال أولوية المسألة الدستورية (QPC). وعلى إثر ذلك نصت المادة 61 في فقرتها الأولى من التعديل الدستوري الفرنسي على إمكانية الدفع أمام القضاء بعدم دستورية القانون موضوع النزاع<sup>3</sup>. ويستنتج من هذه المادة أنه إذا كان أي قانون عادي مخالف للدستور وينتهك الحقوق والحريات التي يحميها<sup>4</sup>، فلا بد من إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض وذلك في ميعاد محدد؛ وهو ما يختلف فيه عن النظام الأمريكي، غير أن تطبيق المادة كان ابتداء من سنة 2009 بعد صدور القانون العضوي رقم 09-1523<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون المنصورة، طبعة أولى، 2010 ص5.

<sup>2</sup> - الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 شاملا تعديلاته لغاية 2008/07/23 .

<sup>3</sup> - Régis FRAISSE, La Chose Jugée Par Le Conseil Constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°30, Dalloz, 2011/1, p77.

<sup>4</sup> - ويندرج ضمن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور، نصوص دستور 1958 في حد ذاته، و النصوص التي أشارت إليها ديباجته كما يلي:

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (droit de propriété, égalité devant la loi, liberté d'expression...),

Le Préambule de la Constitution de 1946, c'est-à-dire :

Les droits économiques et sociaux énumérés par ce préambule (liberté syndicale, droit de grève...),

Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (liberté d'association...),

La Charte de l'environnement de 2004 (principe de participation...)

<sup>5</sup> - القانون العضوي رقم 09-1523، المتعلق بتطبيق المادة 61/1 من الدستور، الجريدة الرسمية رقم 287، الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2009.

ثانياً: شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية في فرنسا

نصت المادة 62 من الدستور الفرنسي، على إجراءات تحريك الدفع بعدم الدستورية، حيث نصت على أنه إذا كان أي قانون عادي مخالف للدستور وينتهك الحقوق والحريات التي يحميها، لا بد من إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض وذلك في ميعاد محدد. وتجدر الإشارة أن الدفع يقدم أمام جميع الهيئات القضائية باختلاف درجاتها<sup>1</sup>، على أن تفصل في إحالته من عدمها بمجرد تقديم الدفع أمامها دون ميعاد محدد ودون تأجيل لهذا نسبت إليها صفة الأولوية<sup>2</sup>.

ففي الشكل يجب أن يكون الدفع مكتوباً ومسبباً، كما يجب أن يكون منفصلاً عن جميع النتائج التي تم اتخاذها أثناء النزاع. أما في الموضوع، فيشترط في القانون الذي تم الدفع بعدم دستوريته أن يكون متعلقاً بالنزاع وإجراءاته.

وتحيل الجهات القضائية الدنيا الدفع إلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا، في حالة ما إذا لم يصدر المجلس الدستوري قراراً بمطابقة النص القانوني محل النزاع للدستور<sup>3</sup>، وهذا ما لم تتغير الظروف<sup>1</sup>. ويطبق نفس الشرط على الجهات القضائية

<sup>1</sup> - الفقرة الأولى من المادة 61 من الدستور الفرنسي، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - Julien BONNET, Pierre-Yves GAHDOUN, la recevabilité de la QPC, dans la question prioritaire de constitutionnalité, PUF, 2014, p.30.

<sup>3</sup> - وضعت مصالح المجلس الدستوري الفرنسي ملفاً يخص كل المقضايا القانونية التي تمت مراقبتها منذ سنة 1959 وتم التصريح بمطابقتها أو مخالفتها للدستور في حيثيات قرارات المجلس الدستوري و منطوقه. للاستزادة أنظر: محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2013 ص 58.

أما فيما يتعلق بعبارة حالة تغيير الظروف، فقد فسرها المشرع الفرنسي بالتغير الذي يمكن أن يطرأ على القاعدة الدستورية والظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المدفوع بعدم دستوريته بالشكل الذي يجعله

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

المركزية قبل إحالته إلى المجلس الدستوري<sup>2</sup>. كما لا يجب أن تتعلق سلطة اتخاذ القرارات بمواد القانون التي لم يتم فحصها بشكل خاص من قبل المجلس الدستوري، والتي لم تحصل على شهادة المجلس الدستوري بمطابقتها للدستور<sup>3</sup>. كما يجب أن تتحقق الجهة القضائية التي عرض أمامها الدفع من مدى مخالفة النص القانوني للحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور<sup>4</sup>.

إن المؤسس الدستوري الفرنسي عندما اعتمد الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2008، يكون قد حدد كيفية مباشرة إجراءات الطعن بعدم دستورية القوانين، و لهذا الغرض اعتمد المجلس الدستوري تنظيما في 18 فيفري 2010<sup>5</sup> يتعلق بالاجراءات المتبعة في مسألة الأولوية الدستورية، وتطبق بعد إحالة الملف

---

متعارضا مع الدستور، للاستزادة أنظر: شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة، طبعة اولى، دار الفكر والقانون، المنصورة مصر، 2010، ص149.

<sup>1</sup> - L'article 23/2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958 :« n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». Pour savoir si la disposition a déjà été déclarée conforme, un tableau sur le site Internet du Conseil constitutionnel présente, à titre informatif, la liste de ces dispositions.

<sup>2</sup> - L'art 25/5, Ibid. .

<sup>3</sup> - Régis FRAISSE, op.cit., p 82.

<sup>4</sup> - Fanny JACQUELOT - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 40 (Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC) - juin 2013

<sup>5</sup> - Décision n° 2010-117 ORGA du 4 février 2010, JORF du 18 février 2010, p. 2986. Modifié par les décisions du Conseil constitutionnel des 24 juin 2010 (Décision n° 2010-118 ORGA du 24 juin 2010, JORF du 23 juillet 2010, p. 13615), ensuite la decision du 21 juin 2011(Décision n° 2011- 120 ORGA du 21 juin 2011, JORF du 29 juin 2011, p. 109,88) et la decision du 22 novembre 2013 (Décision n° 2013- 128 ORGA du 22 novembre 2013, JORF du 24 novembre 2013, p. 19106)



## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

إلى المجلس الدستوري من محكمة النقض أو مجلس الدولة خلال أجل ثلاثة أشهر من تلقيها الدفع<sup>1</sup>، ويترتب عن هذه الإحالة نتيجتين:

إما قبول الدفع، ليمارس عليه المجلس نظام التصفية على دستورية القوانين، وخلال هذه المرحلة لا يحق للمحكمة التي أثيرت أمامها مسألة عدم الدستورية الفصل في القضية، وتعليق الدعوى في انتظار الفصل في المسألة الدستورية من طرفه، وإما رفضه، فيحيل الملف إلى المحكمة لإعادة النظر في القرار، ويحتفظ النص القانوني بمركزه في هرم ترجع القواعد القانونية.

و تتسم الإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري بالطابع الكتابي، فلا يسمح بالمرافعة الشفوية أمام المجلس، ولضمان التبادل المتعارض، تكون الأشعارات و التبادلات عن طريق البريد الإلكتروني ربعا للوقت، فيقدم الأطراف الإيميلات الخاصة بهم في عريضة الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، أو أثناء تبادل العرائض أمام مجلس الدولة أو المحكمة النقض<sup>2</sup>. كما لا يحق للخصوم الحضور بأشخاصهم ولا عن طريق محامين، فجميع مناقشات المجلس مغلقة و تتميز بطابع السرية. إلا أن جلسة النطق بالحكم تكون علنية في بث سمعي بصري مباشرة في قاعة بالمجلس الدستوري موجهة للعامة، كما يمكن نشر البث على موقع المجلس الدستوري بعد رضا أطراف نزاع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> – Saisine du Conseil constitutionnel en date du 18 février 2010 présentée par au moins soixante députés, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée dans la décision n°2010-604DC, JORFn°0052 du 3mars 2010, Texte n° 12.

<sup>2</sup> – art 3 de la decision Décision n° 2010-117,précité.

<sup>3</sup> – Art 8 de la décision n° 2010-117, précité.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وقد حددت المادة 61 من الدستور الفرنسي المدة التي يجب أن يبت المجلس الدستوري في غضون في عضونها في دستورية الأحكام والمحددة بثلاثة أشهر، والسبب الراجع وراء اعتماد هذه المدة القصيرة، هو أن تدرج الهرم القانوني يلعب دورا كبيرا في حماية الدستور، كونه المعيار الذي تقاس به الرقابة الدستورية.

### الفرع الثاني

#### الدفع بعدم الدستورية في النظام الجزائري

تميزت الدساتير الأربعة التي عرفت الجزائر منذ الاستقلال، بعدم الاستقرار بشأن الرقابة على دستورية القوانين، فقد تأثرت منذ أول دستور لسنة 1963<sup>1</sup> بالتجربة الفرنسية، عن طريق النص على إنشاء المجلس الدستوري لهذا الغرض. لكن تجميد الدستور حال دون تطبيق المادة المتعلقة بإنشاء المجلس الدستوري، في حين أغفل دستور 1976<sup>2</sup> موضوع الرقابة على دستورية القوانين. ليعود دستور 1989<sup>3</sup> ويضع حجر الأساس في النص على إنشاء المجلس الدستوري يهدف إلى السهر على احترام الدستور، كما تعززت هته الخطوة في دستور 1996<sup>4</sup>. غير أن

<sup>1</sup> - دستور ج.ج.د.ش، المنشور بموجب الإعلان المؤرخ في 10 ديسمبر 1963، الموافق عليه في استفتاء

شعبي يوم 8 ديسمبر 1963، ج.ج.د.ش، رقم 64 المؤرخ في 08 ديسمبر 1963

<sup>2</sup> - دستور ج.ج.د.ش، المنشور بموجب الأمر رقم 76 - 97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن إصدار نص الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 19 نوفمبر 1976، ج.ج.د.ش، عدد 94 المؤرخ في 24 نوفمبر 1976.

<sup>3</sup> - دستور ج.ج.د.ش، المنشور بموجب الأمر رقم 89 - 18، المؤرخ في 28 فيفري 1989 يتعلق بنشر نص الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 23 فيفري 1989، ج.ج.د.ش، عدد 09 المؤرخ في 01 مارس 1989

<sup>4</sup> - دستور ج.ج.د.ش، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 - 436، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، ج.ج.د.ش، عدد

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

التعديل الدستوري لسنة 2016، وسع من آليات الإخطار في هذا المجال و نص

على الدفع بعدم الدستورية في المادة 188<sup>1</sup>.

استنادا إلى ما سبق سنتطرق في هذا الفرع إلى تطور الرقابة على دستورية

القوانين في الجزائر (البند الأول) وصولا إلى تبني الدفع لعدم الدستورية في آخر

تعديل دستوري (البند الثاني).

### البند الأول

#### الرقابة على دستورية القوانين قبل 2016

عرفت الجزائر مراحل متعددة في مجال الرقابة على دستورية القوانين، تباينت

معظمها بين تبني الهيئة الرقابية وعدم تفعيلها، و لهذا سنتطرق للمرحلة الأولى في

دستور 1963 ودستور 1976 (أولا)، و المرحلة الثانية في دستور 1989 و دستور

1996 (ثانيا).

#### أولا- المرحلة الأولى من 1963 إلى 1976 :

منح أول دستور في الجزائر لسنة 1963<sup>1</sup> الرقابة على دستورية القوانين

للمجلس الدستوري، حيث نص على إنشائه وتكوينه وصلاحيته في المواد 63، 64،

---

76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم بموجب القانون رقم 02 - 03 مؤرخ في 10 أفريل 2002 ، ج

ر.ج.ج عدد 25 المؤرخة في 14 أفريل 2002 ،معدل و متمم بالقانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 15 نوفمبر

2008 ، ج.ر.ج.ج عدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، معدل و متمم بموجب القانون رقم 16 - 01

المؤرخ في 06 مارس 2016 ، ج.ر.ج.ج عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016

<sup>1</sup> - تنص المادة 188 من دستور 2016 على : يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية

بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة

قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور .تحدد

شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

65. وكان يتكون من 07 أعضاء هم رئيس المحكمة العليا، ورئيس المجلس الوطني، وثلاث نواب يعينهم المجلس الوطني، ورئيس المجلس الدستوري منتخب من بين زملائه من الأعضاء. أما بالنسبة لصلاحيات المجلس الدستوري فتمثلت في الفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الوطني. وعلى الرغم من النص على إنشاء مجلس دستوري في تلك الفترة، إلا أن المادة بقيت حبرا على ورق نظرا للظروف السياسية التي أدت إلى تجميد الدستور، و تعويضه بأمر 10 جويلية 1965. والملاحظ في هذه المرحلة هو المجال المحدود للرقابة و الغياب التام للدفع بعدم الدستورية. أما دستور 1976<sup>2</sup> فلم ينص على إنشاء أية هيئة تتولى الرقابة، و لعل السبب في ذلك هو عدم اعتماد المؤسس الجزائري لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>3</sup>.

### ثانيا: المرحلة الثانية من 1989 إلى 1996

في هته المرحلة برزت من جديد فكرة الرقابة الدستورية في الدستور الصادر سنة 1989<sup>4</sup>، حيث نصت المادة 153 على أنه: "يؤسس مجلس دستوري ويكلف بالسهر على احترام الدستور"، و جاء في نفس المادة تشكيلة المجلس حيث يتكون من 07 أعضاء مقسمين على الشكل التالي: اثنان منهم يعينهما رئيس الجمهورية، اثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، اثنان تنتخبهما المحكمة العليا من بين أعضاءها، وبمجرد انتخابهم أو تعيينهم يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي

<sup>1</sup> - دستور الجزائري الصادر بموجب الإعلان المؤرخ في 10 ديسمبر 1963، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 76-97، يتضمن دستور 1976، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> - هزيل جلول، الصفة و المصلحة في المنازعات الدستورية " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 7.

<sup>4</sup> - الأمر رقم 89-18، يتعلق بنشر نص الدستور 1989، السابق الإشارة إليه.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وظيفة أو أي مهام أخرى. وكان يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد ومدتها ، كما كان يجدد النصف كل ثلاث سنوات ويعين رئيس المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ست سنوات غير قابلة للتجديد. والملاحظ هنا أن المجلس الدستوري كان يتمتع بصلاحيات أوسع في مجال الرقابة، كالرقابة على دستورية المعاهدات والتنظيمات<sup>1</sup>. تلى هذه المرحلة دستور 1996 فلم يأت في مضمونه أي جديد ما عدى تعزيز ما نص عليه الدستور السابق. وعلى الرغم من إنشاء المجلس الدستوري وتفعيله، لم يتم النص على الدفع بعدم الدستورية في هته المرحلة.

### البند الثاني

#### استحداث الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري 2016

تداركا للنقص في مجال الرقابة على دستورية القوانين، أضفى المؤسس الدستوري من خلال القانون 16-201<sup>2</sup>، تغييرات وإصلاحات واسعة على مجال بالرقابة الدستورية<sup>3</sup>. ومن بين المكتسبات التي حققها هذا التعديل الدستوري، تكريس آلية دفع المتقاضى بعدم دستورية كل نص قانوني يمس بحقوقه وحياته<sup>4</sup>، طبقا لنص المادة 188.

<sup>1</sup> - طبقا للمادة 152 من جستور 1989، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - القانون 16-01، المتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر: دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثاني، جوان 2018، ص 101.

<sup>4</sup> - سامية بلجراف، أوجه الدفع بعدم دستورية قرائن الإدانة في التشريع الجمركي الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد 15، سبتمبر 2017، ص 8.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وفي تكييف هذا النوع من الرقابة وتحديد الطبيعة القانونية لها، يجب التطرق إلى مسألة الدفع، التي تنقسم في مجملها إلى شكلية وأخرى موضوعية. والدفع بمعناها العام يقصد بها جميع الوسائل التي يجيب بها المدعى عليه على طلب المدعى بهدف منع الحكم له بما يدعيه، بغض النظر فيما إذا كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو لأصل الحق المدعى عليه<sup>1</sup>. وقد نظم المشرع الجزائري الدفع الشكالية في المواد من 49 الى 67 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وعرفها في المادة 49 على أنها كل وسيلة تهدف الى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها. أما الدفع الموضوعية فقد نظمها نفس القانون في المادة 48 بأنها وسيلة تهدف الى دحض ادعاءات الخصم ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، فهي تلك الدفع التي يرد بها الخصم على أصل الحق المدعى به<sup>2</sup>.

ومن خلال هذه المواد يمكن التفريق بين الدفع الشكالية والموضوعية من حيث أن الدفع الشكلي هو مجرد وسيلة دفاع توجه الى شكل الدعوى أو الاجراءات التي تتبعها دون المساس بأصل الحق، بينما يمس الدفع الموضوعي بأصل الحق المتنازع عليه، ومن ثم فإن الحكم بقبول الدفع الشكلي يمكن من تجديد الدعوى بإتباع الإجراءات الصحيحة، أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يضع حدا للنزاع على أصل الحق ما لم يكتسب الحكم حجية نهائية. ومن حيث ترتيب آثارها، فإنه

<sup>1</sup> - حامد الشريف، نظرية الدفع أمام القضاء الجنائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1999، ص16؛ شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مصر، مارس 2014، ص 162.

<sup>2</sup> - القانون 08-09، سابق الإشارة إليه.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

يجب إبداء الدفوع الشكلية قبل الدفوع الموضوعية، وذلك تحت طائلة عدم القبول، فيسقط الحق في إبداء الدفوع الشكلية إذا ما تم التطرق إلى موضوع النزاع<sup>1</sup>، كما يجب إبداء الدفوع الشكلية جملة في أن واحد قبل الموضوع تحت طائلة عدم القبول<sup>2</sup>.

و انطلاقاً من هذا التقديم يثار التساؤل عن طبيعة الدفع بعدم الدستورية، فيما إذا كان يصنف دفعا شكليا أم دفعا موضوعيا ؟

إن طبيعة الدعوى الدستورية باعتبارها عينية تتعلق بالمراكز القانونية العامة أو الموضوعية، والتي تهدف إلى طلب تقرير حق عيني أو حالة قانونية، تحصر ادعاء المدعي في مخالفة القانون أو المساس بحق يخوله مركزا قانونيا عاما<sup>3</sup>.

وبما أن الدفع بعدم الدستورية يكون في إطار نزاع قائم، أي بعد قبول الدعوى شكلا. ومادام يقدم ضد قانون محل النزاع، فإن التكييف الأنسب للدفع بعدم الدستورية أن يكون من طائفة الدفوع الموضوعية، تماشيا مع ضرورة حماية الحقوق

---

<sup>1</sup> - طبقا لنص المادة 47 من ق ا م ا. كما يقع استثناء على هذه القاعدة يتمثل في إمكانية إثارة الدفع الشكلي بعد قبول الدعوى شكلا، اذا كانت الدفوع المتعلقة بالنظام العام كالدفع بانعدام الصفة والدفع بعدم الاختصاص النوعي يقضى بهم تلقائيا ومهما كانت حالة الدعوى وفي أي وقت، أو الدفوع التي تطرأ أثناء سير الدعوى وبعد تقديم الدفوع في الموضوع مثلا يتضح أنه يجب إدخال طرف في الخصام مثلا الدفوع المتعلقة ببطلان الاجراءات التي تتم أثناء نظر الدعوى فيجوز التمسك ببطلانها ولو لم تناول الموضوع طالما لم يتم اكتشافها إلا بعد البحث في أصل الحق، أو الدفوع المتعلقة برد القاضي والتي تطرأ أثناء سير الدعوى المنصوص عليه في المادة 241 وماتلاها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويلاحظ أن الدفوع الشكلية لم ترد على سبيل الحصر وبالتالي فإن أي دفع يتعلق ببطلان الدعوى أو الخصومة يمكن إثارته من الطراف التي لها مصلحة في ذلك.

<sup>2</sup> - المادة 50 من ق.إ.م.ا، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> - محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 99.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

و الحريات العامة، بخلاف الدفوع الشكلية التي تتصل بالإجراءات التي تثار قبل الدخول في مناقشة الموضوع ، خاصة وأن الفائدة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته في الدعوى الدستورية مرتبطة بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، وهو ما يؤدي إلى إرتباط الفصل في هذه الدعوى الموضوعية بالفصل في الدعوى الدستورية<sup>1</sup>. غير أن تخصيص نص دستوري به يمنحه طابعا خاصا ومستقلا عن باقي الدفوع الأخرى.

كما يمكن أن يثار في أي مرحلة من مراحل الدعوى، مما يجعله من قبيل الدفع القانوني<sup>2</sup>، فتوقف محكمة الموضوع الفصل في الدعوى لتمكين الخصم من رفع دعوى عدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري بناء على إحالة. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 595-2009<sup>3</sup> على أن إمكانية إثارت الأولوية الدستورية تبقى قائمة أمام المحاكم الابتدائية، أو في حالة استئناف،

<sup>1</sup> - عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02، سنة 2013، ص 77؛ عادل محمد الشريف، قضاء الدستورية، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، طبعة 1، سنة 1998، ص 395.

<sup>2</sup> - مصطفى بن شريف، العوار القانوني في المذكرة المتعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية، جريدة المساء، العدد 2138؛ عليان بوزيان، المرجع السابق، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> - Décision n°2009-595 DC du 03 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, lien : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquedecision-n-2009-595-dc-du-3-decembre-2009-communique-de-presse>. Consulté le : 20-06-2020. Mathieu BERTRAND, La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie du droit (A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC), *La Semaine juridique. Édition générale*, 2009, n° 52, p. 54-69.



## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

أو أول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض. ونجد نفس التأكيد على هذا المبدأ من قبل المشرع الجزائري في المادة 2 من القانون العضوي 18-16<sup>1</sup>. وعلى خلاف ما اتبعه المشرعين الفرنسي والجزائري، اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر<sup>2</sup> الدفع بعدم الدستورية من بالنظام العام، أي يملك القاضي سلطة إثارته من تلقاء نفسه.

كما يتميز الدفع بعدم الدستورية في الجزائر بأنه ذو طابع قضائي يترتب عليه إلغاء القانون المخالف للدستور لمسأسه بالحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، والذي يمارس وفق قواعد خاصة تطبق أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأمام محكمة النقض وأمام مجلس الدولة، انفصلها في المبحث الأخير من هذا الباب<sup>3</sup>.

### المبحث الثاني

#### حجية الحكم و نطاق الرقابة في الدعوى الدستورية

إن اختلاف النظم الدستورية يؤدي بالضرورة إلى تعدد طرق تقديم الدعوى الدستورية واختلاف طبيعة الأحكام الصادرة بشأنها. فعلى سبيل المثال النظام المطبق في الولايات المتحدة الأمريكية المذكور سابقا، الذي يقضي باستبعاد وامتناع

---

<sup>1</sup> - نصت المادة 2 على ما يلي: يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. كما يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض. إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي، تنظر فيه غرفة الاتهام

<sup>2</sup> - طبقا للمادة 29-أ- من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر، المعدل بقانون 168 لسنة 1998.

<sup>3</sup> - للاستزادة أنظر الصفحة 203.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

تطبيق القانون المقضي بعدم دستوريته، ويكتسب هذا الحكم حجية نسبية، ويحوز قوة الأمر المقضي، ليرتب أثرا محدودا ومقتصر على أطراف الدعوى لا غيرهم، وعلى المنازعة ذاتها. فلا يتعدى كونه سابقة قضائية للآخرين يستدل بها في القضايا المماثلة<sup>1</sup>. وهذا على خلاف المؤسس الدستوري الفرنسي، الذي جعل من قرارات المجلس الدستوري بمجرد صدورها غير قابلة لأي طعن وبأي طريقة كانت<sup>2</sup>.

وفي ضوء التحليل النظري المجرد، يلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري، قد صرح في الفقرة الثانية من المادة 191 أن آراء المجلس الدستوري وقراراته تكون نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.

بينما تعتبر الكثير من النظم الدستورية الأخرى، والتي منحت للمحكمة الدستورية صلاحية الرقابة على دستورية التشريعات، أن الأحكام الصادرة عنها تكتسب حجية مطلقة كما هو الحال في النظام الدستوري المصري، كونها تمارس رقابة الالغاء لا الامتناع على النص التشريعي المعروض أمامها، ليصبح الحكم الصادر ملزما للأفراد و المؤسسات العامة في الدولة<sup>3</sup>.

كما تمتد حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية لتحدد مجال ونطاق الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري.

<sup>1</sup> - للاستزادة أنظر: سالم عبد العزيز، نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 2000، فريتخ ص 108؛ ناهد أسعد فريتخ، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> - المادة 62 من الدستور الفرنسي، سابق الإشارة إليه.

<sup>3</sup> - سالم عبد العزيز، المرجع السابق، ص 88.

وللتفصيل أكثر في هذه النقاط ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية (المطلب الأول)، و تحديد مجال الرقابة على دستورية الأوامر (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

تُعد الأحكام التي يصدرها المجلس الدستوري نهائية وغير قابلة للطعن بأي وجه من أوجه الطعن، ويحوز حكم المحكمة الدستورية الحجية المطلقة في مواجهة جميع السلطات والكافة. والأصل أن يسري حكم المحكمة بأثر مباشر مالم تحدد تاريخاً آخر لسريانه.

و الحكم الدستوري الصادر بقبول الدعوى، والحكم بدستورية الأمر المطعون فيه، لا يرتب أي أثر ما عدى تأكيد دستورية هذا الأمر الرئاسي، ونجد تأكيداً لذلك في قرار المجلس الدستوري الجزائري الصادر في 06 ماي 2020<sup>1</sup>.

ولهذا سندرس في هذا المطلب حجية الحكم بعدم دستورية الأوامر (الفرع الأول)، وحجية الحكم الصادر برفض الدعوى (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### حجية الحكم الصادر بعدم دستورية الأمر التشريعي

ما يمكن ملاحظته من خلال النص الدستوري، أن قرار المجلس الدستوري بعدم دستورية النص التشريعي وبالتالي الأمر التشريعي، في إطار الرقابة السابقة، لا يمكن أن يرتب أثراً رجعياً أو مستقبلياً، لأن رأي المجلس الدستوري في مجال

<sup>1</sup> - قرار رقم 01/ق م د/دع 20 مؤرخ في 13 رمضان عام 1441 الموافق 6 مايو سنة 2020.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

القوانين العضوية يرد على مشروع أمر لم يصدر بعد، فإما أن يقرر تمريره ليستكمل مرحله الأخرى، أو يقرر عدم دستوريته فيعيده إلى مرجعه<sup>1</sup>. أما إذا أصدر المجلس الدستوري قرارا بعدم الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة على الأوامر التي تم المصادقة عليها، فإنه يترتب على صدور القرار إلغاء هذا النص اعتبارا من تاريخ نشره، ويكون هذا الإلغاء فوريا ومباشرا وبدون أثر رجعي . كما أضفى المؤسس الدستوري الفرنسي من خلال المادة 62 من الدستور، على قرار المجلس الدستوري الحجية المطلقة، بحيث لا يلزم اطراف النزاع فقط ، وإنما يسري في مواجهة كل السلطات العامة في الدولة بما فيها سلطات الإدارية والقضائية، نظرا للطبيعة العينية للمنازعات الدستورية أمام مجلس الدستوري<sup>2</sup>. ويستنتج من الطبيعة العينية للدعوى الدستورية باعتبارها تخاصم النص التشريعي في ذاته المطعون بعدم دستوريته، أنها تستهدف أساسا الصالح العام أكثر من كونها تحقق مصلحة خاصة للمتقاضين، وهو ما يجعلها من وجهة نظر مبدئية تشبه دعوى الإلغاء في القضاء الإداري، والتي تنصب على القرار الإداري المشوب بأحد عيوب المشروعية. والفارق أساسي بين الدعويين يتمثل في درجة الرقابة التي يمارسها كل من القضاء الإداري والدستوري، وليس في طبيعة هذه الرقابة، الأمر الذي يستدعي

<sup>1</sup> - محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجتيه: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص151.

<sup>2</sup> - Julien BONNET, Pierre-Yves GAHDOUN, op.cit., p50.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الإعتراف للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، بنفس الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية لعدم مشروعيتها<sup>1</sup>.

وقد أثار الفقه التساؤل حول حجية أحكام المجلس الدستوري عند ممارسة الرقابة السابقة إلى جانب الرقابة اللاحقة. أو بصيغة أخرى هل يمكن إعمال الرقابة اللاحقة على الأوامر التي صدرت بإقرار من المجلس الدستوري؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل يجدر ذكر أن الرقابة اللاحقة لا تمس بالحجية المطلقة لآراء المجلس الدستوري الصادرة بشأن مشروع النص التشريعي، كما أن هذا لا يعني إستبعاد الرقابة اللاحقة بصورة مطلقة على الأوامر التي أقر المجلس الدستوري بمطابقتها.

و تخضع الحجية المطلقة لمجموعة من الضوابط تتمثل في:

1- أن الحجية المطلقة لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة للنص التشريعي

الصادر وفقا لقاعدة دستورية.

2- لا يمكن إعمال الحجية المطلقة إلا بالنسبة للنصوص التشريعية التي

كانت محلا للرقابة السابقة.

3- التمسك بالحجية المطلقة يكون جائزا فقط في حالة عدم تغيير تفسير

القاعدة الدستورية من جانب المجلس الدستوري.

<sup>1</sup> - خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وأثرها دراسة تحليلية مقارنة، الصادر في: 27-04-2017،

على الموقع الإلكتروني: <https://khalifasalem.wordpress.com/> ، تم الاطلاع عليه في: 30-11-

2019.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وبالتالي يسقط التمسك بحجية أحكام المجلس الدستوري بزوال أحد الضوابط المذكورة سابقا، وبالتالي يمكن إثارة عدم دستورية النص حتى وإن كان محلا لرقابة سابقة، كأن يستند المدعى مثلا على تغير تفسير النص<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للأوامر الصادره في مجال القوانين العضوية، فيعتبر خضوعها للرقابة السابقة وجوبيا طبقا للفقرة الأخيرة من نص المادة 141<sup>2</sup>، خاصة وأن المجالات التي تشملها القوانين العضوية تعتبر ذات الأهمية البالغة، وهو ما يحول دون ممارسة أية رقابة لاحقة عليها إلا إذا تغيرت النصوص القانونية، كإدراج حق جديد في الدستور أو إعطاء تفسير جديد لنفس النص الدستوري<sup>3</sup>، أو تغيرت الظروف.

واستنادا لما سبق، فإذا صدر رأي المجلس الدستوري في إطار الرقابة السابقة حول مشروع الأمر، لا يوجد ما يمنع من إعادة الطعن في هذا النص بدعوى عدم الدستورية في حالة ما اذا تغيرت الظروف .

و قد انقسم الفقه الدستوري المصري حول الأثر القانوني المترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية إلى اتجاهين:

<sup>1</sup> - نسرین طه، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 العدد الأول، 2011، ص 497.

<sup>2</sup> - نصت الفقرة الأخيرة من المادة على ما يلي: "...يخضع القانون العضوي لرقابة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره".

<sup>3</sup> - محمد عبد اللطيف، المرجع السابق ص71.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

يرى أصحاب الإتجاه الأول<sup>1</sup> أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا، هي رقابة إمتناع وليست رقابة إلغاء للنص المقضي بعدم دستوريته، ويقتصر أثر هذا الحكم على عدم جواز تطبيق النص على الوقائع والمراكز القانونية محل الدعوى. وحسب أصحاب هذا الرأي، فإن المحكمة لا تملك سلطة إلغاء النص التشريعي أو اللائحة المخالفة للدستور.

أما الاتجاه الثاني<sup>2</sup> فيرى أن الرقابة الدستورية التي تمارسها هذه المحكمة هي رقابة إلغاء للنص اللائحي وليست مجرد امتناع عن تطبيقه فقط. أما بالنسبة للقضاء المصري فقد استقر على أن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية النص القانوني هو إلغاء قوه نفاذ هذا النص المقضي بعدم دستوريته<sup>3</sup>.

أما الحكم الصادر عن المجلس الدستوري الجزائري فقد صرح الدستور على أنه يتميز بخاصيتين:

أولاً انه حكماً نهائياً، طبقاً للمادة 191 في فقرتها الثالثة التي نصت على أن تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية، والسلطات الإدارية والقضائية، ومنه تكون القرارات التي يصدرها غير

<sup>1</sup> - من أصحاب هذا الاتجاه: رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق ص 612؛ محمد الشافعي أبو راس، القانون الدستوري، مكتبة النصر، 1984، ص 207.

<sup>2</sup> - من أنصار هذا الاتجاه عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988، ص 470؛ عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 117

<sup>3</sup> - حكم المحكمة الدستورية العليا قضية رقم 93 لسنة 12ق، تاريخ الجلسة 5-03-1994، أشار إلى ذلك: زهار هاشم أحمد الزهيري، المرجع السابق ص 299

قابلة للطعن بأي طريقة كانت، ويظهر التزام السلطة التشريعية بالحكم من خلال قيامها بإلغاء النص التشريعي الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته.

ثانياً، يتميز الحكم الذي يصدره المجلس الدستوري بعدم دستورية الأمر التشريعي بحجية مطلقة، فالأصل أن للحكم حجية نسبية لا تثبت إلا بالنسبة للخصوم أنفسهم في الدعوى، وبناء على ذلك، لا يجوز الاحتجاج ضد شخص بحكم في دعوى لم يكن طرفاً فيها، فأطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم هم فقط الذين تقتصر عليهم حجيته، وبالتالي يمنعون من إعادة طرح نفس النزاع الذي فصل فيه الحكم أمام القضاء من جديد. وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للدعوى الدستورية، باعتبارها دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري<sup>1</sup>، وترمي بالضرورة إلى حماية المشروعية الدستورية، فإن الحكم الصادر فيها يكون له حجية مطلقة، لا يقتصر أثره على الخصوم في الدعوى التي فصل فيها، وإنما ينصرف أثره لكافة الأفراد والمؤسسات، وتلتزم به كافة سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، هذا ما يستفاد من نفس نص المادة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### حجية الحكم الصادر برفض الدعوى

عندما تنظر المحكمة الدستورية في دستورية نص قانوني، سواء كان قانوناً أو لائحة، فإنها قد تقضى برفض الدعوى. وتختلف الأحكام الصادرة برفضها باختلاف الأسباب التي تم الاستناد عليها، مما ينبغي التفريق داخل الأحكام الصادرة بعدم قبول

<sup>1</sup> - ناهد جميل أسعد فريته، الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة دراسة مقارنة مصر - الأردن - فلسطين، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - المادة 191 من التعديل الدستوري لسنة 2016. والمادة 198 من دستور 2020، سابق الإشارة إليهما.



## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الدعوى الدستورية من حيث الحجية. فالقاعدة العامة أن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى استنادا إلى انتفاء الصفة أو المصلحة، أو لعدم احترام المواعيد المقررة لرفعها، لا يحوز سوى حجية نسبية تقتصر على الخصوم في الدعوى دون غيرهم. فرفض الدعوى لعدم توافر الصفة أو المصلحة بالنسبة لشخص معين، ليس من شأنه أن يمنع توافر تلك الصفة أو المصلحة لدى شخص آخر، بالإضافة إلى أن الحكم بعدم القبول في هذه الحالة لا يؤثر على تدرج الهرمي للقواعد القانونية، ولا على مبدأ سمو الدستور، لأنه لم يتعرض للنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته سواء من حيث المطابقة أو المخالفة<sup>1</sup>. فالقرار برفض الدعوى الدستورية يتمتع بحجية نسبية عكس القرار بعدم الدستورية الذي يتمتع بحجية مطلقة.

واستثناء يختلف الأمر إذا كان الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى الدستورية قد تعرض في أسبابه لمسألة دستورية جعلها دعامة لمنطوق الحكم، ويتحصن الحكم في هذه الحالة بحجية مطلقة، يسري أثرها في مواجهة الجميع.

### المطلب الثاني

#### أثر الرقابة على دستورية الأوامر

ينتهي المجلس الدستوري في هذا الطرح إلى الحكم بدستورية أو بعدم دستورية النص القانوني، ويصدر حكمه بذلك، بناء على بحث دقيق في توافقه مع دستور. لذلك ارتأينا في هذا المطلب معالجة ما يمكن أن تحققه الرقابة على دستورية الأوامر من آثار، كنتيجة حتمية لإعمالها، من خلال بيان في الفرع الأول المجال الذي تمتد إليه هذه الرقابة، بصيغة المخالفة مجمل الأعمال التي تتوفر فيها جميع الشروط

<sup>1</sup> - للتفصيل أكثر في الموضوع أنظر: صبري مجد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية القاهرة ط، 2013 ص 106، خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الشكالية أو الموضوعية للطعن في دستوريته، إلا أن الرقابة لا تطبق عليها. أما في الفرع الثاني، فسنحاول الاجابة على التساؤلات التالية، في حالة ما إذا تم الحكم بعدم دستورية على النص القانوني، هل يتم إلغاء هذا النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته؟ أم يتم الإمتناع عن تنفيذه فقط؟ أم تلغى قوة نفاذ النص التشريعي مع بقاءه؟ وذلك من خلال الوقوف على ما إذا كان هذا الحكم ذو أثر مباشر يقتصر سريانه على المستقبل فقط، أم أن له أثرا رجعيا يترد بسريانه إلى الماضي. ومن البديهي أن هذه المسألة تثار كذلك بالنسبة للأحكام الصادرة بدستورية الأمر لتأكيد وجوده في النظام القانوني للدولة، غير أن ثبات وجوده لا يعني جموده، وإنما يمكن إعادة النظر فيه إذا تغيرت الظروف.

### الفرع الأول

#### نطاق الرقابة على دستورية الأوامر التشريعية

إن كان منح المجلس الدستوري صلاحية الرقابة على دستورية الأوامر مكسبا، فإن هذه الرقابة لا تمارس على إطلاقها، وإنما تتحدد بضوابط الدستور، وطبيعة عملها الفني ذو الطابع القانوني، الأمر الذي يقيدنا ويحظر عليها التطرق إلى أبعاد من ذلك، كمناقشة البواعث والغايات التي دفعت رئيس الجمهورية إلى سن الأمر التشريعي (البند الأول).

كما يتضح من خلال تباين الأنظمة السياسية للعديد من الدول، ومن تعدد الهيئات التي تتولى هذا النوع من الرقابة، أن التشريعات ليست كلها خاضعة للرقابة. فمنها ما تكون بمنأى عن أي طعن قضائي، بناء على الموضوعات التي تنظمها

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وتأسيسا على طبيعتها غير قابلة للفصل فيها من قبل القضاء. وأيا كان المسميات<sup>1</sup> التي تعرفها هذه الأعمال، فقد ارتى كلاً القضائين الدستوري والإداري الامتاع عن الرقابة عليها لما تحتاجه من سياسة موحدة وعناصر تقدير محددة، خاصة وأنه ليس لها حدود ومعايير منضبطة<sup>2</sup> (البند الثاني).

### البند الأول

#### الرقابة تتم في إطار الدستور ولا تمتد إلى الملاءمة

ويقصد بهذا الضابط في نطاق الرقابة على دستورية الأوامر، أنه لا يجوز التحري في غايات المشرع عند إصداره النص التشريعي، وإنما يكون البحث في الحكم الظاهر من تطابق النص مع الدستور، لذا يقتصر البحث في العيوب التي تصيب النص القانوني والمتعلقة بشكلية إصداره، أي التي خالفت الأسس التي رسمها الدستور أو مخالفته للمبادئ الدستورية. وليس للمجلس الدستوري أن يبحث عن نية رئيس الجمهورية أو الغاية التي توخاها أثناء سن هذا الأمر التشريعي. كما لا يجوز للقاضي الدستوري أن يبحث عن النص التشريعي الأكثر ملاءمة، لأن ذلك من الاختصاص الحصري للسلطة المصدرة له، كونها الهيئة الأصلية في تكييف أي النصوص التي تمثل معالجة للمشكلة التي تصدى لها القانون، لذلك فإن المجلس الدستوري غير معني بغايات المشرع طالما أن ظاهر النص واضح ولا حاجة للبحث في غاياته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - تعرف بالأعمال السياسية لدى الفقه الأميركي، وأعمال الدولة وفقاً للفقه الإنجليزي، وأعمال الحكومة وفقاً للفقه الفرنسي.

<sup>2</sup> - محمد عبد الله الشوابكة، المرجع السابق، ص 80 و 85؛ محمد عبد العزيز سالم، المرجع السابق ص 111.

<sup>3</sup> - محمد عبد العزيز سالم، المرجع السابق ص 113.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وحظر امتداد الرقابة إلى أهداف التشريع أو مدى ملاءمته يرتبط أساساً بعمل المجلس الدستوري الفني ذو طابع القانوني، عندما يكون بصدد النظر في دستورية النص القانوني المطعون فيه، وهو ما يقيد ويحول دون تطرقه إلى أبعد من ذلك في مناقشة البواعث والغايات التي دفعت المشرع إلى إصدار المر التشريعي. ويجد هذا القيد بوادره التاريخية في قضاء المحكمة العليا في أمريكا في عام 1810 عندما قضت بأن التشريع إذا كان مستوفياً لكافة الشروط والأشكال القانونية، فإن المحكمة لا تستطيع أن تستجيب للمدعي في طعنه بحجة صدور القانون لتحقيق أهداف لا تتماشى مع مبادئ وأخلاقيات النظام العام<sup>1</sup>. وقد أكد القضاء الدستوري الأمريكي سنة 1819 على أن السلطة التقديرية في ضرورة وجود التشريع من عدمه تعود إلى السلطة التشريعية، وبما أننا في هذا الفصل نحاول البحث في إمكانية الرقابة الدستورية على الأوامر عند اعتبارها في نفس درجة التشريع الصادر عن البرلمان، فإننا نؤيد هذا الضابط، وهو ما سار عليه كذلك القضاء الدستوري في فرنسا ومصر في ما يتعلق بتقدير حالات الضرورة<sup>2</sup>، خاصة أن مجال الرقابة الدستورية ضيق، حيث يراقب المجلس الدستوري الغلط البين والواضح في التشريع، فلا يناقش ضرورة صدور التشريع من عدمه لأن السلطة التشريعية لها كامل الحق في تقدير الضرورة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر: عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري دراسو مقارنة، منشورات مكتبة النهضة العربية في القاهرة، الطبعة الثانية، 2016، ص 184.

<sup>2</sup> - ابراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية المشرع، منشورات الحلبي الحقوقية . الطبعة الاولى عام 2016 . ص 211.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 213.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

بالإضافة إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن لا يراقب القضاء الدستوري ملاءمة التشريع أو مدى صلاحيته للمجتمع والنظام السائد فيه، والا اعتبر ذلك تدخلا من القضاء في عمل السلطة التشريعية.

### البند الثاني

#### عدم التعرض لأعمال السياسية

تشمل أعمال السيادة أو الأعمال السياسية، جميع القرارات التي يتمتع القضاء عن بسط رقابته عليها. وقد أنشأ مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية سنة 1816<sup>1</sup>، قبل حكم *Laffitte* 1822<sup>2</sup>، لإعتباره أن هذه الأعمال تعتبر سياسية. غير أن توجه مجلس الدولة الفرنسي تغير إلى تصنيفها بأعمال الحكومة سنة 1875<sup>3</sup>، لتصبح جميع الأعمال الصادرة عن رئيس الجمهورية والوزير الأول في مجال العلاقات الخارجية، وتلك المتخذة بين الهيئات الدستورية، معنية بقائمة أعمال السيادة<sup>4</sup>. واتبعت المحكمة العليا الأمريكية نفس النظرية حين قررت فكرة أعمال السيادة سنة

<sup>1</sup> - CE, 20 janvier 1816, *Allut*, cité par. Didier GIRARD, Les « actes de Gouvernement » demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France, RGD, 2015.

<sup>2</sup> - CE, 1<sup>er</sup> mai 1822, , requête numéro 5363, *Rec.* 1821-1825 p. 202 : le conseil d'Etat dans ce jugement a Considéré que la réclamation ..... tient à une question politique. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon#:~:text=L'arr%C3%AAt%20Prince%20Napol%C3%A9on%20marque,n'a%20%C3%A9t%C3%A9%20pris%20qu>, date de consultation : 12-01-2019.

<sup>3</sup> - CE, 19 février 1875, Prince Napoléon, requête numéro 46707. Lien: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon>, datede consultation : 12-01-2019.

<sup>4</sup> - Didier GIRARD,op,cit., p 3.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

1849 في حكم Luther V. Borden<sup>1</sup>. ونظرا لصعوبة تحديدها لم يعرفها الفقه القانوني وإنما حاول وصف طائفة الأعمال المحصنة من الرقابة والتي تباشرها السلطة التنفيذية، كتنظيم سلطات الدولة وتحديد نظام الحكم، أو إيداع الحكومة لمشروع قانون أو سحبه أو العلاقة بين السلطات. وكان القضاء الدستوري في العديد من الأنظمة قد ساعد في وضع قائمة بالأعمال السياسية. فنجد أن المحكمة العليا الأمريكية اعتمدت إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور في استبعاد

<sup>1</sup> - حكم Luther V. Borden، وقائع القضية: في عام 1841، كانت رود آيلاند لا تزال تعمل في ظل نظام حكومي، تم إنشاؤه بموجب ميثاق ملكي لعام 1663. وقد حدد هذا الميثاق حق الاقتراع بصرامة. الأمر الذي دفع الجماعات المنشقة - احتجاجًا على الميثاق - إلى عقد مؤتمر شعبي لصياغة دستور جديد وانتخاب حاكم. وكرد حكومة الميثاق أعلنت الأحكام العرفية وقمعت التمرد. وعلى الرغم من عدم إرسال قوات فيدرالية، بدأ التمرد كجهد سياسي لكنه تحول إلى عنف. تم القبض على مارتن لوثر الذي كان من المتمردين من قبل لوثر م بوردين، وهو مسؤول حكومي، وقام بتفتيش منزله وزعم أنه أتلف ممتلكاته. أكد لوثر أن حكومة الميثاق لم تكن "جمهورية" بطبيعتها لأنها تقتصر جمهور الناخبين على الطبقات الأكثر ملكية فقط. طبقا للمادة الرابعة التي تنص على أن "الولايات المتحدة يجب أن تضمن لكل ولاية في هذا الاتحاد شكلاً جمهورياً للحكومة"، جادل لوثر بأن المحكمة العليا يجب أن تعتبر تصرف بوردين دون سلطة مناسبة. وعند القيام بذلك، سوف تجد المحكمة بالضرورة أن حكومة "دوريت" الجمهورية البديلة كانت الحكومة الشرعية لرود آيلاند، لتحل محل حكومة الميثاق. و السؤال الذي طرح: هل كان للمحكمة السلطة الدستورية لإعلان عن المجموعة التي شكلت الحكومة الرسمية لرود آيلاند؟

الحكم: رأت المحكمة أن "سلطة تقرير أن حكومة الولاية قد تم تأسيسها بشكل قانوني" لا تختص به المحاكم الفيدرالية"، وأن هذه المحاكم ليس من اختصاصها أن تحدد مؤهلات التصويت في الولايات. ورأت المحكمة كذلك أن إنشاء أشكال جمهورية للحكم والسيطرة هما مسألتان ذات طبيعة سياسية في جوهرها يمنحها الدستور للجهات الحكومية الأخرى. ومن ثم، ينبغي للمحكمة أن تزدعن للكونغرس والرئيس عند مواجهة مثل هذه القضايا، للاستزادة أنظر:

Dennison, George M. "The Dorr War and Political Questions," *Supreme Court Historical Society Yearbook* (1979), pp 45-62.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الأعمال السياسية من نطاق رقابتها<sup>1</sup>. أما في القضاء الدستوري الفرنسي، فإن المجلس الدستوري لم يكن صريحا تجاه أعمال السيادة مع أن أصل هذه النظرية هو القضاء، ويرجع السبب في ذلك إلى أن رقابة المجلس الدستوري الفرنسي تكون على أعمال البرلمان فقط دون السلطة التنفيذية وأن مناط أعمال السيادة يكون في عمل السلطة التنفيذية<sup>2</sup>. أما القضاء الدستوري المصري فقد منع صراحة امتداد رقابته على أعمال السيادة، وأصدرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عدة قرارات بهذا الصدد<sup>3</sup>.

غير أن نظرية أعمال السيادة في الجزائر كانت معتمدة في القضاء الإداري لا الدستوري، فمادام المجلس الدستوري يتمتع بصفتين قضائية وسياسية، فإن ما يعتبر من قبيل أعمال السيادة ولا يجوز للقضاء الإداري فحصه، يكون من الإختصاص

<sup>1</sup> - الدستور الأمريكي، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - إبراهيم محمد صالح الشرفاني، المرجع السابق، ص 220.

<sup>3</sup> - تماشيا مع نص المادة 17 من قانون رقم 46 لسنة 1972 بشأن السلطة القضائية التي نصت على أن ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة، أصدرت المحكمة الدستورية العليا قرارا في القضية رقم 4 لسنة 12 قضائية "منازعة تنفيذ" 1990، جاء فيه: ..... الرقابة القضائية الدستورية، أساسها، مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور - استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء، أساسه، اتصالها بسيادة الدولة في الداخل والخارج وأنها لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية..... العبرة في التكييف القانون لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها، هي بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد تلحق عليه متى كانت طبيعته تتنافى مع هذا الوصف" و قد اعتبرت المحكمة أن قرار رئيس الجمهورية رقم 404 لسنة 1990 بشأن دعوة الناخبين يعتبر من الأعمال السياسية التي لا معقب عليها من القضاء. كما ضيقت المحكمة الدستورية العليا في مصر نطاق هذه الأعمال وجعلتها في أمرين فقط هما "علاقة الحكومة بالبرلمان وعلاقة الحكومة بالسلطات الأجنبية أي العلاقات الخارجية، طبقا لما جاء في قرارها العدد 10 سنة قضائية 14 في 19 يونيو/حزيران 1993.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الدستوري للمجلس. وسبب التفرقة بين الاختصاصين يرجع إلى ضرورة الفصل بين العمل الإداري والعمل السياسي بهدف تحديد الآثار المترتبة من الناحية العملية<sup>1</sup>. غير أن التساؤل الذي يطرح في حالة ما إذا تم إحالة الدفع بعدم دستورية نص يعتبر من قبيل الأعمال السياسية إلى المجلس الدستوري، هل يفصل في مدى دستوريته باعتباره هيئة قضائية أم سياسية؟

### الفرع الثاني

#### النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية ( الأثر )

إن للبعد الزمني أثر على الحكم الصادر في الدعوى الدستورية من حيث نفاذه في مواجهة من صدر في حقهم<sup>2</sup>. وبعبارة أبسط يقصد بالنطاق الزمني الأثر الذي تمتد إليه الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية<sup>3</sup>. إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذه الحالة يتعلق بحدود هذا المجال الزمني، فهل يطبق الحكم على المراكز التي تنشأ بعد صدوره فقط، أم بأثر رجعي حتى على المراكز القانونية، والحقوق و الحريات التي أنشأها؟.

قبل الاجابة على هذا التساؤل، تجدر الإشارة إلى أن آثار الأحكام القضائية -

كقاعدة عامة- تتميز بخاصيتين أساسيتين:

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الثانية لمجلس الدولة الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 2001 ملف رقم 2871، مجلة مجلس

الدولة، العدد 01 ، 2002

<sup>2</sup> - وائل منذر لبياتي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية -دراسة مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، ط. الأولى، السنة 2020 ، ص 277.

<sup>3</sup> - زهار هاشم أحمد الزهيري، المرجع السابق، ص 299.



## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

تتمثل الأولى في أنها تحسم النزاع على أصل الحق المتنازع فيه، فيمنع إعادة النظر فيما قضى به على سائر المحاكم، بما في ذلك المحكمة التي أصدرت الحكم. أما الخاصية الثانية فهي تميز الأحكام القضائية بالدور الكاشف لا الإنشائي - كقاعدة عامة - لحقوق المتقاضين، فالحكم لا ينشئ حقاً جديداً لم يكن موجوداً، وإنما يبين ما كان للمتقاضين من حقوق، قد نشأت أصلاً قبل رفع الدعوى<sup>1</sup>. وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة، إلا أن الفقهاء اختلفوا حول خاصية الحكم فيما إذا كان منشئاً أم كاشفاً للعيب الدستوري.

فقد ذهب البعض<sup>2</sup> إلى اعتبار أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي بصفة عامة والأوامر في إطار هذه الدراسة، كاشفاً وليس منشئاً، فهو لا يستحدث مركزاً قانونياً لم يكن موجوداً من قبل، بل يقتصر دوره على كشف مدى تطابق وتناسق النص المطعون فيه مع النص الدستوري. وبالتالي يجب أن يرجع تطبيق الحكم الصادر في الدعوى الدستورية إلى لحظة صدور الأمر التشريعي محل الطعن. ويستند هذا الاتجاه في تبرير موقفه إلى عدة حجج أهمها: أن مبدأ العدالة لا يمكن أن يتحقق إلا بتدارك ما ترتب عن تطبيق التشريع المخالف لأحكام الدستور من أخطاء، مما يؤدي إلى إسقاط جميع الآثار التي ترتبت على تطبيقه ابتداءً من تاريخ

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، منشأة المعارف الإسكندرية ط1977، 3، ص 739.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري ، الدعوى الدستورية "مع موجز الأحكام المحكمة الدستورية العليا منذ تاريخ إنشائها وحتى الآن"، منشأة المعارف، ط1، 2000، ص 117؛ الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق ، ص 263؛ ناصف عبد الله، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، 1998، ص58.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

تنفيذه. أما البعض الآخر<sup>1</sup> فيرى أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يعد منشئاً للعيب وليس كاشفاً له، وما يترتب على ذلك من ضرورة سريان هذا الحكم بأثر مباشر على اعتبار أنه منشئاً لهذا العيب وملغياً للنص التشريعي المطعون فيه من تاريخ صدور هذا الحكم .

إلا أن آثار أحكام القضاء الدستوري<sup>2</sup> قد أثير حولها الجدل<sup>3</sup> ، فقد اختلفت الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين حول تحديد التاريخ الذي تمتد إليه آثار الحكم بعدم الدستورية، وانقسمت إلى ثلاثة اتجاهات:

يأخذ **الاتجاه الأول**<sup>4</sup> بقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص التشريعي، الذي يرجع إلى تاريخ صدور النص المحكوم بعدم دستوريته، على اعتبار أن هذا الحكم يعد كاشفاً لعيب عدم الدستورية لا منشئاً له.

أما **الاتجاه الثاني**<sup>5</sup> فيأخذ بقاعدة الأثر الفوري والمباشر للحكم بعدم الدستورية، على اعتبار أن هذا الحكم يعد منشئاً لهذا العيب وملغياً للنص التشريعي المطعون فيه من تاريخ صدور هذا الحكم.

---

<sup>1</sup> - عفيفي مصطفى محمود، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية (دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط1، 1990، ص276؛ محمد الحسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط1، 1988، ص162؛ صبري محمد السنوسي محمد، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ط1، 1997، ص277.

<sup>2</sup> - الأحكام المعنية في هذه الحالة، تلك الصادرة في موضوع الدعوى الدستورية، لا تلك الرافضة للدعوى شكلاً.

<sup>3</sup> - لا شك أن سبب هذا الجدل راجع أساساً إلى أهمية القواعد القانونية العامة والمجردة التي تتضمنها التشريعات، والدائرة الواسعة للمخاطبين بها، والآثار المترتبة على إبطالها بعيدة المدى، للاستزادة أنظر: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - من بين الدول التي تبنت هذا النظام نجد الكويت وإيطاليا وألمانيا والبرتغال.

<sup>5</sup> - وعلى سبيل المثال اتبعت فرنسا و البحرين واليونان وتركيا هذه الطريقة.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

في حين ذهب الاتجاه الثالث<sup>1</sup> إلى الجمع بين قاعدتي الأثر الفوري والرجعي للحكم بعدم الدستورية، وينظم المشرع الحالات التي يسري فيها الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بأثر مباشر كقاعدة عامة مثلاً، و حالات سريان حكم بأثر رجعي كاستثناء على الأصل العام.

أما المؤسس الدستوري الجزائري، فقد ترك السلطة التقديرية للمجلس الدستوري في تحديد تاريخ سريان القرارات الصادرة بعدم دستورية النصوص القانونية، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 191 من الدستور<sup>2</sup>. وتطابقاً مع المادة الدستورية، نص النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري في المادة 29 مكرر 1 المضافة في تعديل 2019<sup>3</sup> على نفس المضمون، في حين لم ينص القانون العضوي 18-16 على تاريخ سريان قرار المجلس الدستوري بل اكتفى بالتأكيد على ضرورة نشره في الجريدة الرسمية<sup>4</sup>.

والملاحظ من خلال ترك السلطة الواسعة للمجلس الدستوري في تحديد تاريخ بدأ سريان قرار عدم الدستورية، أن إحدى الاتجاهين السابقين يمكن أن يطبق على

<sup>1</sup> - ومن بين الدول التي اتبعت هذا الاتجاه نجد مثلاً الأردن.

<sup>2</sup> - نصت المادة من دستور ج.د.ش الصادر سنة 2016 على ما يلي: " إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداءً من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري." المرجع السابق.

<sup>3</sup> - نصت المادة على ما يلي: في حالة التصريح بعدم دستورية الحكم التشريعي، يحدد المجلس الدستوري تاريخ فقدان هذا الحكم التشريعي أثره طبقاً للفقرة 2 من المادة 191 من الدستور. من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، السابق الإشارة إليه.

<sup>4</sup> - المادة 25 من القانون العضوي 18-16 المحدد بحدود شروط وكيفية الدفع بعدم الدستورية، السابق الإشارة إليه.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

النص غير الدستوري، فإما بأثر رجعي أو بأثر فوري، و يستبعد الاتجاه الثالث من التطبيق لغياب النصوص التشريعية المنظمة للحالات العامة و الإستثنائية لأثر الحكم الدستوري.

ونظرا لحدثة الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، صدرت قرارات قليلة للمجلس الدستوري - لحد الوقت الحالي- نذكر منها القرار الذي ينص على المطابقة الجزئية للمادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup> للدستور، ومخالفة بعض أحكام الفقرة الأولى و الثانية من هذه المادة، وقد نص هذا القرار على فقدان هذه الأحكام لأثرها فوراً، كما يسري على جميع الأحكام الجزائية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف<sup>2</sup>.

و القرار<sup>3</sup> الصادر في فبراير 2021 الذي ينص على عدم دستورية الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 33 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1368 الموافق ل8 يونيو 1966، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - قرار رقم 1/ق.م.د/د ع د/د 19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق ل20 نوفمبر سنة 2019.

<sup>3</sup> - قرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/د 21 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1442 الموافق ل10 فبراير سنة 2021.

<sup>4</sup> - القانون رقم 08-09، سابق الإشارة إليه.

## الفصل الثاني

### دور القضاء الإداري في رقابة الأوامر

مما لا شك فيه أن للقضاء الإداري الوسائل الأكثر نجاعة لمواجهة تجاوزات

السلطة التنفيذية، بما يحقق مبدأى المشروعية و الدستورية.

وانطلاقا من فكرة أن الأوامر هي قرارات إدارية بالنظر إلى طبيعتها القانونية،

مادام أنها صادرة عن سلطة مركزية متمثلة في رئيس الجمهورية، واعتمادا على نص

المادة 800 من ق.إ.م.إ، التي كرست المعيار العضوي، سنحاول ايجاد في هذا

الفصل جميع المراحل التي يتدخل فيها مجلس الدولة وبأى طريقة كانت للرقابة على

الأوامر، أو حتى المحكمة الإدارية في حالة محددة. من هنا سيتم تقسيم هذا الفصل

إلى مبحثين،

يتم الحديث في المبحث الأول عن تأثير الدور الاستشاري لمجلس الدولة في

الرقابة الأوامر، أما المبحث الثاني فيتم الحديث فيه عن دور جهات القضاء الإداري

في الرقابة الأوامر

### المبحث الأول

#### تأثير الدور الاستشاري لمجلس الدولة في رقابة الأوامر

من المتفق عليه أن الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة تمنحه دور المشارك في

العملية التشريعية، أكثر مما هو دور رقابي، على أن هذه الوظيفة الاستشارية

لمجلس الدولة تساهم بطريقة أو بأخرى في تعديل أو تغيير نص الأمر المعروض

أمامه، فمجلس الدولة أثناء دراسته لنص الأمر يتفحصه شكلا فيما إذا تمت صياغته

على النحو الصحيح، و موضوعا فيما إذا امتثل لقواعد الاختصاص والشكل

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

والإجراءات، واحترم النصوص العليا الهرمية، بالإضافة إلى تقييم الغرض من إصدار الأمر<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى مجلس الدولة الجزائري نلاحظ أن المادة 136 من نظامه الداخلي أكدت هذا الطرح<sup>2</sup>، مما يجعل منها استشارة ذات طابع رقابي ووقائي. وقد نصت المادة 4 من القانون العضوي 98-01 سابق الإشارة إليه، قبل عرضه على المجلس الدستوري، على الاختصاص الاستشاري للمجلس الدولة في مشاريع الأوامر<sup>3</sup>، ليقوم المجلس الدستوري باستبعاد دوره في هذا المجال بعد إبداء رأيه حول هذا القانون العضوي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Edward ARKWRIGHT, Frank BARON, Manuel DELAMARRE, Romaric Lazerges, les institutions de la France, la documentation française, 4<sup>ème</sup> éd, 2013, pp150-151 ; Nicolas BRACONNAY, la justice et les institutions juridictionnelles, la documentation française, 3<sup>ème</sup> éd, 2019, p110.

<sup>2</sup> - تنص المادة 136 من النظام الداخلي لمجلس الدولة الصادر في 27 أكتوبر 2019 الموافق لـ 28 صفر 1441، ج.ر.ج.ج. رقم 66، على ما يلي: "... ويسهر بصفة خاصة على ما يأتي :

- مطابقة النص للدستور والاتفاقيات الدولية المصادق عليها والنصوص التشريعية السارية المفعول؛  
- ملاءمة النص؛

- صياغة النص وانسجامه والمصطلحات المستعملة فيه؛

- قابلية النص للتطبيق وآثاره".

<sup>3</sup> - جاء نص المادة 4 قبل تعديلها كما يلي: " يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين و الأوامر حسب الشروط التي يحددها هذا القانون و الكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي. لتصبح صياغتها بعد ذلك كما يلي: " يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين حسب الشروط التي يحددها هذا القانون و الكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي"

<sup>4</sup> - رأي رقم 06 / ر.ق. ع / م. د / 98 مؤرخ في 22 محرم عام 1419 الموافق 19 مايو سنة 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله للدستور.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

غير أن التعديل الدستوري لسنة 2016 وسع من الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة، وذلك بوجوب عرض الأوامر عليه قبل موافقة البرلمان، إلى جانب مشاريع القوانين طبقاً للمادة 142 "....بعد رأي مجلس الدولة". و تبعاً لذلك نصت المادة 4 من القانون العضوي 98-01 المعدل بموجب القانون العضوي 18-102<sup>1</sup>، على أن مجلس الدولة يبدي رأيه في مشاريع القوانين ومشاريع الأوامر، حسب الشروط التي يحددها القانون العضوي و نظامه الداخلي.

وتتكون اللجنة الإستشارية لمجلس الدولة من رئيس المجلس ومحافظ الدولة ورؤساء الغرف، وثلاثة مستشاري الدولة، مع إمكانية حضور الوزراء الذين تناقش مشاريعهم<sup>2</sup>.

و من أجل التعرف أكثر على الوظيفة الاستشارية، ومتى تكون إلزامية ومتى تكون اختيارية، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث فيه عن طبيعة الاستشارة التي يبديها مجلس الدولة حول الأوامر ( المطلب الأول)، ثم إجراءات وحدود هذا الاختصاص الاستشاري ( المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - القانون العضوي 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018 المعدل و المتمم القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج.ج.ج.ر رقم 15 لسنة 2018.

<sup>2</sup> - المادة 37 من القانون العضوي 18-02، سابق الإشارة إليه.



### المطلب الأول

الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة المتعلق بالأوامر: أي طبيعة قانونية؟

تقتضي الوظيفة الاستشارية تقديم الرأي إلى الهيئة التي تطلبه. وقد ورد في تعريف لها بأنها مجموعة من الآراء التي تصدرها الهيئات الاستشارية حسب قواعد علمية تقع في تدرج هرمي أقل من مستوى القانون<sup>1</sup>.

فدراسة الطبيعة القانونية لإستشارة مجلس الدولة تقتضي البحث في القوة الملزمة للرأي الاستشاري. وبعبارة أخرى إلى أي مدى يتقيد رئيس الجمهورية برأي مجلس الدولة أثناء إصداره للأوامر، خاصة وأن نص الأوامر لا يمر بمرحلة المناقشة والتعديل أمام البرلمان، بل يكون للتصويت عليه دون مناقشة طبقا لنص المادة 142 من الدستور.

و تتلخص الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر بشأن الأوامر في طريقة واحدة تتمثل في إلزامية طلب رأي مجلس الدولة مع حرية الأخذ به ( الفرع الأول)، وهو ما ينتج مجموعة من الآثار المرتبطة بشكل رئيسي بمشروعية الأمر خاصة عند تخلف عنصر من عناصر هذا الإجراء ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التقيد بطلب الرأي دون إلزامية الأخذ به

لا تعد إضافة الأوامر إلى مجال الاستشاري لمجلس الدولة الجزائري بالتوسيع الكبير لهذا المجال، و إنما ضرورة كان لابد منها نظرا للقوة القانونية التي تكتسبها الأوامر بعد موافقة البرلمان عليها. و بالرجوع للمواد 142 و 143 من الدستور نجد

<sup>1</sup> - أحمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، مؤسسه الكتاب الوطنية، الجزائر، 1989، ص

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

أن كل مجالات الاستشارة التي خص بها الدستور مجلس الدولة هي استشارة إلزامية تقتضي عرض مشروع الأمر على مجلس الدولة ليبيدي رأيه فيه. و إذا كان طلب الرأي إلزامي طبقا للدستور، ففي المقابل إن إلزامية إبداء الرأي من طرف مجلس الدولة هي بموجب نص القانون طبقا للمادة 4 من القانون العضوي 18-02<sup>1</sup>. كما تستمد إلزامية الإجراءات و الكيفيات التي تمر بها الإستشارة -من تاريخ إيداع الأمر لدى أمانة العامة للمجلس إلي تاريخ إبداء الرأي حوله- إلزاميتها من المرسوم التنفيذي رقم 98-261<sup>2</sup>.

وتقتصر الإلزامية هنا على أخذ رأي مجلس الدولة حول الأمر<sup>3</sup>، فيكون لرئيس الجمهورية هنا خيارين إما تبني النص الذي اقترحه مجلس الدولة إما كلياً أو جزئياً، أو الإبقاء على النص الأولي الذي تم طرحه، على أن لا يتم وضع تعديل جديد في النص بعد أن يبدي مجلس الدولة رأيه، إلا أننا لا نجد تأكيداً لهذا الطرح إلا في حكم لمجلس الدولة الفرنسي<sup>4</sup>.

وقد جرت العادة أن لا يتم نشر آراء مجلس الدولة المتعلقة بالأوامر و مشاريع القوانين، أو منحها للأفراد كونها تتدرج ضمن فئة الوثائق الإدارية التي ينتهك نشرها أو منحها بمبدأ سرية المداولات الحكومية، على أن المرسوم المنظم لعلاقة الإدارة

<sup>1</sup> - القانون العضوي 18-02 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيم عمله، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 98-261 مؤرخ في 7 جمادى الأولى عام 1419 الموافق 29 أوت سنة 1998، يحدد الإجراءات و كيفياتها في المجال الاستشاري أمام مجلس الدولة، ج.ر.ج.ج. 64.

<sup>3</sup> - زروق العربي، خروبي ياسمين، دور مجلس الدولة في صناعة النصوص القانونية في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 5، العدد 01، 2019 لسنة، ص 107.

<sup>4</sup> - CE 20 décembre 2013, *Fédération française des artisans coopérateurs du bâtiment*, no 357198.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

بالمواطن في الجزائر<sup>1</sup> لم يتطرق إلى سرية آراء مجلس الدولة، عكس المشرع الفرنسي الذي نص على ذلك صراحة في القانون المنظم لعلاقة الفرد بالإدارة<sup>2</sup>. ومع ذلك أصبحت آراء مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بمشاريع القوانين، ابتداء من 19 مارس 2015 تنشر من قبل الحكومة على موقع<sup>3</sup> *Légifrance* بمجرد مناقشتها في مجلس الوزراء، وكاستثناء لا تنطبق هذه الممارسة الجديدة على الأوامر<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 9 من المرسوم التنفيذي 98-261 المحدد لكيفيات وإجراءات الاستشارة فقد بينت أن مسار رأي مجلس الدولة يكون مباشرة إلى الأمين العام للحكومة دون أي إشارة لنشره، وبما أن هذا المرسوم كان يتماشى و القانون العضوي 98-01 قبل تعديله و إدراج الاستشارة في مجال مشاريع الأوامر، فإنه يتعين تحديد الجهة التي يرسل إليها رأي مجلس الدولة بشأنها.

والملاحظ أيضا أن المؤسس الدستوري الجزائري خص الأوامر ومجلس الدولة بطلب الاستشارة إجباريا دون إلزامية الأخذ بها، مما يجعل مجال الاستشارة الاختيارية منعما، والتي عادة ما تكون في وجود النص قانوني. عكس المشرع

---

<sup>1</sup> - المرسوم رقم 131/88، المؤرخ في 04/07/1988، المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن، ج.ر.ج.ج.العدد 27، الصادرة في 06/07/1988 .

<sup>2</sup> - art. L. 311-5, 2°, Code des relations entre le public et l'administration modifié par l'Ordonnance n°2016-1360 du 13 octobre 2016. JORF n°0240 du 14 octobre 2016.

<sup>3</sup> - <https://www.legifrance.gouv.fr/>

<sup>4</sup> - Patrick GERARD, la juridiction administrative, la documentation française, 2017, pp 74-75.

الفرنسي الذي نص على إمكانية طلبها في غياب النص عليها طبقا للمادة 2/112 من قانون القضاء الإداري<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### تداعيات حرية أخذ رأي مجلس الدولة

استنادا إلى ما سبق، نلاحظ أن الحالة العادية التي يحيل فيها رئيس الجمهورية مشروع الأمر لمجلس الدولة لطلب رأيه دون أن يتقيد به، لا ترتب أي أثر على مشروعية الأمر مادام أنه احترمت الإجراءات المحددة لهذا العمل. غير أن عدم طلب رأي مجلس الدولة بإعتباره إجراء إلزاميا مدستر يرتب الآثار التالية:

- فيجعل من الأمر محل رقابة قضائية لعدم مشروعيته الشكلية، وذلك لإخلاله بعيب الشكل والإجراءات، في حالة ما إذا احتفظ الأمر بطابعه الإداري - أي قبل موافقة البرلمان عليه-؛
- أما إذا صدر الأمر بعد موافقة البرلمان و اكتسب قوة التشريع، دون طلب رأي مجلس الدولة، فيكون قد خالف قاعدة دستورية جوهرية مما يجعله عرضت للرقابة على دستوريته.

كما لا يمكن أن تطرح فرضية الرأي المطابق أو الأخذ برأي مجلس الدولة، لأن المؤسس الدستوري تدارك الخطأ اللغوي في التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث كانت المادة 119 من دستور 1996 تنص على الأخذ برأي مجلس الدولة، فضلا عن إلزامية طلب الاستشارة يشترط تطابق رأي مجلس الدولة مع مشروع

<sup>1</sup> - l'article L. 112-2 du code de justice administrative; Nicole BELLOUBET-FRIER, Conseiller d'État, Revue Pouvoirs, 4 n° 123, 2007, p 37.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

القانون<sup>1</sup>، على الرغم من أن نفس المادة اختلفت صياغتها باللغة الفرنسية<sup>2</sup>، لتصبح بعد ذلك صياغة المادة 142 تتوافق و الصياغة باللغة الفرنسية، وتجعل من الأخذ برأي مجلس الدولة مسألة اختيارية، وإن كان عمليا الأخذ برأي مجلس الدولة هو الأصح لتفادي الوقوع في عيب من عيوب المشروعية، طالما أن الرأي يكون قبل بت البرلمان في مشروع الأمر الذي يحمل طابع إداري. وعلى الرغم من أن طلب رأي مجلس الدولة مرحلة إجرائية إلزامية بموجب الدستور، إلا أن النصوص القانونية لم تنص على أي جزاء يترتب على مخالفتها.

### المطلب الثاني

#### نقص التفصيل في إجراءات طلب الاستشارة.

نص القانون العضوي 18-02 في المادة 4 منه، على أن مجلس الدولة يبدي رأيه في مشاريع الأوامر حسب الشروط التي يحددها هذا القانون والنظام الداخلي للمجلس. ونظرا لعدم تفصيل هذا القانون بصفة جلية في الإجراءات الواجب إتباعها بشأن مشاريع الأوامر، سنحاول في هذا المطلب تحديد الإجراءات التحضيرية والموضوعية أثناء طلب رأي مجلس الدولة (الفرع الأول)، غير أن اختلاف أنواع الأوامر لا يجعل جميعها خاضعة لإجراء طلب الاستشارة من مجلس الدولة (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - وليد شريط، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، سنة 2012، ص 223

<sup>2</sup> - عزوي عبد الرحمن، آليات تنظيم العملية التشريعية طبقا لأحكام الدستور و القانون العضوي لسنة 99-02 لسنة 1999 المتعلق بتنظيم العلاقة البيئية لغرفتي البرلمان والحكومة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد 4، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2006، ص 19.

## الفرع الأول

### الإجراءات المتبعة لطلب رأي مجلس الدولة

في غياب المرسوم التنفيذي الذي يتماشى مع إضافة الإجراءات الخاصة بالاستشارة حول مشاريع الأوامر، نص القانون العضوي 18-02 على بعض الأحكام والإجراءات المتبعة بشأنها، غير أنه لم يظهر إلزامية إخطار مجلس الدولة صراحة بها، كما فعل بشأن مشاريع القوانين في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 98-261<sup>1</sup>.

ومع ذلك تضبط الوظيفة الاستشارية لمشاريع الأوامر بمجموعة من الشروط نص عليها نفس القانون، وذلك بعد تعديل المادة 41 التي كانت تمنح للتنظيم صلاحية تحديد أشكال وكيفية الإجراءات في المجال الاستشاري. واستنادا إلى ما سبق سنحاول في هذا الفرع تحديد المراحل الإجرائية التي تتبعها الهيئة الاستشارية، من بداية إخطار مجلس الدولة إلى غاية إصدار رأيه. لذلك سيتم الحديث عن المراحل التحضيرية (البند الأول)، ثم المراحل الموضوعية (البند الثاني).

## البند الأول

### المراحل التحضيرية

طبقا للمادة 115 من النظام الداخلي لمجلس الدولة<sup>2</sup>، فإنه بعد إعداد مشروع الأمر واتخاذه في مجلس الوزراء، يخطر الأمين العام للحكومة مجلس الدولة بذلك. وترتبط إلزامية إخطار مجلس الدولة بإلزامية طلب رأيه، على أن الأمين العام

<sup>1</sup> - جاء نص المادة كما يلي: "يتم وجوبا إخطار مجلس الدولة بمشاريع القوانين".

<sup>2</sup> - النظام الداخلي لمجلس الدولة، الصادر في 27 أكتوبر 2019 الموافق لـ 28 صفر 1441، ج.ج.ج.ج. رقم 66، لسنة 2019.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

للحكومة يقوم بإخطار مجلس الدولة في جميع أنواع النصوص القانونية، عكس المؤسس الفرنسي الذي نوع الهيئات التي يحق لها الإخطار بتنوع النصوص القانونية<sup>1</sup>.

ويكون إرسال مشروع الأمر لمجلس الدولة مرفقا بجميع الوثائق و المستندات الخاصة به<sup>2</sup>، والتي يفترض أن تشمل عرض للأسباب والوقائع المادية، وتقرير وزاري، واجتهادات قضائية، واتفاقيات دولية إن وجدت. بمعنى جميع الوثائق التي من شأنها تدعيم وتسبب وتبيان ضرورة وأهمية اتخاذ الأمر.

وبعد تسليم مشروع الأمر بجميع مستنداته، يقوم رئيس مجلس الدولة بتعيين مقرر من اللجنة الاستشارية، الذي يقوم بدوره بسير الأشغال وكيفيات تنفيذ مهمته، كما يحدد برنامج الاجتماعات والجلسات الضرورية، لاسيما مع ممثلي القطاع الوزاري الذي له علاقة مباشرة بمشروع الأمر<sup>3</sup>، مع إمكانية زيادة عدد المقررين بحسب أهمية المشروع وحجم العمل المتطلب لدراسته<sup>4</sup>، وبالإضافة إلى ما سبق يعد المقرر التقرير النهائي لرأي مجلس الدولة على ضوء الملاحظات المسجلة أثناء

<sup>1</sup> - بعد تعديل الدستور الفرنسي سنة 2008، أصبحت المادة 39 منه في فقرتها الأخيرة تنص على إمكانية إخطار مجلس الدولة من طرف رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ بشأن اقتراح القوانين، حيث جاء فيها يلي:

Art 39 : « .....Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ».

<sup>2</sup> - المادة 115 من النظام الداخلي لمجلس الدولة، سابق الإشارة اليه.

<sup>3</sup> - المادة 124 من النظام الداخلي لمجلس الدولة، سابق الإشارة اليه.

<sup>4</sup> - المادة 122 من النظام الداخلي لمجلس الدولة، سابق الإشارة اليه.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

المناقشات<sup>1</sup>. على أن هذه الإجراءات تكون مطبقة في الحالة العادية، أي ما لم ينبه الوزير الأول على استعجال مشروع الأمر في الحالات الاستثنائية<sup>2</sup>، فما أن ينبه بذلك تستبعد الإجراءات العادية لتطبق مكانها الإجراءات الخاصة بحالة الاستعجال، وتدرس اللجنة الاستشارية مشروع الأمر في أقصر الآجال لكن من طرف نفس الهيئة و بنفس الإجراءات المتبعة في الحالة العادية<sup>3</sup>.

### البند الثاني

#### المراحل الموضوعية

بعد انتهاء جميع الأشغال، بالإضافة إلى الأعمال المطلوبة من الخبير إن وجد<sup>4</sup>، يقوم المقرر بإعداد تقرير وتهيئته للمناقشة، ثم يبلغ أعضاء اللجنة الاستشارية به. ولا يمكن أن تنعقد هذه الأخيرة إلا بدعوة من رئيس مجلس الدولة ومع إعلام الوزير الأول بذلك<sup>5</sup>. ويهدف هذا الانعقاد شكلا إلى إجراء مناقشة عامة مع أعضاء اللجنة الاستشارية والاستماع لملاحظات محافظ الدولة، و موضوعا لدراسة بطريقة تفصيلية لمشروع التقرير المتضمن مشروع الأمر، والتحقق من مدى مشروعيته ومدى احترامه للشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة. والملاحظ أن الأقسام الإدارية

1 - المادة 131 من النظام الداخلي لمجلس الدولة، سابق الإشارة اليه.

2 - المواد 132-133-134-135 من النظام الداخلي لمجلس الدولة، سابق الإشارة اليه.

3 - المادة 38 من القانون العضوي 18-02 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيم عمله، سابق الإشارة اليه.

4 - المواد من 116 إلى 121 من النظام الداخلي لمجلس الدولة.

5 - إن حضور الوزير الأول أو ممثله لأعمال اللجنة الاستشارية يكون كعضو مستمع فقط، دون أن يشارك في مداوات اللجنة طبقا للمادة 127 من النظام الداخلي لمجلس الدولة.



## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

في مجلس الدولة الفرنسي تلعب دورا هاما في المجال الاستشاري على خلاف مجلس الدولة الجزائري<sup>1</sup>.

وبعد ذلك يتم المصادقة على التقرير النهائي بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، ويرجح صوت الرئيس في حالة التساوي<sup>2</sup>، ليتم بعد ذلك توقيع التقرير النهائي لرأي مجلس الدولة ويرسل للأمين العام للحكومة من طرف رئيس مجلس الدولة<sup>3</sup>. وما يمكن ملاحظته أن النظام الداخلي لم ينص في أي مرحلة من المراحل على نشر رأي مجلس الدولة في الجريدة الرسمية، أو على ضرورة إلحاقه بالأمر عند صدوره.

### الفرع الثاني

#### الأوامر المستثناة من الاستشارة

نصت المادة 142 من الدستور على أن رئيس الجمهورية يشرف بأوامر في المسائل العاجلة وبعد رأي مجلس الدولة في حالتين: الأولى شغور المجلس الشعبي الوطني، والثانية خلال العطل البرلمانية، على أن أنواع الأوامر تتسع لأكثر من ذلك كما ذكرنا سابقا، لتشمل الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية، والأوامر المتخذة لإصدار قانون المالية.

---

<sup>1</sup> - يتكون مجلس الدولة الفرنسي من 5 أقسام إدارية متخصصة تبدي رأيها حول مشاريع الأوامر أو القوانين أو المراسيم حسب موضوعها، تم إنشاؤها بموجب قانون 24 ماي 1872 المتضمن إعادة تنظيم مجلس الدولة، للاستزادة أكثر أنظر:

Edward ARKWRIGHT, Frank BARON, Manuel DELAMARRE, Romaric Lazerges, Les institutions de la France, op.Cit, p160.

<sup>2</sup> - المادة 130 من النظام الداخلي لمجلس الدولة، سابق الإشارة اليه.

<sup>3</sup> - المادة 138 من النظام الداخلي لمجلس الدولة، سابق الإشارة اليه.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

ففي الحالة الاستثنائية نصت المادة 98 من الدستور على أن الجهات الواجب استشارتها تتمثل في رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري ( المحكمة الدستورية حالياً) والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، وهذه الإجراءات الاستشارية تخص الحالة الإستثنائية، أما بالنسبة لاتخاذ الأوامر في إطار هذه الحالة، فلا يتقيد رئيس الجمهورية بأي إجراء من شأنه تدعيم مشروعيتها ما عدا اتخاذها في مجلس الوزراء.

أما بالنسبة للأمر المتخذ لإصدار قانون المالية، فيعتبر إجراء استثنائياً يهدف إلى تفادي تعليق إصدار قانون المالية لأهميته، فلا يحتاج هذا الإجراء لرأي مجلس الدولة حول مشروعية مشروع قانون المالية مادام أنه استوفى جميع المراحل الإجرائية المكونة له، خاصة وأنه من إعداد الحكومة و من اعتماد البرلمان، وأن إصدار قانون المالية بموجب أمر إجراء يهدف إلى تفادي تأخير إصداره. على أن استشارة مجلس الدولة يمكن تصورها في هذه الحالة بشأن تدعيم أحقية رئيس الجمهورية بإصدار قانون المالية، دون إبداء رأيه حول مضمون القانون.

### المبحث الثاني

#### دور جهات القضاء الإداري في رقابة الأوامر

إن اختصاصات مجلس الدولة في مجال الإستشارة سواء أثناء إعداد الحكومة لمشاريع القوانين أو الأوامر، أو حتى أثناء الاستشارة الاختيارية، تعد غير معروفة للعامة مقارنة بالاختصاصات القضائية، والتي تبقى بدون شك أكثر أهمية، بل وغير مقترنة باختصاصاته الإدارية والاستشارية. وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الإنسان على الفصل الوظيفي بين هته الاختصاصات في قرار *PROCOLA*<sup>1</sup>. ومع ذلك فإن التشكيلة الكلية لهذا النظام، عضويا ووظيفيا هي التي تجعل من مجلس الدولة الهيئة الأعلى في نظام القضاء الإداري<sup>2</sup>.

ومادام أن المادة الدستورية كانت صريحة في اعتبار الأوامر لاغية في حالة عدم موافقة البرلمان عليها، ومادام أنها لم تنص صراحة على إخضاعها لأي رقابة سابقة على نشرها، فلا يمكن تصور وجود رقابة قضائية سابقة لإلغاء مشروع الأمر الرئاسي لعدم مشروعيته، كما أن الدور الاستشاري لمجلس الدولة يقتصر على إبداء الرأي بشأنه دون القدرة على إغائه، ومع ذلك فإن مشاريع الأوامر الصادرة في مجال القانون العضوي تخضع للرقابة القبلية للمجلس الدستوري - المحكمة الدستورية حاليا - دون مجلس الدولة.

وبالتالي تنحصر الرقابة القضائية التي يقوم بها مجلس الدولة إما في حالة إصدار الأمر ونشره دون انتظار موافقة البرلمان عليه، وهي الحالة التي إستبعتها المؤسس الدستوري في تعديل 2020، أو إصدار الأوامر في الحالة الاستثنائية، كما تشمل الرقابة القضائية دور مجلس الدولة في عملية الدفع بعدم الدستورية.

استنادا إلى ما سبق ستقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، حول امكانية رقابة الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية (المطلب الأول)، ثم استشعار دور

<sup>1</sup> - *PROCOLA c. Luxembourg*, (Requête no 14570/89), le 28-09-1995, cour européenne des droits de l'homme ; lien du site :

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-28-septembre-1995-association-procola-c-luxembourg-affaire-numero-1457089/> ; consulté le : 12-06-2019.

<sup>2</sup> - Pierre DELVOLVÉ, Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif, Pouvoir : revue française d'études constitutionnelles et politiques, Pao Éditions Du Seuil n°123, novembre 2007, p53.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

مجلس الدولة الإجرائي في تحويل الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري مادام أنها الوسيلة الرقابية الوحيدة التي تمكنه من التحقق من دستورية الأمر دون الفصل فيها، أي التحقق من جدية الدفع لتحويله إلى المجلس الدستوري من عدمه، (المطلب الثاني)

### المطلب الأول

#### الرقابة القضائية على الأوامر في الحالة الإستثنائية

تعد النتيجة الحتمية للإعلان عن الحالة الاستثنائية السماح لرئيس الجمهورية بممارسة كل من الاختصاصين التشريعي والتنفيذي في آن واحد. كما بينا سابقا، أن التكييف القانوني للأوامر المتخذة خلال الحالة الاستثنائية عرف اختلافا فقهيًا<sup>1</sup>. ومادامنا نؤيد الاتجاه الذي اعتبرها خاضعة لرقابة القضاء الإداري أثناء الحالة الاستثنائية وليس بعدها<sup>2</sup>، وما دام أن الاختصاص القضائي الإداري في الجزائر محدد استنادا على المعيار العضوي. سنحاول في هذا المطلب تصور أوجه الرقابة القضائية على الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية من خلال دعوى الإلغاء في الفرع الأول ودعوى المسؤولية في الفرع الثاني.

<sup>1</sup> - عبد العزيز برقوق، ضوابط السمطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2002، ص 138.

<sup>2</sup> - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 98 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على عرض الأوامر بعد انتهاء الحالة الاستثنائية على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها.

## الفرع الأول

### دعوى الالغاء ضد الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية.

إذا ما أخذنا بفكرة ان الأوامر في الحالة العادية وقبل موافقة البرلمان عليها، تعتبر قرارات إدارية، فإن الرقابة على مشروعيتها تشمل جميع أركان هذه القرارات سواء الداخلية أو الخارجية، في حين أن نفس الرقابة المطبقة على نفس القرارات في ظل الحالة الاستثنائية تقتضي استبعاد الرقابة على بعض الأركان. فهي تشير في هذا الإطار إلى توسع مشروعية الأوامر الصادرة في ظل الحالة الاستثنائية، بحيث تستبعد الرقابة القضائية على بعض أركانه و المتمثلة في عيب عدم الاختصاص (أولاً)، وعيب الشكل والإجراءات (ثانياً)، ومخالفة القواعد القانونية (ثالثاً).

### أولاً: عيب عدم الاختصاص

إن الأوامر المتخذة في ظل الحالة الاستثنائية دون مراعاة لقواعد الاختصاص بكافة أنواعه يمكن أن تعتبر مشروعة، مادامت هذه الحالة تبرر اتخاذها. ولو صدرت في الحالة العادية لترتب عليها إلغاء تلك القرارات<sup>1</sup>.

ونجد قراراً قضائياً للمجلس الأعلى سابقاً صادر بتاريخ 1999/07/02<sup>2</sup> يبرر

فيه خرق عيب عدم الاختصاص بالظروف الاستثنائية.

<sup>1</sup> - باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، رسالة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 51.

<sup>2</sup> - وترجع وقائع هذه القضية عندما طعن المدعى بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار جيش التحرير الوطني بالاستيلاء على قطعة أرضه في جويلية 1962. مخالفاً بذلك قواعد الإختصاص، استناداً إلى أن الوالي هو صاحب الاختصاص الأصيل بذلك. إلا أن القاضي اعتبر القرار مشروعاً مادام جيش التحرير الوطني كان صاحب السلطة الوحيد في تلك الفترة، للاستزادة أنظر: حمزة نقاش، الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة الماجستير في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011، ص 129.

### ثانيا: عيب الشكل والإجراءات

إن خصوصية الحالة الإستثنائية تستدعي تجاوز الاجراءات الشكلية الجوهرية والثانوية لاتخاذ الأوامر، دون أن تعاب قانونيا مشروعيتها مادام الهدف من اتخاذها هو مواجهة تلك الحالة.

وقد أكد القضاء الجزائري من خلال قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا بتاريخ 1996/03/31 في قضية والي ولاية تلمسان ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية تيرني، القاضي برفض إلغاء قرار الوالي بشأن بتوقيف رئيس المجلس الشعبي البلدي عن أداء مهامه دون اتباع الإجراء المنصوص عليه في المادة 32 من ق. البلدية والتي تقتضي بالإستماع إلى أعضاء المجلس الشعبي الوطني. وبرتت الغرفة الإدارية قرارها باستحالة تطبيق المادة 32 وتمتع القرار بالمشروعية الإستثنائية<sup>1</sup>.

### ثالثا: مخالفة الأوامر للقواعد القانونية

تبيح الحالة الإستثنائية باعتبارها طرفا من الظروف الإستثنائية، لرئيس الجمهورية اتخاذ أوامر مخالفة للقوانين متى كان ذلك ضروريا، خاصة وأننا نعتبرها في نفس درجة القرارات الإدارية، فإن المخالفة تشمل جميع القوانين التي تلونها درجة. ولا نجد لهذه الحالة أي حكم في القضاء الجزائري يفيد بتأكيد هذه القاعدة، أو تقييم ضرورة مخالفة القوانين من عدمه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - قرار رقم 110145، فهرس 519، المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، مؤرخ في 1996/07/07، قرار غير منشور، أشار إليه: بدران مراد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الإستثنائية للدولة، مرجع سابق، ص 211.

<sup>2</sup> - للاستزادة أنظر: بدران مراد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الإستثنائية للدولة، مرجع سابق، ص 214.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

وحتى وإن سمحت الظروف الاستثنائية ومنها الحالة الإستثنائية، بتجاوز العيوب الثلاث السابقة، إلا أنها لا تمنع من فرض الرقابة القضائية على سبب اتخاذ الأوامر، أو الإنحراف في استعمال السلطة، فليس من شأن هذه الظروف أن تبرر ما أصابه من عيب في ركن السبب أو الإنحراف عن الغاية الأساسية التي دفعت لاتخاذها. وذلك تحت طائلة تعرضها للإلغاء بنفس المعايير التي تستعمل في الحالة العادية<sup>1</sup>.

كما يراقب القاضي الإداري ركن الغاية من إصدار الأمر، بنفس المعايير التي يستعملها في ظل الظروف العادية. كضمانة لحماية حقوق وحريات الأفراد ضد الإجراءات والتدابير المستعملة في الحالة الإستثنائية. وقد أيد مجلس الدولة هذا الطرح من خلال العديد من القرارات، نذكر منها قرار مجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ 1924/10/31 في قضية **Cotte**<sup>2</sup> حيث تتلخص وقائع القضية خلال الحرب العالمية الأولى، أين قامت سلطة الحكم العرفي بأصدار قرار بتمزيق الإعلانات التي يشتبه في أنها مؤيدة لألمانيا وتمزيق دعامتها، فطعن أصحاب شركات الدعاية في هذا القرار لإنحراف في استعمال السلطة، وقد قضى مجلس الدولة بأنه إذا كان تدمير الإعلانات هو أمر تحتمه ظروف الحرب إلا أن تدمير دعامتها أمر مبالغ فيه، مما يؤدي إلى إلغاء القرار لإصابته بعيب إساءة استعمال السلطة.

<sup>1</sup> - رضية بركايل، مبدأ المشروعية في ظل الظروف الإستثنائية للدولة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020، ص 309-312.

<sup>2</sup> - أشار إلى القرار رضية بركايل، المرجع السابق، ص 320، C.E, 31 octobre 1924, Cotte.

## الفرع الثاني

### دعوى المسؤولية الإدارية ضد الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية.

شدد مجلس الدولة الفرنسي على مسؤولية الدولة في ظل الظروف الإستثنائية وأقامها على أساس الخطأ الجسيم<sup>1</sup>، خاصة وأن الحالة الاستثنائية تقرر باستعمال الأوامر دون شروط كتلك الصادرة في الحالة العادية، فاستعمال هذه السلطة قد يترتب عليه إلحاق الضرر بالأفراد في بعض الأحيان من أجل مواجهة الحالة الإستثنائية. مما يقيم مسؤولية الهيئة المصدرة على أساس الخطأ (أولاً) وبدون خطأ (ثانياً).

### أولاً: المسؤولية القائمة على أساس الخطأ

تترتب المسؤولية على أساس الخطأ في دعوى المسؤولية ضد الأوامر الصادرة في الحالة الإستثنائية إذا تجاوزت حدود المشروعية الإستثنائية، كإصدار لرئيس الجمهورية للأمر استناداً إلى وقائع مادية غير صحيحة أو عدم توافر العناصر التي تحدد قيام الحالة الإستثنائية وتبرر اتخاذ تلك الأوامر. أو الانحراف في استعمال السلطة بحيث لم تستهدف الحفاظ على النظام العام ، ونلاحظ ان الرقابة هنا تشمل نفس العناصر في دعوى الإلغاء أي ركن السبب والغاية وبنفس المعايير التي يعتمد عليها في الظروف العادية. فأى مخالفة لقواعدهما والمتسببة في ضرر للأفراد تقيم المسؤولية على أساس الخطأ، ويتقرر لكل دي مصلحة الحق في التعويض<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - بدران مراد ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الإستثنائية للدولة، المرجع السابق، ص 247.

<sup>2</sup> - - ، ص 250.



### ثانيا: المسؤولية بدون خطأ

عرفت المسؤولية بدون خطأ مقارنة بالمسؤولية على أساس الخطأ في ظل الظروف الإستثنائية تطبيقا واسعا. إذ يمكن إقامتها على أساس المخاطر إذ يكفي لتعويض المتضرر أن يثبت العلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر الذي أصابه دون أن يثبت خطأ الإدارة، وهذه الحالة لا يمكن تصورها في الأوامر مادامت تعتبر قرارات إدارية لا نشاط مادي لرئيس الجمهورية. عكس المسؤولية القائمة على إخلال بمبدأ المساواة امام الأعباء العامة، ففي الحالة الإستثنائية قد يختل التوازن بين الأفراد إذا ما صدر أمر رئاسي يحمل فئة فقط من الأفراد أعباء وتكاليف دون فئة اخرى، ولكي تتحقق المساواة بين الفئة التي استفادت من عمل الإدارة والفئة التي تصررت منه يجب منح التعويض للفئة المتضررة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

#### الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية

جعلت المادة 195 من الدستور<sup>2</sup> آلية الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائيا، تتبلور من خلاله الرقابة البعدية أو اللاحقة على دستورية جميع النصوص التشريعية. وجاء تبني هذا النوع من الرقابة كدعامة أساسية للرقابة على دستورية القوانين التي يمارسها المجلس الدستوري بناء على إخطار مسبق، لتقرير مدى مطابقة الأحكام القانونية الصادرة والقابلة للتنفيذ لنصوص الدستور. كما ترد هذه

<sup>1</sup> - رضية بركايل، المرجع السابق، ص 334.

<sup>2</sup> - من خلال النص على امكانية إخطار المجلس الدستوري - المحكمة الدستورية حاليا- بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يكون الإدعاء في المحاكمة أمام جهة قضائية.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الرقابة أيضا بعد التصويت على القانون في البرلمان وقبل إصداره من رئيس الجمهورية.

وتماشيا مع مضمون هذه المادة، فسرت المادة 2 ف1 من القانون العضوي 16-18 أن إثارة الدفع بعدم الدستورية يكون أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، باختلاف درجاتها.

وما بين تقديم الدفع أمام قضاء الموضوع، ووصوله إلى المجلس الدستوري ليفصل في دستوريته، يخضع الدفع بعدم الدستورية للفحص إلى مرحلتين، بهدف التأكد من جديته وضرورة إحالته.

وبالتالي سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد مجمل الشروط الواجب توافرها في الدفع (الفرع الأول)، ودراسة جانبه الإجرائي أمام المحكمة الإدارية، ومجلس الدولة قبل تحويله إلى المجلس الدستوري (الفرع الثاني)، بهدف استشعار الدور الرقابي للمحكمة الإدارية ومجلس الدولة أثناء ممارسة هذه النوع من الرقابة.

### الفرع الأول

#### شروط قبول الدفع بعدم الدستورية

إن الخطوة التي اتخذها المؤسس الدستوري الجزائري سمحت للأفراد المتقاضين من إثارت عدم دستورية أي قانون محل النزاع. فبالرغم من أن هذا الحق غير مطلق وغير مباشر للأفراد إلا أن تقديم الدفع يكون أمام أي جهة قضائية<sup>1</sup>. وباستقراء المادة 195 من التعديل الدستوري 2020 يتضح أن دعوى الدفع بالرغم من كونها

<sup>1</sup> - رحموني محمد، رحلي سعاد، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، مجلة دفاتر السياسة و القانون، المجلد 11، العدد الأول، 2019، ص 75.



## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عن طبيعة و مضمون النزاع. وأما شرط "التسبيب" فيقصد به التعليل والتبرير الجدي والكافي لمساس عدم دستورية القانون المطعون فيه بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، بتبيان أوجه الخرق أو انتهاك، حتى تتمكن المحكمة من التحقق من جدية الدفع، كما يجب أن تتضمن العريضة تحديد النص المطعون فيه بدقة، هل يتعلق بمادة أو ببند، لتسهيل عملية فحص الدفع، وتمكين المحكمة المثار أمامها البث فيه في أقصر الآجال<sup>1</sup>.

كما يشترط أن يكون الدفع من أحد أطراف الدعوى فقط<sup>2</sup>، إذ أن هذا الحق يشمل جميع الأشخاص المرتبطين بالنزاع سواء كان مدعى، أو مدعى عليه، أو معارضا، أو مستأنفا، مادامت تتوفر فيه شروط التقاضي، ولا تؤخذ الطبيعة القانونية للمتقاضي بعين الاعتبار هنا<sup>3</sup>. إلا أن التساؤل الذي قد يطرح بخصوص هذا الشرط، يتعلق بحق المعني بالتدخل في الخصومة في إثارة الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي؟ نجد الاجابة على هذا التساؤل في نص المادة 197 من القانون رقم 08-09<sup>4</sup> المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، فسواء كان التدخل أصليا أو فرعيا، فإن المعني لا يكتسب حق إثارة الدفع بعدم الدستورية، لأن دوره يرتبط بتأييد إدعاءات أحد الخصوم، عكس الإدخال في الخصومة الذي نصت عليه المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يجعل المعني في مركز شبيه بمركز

<sup>1</sup> - رحموني محمد، رحلي سعاد، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> - لا يمكن للقاضي أن ينظر في الدعوى الأصلية فيما يخص إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين من تلقاء نفسه، وإنما يكون ذلك بطلب من أطراف الدعوى.

<sup>3</sup> - يمكن أن يكون المتقاضي الذي دفع بعدم دستورية النص التشريعي، شخصا معنويا أو طبيعيا.

<sup>4</sup> - قانون إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

المتقاضين مما يسمح له بإثارة الدفع بعدم الدستورية في حالة ما اتضح أن القانون محل النزاع يمكن أن يمس بالحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور<sup>1</sup>.  
وتطبق هذه الشروط الشكلية على جميع الدفوع، سواء قدم الدفع أمام محاكم أول درجة أو محاكم الاستئناف أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة و إلا حكم بعدم القبول.

إضافة إلى هذه الشروط، يخضع الدفع بعدم الدستورية لشروط شكلية الأخرى منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من صفة ومصلحة، والمواعيد المقررة قانوناً<sup>2</sup>.

### البند الثاني

#### الشروط الموضوعية

أما موضوعاً، فقد نصت المادة 8 من القانون العضوي 18-16 سابق الإشارة إليه، على أن يكون الحكم التشريعي المعترض عليه محل النزاع، إذ يمكن للقاضي رفض الدفع بعدم الدستورية إذا اتضح له أن الحكم التشريعي المطعون بعدم دستوريته لا يتصل بالنزاع المعروض عليه.

والملاحظ أن استعمال مصطلح الحكم التشريعي في المادة 8 من القانون العضوي، والمادة 195 من الدستور يخرج القانون من مفهومه الضيق ليشمل جميع النصوص التشريعية الصادرة من البرلمان، والنصوص التي تحمل قوة القانون، ويستثنى من هذه المادة من الدستور القوانين العضوية و القوانين التنظيمية للبرلمان

<sup>1</sup> - أوكيل محمد امين، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> - المادة 13 من القانون رقم 08\_09، سابق الإشارة إليه.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

لأنها تخضع قبل إصدارها للرقابة الدستورية الوجوبية<sup>1</sup>، إضافة إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية، ليبقى الأمر مقتصرًا فقط على القوانين العادية والأوامر الصادرة في مجالها، والتنظيمات.

كما اشترطت نفس المادة من الدستور، واستنادًا عليها المادة الثانية من القانون العضوي رقم 16-18 سابق الإشارة إليه، أن يتضمن النص التشريعي انتهاكا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا. ومع عدم حصر القانون العضوي رقم 16-18 لحقوق والحريات التي يمكن أن يسبب بها المتقاضين الدفع. يتعين على المجلس الدستوري الاجتهاد لتحديد المقضيات التشريعية ذات القيمة الدستورية التي تتضمن النص على حقوق و حريات.

ومن بين الشروط الموضوعية التي اتفق المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري على اعتمادها، هي أن لا يكون قد صدر حكم<sup>2</sup> سابق في دستورية النص المطعون فيه مالم تتغير الظروف، فلا يجوز الطعن فيه عن طريق الدفع بعدم الدستورية، إلا إذا استند الطاعن على قاعدة دستورية أخرى، تختلف عن تلك التي استند عليها المجلس في حكمه السابق<sup>3</sup>.

كما يشترط في الدفع أن يتسم بالجدية<sup>4</sup>، فدور القاضي هنا هو تقدير مدى جدية المبرر الذي جعل من القانون غير دستوري ليوقف الفصل في الدعوى، و

<sup>1</sup> - المواد 142، 140، 190 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - نصت المادة 198 من الدستور الجزائري على أن آراء و قرارات المجلس الدستوري ملزمة لجميع السلطات، وهو ما أكدته النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري في المادة 10 منه، لأنه حائز على قرينة الدستورية.

<sup>3</sup> - محمد بن عراب، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في النظمة الدستورية المقارنة، مجلة الإجتهد القضائي، العدد 16، مارس 2016، ص18.

<sup>4</sup> - المادة 8 من القانون العضوي المحدد لشروط و كفاءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

يحيلها الى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري حسب الحالة، وهذا لا يعني أن يتحقق القاضي من عدم دستورية القانون حتى يحيله إلى المحكمة الدستورية، وإنما معناه أن يشك في دستورية القانون لتقرير مدى جدية الدفع<sup>1</sup>.

و قيام قاضي الموضوع بفحص الدفع المقدم من الخصوم بعدم الدستورية النص القانوني، إنما هو اعتراف ضمني من المؤسس الدستوري بدور الهيئات القضائية في المساهمة في اكتشاف العيب الدستوري الذي يشوب النص لقانوني، لكن دون أن ترقى هته المساهمة إلى الفصل في مدى دستورية القانون، ليحتفظ المجلس الدستوري بالاختصاص الأصيل في البت في مسألة الدستورية.

وبالنسبة للمهلة، فقد اتبع المجلس الدستوري الجزائري نفس المنهج الفرنسي، حيث حدد المدة ب 04 أشهر، ويمكن تمديدها لمدة 04 أشهر أخرى بناء على قرار مسبب من طرف المجلس ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار حسب ما نصت عليه المادة 2/189 من الدستور<sup>2</sup>.

ويبين الجدول التالي مجمل الشروط المذكورة سابقا بايجاز:

<sup>1</sup> - رحموني محمد، رحلي سعاد، المرجع السابق، ص77.

<sup>2</sup> - تنص المادة 2/198 على أنه: "عندما يُخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ إخطاره. ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر بناء على قرار مسبب من المجلس ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار. يحدّد المجلس الدستوري قواعد عمله. للاستزادة أنظر: عمار عباس، ونفيسة بختي، تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري، مجلة الفكر البرلماني، عدد 21، 2008، ص من 06 إلى 12.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

- وجود دعوى قضائية قائمة
- مذكرة منفصلة و مكتوبة
- الصفة و المصلحة المباشرة

الشروط الشكلية

- المساس بالحقوق و الحريات العامة المحمية دستوريا
- جدية الدفع المقدم
- أن يكون الحكم التشريعي المعترض عليه محل النزاع
- لم يتم التصريح من طرف المجلس الدستوري بمطابقة النص موضوع النزاع للدستور، ما لم تتغير الظروف.

الشروط الموضوعية

### الفرع الثاني

#### اختصاصات جهات القضاء الإداري في معالجة الدفع

بما أننا نحاول إيجاد الحلول الممكنة لتفعيل الرقابة القضائية على الأوامر، التي يتباين تكييفها القانوني بين قرارات إدارية ونصوص تشريعية، وبما أن المحكمة الإدارية هي أولى درجات التقاضي في المنازعات الإدارية، سنفصل الدور المنوط بها في هته الدعوى (البند الأول)، ثم الدور الخاص بمجلس الدولة (البند الثاني).

#### البند الأول

##### دور المحكمة الإدارية

بالرجوع إلى لقانون العضوي المنظم لشروط الدفع بعدم الدستورية، يلاحظ أن المؤسس الدستوري لم يجعل لمحكمة الموضوع دورا قضائيا، بل جعل دور محكمة الموضوع إجرائيا فقط .



## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

فإذا ارتأى أحد الأفراد أثناء سير الدعوى أن الأمر الرئاسي محل النزاع غير دستوري، جاز له تقديم مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة<sup>1</sup> ما لم تنظر المحكمة في دستوريته سابقا.

وللمحكمة الإدارية التأكد من استقاء المذكرة المنفصلة للشروط الشكلية والموضوعية المذكورة سابقا، والبت فورا فيها إما بقبول إحالة الدفع لمجلس الدولة، أو رفضه<sup>2</sup>.

والملاحظ أن قرار الإحالة مرتبط بالإضافة إلى الشروط الأخرى، بجدية الوجه المثار، فللمحكمة السلطة التقديرية في التماس جدية الدفع، مما يجعل القاضي العادي، قاضيا دستوريا، كونه يشكك في دستورية النص القانوني محل النزاع<sup>3</sup>. لذا نتساءل عن العناصر العملية التي تستعملها المحكمة للتحقق من مطابقة الأمر الرئاسي للنص الدستوري ومقارنته به، خاصة و أن النصوص الدستورية في الجزائر تتميز بعدم الثبات ونقص النظرة المستقبلية، التي يفترض فيها التوافق مع تغير الظروف ومواكبة الاتساع المستمر لدائرة الحقوق والحريات العامة.

فمن البديهي أن عدم توافر الشروط المنصوص عليها قانونا يؤدي إلى رفض مذكرة الدفع، ويبلغ الرفض إلى أطراف الدعوى فقط. وفي تعقينا على هذا الاختصاص التقديري الممنوح لها، من الأجدر مقابلة السلطة التقديرية بالرقابة، كتبليغ قرار الرفض مرفقا بتسبيب للمجلس الدستوري، وفي حالة ما لم يقتنع المجلس الدستوري بسبب رفض إحالة الدفع بعدم الدستورية، يمكن له طلب إعادة

<sup>1</sup> - المادة 6 من القانون العضوي 18-16، سابق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - ألزمت المادة 7 من نفس القانون الجهة القضائية بالأحالة الفورية لمذكرة الدفع.

<sup>3</sup> - رحموني محمد، رحلي سعاد، المرجع السابق، ص 78.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

النظر في قرار الرفض، أو الفصل فيه بعد أخذ رأي مجلس الدولة. ففي حالة عدم ابداء المجلس الدستوري لأي رد على القرار المسبب، فيكون تقديمه في هذه الحالة من باب الإطلاع لا أكثر. أما إذا علق على قرار الرفض، ففي هذه الحالة يجب تحديد حجية قرار الإحالة. ومع انعدام فصل النصوص القانونية في هذا الطرح، نرى أن التطبيق الواقعي له، أجدر بتقديم إجابة فاصلة لحدود تقدير جدية الدفع.

كما لا يمكن الاعتراض على هذا القرار إلا أثناء تقديم طعن بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه<sup>1</sup>. وفي رأينا أن تأخير الطعن في قرار رفض إحالة الدفع إلى غاية صدور الحكم النهائي في النزاع، يتعارض مع الدوافع التي أدت إلى دسترة الدفع بعدم الدستورية، وضرورة حماية الحقوق والحريات العامة خاصة وأن المنازعات القضائية تأخذ مدة طويلة حتى يتم الفصل فيها.

أما إذا تم قبول الدفع، فتحال المذكرة على مجلس الدولة خلال 10 أيام من صدور قرار القبول مع عرائض ومذكرات الأطراف و يبلغ لهم، ويلاحظ أن عدم احترام مدة الإحالة لا يترتب أي جزاء قانوني، و حتى قرار قبول الاحالة لا يمكن أن يكون محلا للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية<sup>2</sup>.

و يترتب على إحالة مذكرة الدفع لمجلس الدولة كقاعدة عامة، وقف الفصل في الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، إلى حين توصلها بقرار مجلس الدولة أو المجلس

<sup>1</sup> - طبقا للفقرة الثانية من المادة 9 من القانون العضوي 18-16، سابق الاشارة اليه.

<sup>2</sup> - المادة 9 من القانون العضوي 18-16، سابق الاشارة اليه.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

الدستوري في حالة إخطاره، دون الحاجة إلى وقف سير التحقيق أو اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة<sup>1</sup>.

إلا أنه، واستثناء لا توقف المحكمة الإدارية الفصل في الدعوى، عندما يكون الشخص محروم من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال. وبالتالي إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها، توقف جهة الاستئناف الفصل فيه، إلا في حالة توفر الحالات المنصوص عليها سابقاً<sup>2</sup>.

### البند الثاني

#### مجلس الدولة.

تبعاً لمبدأ حتمية حماية الحقوق والحرريات، منح المؤسس الدستوري الحق لأطراف الدعوى الدفع بعدم دستورية النص القانوني محل النزاع أمام مجلس الدولة، وتطبق في هذه الحالة جميع الأحكام السابقة مع اختلاف في آجال البت في إحالة الدفع للمجلس الدستوري. فقد منح لمجلس الدولة أجل شهرين لإحالاته<sup>3</sup>، تحت طائلة الرفض إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة في المادة 8 من القانون العضوي 18-16.

<sup>1</sup> - المادة 10 من نفس القانون العضوي.

<sup>2</sup> - المادة 11 من القانون العضوي 18-16، سابق الإشارة إليه..

<sup>3</sup> - طبقاً للمادة 14 من القانون العضوي سابق الإشارة إليه.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

أما في حالة مذكرة الدفع التي تم إحالتها من طرف المحكمة الإدارية، يوجه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى رئيس مجلس الدولة ، الذي يستطلع فوراً رأي محافظ الدولة<sup>1</sup>، كما يحق للأطراف تقديم ملاحظاتهم المكتوبة لمجلس الدولة.

والملاحظ أن القانون العضوي 16-18 لم يفصل في الإجراءات المتبعة في حالة رفض إحالة مذكرة الدفع إلى المجلس الدستوري، سواء إذا قدم أمامه الدفع لأول مرة أم إذا تم إحالته من المحكمة الإدارية، فقد نص القانون العضوي رقم 18-16 في المواد 16 و17 منه على أن ترسل إلى المجلس الدستوري نسخة من قرار الإحالة مسبباً<sup>2</sup>. مما يجعل مجلس الدولة همزة وصل بين المحكمة الإدارية والمجلس الدستوري، كما يجعل من رأيه في الفصل في الإحالة شبه منعدم. إلا إذا ارتى مجلس الدولة أن شرط جدية الدفع غير متوفر، كون أن الشروط الأخرى لا يمكن أن تغفل المحكمة الإدارية عن عدم توفرها، لذلك نرى أنه كان من الأجدر التفصيل في الإجراءات التي يتخذها مجلس الدولة إذ ما شكك في عدم جدية الدفع، أو إلزام المحكمة الإدارية بتقديم تقرير تبرر فيه تقديرها لجدية الدفع.

كما يحال الدفع إذا لم يفصل مجلس الدولة فيه في أجل شهرين، تلقائياً إلى المجلس الدستوري<sup>3</sup>، وهو مالم ينص عليه بخصوص عدم بت المحكمة الإدارية في الأجال المحددة.

وتجدر الإشارة إلى أن دور محافظ الدولة في الدفع بعدم الدستورية قد طرح في التجربة الفرنسية حول النيابة العامة، حيث جاء النص على أن الدفع بعدم

<sup>1</sup> - المادة 15 من القانون العضوي 16-18،، سابق الاشارة اليه.

<sup>2</sup> - المادة 16 من من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، سابق الاشارة اليه.

<sup>3</sup> - المادة 20 من القانون العضوي 16-18، سابق الاشارة اليه.

## الباب الثاني: ميكانزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها

### قوة التشريع

---

الدستورية يثار من أي طرف في الدعوى القضائية، وبالرجوع إلى القانون العضوي الصادر سنة 2009<sup>1</sup> جعل للنيابة العامة ضمناً الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية إذا كانت طرفاً أصلياً في الدعوى، وفي حالة ما لم تكن طرفاً فيها، يحال الدفع إليها لتبدي رأيها حوله.

---

<sup>1</sup> – Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, précitée.

## الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها قوة التشريع

### الاجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري

**التصريح بتطابق النص القانوني مع الدستور**  
في هذه الحالة يحتفظ النص القانوني بمركزه في تدرج القواعد القانونية .

تلتزم جميع السلطات في الدولة بقرار المجلس الدستوري، من سلطات ادارية وقضائية.

**التصريح بعدم تطابق النص القانوني مع الدستور**  
في هذه الحالة يفقد النص التشريعي جميع آثاره ويختفي من النظام القانوني، ابتداءا من تاريخ قرار عدم الدستورية للمجلس الدستوري، كما يمكن للمجلس الدستوري أن يقرر أن تاريخا آخر يفقد فيه النص التشريعي أثره يختلف عن تاريخ قرار المجلس الدستوري. (المادة 191/2 من الدستور).

قرار المجلس الدستوري نهائي ولا يقبل الطعن..

### الاجراءات المطبقة أمام مجلس الدولة

إذا تم تقديم الدفع لأول مرة أمام مجلس الدولة، فعليه تحويله إلى المجلس الدستوري إذا توفرت فيه شروطه، خلال أجل شهرين، ويوقف الفصل في الدعوى إلى غاية صدور قرار مجلس الدستوري. ويطبق نفس الأجال إذا رفع الدفع من المحكمة الإدارية.

يعلم مجلس الدولة الأطراف بقرار احالة الدفع خلال 10 أيام من تقديمه، كما يعلم المحكمة الإدارية في حالة ما إذا تم احالة الدفع من طرفها .

في حالة عدم احالة الدفع إلى المجلس الدستوري خلال أجل شهرين من استلامه من طرف مجلس الدولة، يحال تلقائيا إليه.

### تقديم مذكرة الدفع بعدم الدستورية

#### في حالة قبول مذكرة الدفع

خلال أجل 10 أيام من تقديم مذكرة الدفع أمام القاضي الإداري، يحال قرار الدفع إلى مجلس الدولة.

مرفقا بمذكرات اطراف النزاع، ويتم اعلامهم بهذا القرار، الذي لا يقبل أي شكل من الطعون.

#### في حالة رفض مذكرة الدفع

يبلغ الأطراف بقرار رفض الدفع ، ولا يقبل أي طعن ضد هذا القرار، إلا بمناسبة الطعن في الحكم النهائي الفاصل في النزاع. يقدم الطب قي مذكرة مكتوبة، منفصلة و مسببة.

# خاتمة

إن الرقابة المفروضة على السلطة التنفيذية في إطار ممارستها للتشريع بأوامر، تهدف أساسا إلى التحقق من مشروعيتها ودستوريتها، خاصة وأن مجال الرقابة القضائية على الأوامر مرتبط بتحديد طبيعتها. وتؤثر هذه الطبيعة بدورها بشكل مباشر على نوع الرقابة المفروضة عليها أي أنها تقصى من الرقابة البعدية.

ومادام المؤسس الدستوري الجزائري جعل من موافقة البرلمان على الأوامر العامل الذي قد يغير من طبيعتها، قمنا بتحليل ما إذا بقيت محتفظة بصفة القرار الإداري مادام أنها صادرة عن السلطة التنفيذية، أم أنها تكتسب قوة التشريع طالما أنها تنص في مضمونها على قواعد عامة و مجردة، تعود أصلا للبرلمان.

وما يلاحظ أن الأوامر التشريعية في الجزائر تكتسب قوتها القانونية بمجرد صدورها، فالدستور لا يمنح أي سلطة للبرلمان لمراقبة أعمال السلطة التنفيذية في مجال التشريع، بل أنه يقيد سلطته من خلال إلزامه بالموافقة أو الرفض على تلك النصوص دون مناقشة في أول دورة. و حتى وإن كان البرلمان لا يعدل أو يناقش، فلا يمكننا انكار أن موافقته على الأوامر تلعب دورا في تحديد الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر. وبما أن هذه الدراسة توصلت إلى إمكانية تفعيل الرقابة على الأوامر من طرف هيئة قضائية، كونها الأقدر على كشف الانتهاكات الممكنة لمبدئي المشروعية والدستورية،

وفي رأينا حول طبيعة الأوامر الصادر في شغور المجلس الشعبي الوطني أو في العطلة البرلمانية أنها قرارات إدارية ليحدث بشأنه موقف البرلمان تغييرا حول جعل له قوة القانون بالموافقة ، خاصة وأن الفقرة الثانية من المادة 142 فصلت في طبيعة الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان بجعلها لاغية لا تحدث أي أثر.



كما تحتفظ الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية بطابعها الإداري ، فاتخاذها من طرف رئيس الجمهورية و في مجلس الوزراء، يخفي عنها أي عنصر إجرائي من شأنه التغيير من طبيعتها، كموافقة البرلمان عليها أو البت في طبيعتها قطاعا كقانون المالية الصادر بموجب أمر، و هو ما يستدعي وجود رقابة قضائية علي مشروعيتها كونها الأضمن في الحماية الحقوق و الحريات المنتهكة في تلك الفترة.

وقد كللت هذه الدراسة بالاستنتاجات التالية:

1. أن يكون من الأصح أن يبت ويفصل المؤسس الدستوري في طبيعتها لرفع اللبس عنها، كأن ينص على إخضاع الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية لرقابة القاضي الإداري بكلتا الطريقتين: طريقة الدعوى الأصلية أثناء الحالة الاستثنائية، و طريقة الدفع بعدم الدستورية بعد انتهائها.
2. أن يكون من الأحسن إصدار قوانين تفسيرية بشأن المادة 142 من الدستور لشرح مصطلح الحالات المستعجلة، لما يمكن أن تحمله من تفسيرات تتسع و تضيق حسب رغبة رئيس الجمهورية.
3. كان من الأنسب أن يحدد المؤسس الدستوري الجزائري مصير الآثار المترتبة على الأوامر الصادرة قبل أن يبدي البرلمان رأيه فيها، وبعد ابداء رأيه حولها بعدم الموافقة عليها وقد صدرت وأحدثت آثارها.
4. بالنسبة للأمر المتخذ لإصدار قانون المالية، نرى أنه إجراء استثنائيا يهدف إلى تقادي تعليق إصدار قانون المالية لأهميته، فلا يحتاج هذا الإجراء لرأي مجلس الدولة حول مشروعية مشروع قانون المالية مادام أنه استوفى جميع المراحل الإجرائية المكونة له، فهو إجراء يهدف إلى تقادي تأخير إصداره.

5. إن آلية الدفع بعدم الدستورية تعد إجراء قضائياً، تتبلور من خلاله الرقابة البعدية أو اللاحقة على دستورية جميع النصوص التشريعية.
6. أن المؤسس الدستوري لم يجعل لمحكمة الموضوع دوراً قضائياً، بل جعل دور محكمة الموضوع إجرائياً فقط.
7. من الأحسن تحديد العناصر العملية التي تستعملها المحكمة للتحقق من مطابقة الأمر الرئاسي للنص الدستوري ومقارنته به، خاصة وأن النصوص الدستورية في الجزائر تتميز بعدم الثبات ونقص النظرة المستقبلية، التي يفترض فيها التوافق مع تغير الظروف ومواكبة الاتساع المستمر لدائرة الحقوق والحريات العامة.
8. من البديهي أن عدم توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً يؤدي إلى رفض مذكرة الدفع، ويبلغ هذا الرفض إلى أطراف الدعوى فقط. وفي تعقيبنا على هذا الاختصاص التقديري الممنوح لها، من الأجدر مقابلة السلطة التقديرية بالرقابة، كتبليغ قرار الرفض مرفقاً بتسبب للمجلس الدستوري، وفي حالة ما لم يقتنع المجلس الدستوري بسبب رفض إحالة الدفع بعدم الدستورية، يمكن له طلب إعادة النظر في قرار الرفض.
9. إن تأخير الطعن في قرار رفض إحالة الدفع إلى غاية صدور الحكم النهائي في النزاع، يتعارض مع الدوافع التي أدت إلى دسترة الدفع بعدم الدستورية، وضرورة حماية الحقوق والحريات العامة خاصة وأن المنازعات القضائية تأخذ مدة طويلة حتى يتم الفصل فيها.

10. كان من الأجر التفصيل في الاجراءات التي يتخذها مجلس الدولة إذ ما شكك في عدم جدية الدفع، أو إلزام المحكمة الإدارية بتقديم تقرير تبرر فيه تقديرها لجدية الدفع.

11. إن دور محافظ الدولة الجزائري في الدفع بعدم الدستورية شبه منعدم مقارنة بالنيابة العامة في فرنسا حيث تملك ضمنا الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية إذا كانت طرفا أصليا في الدعوى، وفي حالة مالم تكن طرف فيها، يحال الدفع إليها لتبدي رأيها حوله.

12. نلاحظ اللبس الذي أحدثه المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 2020، بحيث أنه استحدث الرقابة السابقة على الأوامر في المادة 142 منه، وبالمقابل تنص الفقرة 3 من المادة 198 من نفس الدستور على أن قرار المحكمة الدستورية بعدم دستورية الأمر تفقده أثره ابتداءا من يوم صدور قرار المحكمة. ومن المتعارف عليه أن الأعمال التي تكون محلا للرقابة السابقة لا تخضع للرقابة اللاحقة، فيكون من الأصح إدراج الأوامر في الفقرة الثانية من المادة 198 من الدستور التي تنص على عدم اصدار القوانين إذا ما قررت المحكمة الدستورية عدم دستورتها، تماشيا مع الفقرة الثانية من المادة 142.

# قائمة الملاحق

الملحق رقم 1: قرار مجلس الدولة الصادر بـ2020/03/19، يؤكد الطبيعة  
السيادية للمرسوم الرئاسي رقم 111/19 مؤرخ في 31 مارس 2019 المتضمن تعيين  
أعضاء الحكومة.

الملحق رقم 2: : قرار مجلس الدولة الصادر بـ16 ديسمبر 2020 يوضح مراقبة  
مجلس الدولة الفرنسي لأوجه المشروعية الداخلية والخارجية لأمر رئاسي في إطار الدفع  
بعدم دستوريته.

نسخة عادية

## الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

### قرار

مجلس الدولة

الغرفة الخامسة

فصلا في الدعوى المرفوعة بين :

1) : فريدة بلفراق

الكائن مقره (هم) بـ:

و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): هبول عبد الله

الكائن مقره بـ:

2) : ثابت صالح بلقاسم بن احمد

الكائن مقره (هم)

و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): هبول عبد الله

الكائن مقره

رقم الملف: 173930

رقم الفهرس: 20/01194

قرار بتاريخ:

2020/03/19

قضية:

فريدة بلفراق ومن معها

وبين:

1) : رئيس الدولة

الكائن مقره (هم) بـ: قصر المرادية - الجزائر

وبحضور:

1) : نور الدين بدوي

الكائن مقره (هم) بـ: قصر الحكومة شارع الدكتور سعدان - الجزائر

و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): يوسف حمودة

الكائن مقره بـ: 20 شارع مصطفى الوالي السيد (كلود ديبوسي سابقا) الجزائر

2) : احمد قايد صالح نائب وزير الدفاع الوطني رئيس اركان الجيش الوطني الشعبي

الكائن مقره (هم) بـ: شارع علي خوجة تاقارا الأبيار - الجزائر

3) : صابر بوقادوم وزير الخارجية

الكائن مقره (هم) بـ: شارع محمد فاردي العناصر - الجزائر

4) : صلاح الدين نعمون وزير الداخلية والجماعات المحلية

الكائن مقره (هم) بـ: شارع الدكتور سعدان - الجزائر

و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): زراية خميسي

الكائن مقره بـ: حي 384 مسكن عمارة أ 15 رقم 12 سعيد حمدين الجزائر

5) : سليمان براهيمي وزير العدل

ضد /

رئيس الدولة ومن معه

( / )

مبلغ الرسم: 2250 دج

مجلس الدولة  
رئاسة أمانة الضبط



رقم الملف: 173930

رقم الفهرس: 20/01194

صفحة 1 من 13

- الكائن مقره (هم) بـ: ساحة بئر حاكم الأبيار - الجزائر
- 6 (: محمد لوكمال وزير المالية  
الكائن مقره (هم) بـ: حي احمد فرنسيس بن عكنون - الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): الشركة المدنية للمحاماة دهلوك  
الكائن مقره بـ: 56 شارع العربي بن مهيدي الجزائر  
7 (: محمد ارقاب وزير الطاقة  
الكائن مقره (هم) بـ: عمارة أ واد حيدرة بن عكنون - الجزائر  
8 (: الطيب زيتوني وزير المجاهدين  
الكائن مقره (هم) بـ: 2 شارع محمد بن عرفة الابيار الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): زايدي حسين  
الكائن مقره بـ: حي قاريدي 1 عمارة 4 رقم 7 القبة الجزائر  
9 (: يوسف بلمهيدي وزير الشؤون الدينية  
الكائن مقره (هم) بـ: 40 شارع تيمقاد حيدرة - الجزائر  
10 (: عبد الحكيم بلعابد وزير التربية  
الكائن مقره (هم) بـ: 8 شارع بكين بن عكنون - الجزائر  
11 (: الطيب بوزيد وزير التعليم العالي والبحث العلمي  
الكائن مقره (هم) بـ: 11 شارع دودو مختار بن عكنون - الجزائر  
12 (: بلخير دادة موسى وزير التكوين المهني والتجهيز  
الكائن مقره (هم) بـ: طريق دالي ابراهيم بن عكنون - الجزائر  
13 (: مريم مرداسي وزيرة الثقافة  
الكائن مقره (هم) بـ: قصر الثقافة - الجزائر  
14 (: هدى ايمان فرعون وزيرة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات  
والرقمنة  
الكائن مقره (هم) بـ: 4 شارع كريم بلقاسم - الجزائر  
15 (: زؤوف برناوي وزير الشباب والرياضة  
الكائن مقره (هم) بـ: 3 شارع محمد بلوزداد الجزائر  
16 (: غنية الدالية وزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة  
الكائن مقره (هم) بـ: الطريق الوطني 1 بئر خادم - الجزائر  
17 (: جميلة ترازيت وزيرة الصناعة والمناجم  
الكائن مقره (هم) بـ: 2 شارع احمد باي بوقارا الأبيار - الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): أوصديق كريم  
الكائن مقره بـ: 25 شارع احمد عون الحرائش الجزائر

مجلس الدولة  
رقاسية أمارة الضيطة



رقم الملف: 173930  
تاريخ النشر: 20.01.194

- (18): شريف عماري وزير الفلاحة والتنمية الريفية والصيد البحري  
الكائن مقره (هم) بـ: شارع العقيد عميروش - الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): مرابطي عمار  
الكائن مقره بـ: 16 شارع قادري علي باب الوادي الجزائر
- (19): كمال بلجود وزير السكن والعمران والمدينة  
الكائن مقره (هم) بـ: 135 شارع ديدوش مراد - الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): قندوزي رايح  
الكائن مقره بـ: شارع رباعي مرسي باب الوادي الجزائر
- (20): سعيد جلاب وزير للتجارة  
الكائن مقره (هم) بـ: حي الموز المحمدية - الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): الشركة المهنية المدنية للمحاماة بن الشيخ و شركاؤه  
نورالدين بن الشيخ /صراح بن الشيخ/محمد وليد بن  
الشيخ  
الكائن مقره بـ: شارع خليفي الصغير 7 تجزئة بن دياش سطيف
- (21): حسن رايحي وزير الإتصال  
الكائن مقره (هم) بـ: 3 شارع الإخوة بوعندو بئر مراد رايس - الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): بن حديد ابراهيم  
الكائن مقره بـ: حي 780 مسكن L.S.P عمارة 14 رقم 2 المنظر الجميل عين  
بنيان الجزائر
- (22): مصطفى كورابه وزير الأشغال العمومية والنقل  
الكائن مقره (هم) بـ: شارع ارزقي موري بن عكنون - الجزائر
- (23): عبد القادر بن مسعود وزير السياحة والصناعة التقليدية  
الكائن مقره (هم) بـ: 90 نهج ديدوش مراد - الجزائر  
و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): أوصديق وحاس أسيا  
الكائن مقره بـ: 17 حي فونتون بوزريعة الجزائر
- (24): محمد ميراوي وزير الصحة والسكان واصلاح المستشفيات  
الكائن مقره (هم) بـ: 125 شارع عبد الرحمن الأعلى المرادية - الجزائر
- (25): نجاني حسان هدام وزير العمل والتشغيل والضمان الإجتماعي  
الكائن مقره (هم) بـ: 44 شارع محمد بلوزداد - الجزائر
- (26): فتحي خويل وزير العلاقات مع البرلمان  
الكائن مقره (هم) بـ: شارع علي بجاوي الأبيار - الجزائر
- (27): فاطمة الزهرة زرواطي وزيرة البيئة والطاقات المتجددة

مجلس الوزراء  
رقابة أنشطة الأعضاء



رقم الملف: 173930  
تاريخ التحرير: 20/01/194



الكائن مقره (هم) بـ: نهج 4 مدافع - الجزائر

(28): احمد نوي وزير أمين عام الحكومة

الكائن مقره (هم) بـ: ساحة الصديق بن يحي المرادية - الجزائر

(29): علي حمام وزير الموارد المائية

الكائن مقره (هم) بـ: 3 شارع القاهرة القبة الجزائر

### من جهة أخرى

#### إن مجلس الدولة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

التاسع عشر من شهر مارس سنة ألفين و عشرون

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله، المعدل و المتمم.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و 916 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) حدود محمد مستشار الدولة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) بوشدوب موسى محافظ الدولة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

ويعهد المدولة القانونية أصدر القرار الآتي:

#### الوقائع و الإجراءات

بموجب عريضة طعن بالالغاء المودعة بامانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 30 افريل اقام

المدعيان فريدة بلفراق استاذة جامعية و محامية الساكنة بشارع محمد السنوسي رقم 22

سطا باتنة و السيد نايت بلقاسم بن احمد محام المقيم بشارع زيغود يوسف رقم 23

وهران، طعنا بالالغاء مقيد تحت رقم 173930 و ذلك بواسطة محاميها المعتمد لدى

مجلس الدولة الاستاذ هبول عبد الله ضد السيد رئيس الدولة مدعى عليه في الطعن و

بحضور كل من:

- نور الدين بدوي وزير اول مدخل في الخصام.

احمد قائد صالح نائب وزير الدفاع الوطني رئيس اركان الجيش الوطني الشعبي مدخل

في الخصام.

- صابري بوقادوم وزير الخارجية مدخل في الخصام.

- صلاح الدين دحون وزير الداخلية و الجماعات المحلية مدخل في الخصام.

مجلس الدولة  
رقم الملف: 173930  
رقم الجلسات: 20/01194



- سليمان براهيمى وزير العدل حافظ الاختام مدخل في الخصام.
- محمد لوكمال وزير المالية مدخل في الخصام.
- محمد عرقاب وزير الطاقة مدخل في الخصام.
- الطيب زيتوني وزير المجاهدين مدخل في الخصام.
- يوسف بلمهدي وزير الشؤون الدينية و الاوقاف مدخل في الخصام.
- عبد الحكيم بلعابد وزير التربية الوطنية مدخل في الخصام.
- الطيب بوزيد وزير التعليم العالي و البحث العلمي مدخل في الخصام.
- مريم مرداسي وزيرة الثقافة مدخلة في الخصام.
- هدى ايمان فرعون وزيرة البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و تكنولوجيا المعلومات مدخلة في الخصام.
- رؤوف برناوي وزير الشباب و الرياضة مدخل في الخصام.
- غنية الدالية وزيرة التضامن الوطني و الاسرة و قضايا المرأة مدخلة في الخصام.
- جميلة تمازيرت وزيرة الصناعة و المناجم مدخلة في الخصام.
- شريف عماري وزير الفلاحة و الصيد البحري و التنمية الريفية مدخل في الخصام.
- كمال بلجود وزير السكن و العمران و المدينة مدخل في الخصام.
- سعيد جلاب وزير التجارة مدخل في الخصام.
- حسن رابحي وزير الاتصال مدخل في الخصام.
- مصطفى كورابا وزير الاشغال العمومية و النقل مدخل في الخصام.
- علي عام وزير الموارد المائية مدخل في الخصام.
- عبد القادر بن مسعود وزير السياحة و الصناعة التقليدية مدخل في الخصام.
- محمد ميراوي وزير الصحة و اصلاح المستشفيات مدخل في الخصام.
- تيجاني حسان هدام وزير العمل و التشغيل و الضمان الاجتماعي مدخل في الخصام.
- فتحي خويل وزير العلاقات مع البرلمان مدخل في الخصام.
- فاطمة الزهراء زرواطي وزيرة البيئة و الطاقات المتجددة مدخلة في الخصام.
- احمد نوي وزير امين عام الحكومة مدخل في الخصام.

و جاء في عريضة الطعن بالالغاء في المرسوم الرئاسي رقم 111/19 مؤرخ في 31 مارس 2019 المتضمن تعيين اعضاء الحكومة الاوجه التالي ذكرها.

من حيث الشكل:

ان العريضة مشتملة على البيانات القانونية و مدعومة.

و ان المرسوم الرئاسي بتعيين الحكومة يعتبر قرارا تنظيميا و نشر في الجريدة الرسمية

معددة 5 من 13

مجلس الحكومة  
رئاسة الجمهورية



رقم الملف: 173930  
رقم التبريد: 20/01194

بتاريخ 2019/03/31 عدد 20 كما جاء في العريضة ان الطعن الحالي مرفوع في مهلة شهرين المحددة بالمادة 830 ف 5 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.  
من حيث الموضوع:

و جاء في عريضة الطاعنين على الخصوص بعد التذكير بالوقائع و الاحداث التي عاشتها البلاد عن الفترة الممتدة من شهر فيفري الى شهر افريل 2019 ، ان رئيس الجمهورية السابق عبد العزيز بوتفليقة اصدر مرسوما بتاريخ 2019/03/31 بتعيين تعيين اعضاء حكومة الوزير الاول نور الدين بدوي المطعون فيه لاسباب التالي ذكرها.  
1- تعيين السيد نور الدين بدوي وزيرا اولاً دون استشارة الاغلبية البرلمانية بحيث لا يتبين من المرسوم المطعون فيه المتضمن تعين نور الدين بدوي وزيرا اولاً ان الرئيس السابق عبد العزيز بوتفليقة قد استشار الاغلبية البرلمانية المتمثلة في حزب جبهة التحرير الوطني كما يلزمه الدستور و ان هذا الاعمال بعد مخالفة صريحة للمادة 91 ف 5 منه.

2- عدم جواز الجمع بين العفوية في الحكومة و الوظيفة العسكرية بخصوص تعيين الفريق احمد قائد صالح نائب لوزير الدفاع و الذي يشغل في نفس الوقت وظيفة رئيس اركان الجيش الوطني الشعبي و هي وظيفة عسكرية تتناقض العضوية للحكومة ، التي هي وظيفة مدنية و سياسية.

3- و جاء في الوجه الثالث المثار و اقتصاد الحكومة لمخطط عملو الذي لم يعرض على مجلس الوزراء كما تقتضيه المادة 93 فقرة 5 من الدستور .

4- و اثار في الوجه الرابع على ان المادة 94 فقرة 1 التي تنص على ان الوزير الاول يلزم تقديم مخطط عمل الحكومة امام البرلمان للموافقة عليه و هذا الاجراء الذي لم يتم وفقا لما يقتضيه الدستور .

و جاء في خلاصة عريضة الطعن ان الحكومة تمارس عملها دون ان تتوفر على ثقة المجلس الشعبي الوطني ، ملتصقا من حيث الشكل قبول الطعن و من حيث الموضوع القضاء بالغاء المرسوم الرئاسي رقم 111/19 المؤرخ في 2019/03/31 المتضمن تعيين اعضاء الحكومة لاسباب السالف ذكره .

و بتاريخ 2019/07/25 اودع الطاعنان بواسطة دفاعهما الاستاذ هول عبد الله محاضر تبليغ الخاصة بالمدعى عليه و المدخلين في الخصام وفقا لمقتضيات المواد 916 ، 905 ، 904 من انون الاجراءات المدنية و الادارية .

و بموجب عريضة مودعة لدى امانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2019/09/08 اجاب المدخل في الخصام السيد نور الدين بدوي وزير اول و بواسطة دفاعه الاستاذ يوسف

صفحة 4 من 13



رقم الملف: 173930  
تاريخ التوقيع: 20/01/194

حمودة و التي جاء فيها على الخصوص على ان المرسوم الرئاسي موضوع دعوى الحال لا يدخل ضمن الاعمال الادارية للسلطات المركزية و لا يعتبر قرارا اداريا اذ ان المرسوم الرئاسي هو عمل من اعمال السيادة طبقا للدستور ، كما جاء في رده على ان المادتين 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية تمنحان الاختصاص لمجلس الدولة للنظر في الاستئناف في الاحكام الصادرة عن المحاكم الادارية و كذا الطعون بالنقض في القرارات الادارية كما اثار في جوابه انعدام صفة الطالبين وفقا للمواد 132 و 67 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و كذا الاختصاص النوعي للمدخلين الذي يمكن اثارته من قبل القاضي وفقا للمادة 807 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

اما من حيث الموضوع اضاف المدخل في الخصام بواسطة دفاعه انه ليس هناك اي نص يقرر جراء عدم استشارة الاغلبية البرلمانية في تعيين الوزير الاول. مضيفا ان الدعوى تقتقد للاساس القانوني ما بتعين رفضها موضوعا.

و اجاب المدخل في الخصام نائب وزير الدفاع الوطني بموجب عريضة مودعة بامانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2019/06/09 و التي جاء فيها على الخصوص على ان اختصاصات مجلس الدولة جاءت على سبيل الحصر و لا يمكن تجاوزها وفقا للمواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و كذا المادة 9 فقرة 1 منه. القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة.

كما جاء في مذكرة الرد على ان المرسوم الرئاسي موضوع الطعن هو عمل من اعمال السيادة استنادا لنص المادة 86 من الدستور التي تنص على ان رئيس الجمهورية يمارس السلطة السامية في الحدود المثبتة في الدستور ملتصبا بالقضاء عدم قبول الدعوى لسوء التوجيه طبقا لنص المادة 104 من الدستور و القضاء بعدم اختصاص مجلس الدولة في الطعن بالغاء المرسوم الرئاسي على اساس المادة 9 فقرة 1 من القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 و كذا المواد 901، 902، 903، 807 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

و اجاب المدخل في الخصام وزير الداخلية و الجماعات المحلية بموجب عريضة مودعة بواسطة دفاعه الاستاذ زراية خميسي بتاريخ 2019/07/03 و التي جاء فيها على الخصوص في على ان مجلس الدولة غير مختص للفصل في دعوى الالغاء في مثل هذه المراسيم تطبيقا للمادة 901 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي تحدد اختصاص مجلس الدولة كما اضاف ان المرسوم الرئاسي هو عمل من اعمال السيادة



التي لا يجوز الطعن فيها طبقا للمواد 86، 91، 93 من الدستور.

و بموجب عريضة مودعة بامانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2019/09/16 لفائدة المدخل في الخصام شريف عماري وزير الفلاحة بواسطة دفاعه الاستاذ مرابطي عمار و التي جاء فيها على ان الادعاء لا يسند لاي اساس قانوني باعتبار ان المراسيم الرئاسية محضة ضد اي طعن خاصة انها لا تمس اي مركز قانوني للمدعيان ملتستا القضاء بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة و المصلحة و محل الموضوع القضاء بعدم الاختصاص النوعي لمجلس الدولة.

و بموجب عريضة جواب مودعة بامانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2019/07/11 لفائدة المدخل في الخصام وزير الاشغال بواسطة دفاعه الاستاذ بن حنيد ابراهيم و التي جاء فيها على الخصوص انعدام صفة المدعيان طبقا لنص المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية كما جاء في عريضته على ان مجلس الدولة لا يتخصص بالنظر في مثل هذه الدعاوي طبقا للاختصاص المحدد على سبيل الحصر وفقا للمواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية وكذا المادة 9 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة.

و بموجب عريضة جواب مودعة بامانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2019/08/07 بواسطة دفاعه قندوزي رابح لفائدة المدخل في الخصام بلجود كمال وزير السكن و العمران و التي جاء فيها على الخصوص انعدام الصفة لدى المدعيان وفقا لنص المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و كذا انعدام اختصاص مجلس الدولة طبقا لنص المادة 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و كذا القانون العضوي المحدد لاختصاصات مجلس الدولة و في الاخير جاء في رده على ان المرسوم هو من اعمال السيادة التي لا يجوز الطعن فيها بالانغاء.

و بموجب عريضة جواب مودعة لدى امانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2019/10/24 لفائدة المدخل في الخصام محمد لوكال وزير المالية بواسطة دفاعه الاستاذ علي دهلوك و التي جاء فيها الدفع بعدم اختصاص مجلس الدولة النوعي وفقا لنص المادة 901 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي تنص على الاختصاص العضوي لمجلس الدولة و كذا المادة 9 من القانون 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة مضيفا انه لا يوجد اي نص قانوني او تنظيمي يمنح الاختصاص لمجلس الدولة في صحة المراسيم الرئاسية مما يجعله غير مختص للنظر في دعوى الانغاء.  
ملتستا في الاساس القضاء برفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي و لعدم جواز الطعن في المراسيم الرئاسية.

مجلس الدولة  
رئاسة امانة النيابة



رقم الملف: 173930  
رقم التمرين: 20/01194

و بموجب عريضة جواب مودعة بامانة ضبط مجلس الدولة لفائدة المدخل في الخصام وزير التعليم العالي بتاريخ 2019/07/29 و التي جاء فيها على الخصوص على ان المادة 901 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية تحدد اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر مضيفا ان المرسوم الرئاسي موضوع الطعن بالنقض هو من الاعمال السيادية التي لا يجوز الطعن فيها امام مجلس الدولة ،ملتصا بالقضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس .

وبموجب عريضة جواب مودعة لدى امانة ضبط مجلس الدولة لفائدة المدخل في الخصام وزير الصناعة و المودعة بتاريخ 2019/10/24 بواسطة دفاعها الاستاذ اوسديق كريم و التي جاء فيها على ان المرسوم الرئاسي موضوع طلب الالغاء هو من اعمال السيادة طبقا للمادة 86 من الدستور التي تنص على ان رئيس الجمهورية يمارس السلطة السامية في الحدود المثبتة في الدستور و بالتالي فان القرار سيادي لا يحتوي على خصائص القرار الاداري ،ملتصا بالقضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس .

و بموجب عريضة جواب مودعة لفائدة المدخل في الخصام عبد القادر بن مسعود وزير السياحة و المودعة بتاريخ 2019/07/23 بواسطة دفاعه الاستاذة اوسديق اسيا و التي جاء فيها على ان المدخل في الخصام منعدم الصفة لكون الدعوى رفضت ضد شخص كما ان العارض لا تربطه اية صفة بالمدعيان ،ملتصا برفض الدعوى شكلا لانعدام الصفة طبقا للمواد 13 ، 67 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية كما اضاف في مذكرته ان المدعيان خرقا مبدأ تفريد الدعوى ملتصا بالقضاء بعدم قبول الدعوى .

و بموجب عريضة جواب مودعة لدى امانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2019/10/16 لفائدة المدخل في الخصام وزير الصحة و التي جاء فيها على الخصوص على ان مجلس الدولة يحدد اختصاصه حصريا وفقا للقانون العضوي رقم 98/01 و كذا المواد 901 ، 902 ، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية مضيفا ان دعوى الحال لم تشملها الاختصاصات و لم تدرج في القانون العضوي و كذا قانون الاجراءات المدنية و بالتالي فلا يمكن مطالبة مجلس الدولة بما لم يخوله اياه القانون مضيفا ان الامر يتعلق بمرسوم رئاسي يعتبر من اعمال السيادة المحصنة ،ملتصا بالقضاء برفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي .

وبموجب مذكورة جواب لفائدة المدخل في الخصام السيد حلاب السعيد وزير التجارة و المودعة بواسطة دفاعه شركة المحاماة نور الدين بن الشيخ بتاريخ 2019/12/04 و التي جاء منها على الخصوص على الطاعنان لا يجوز ان على حق المصلحة قائمة او محتملة يقر بها القانون كما ان الدعوى رفعت على غير ذي صفة (رئيس الدولة) الذي

مجلس الدولة  
دفاعات المدعى عليه



رقم الملف: 173930  
التاريخ: 20/01/194

يشغل هذا المنصب حين انتخاب رئيس جمهورية لذا يتعين عدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة كما جاء في عريضة على ان المواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية تحدد اختصاصات مجلس الدولة بصفة حصرية لا يمكن تجاوزها و الدعوى الحالية تهدف الى الغاء مرسوم رئاسي و حسب المادة 86 من الدستور فان رئيس الجمهورية يمارس سلطة سامية ،اي ان المرسوم محل الالغاء هو مرسوم سيادي لا يدخل ضمن الاختصاصات المذكورة عند المواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية يتعين عدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص النوعي.

حيث انه تبعا للاجراءات السالف ذكرها تمت احالة ملف الدعوى للسيد محافظ الدولة لاداع تقريره طبقا للقانون.

و بتاريخ 2020/02/17 اودع السيد محافظ الدولة طلباته الكتابية و التي يلتمس من خلالها رفض الطعن المرفوع ضد المرسوم الرئاسي 111/19 المتضمن تعيين الحكومة و جاء في طلباته على ان المرسوم يدخل ضمن الصلاحيات التي يستأثر بها رئيس الجمهورية و المخولة له دستوريا لتشكيل و تنظيم المؤسسات السياسية و هو يمتاز بالحصانة القضائية و لا يخضع لرقابة القضاء.

و بعد استقاء هذه الاجراءات وضعت القضية في المداولة للنطق بالقرار في جلسة 2020/03/19

### وعليه فإن مجلس الدولة

بعد الاطلاع على المواد 91، 94، 95، 104 من الدستور.  
بعد الاطلاع على المواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.  
بعد الاطلاع على المادة 40 من القانون العضوي 98/01 المحدد لاختصاصات مجلس الدولة.

بعد الاطلاع على الوثائق و المسندات المرفقة بملف الدعوى.  
حيث ان مجلس الدولة و بعد الاطلاع على الوثائق و المسندات المرفقة بالملف للطعن بالالغاء المقيد امامه تبين له ان الطلب القضائي ينصب حول الغاء المرسوم الرئاسي رقم 19/111 المؤرخ في 31 مارس 2019 المتضمن تعيين أعضاء الحكومة ،ميررا طلب الالغاء بمخالفة قواعد قانونية جوهرية تتلخص اساسا في عدم استشارة الاغلبية البرلمانية و في عدم جواز الجمع بين العضوية في الحكومة و الوظيفة العسكرية و

صفحة 10 من 13

مجلس الدولة  
رئاسة المحكمة  
التضامن



رقم الملف: 173930  
رقم القوس: 20/01194

يشغل هذا المنصب حين انتخاب رئيس جمهورية لذا يتعين عدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة كما جاء في عريضة على ان المواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية تحدد اختصاصات مجلس الدولة بصفة حصرية لا يمكن تجاوزها و الدعوى الحالية تهدف الى الغاء مرسوم رئاسي و حسب المادة 86 من الدستور فان رئيس الجمهورية يمارس سلطة سامية ،اي ان المرسوم محل الالغاء هو مرسوم سيادي لا يدخل ضمن الاختصاصات المذكورة عند المواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية يتعين عدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص النوعي.

حيث انه تبعا للاجراءات السالف ذكرها تمت احالة ملف الدعوى للسيد محافظ الدولة لايداع تقريره طبقا للقانون.

و بتاريخ 2020/02/17 اودع السيد محافظ الدولة طلباته الكتابية و التي يلتصق من خلالها رفض الطعن المرفوع ضد المرسوم الرئاسي 111/19 المتضمن تعيين الحكومة و جاء في طلباته على ان المرسوم يدخل ضمن الصلاحيات التي يستأثر بها رئيس الجمهورية و المخولة له دستوريا لتشكيل و تنظيم المؤسسات السياسية و هو يمتاز بالحصانة القضائية و لا يخضع لرقابة القضاء.

و بعد استقاء هذه الاجراءات وضعت القضية في المداولة للنطق القرار في جلسة  
2020/03/19

### وعليه فإن مجلس الدولة

بعد الاطلاع على المواد 91، 94، 95، 104 من الدستور.  
بعد الاطلاع على المواد 901، 902، 903 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.  
بعد الاطلاع على المادة 40 من القانون العضوي 98/01 المحدد لاختصاصات مجلس الدولة.

بعد الاطلاع على الوثائق و المسندات المرفقة بملف الدعوى.  
حيث ان مجلس الدولة و بعد الاطلاع على الوثائق و المسندات المرفقة بالملف للطعن بالالغاء المقيد امامه تبين له ان الطلب القضائي ينصب حول الغاء المرسوم الرئاسي رقم 111/19 المؤرخ في 31 مارس 2019 المتضمن تعيين أعضاء الحكومة بمررا طلب الالغاء بمخالفة قواعد قانونية جوهرية تتلخص اساسا في عدم استشارة الاغلبية البرلمانية و في عدم جواز الجمع بين العضوية في الحكومة و الوظيفة العسكرية و

صفحة 10 من 13

مجلس الدولة  
رئاسة امارة الضميمة



رقم الملف: 173930  
رقم التبريد: 20/01194



إقتضاء الحكومة لمخطط عمل و كذا عدم حصولها على ثقة البرلمان المخالفة بذلك

احكام الدستور في مواد 91 ، 93 ، 94 ، 95 .

حيث تبين انه عن خلاصة مذكرات جواب الاطراف المدعى عليهم و المدخلين في

الخصام على ان المرسوم الرئاسي موضوع الطعن بالالغاء يعد من الاعمال السيادية

لرئيس الجمهورية و لا يقع تحت رقابة القضاء الاداري.

حيث انه من الثابت قانونا وفقا لنص المادة 901 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

على ان مجلس الدولة يختص حصريا كاول و اخر درجة في دعاوي الالغاء و تقدير

المشروعية للقرارات الادارية التي تصدر عن الهيئات السلطات المركزية كما ان المادة

09 من القانون العضوي رقم 98/01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة ينص على أن

مجلس الدولة يختص بالنظر في الطعون ضد القرارات التنظيمية او الفردية الصادرة عن

السلطات المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات الوطنية المهنية.

حيث ان المرسوم المتضمن تعيين اعضاء الحكومة اتخذ عمالا باحكام المادة 91 ف 5

من الدستور و المادة 93 ف 1 منه و من ثمة فان هذا المرسوم يدخل بطبيعته القانونية

في الصلاحيات التي يستأثر بها رئيس الجمهورية و المخولة له دستوريا لتشكل و تنظيم

المؤسسات السياسية للدولة و هو بذلك يمتاز بالحصانة القضائية و لا يخضع بالنتيجة

لرقابة القضاء الاداري الذي لا يسوغ له التحقق من مشروعية المرسوم لانه لا ينضوي

ضمن مجال سن التنظيم الذي يعد مجالا مشتركا بين رئيس الجمهورية و الوزير الاول

او اعضاء الحكومة و هو الحال الذي يدخل في اختصاص القضاء الاداري فيما يخص

مراقبة مشروعية القرارات الصادرة عنه.

حيث انه تبعا لما تم ذكره اعلاه فان دعوى الالغاء طبقا لاحكام المادة 901 من قانون

الاجراءات المدنية و الادارية تخص فقط القرارات الادارية التي تباشرها الدولة في اطار

ممارسة وظيفتها الادارية و التي لا تعتبر عمالا سياسية و لا تدخل ضمن ما يتعارف

عليه في الفقه القانوني و الدستوري بأعمال السيادة.

حيث انه تبعا للأسباب المذكورة فان دعوى الحال لا تدخل ضمن مقتضيات تطبيق المادة

901 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و كذا القانون العضوي رقم 98/01

المحدد لاختصاص مجلس الدولة و من ثم استوجب على مجلس الدولة ان يقضي بعدم

الاختصاص النوعي.

حيث ان المصاريف القضائية على عاتق المدعين.

مجلس الدولة  
أمانة أمانة القضاء



رقم الملف: 173930

رقم التبريد: 20/01194

صفحة 11 من 13

## فلهذه الأسماء

قرر مجلس الدولة علنيا حضوريا نهائيا  
بعدم الإختصاص النوعي.  
المصاريف القضائية على عاتق المدعيان.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ  
التاسع عشر من شهر مارس سنة ألفين و عشرون  
من قبل الغرفة الخامسة بمجلس الدولة المتشكلة من السيدات والسادة :

الرئيس	بوصوف موسى
مستشار الدولة مقررا	حدود محمد
مستشار الدولة	لوراد يمينة
مستشار الدولة	يوسف حبيب
مستشار الدولة	آيت شعلال فتيحة
مستشار الدولة	قزيري حبيب
مستشار الدولة	مسقم زهية
مستشار الدولة	خندام منير
مستشار الدولة	نجاحي عبد الوهاب
مستشار الدولة	محجوب تسعديت
محافظ الدولة	وبحضور السيد (ة): بوشدوب موسى
أمين الضبط	وبمساعدة السيد (ة): بن بوشرور محمد
أمين الضبط	الرئيس
	المستشار المقرر

نسخة عادية



الملحق رقم 2: قرار مجلس الدولة الصادر بـ16 ديسمبر 2020 يوضح مراقبة  
مجلس الدولة الفرنسي لأوجه المشروعية الداخلية والخارجية لأمر رئاسي في إطار الدفع  
بعدم دستوريته.

CONSEIL D'ETAT  
statuant  
au contentieux

DP

Nos 440258, 440289, 440457

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

- FEDERATION CFDT DES FINANCES  
et autres

- CONFEDERATION GENERALE DU  
TRAVAIL et autres

- FEDERATION DES PERSONNELS  
DES SERVICES PUBLICS ET DES  
SERVICES DE SANTE FORCE  
OUVRIERE

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

Sur le rapport de la 1ère chambre  
de la section du contentieux

Séance du 4 décembre 2020  
Décision du 16 décembre 2020

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 440258, par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 25 avril, 21 août et 25 août 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Fédération CFDT des Finances, la Fédération Interco CFDT, l'Union des fédérations de fonctionnaires et assimilés (UFFA-CFDT) et le syndicat CFDT affaires étrangères (CFDT-MAE) demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....



2° Sous le n° 440289, par une requête, enregistrée le 27 avril 2020, la Confédération générale du travail (CGT), la Fédération des services publics - CGT et l'Union fédérale des syndicats de l'Etat - CGT demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la même ordonnance ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

3° Sous le n° 440457, par une requête, enregistrée le 7 mai 2020, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la même ordonnance ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel ;
- la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 ;
- l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;
- la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ;
- la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;

- le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Arnaud Skrzyerbak, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Vincent Villette, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Thouvenin, Coudray, Grevy, avocat de la Fédération CFDT des Finances, de la Fédération Interco CFDT, de l'Union des fédérations de fonctionnaires et assimilés (UFFA-CFDT) et du syndicat CFDT affaires étrangères (CFDT-MAE), à la SARL Didier, Pinet, avocat de la Confédération générale du travail (CGT), de la Fédération des services publics - CGT et de l'Union fédérale des syndicats de l'Etat – CGT et à Me Haas, avocat de la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force Ouvrière ;

Considérant ce qui suit :

1. L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19 et particulièrement contagieux, et sa propagation sur le territoire français à compter du début de l'année 2020 ont conduit les pouvoirs publics à prendre diverses mesures de lutte contre l'épidémie. Par un décret du 16 mars 2020 motivé par les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19, le Premier ministre a interdit, à compter du lendemain midi, le déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées. Dans le même temps, l'activité de nombreuses administrations a été réduite aux missions les plus essentielles dans le cadre de la mise en œuvre de plans de continuité d'activité, les agents dont la présence sur leur lieu de travail n'était pas nécessaire à cette fin étant invités à télétravailler ou, en cas d'impossibilité, placés en autorisation spéciale d'absence. Par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a été déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. L'article 11 de la même loi a autorisé le Gouvernement, pendant trois mois, à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, diverses mesures relevant du domaine de la loi afin de faire face aux conséquences de l'épidémie.

2. Sur le fondement de cette habilitation, le Gouvernement a pris l'ordonnance du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire. Par trois requêtes qu'il y a lieu de joindre pour statuer par une seule décision, la Fédération CFDT des Finances, la Fédération Interco CFDT, l'Union des fédérations de fonctionnaires et assimilés et le syndicat CFDT affaires étrangères, la Confédération générale du travail, la Fédération des services publics - CGT et l'Union fédérale des syndicats de l'Etat - CGT et, enfin, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière demandent l'annulation pour excès de pouvoir de cette ordonnance.

Sur le régime contentieux des ordonnances :

3. D'une part, l'article 38 de la Constitution dispose, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, que : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. / Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. / A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ».

4. D'autre part, aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». Le deuxième alinéa de l'article 62, issu de la même loi, prévoit qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle sur ce fondement « *est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». En vertu des articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité est renvoyée au Conseil constitutionnel si la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites, si elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. Si elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, la juridiction saisie doit se prononcer par priorité sur la question de constitutionnalité.

5. Une habilitation donnée par le Parlement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution élargit de façon temporaire le pouvoir réglementaire dont le Gouvernement dispose, en l'autorisant à adopter des mesures qui relèvent du domaine normalement réservé à la loi, que ce soit en vertu de l'article 34 de la Constitution ou d'autres dispositions de celle-ci. Alors même que les mesures ainsi adoptées ont la même portée que si elles avaient été prises par la loi, les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution conservent le caractère d'actes administratifs, aussi longtemps qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification, qui ne peut être qu'expresse, par le Parlement. A ce titre, elles doivent respecter, outre les règles de compétence, de forme et de procédure qui leur sont applicables, les règles et principes de valeur constitutionnelle et les engagements internationaux de la France, elles ne peuvent intervenir dans le domaine de la loi, abroger ou modifier des lois ou y déroger que dans la limite de l'habilitation conférée par le législateur et, sauf à ce que cette habilitation ait permis d'y déroger, elles sont soumises au respect des principes généraux du droit s'imposant à toute autorité administrative. Leur légalité peut être contestée par voie d'action, au moyen d'un recours pour excès de pouvoir formé dans le délai de recours contentieux devant le Conseil d'Etat, compétent pour en connaître

Sur le régime contentieux des ordonnances :

3. D'une part, l'article 38 de la Constitution dispose, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, que : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. / Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. / A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ».

4. D'autre part, aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». Le deuxième alinéa de l'article 62, issu de la même loi, prévoit qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle sur ce fondement « *est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». En vertu des articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité est renvoyée au Conseil constitutionnel si la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites, si elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. Si elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, la juridiction saisie doit se prononcer par priorité sur la question de constitutionnalité.

5. Une habilitation donnée par le Parlement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution élargit de façon temporaire le pouvoir réglementaire dont le Gouvernement dispose, en l'autorisant à adopter des mesures qui relèvent du domaine normalement réservé à la loi, que ce soit en vertu de l'article 34 de la Constitution ou d'autres dispositions de celle-ci. Alors même que les mesures ainsi adoptées ont la même portée que si elles avaient été prises par la loi, les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution conservent le caractère d'actes administratifs, aussi longtemps qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification, qui ne peut être qu'expresse, par le Parlement. A ce titre, elles doivent respecter, outre les règles de compétence, de forme et de procédure qui leur sont applicables, les règles et principes de valeur constitutionnelle et les engagements internationaux de la France, elles ne peuvent intervenir dans le domaine de la loi, abroger ou modifier des lois ou y déroger que dans la limite de l'habilitation conférée par le législateur et, sauf à ce que cette habilitation ait permis d'y déroger, elles sont soumises au respect des principes généraux du droit s'imposant à toute autorité administrative. Leur légalité peut être contestée par voie d'action, au moyen d'un recours pour excès de pouvoir formé dans le délai de recours contentieux devant le Conseil d'Etat, compétent pour en connaître



en premier et dernier ressort, qui peut en prononcer l'annulation rétroactive, ou par la voie de l'exception, à l'occasion de la contestation d'un acte ultérieur pris sur leur fondement, devant toute juridiction, qui peut en écarter l'application, sous réserve, le cas échéant, d'une question préjudicielle.

6. Toutefois, celles de leurs dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au Gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au Gouvernement. L'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même celles-ci seraient illégales. Par sa décision n<sup>o</sup> 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel en a déduit que les dispositions d'une ordonnance qui relèvent du domaine législatif entrent, dès l'expiration du délai d'habilitation, dans les prévisions de l'article 61-1 de la Constitution et que leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut ainsi être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.

7. Il suit de là que, lorsque le délai d'habilitation est expiré, la contestation, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi n'est recevable qu'au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui doit être transmise au Conseil constitutionnel si les conditions fixées par les articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont remplies. Si le Conseil constitutionnel, jugeant que ces dispositions portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, les déclare inconstitutionnelles, elles sont, en vertu de l'article 62 de la Constitution, abrogées à compter de la publication de sa décision ou d'une date ultérieure qu'elle fixe, le Conseil constitutionnel pouvant en outre déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

8. Conformément au but poursuivi par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, qui entendait accorder aux citoyens des droits nouveaux, en ouvrant au justiciable la faculté de contester, par voie d'exception, la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de dispositions législatives, et faire progresser l'Etat de droit en prévoyant la sortie de vigueur des dispositions déclarées inconstitutionnelles à cette occasion, la circonstance qu'une question prioritaire de constitutionnalité puisse, dans une telle hypothèse, être soulevée, ne saurait cependant faire obstacle à ce que le juge annule l'ordonnance dont il est saisi par voie d'action ou écarte son application au litige dont il est saisi, si elle est illégale pour d'autres motifs, y compris du fait de sa contrariété avec d'autres règles de valeur constitutionnelle que les droits et libertés que la Constitution garantit.

9. A ce titre, en premier lieu, le requérant a le choix des moyens qu'il entend soulever, en particulier lorsque des principes voisins peuvent trouver leur source dans la Constitution, dans des engagements internationaux ou dans des principes généraux du droit. A défaut de précision quant à la source du principe invoqué, il appartient au juge d'opérer son contrôle au regard de la norme de référence la plus conforme à l'argumentation dont il est saisi et à la forme de sa présentation.

10. En deuxième lieu, lorsqu'il est saisi, par voie d'action, d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une ordonnance, le Conseil d'Etat peut, alors même que le délai d'habilitation est expiré et qu'une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée, annuler cette ordonnance, avant l'expiration du délai de trois mois à compter de la présentation de la question, sans se prononcer sur son renvoi au Conseil constitutionnel, si un motif autre que la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution ou les engagements internationaux de la France est de nature à fonder cette annulation et que l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'il ne soit pas sursis à statuer.

11. En troisième lieu, si le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle une disposition d'une ordonnance dont le Conseil d'Etat est saisi par voie d'action, il appartient à ce dernier de tirer les conséquences, sur les conclusions de la requête, de la décision du Conseil constitutionnel, puis d'accueillir ou de rejeter le surplus des conclusions, en fonction du bien-fondé des moyens autres que ceux tirés de la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution.

12. Enfin, la loi par laquelle le Parlement ratifie une ordonnance lui donne rétroactivement valeur législative. Il suit de là, d'une part, qu'un recours pour excès de pouvoir tendant à son annulation devient, à compter de cette ratification, sans objet. D'autre part, à compter de cette même date, elle ne peut plus être utilement contestée par voie d'exception qu'au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, par le moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité, et des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne.

Sur la loi d'habilitation et la portée de l'ordonnance attaquée :

13. Par le I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, le Gouvernement a été habilité à prendre par ordonnance « *toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi (...)* : / 1<sup>o</sup> *Afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, et notamment afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique et des associations ainsi que ses incidences sur l'emploi (...)* / b) *En matière de droit du travail, de droit de la sécurité sociale et de droit de la fonction publique ayant pour objet : / (...)* - *de permettre à tout employeur d'imposer ou de modifier unilatéralement les dates des jours de réduction du temps de travail, des jours de repos prévus par les conventions de forfait et des jours de repos affectés sur le compte épargne temps du salarié, en dérogeant aux délais de prévenance et aux modalités d'utilisation définis au livre I<sup>er</sup> de la troisième partie du code du travail, par les conventions et accords collectifs ainsi que par le statut général de la fonction publique (...)* ». Cette habilitation est arrivée à son terme le 23 juin 2020.

14. L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance attaquée prévoit que les fonctionnaires et agents contractuels de droit public de la fonction publique de l'Etat, les personnels ouvriers de l'Etat ainsi que les magistrats de l'ordre judiciaire en autorisation spéciale d'absence entre le 16 mars 2020 et le terme de l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020 ou, si elle est antérieure, la date de reprise par l'agent de son service dans des conditions normales, prennent dix jours de réduction du temps de travail ou de congés annuels, dont cinq jours de réduction du temps de travail au cours d'une première période allant du 16 mars au 16 avril 2020

et cinq autres jours de réduction du temps de travail ou de congés annuels au cours d'une seconde période allant du 17 avril 2020 au terme de l'état d'urgence sanitaire ou à la date, si elle est antérieure, de reprise du service dans des conditions normales. Il précise que s'ils ne disposent pas de cinq jours de réduction du temps de travail pouvant être pris au cours de la première période, ces jours sont complétés à due concurrence par la prise d'un ou plusieurs jours de congés au cours de la seconde période, dans la limite totale de six jours de congés annuels au titre des deux périodes. Son article 2 prévoit que le chef de service peut, pour tenir compte des nécessités de service, imposer aux mêmes catégories d'agents, lorsqu'ils sont « en télétravail ou assimilé » au cours de la seconde période, de prendre cinq jours de réduction du temps de travail ou, à défaut, de congés annuels au cours de cette période. Son article 4 prévoit une proratisation en fonction du nombre de jours accomplis en autorisation spéciale d'absence et « en télétravail ou assimilé ». Son article 5 donne au chef de service la possibilité de réduire le nombre de jours de réduction du temps de travail ou de congés annuels imposés au titre des articles 1<sup>er</sup> et 2 pour tenir compte du nombre de jours pendant lesquels la personne a été placée en congés de maladie pendant la période considérée. Enfin, son article 7 prévoit que ses dispositions peuvent être appliquées aux agents publics relevant de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, par décision de l'autorité territoriale, dans les conditions définies par celle-ci.

Sur la légalité externe de l'ordonnance :

15. En premier lieu, l'habilitation donnée au Gouvernement par la loi du 23 mars 2020 ne porte que sur les jours de réduction du temps de travail, les jours de repos prévus par les conventions de forfait et les jours de repos affectés sur le compte épargne temps, et non sur les jours de congés annuels. Toutefois, s'il appartient au seul législateur d'instituer les différents droits à congés des fonctionnaires civils et militaires de l'État, comme des collectivités territoriales, les dispositions de l'ordonnance attaquée relatives aux congés annuels, qui n'ont pas de caractère rétroactif, ne dérogent à aucune disposition législative et ne fixent pas une règle relative au statut des magistrats ou aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires ou touchant aux principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, au sens de l'article 34 de la Constitution. Par suite, la circonstance que ces dispositions excèdent l'étendue de l'habilitation consentie par le législateur est sans incidence sur la compétence du Gouvernement pour les adopter.

16. En second lieu, aux termes du II de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 : « *Les projets d'ordonnance pris sur le fondement du présent article sont dispensés de toute consultation obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire* ». Il en résulte que l'ordonnance attaquée n'avait pas à être soumise pour avis au conseil commun de la fonction publique en application de l'article 9 ter de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, non plus, en tout état de cause, qu'au conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat et au conseil supérieur de la fonction publique territoriale, ni pour celles de ses dispositions relatives aux jours de réduction du temps de travail, ni pour celles relatives aux jours de congés annuels, applicables à défaut d'un nombre suffisant de jours de réduction du temps de travail, de façon à assurer un traitement équitable entre agents publics, qui présentent ainsi un lien étroit avec les précédentes.

Sur la légalité interne de l'ordonnance :

*En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité :*

17. L'ordonnance attaquée intervient dans le domaine de la loi en ce qu'elle impose aux agents en autorisation spéciale d'absence, à titre rétroactif, de prendre cinq jours de réduction du temps de travail au titre de la période comprise entre le 16 mars et le 16 avril 2020. Ce faisant, elle ne modifie pas le nombre des jours de réduction du temps de travail auxquels ont droit les agents concernés, qui, au cours de la période considérée, ont été rémunérés en l'absence de service fait. Si les requérants font valoir que cette mesure n'est pas nécessaire pour garantir la disponibilité des agents lors de la reprise d'activité dans des conditions normales, dès lors que l'autorité administrative peut toujours refuser des congés dans l'intérêt du service, l'ordonnance vise à tenir compte des besoins du service au cours de la période d'état d'urgence sanitaire et à diminuer le nombre de jours susceptibles d'être pris à la reprise. Elle n'assure pas une conciliation manifestement déséquilibrée entre l'intérêt du service et le droit au repos et aux loisirs garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Par suite, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée porterait atteinte au droit au repos et aux loisirs, ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et de la liberté personnelle, qui ne soulève pas une question nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux. Ainsi, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de cette question prioritaire de constitutionnalité ni de la renvoyer au Conseil constitutionnel, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être écarté.

*En ce qui concerne les autres moyens de légalité interne :*

18. En premier lieu, l'ordonnance attaquée intervient dans le domaine réglementaire en ce qui concerne la période allant du 17 avril 2020 au terme de l'état d'urgence sanitaire ou à la date, si elle est antérieure, de reprise du service dans des conditions normales. Elle ne modifie pas le nombre de jours de réduction du temps de travail et de congés annuels auxquels ont droit les agents concernés mais se borne, durant l'état d'urgence sanitaire, à leur imposer de prendre un congé au cours de la période pendant laquelle ils sont rémunérés en l'absence de service fait et à permettre au chef de service, pour tenir compte des nécessités de service, de leur imposer de prendre un congé au cours de la période pendant laquelle ils sont en télétravail. Par suite, et alors même que l'ordonnance attaquée ne prévoit pas que le chef de service consulte les agents concernés avant de fixer les dates de ces congés, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui garantissent le droit au repos et aux loisirs, doit être écarté. Il en va de même, en tout état de cause, du moyen tiré de ce que l'ordonnance méconnaîtrait, pour les mêmes motifs, le droit au respect de la vie privée des agents publics et leur liberté personnelle.

19. En deuxième lieu, l'imposition de dix jours de congés aux agents en autorisation spéciale d'absence au cours de la période d'état d'urgence sanitaire, alors qu'ils étaient déchargés de leurs obligations de service les jours restants tout en continuant à percevoir leur rémunération, ne caractérise pas un traitement défavorable par rapport aux agents en télétravail et à ceux présents sur leur lieu de travail. Par suite, et à supposer même qu'un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes aient demandé des autorisations spéciales d'absence pour pouvoir s'occuper de leurs enfants, les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'il résulterait de l'ordonnance attaquée une discrimination indirecte en raison du sexe dans le droit au respect de la vie familiale, en méconnaissance des stipulations des articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

20. En troisième lieu, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ».

21. Ainsi qu'il a été dit aux points 17 et 18, l'ordonnance attaquée ne modifie pas le nombre de jours de réduction du temps de travail et de congés annuels auxquels ont droit les agents concernés. D'une part, la seule circonstance qu'il leur est imposé de prendre des congés à des dates qu'ils n'ont pas choisies ne caractérise pas une atteinte à un bien au sens des stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'autre part, le décompte rétroactif de cinq jours de réduction du temps de travail en lieu et place de jours au cours desquels les agents bénéficiaient d'autorisations spéciales d'absence ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens. Le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit, dès lors, être écarté.

22. En quatrième lieu, aux termes du deuxième paragraphe de l'article 31 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Tout travailleur a droit (...) à une période annuelle de congés payés* ». Aux termes de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail : « *1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales / 2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail* ».

23. Tout d'abord, l'ordonnance attaquée prévoit, à son article 2, que le chef de service peut, à compter du lendemain de sa publication, imposer aux agents en télétravail de prendre des jours de réduction du temps de travail ou, à défaut, de congés annuels. Elle ne permet pas, contrairement à ce que soutiennent les requérants, que des journées au cours desquelles l'agent a exercé ses fonctions en télétravail soient décomptées comme des jours de congés annuels. Ensuite, l'article 4 de l'ordonnance attaquée prévoit que le nombre de jours de congés imposés au titre de l'article 1<sup>er</sup> ou susceptibles de l'être au titre de l'article 2 est proratisé en fonction du nombre de jours accomplis en autorisation spéciale d'absence ou en télétravail. Si l'article 5 ajoute que le chef de service a la faculté, et non l'obligation, de réduire le nombre de jours de réduction de temps de travail ou de congés annuels imposés à un agent en autorisation spéciale d'absence ou en télétravail pour tenir compte du nombre de jours pendant lesquels l'intéressé a été placé en congés de maladie au cours de la période prise en considération, il résulte en tout état de cause des dispositions de l'article 4 de l'ordonnance que des journées pendant lesquelles l'intéressé a été placé en congé de maladie ne sauraient être décomptées comme des jours de congés annuels. Enfin, la circonstance que les déplacements hors du domicile aient été interdits au cours de la période en cause, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées, ne conduit pas à considérer que les jours de congés annuels pris au cours de cette période n'étaient pas des jours consacrés au repos, à la détente et aux loisirs. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 31 de la

charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 7 de la directive 2003/88/CE, qui ne peuvent être utilement invoqués que dans la mesure où les dispositions attaquées sont susceptibles d'avoir une incidence sur des jours de congé annuel inclus dans la période minimale de quatre semaines régie par la directive, doit être écarté.

24. En cinquième lieu, aux termes de l'article 6 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe (...)* ». Le moyen tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit, pour les motifs indiqués au point 19, et à supposer même qu'un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes aient demandé des autorisations spéciales d'absence pour pouvoir s'occuper de leurs enfants, être écarté.

25. En sixième lieu, l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat prévoit seulement que : « *Le fonctionnaire en activité a droit : / 1<sup>o</sup> A un congé annuel avec traitement dont la durée est fixée par décret en Conseil d'Etat (...)* ». Contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'ordonnance attaquée, qui ne remet aucunement en cause le droit à un congé annuel avec traitement, ne méconnaît pas ces dispositions.

26. En septième lieu, ainsi qu'il a été dit, l'ordonnance attaquée ne modifie pas le nombre de jours de réduction du temps de travail et de congés annuels auxquels ont droit les agents concernés mais se borne à leur imposer de prendre un congé au cours de la période d'état d'urgence sanitaire. Si les requérants font valoir que cette mesure n'est pas nécessaire pour garantir la disponibilité des agents lors de la reprise d'activité dans des conditions normales, dès lors que l'autorité administrative peut toujours refuser des congés dans l'intérêt du service, l'ordonnance vise à tenir compte des besoins du service au cours de la période d'état d'urgence sanitaire et à diminuer le nombre de jours susceptibles d'être pris au moment de la reprise. Par suite, le moyen tiré de ce qu'elle serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation doit être écarté.

27. En huitième lieu, l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 habilitait le Gouvernement à prendre des mesures « *pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020* ». L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance attaquée prévoit ainsi que cinq jours de réduction du temps de travail sont imposés au titre de la période allant du 16 mars au 16 avril 2020. Cette mesure rétroactive ne concerne que les agents en autorisation spéciale d'absence, qui ont été déchargés de leurs obligations de service au cours de la période considérée tout en continuant à percevoir leur rémunération. Elle permet d'assurer un même traitement des agents sur toute la période d'état d'urgence sanitaire, alors que des incertitudes pesaient sur la date de reprise d'activité dans des conditions normales. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance, par l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance attaquée, du principe de non-rétroactivité des actes administratifs ne peut qu'être écarté.

28. En dernier lieu, si les organisations requérantes invoquent la violation du principe d'égalité, les différences faites par l'ordonnance attaquée entre les agents en télétravail et ceux présents sur leur lieu de travail sont en rapport direct avec l'objectif poursuivi, consistant à adapter le calendrier des congés des agents aux conditions dans lesquelles ils ont exercé leurs fonctions au cours de la période d'état d'urgence sanitaire, et ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des différences de situation susceptibles de les justifier. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de ce principe général du droit doit être écarté.

29. Il résulte de tout ce qui précède que les organisations requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elles attaquent.

Sur les frais liés au litige :

30. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière.

Article 2 : Les requêtes de la Fédération CFDT des Finances, de la Fédération Interco CFDT, de l'Union des fédérations de fonctionnaires et assimilés et du syndicat CFDT affaires étrangères, de la Confédération générale du travail, de la Fédération des services publics - CGT et de l'Union fédérale des syndicats de l'Etat – CGT et de la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la Fédération CFDT des Finances, première dénommée, pour l'ensemble des organisations ayant présenté la requête n° 440258, à la Confédération générale du travail, première dénommée, pour celles ayant présenté la requête n° 440289, à la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière, au Premier ministre et à la ministre de la transformation et de la fonction publiques.  
Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel.

# قائمة المراجع



## أولاً- القواميس

- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت، 1992.
- ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986.
- قاموس قانوني فرنسي- عربي مع نماذج من العرائض القضائية، الطبعة الثالثة، دار النشر SNED، الجزائر، 1982.
- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، الطبعة الثانية، بيروت. السنة 2015.

## ثانياً- الكتب العربية

### 1-الكتب العامة

1. إبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000
2. بسيوني عبد الغني، أصول علم الإدارة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، يسروت 1984
3. بشار عبد الهادي، التفويض في الإختصاص "دراسة مقارنة"، ط1، درا الفرقان، الأردن، 1982.
4. جمال عباس عثمان، النظرية العامة في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، مصر 2007.
5. حامد الشريف، نظرية الدفع أمام القضاء الجنائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1999.

6. حسين عثمان، القانون الإداري، أعمال الإدارة العامة، الدار الجامعية، د.د.ن،  
1998.
7. الرفاعي عبد المجيد، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، دار الفكر، دمشق،  
1989.
8. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ط3،  
1983.
9. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية،  
2004.
10. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء  
المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
11. سعاد الشراوي، الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة  
1981.
12. سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، ط2، دار الهدى، عين ميلة، 1993.
13. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، ط6، دار  
الفكر العربي، سنة 1991.
14. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، طبعة مزيدة  
و منقحة، دار الفكر العربي، سنة 2006.
15. صبري محمد السنوسي محمد، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية،  
ط1، 1997.

16. طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ القانون الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة، سنة 1964.
17. طعيمة الجرف، القانون الإداري، ، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، 1974.
18. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، سنة 1976.
19. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 1994.
20. عادل محمد الشريف، قضاء الدستورية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، طبعة 1، سنة 1998.
21. عبد الحكيم ابراهيم بدر خان، معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
22. عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري ، الدعوى الدستورية "مع موجز الأحكام المحكمة الدستورية العليا منذ تاريخ إنشائها وحتى الآن"، منشأة المعارف، ط1، 2000.
23. عبد الحي حجازي، مدخل للدراسات القانونية، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، 1970.
24. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، سنة 2007.
25. عبد الغاني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط3، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006.

26. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
27. عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
28. عفيفي مصطفى محمود، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية (دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط1، 1990.
29. علي خاطر الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، جزء 1، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
30. عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار الريحانة للكتاب، الطبعة الأولى، الجزائر، 2003.
31. عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية، قضائية، فقهية)، الطبعة الأولى، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
32. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، دار المؤلف، الطبعة الثانية، بيروت، 1999.
33. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقا لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2004.
34. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1974.
35. كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.

36. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني " ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1982 .
37. محمد الحسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط1، 1988.
38. محمد السنارى، نفاذ القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، د.د.ن، د.س.ط
39. محمد الشافعي أبو راس، القانون الدستوري، مكتبة النصر، 1984.
40. محمد أمقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
41. محمد سلام، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964 .
42. محمود عاطف البنا، القضاء الإداري دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
43. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1992.
44. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999 .
45. مصطفى كامل، القواعد العامة في المسؤولية الدولية، الكتاب الأول، رقابة التضمين، مطبعة سريان، بغداد، 1974.
46. مهنا محمد فؤاد، دروس في القانون أداري، الدار المصرية للطباعة، الإسكندرية، سنة 1957.

47. ناصف عبد الله، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، 1998، ص58.
48. هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.
49. هيكل السيد الخليل، الرقابة على المؤسسات العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1971.
50. وداد عطوي، الرقابة القضائية على رخصة البناء في الجزائر، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، 2016.
51. يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 1992.
- 2-الكتب المتخصصة**
1. ابراهيم محمد حسين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
2. ابراهيم محمد صالح الشرفاني . رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية المشرع، منشورات الحلبي الحقوقية . ط الاولى، سنة 2016.
3. أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، منشأة المعارف الإسكندرية ط1977،3.
4. احمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، مؤسسة الكتاب الوطنية، الجزائر، 1989.

5. أحمد سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000.
6. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، طبعة 1960 ، مكتبة النهضة المصرية، سنة 1960.
7. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
8. آدم أبو القاسم أحمد إسحق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر-الإمارات، سنة 2014
9. ازهر هاشم أحمد الزهيري، الرقابة على دستورية الأنظمة و القرارات الإدارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى،المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية للنشر و التوزيع، 2017
10. أشرف فايز اللساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق و الحريات في اطار التشريعات الوطنية و المواثيق الدولية، الطبعة الأولى، المصدر القومي للإصدارات القانونية، 2009
11. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصره دار النهضة العربية القاهرة، 1971.
12. رابحي أحسن، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، دار الكتاب الحديث، سنة 2013 .
13. رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

14. رمزي الشاعر طه، القضاء الدستوري في مملكة البحرين دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.
15. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995.
16. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 2000.
17. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003.
18. سردار عماد الدين محمد سعيد، تمييز القرار الإداري من العمل التشريعي، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، سنة 2010.
19. سفيان باكراد ميسروب، تزايد الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في الأنظمة الدستورية المعاصرة، دار الكتب القانونية، 2017.
20. شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة، طبعة اولى، دار الفكر والقانون، المنصورة مصر، 2010.
21. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية القاهرة، ط 2013.
22. عبد المنصف عبدالفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، منشورات مكتبة النهضة العربية في القاهرة، الطبعة الثانية، 2016.
23. عز الدين بغدادي، الاختصاص الدستوري لكل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2009.



24. عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة و البرلمان، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، سنة 2007.
25. علي السيد الباز، رقابة دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالانظمة الدستورية الأجنبية، دار الجامعات المصرية بالاسكندرية 1978.
26. عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي و البرلماني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.
27. محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية ، سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2013.
28. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية ، ط1 ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2002.
29. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
30. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية و التطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
31. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 2000
32. محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتتاع على دستورية القوانين، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2012
33. مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت، الطبعة الأولى، 1990.

34. وائل منذر لبياتي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية -دراسة مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، السنة 2020.
35. وجدي ثابت غبريال ، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1988.
36. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1995.
37. يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين و اللوائح و تطبيقها في مملكة البحرين و الدول العربية و الأجنبية، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، أكتوبر سنة 2014.

### ثالثا - الكتب باللغة الأجنبية

1. ARKWRIGHT Edward, BARON Frank, Manuel DELAMARRE, Romaric LAZERGES, les institutions de la France, la documentation française, 4<sup>eme</sup> éd, 2013.
2. BAUMERT Renaud, La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique, LGDJ, 2009.
3. BONNET François Saint, l'état d'exception, P.U.F, Paris coll. Léviathan, 2001.
4. BONNET Julien, GAHDOUN Pierre-Yves, la recevabilité de la QPC, dans la question prioritaire de constitutionnalité, PUF, 2014.
5. BRACONNAY Nicolas, la justice et les institutions juridictionnelles, la documentation française, 3<sup>eme</sup> éd, 2019.
6. BURDEAU Georges, droit constitutionnel et institutions politiques, 17<sup>eme</sup> éd, LGDJ, Paris, 1976.

7. GENEVIEVE Camus. — L'état de nécessité en démocratie, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. XVIII, Paris, L.G.D.J, 1965
8. CLEGG Michael, ELLENA Katherine, ENNIS David, VICKERY Chad, the hierarchy of laws Understanding and Implementing the Legal Frameworks that Govern Elections. International Foundation for Electoral Systems, 2016.
9. DENNISON, George M. "The Dorr War and Political Questions," *Supreme Court Historical Society Yearbook* (1979).
10. DUGUIT Léon, leçons de droit public général faites à la faculté de droit à l'université égyptienne pendant les mois Jan. Fev. mars 1926 ; Paris ; E. de Boccard ,1926
11. DUGUIT Léon, manuel de droit constitutionnel, Paris, 1907.
12. DUVERGER Maurice, institutions politiques et droit constitutionnel, 1996.
13. GERARD Patrick, la juridiction administrative, la documentation française, 2017.
14. Goerges BURDEAU, Traité de science politique, T4, Paris, 1969
15. HAURIOU André, Jean GIQUEL, Patrice GELARD, droit constitutionnel et institutions politiques, 6<sup>ème</sup> é, Paris : Montchrestien, 1974.
16. HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 4<sup>ème</sup> éd, 1900
17. HAURIOU Maurice, précis de droit administratif, 6<sup>e</sup> éd. Larose et Tenin, 1907.
18. MESCHERIAKOFF A.-S, Droit des services publics, PUF, droit fondamental, 1991.
19. R. de MALBERG Carré, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome 2, Edition du CNRS, Paris, 1922.

20. RIVERO Jean, droit administratif, 3eme éd, Dalloz, Paris, 1965.
21. VEDEL Georges, cours de droit constitutionnel et institutions politique, LGDJ, paris, 1959
22. VEDEL Georges, Pierre DELVOLVE, Droit administratif, 12<sup>eme</sup> éd, 1vol, presse universitaire de France, 1992.
23. M.VERDUSSEN, les douze juges. La légitimité de la cour constitutionnelle, Labor, Bruxelles, 2004.
24. WILLIAM E. Nelson, Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review, Second Edition, Revised and Expanded, University Press of Kansas, 2018.

#### رابعاً - الرسائل والمذكرات

##### 1- رسائل الدكتوراه

1. سعيد بوشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في ظل النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 1984.
2. باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
3. برداخان عبد الحكيم ابراهيم، المعيار المميز للعمل القضائي، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة، سنة 1984.
4. بن طيفور نصر الدين ، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة سيدي بلعباس، 2002-2003

5. رضية بركايل، مبدأ المشروعية في ظل الظروف الإستثنائية للدولة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020.
6. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1999.
7. عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988.
8. علي السيد باز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية الأجنبية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1987.
9. كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.
10. محمد بن محمد كامل زين ، نظرية التفويض التشريعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، 2002.
11. محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجتيه: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003.
12. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجليلي الياوس، سيدي بلعباس، 2004- 2005

13. ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، رسالة الدكتوراه، جامعة تلمسان، 2015-2016
14. هاملي محمد، آليات إرساء دولة القانون في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011-2012
15. وليد شريط، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، سنة 2012.
- 2- المذكرات**
1. آل بن علي، لوائح الضرورة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1992.
2. تميمي نجاه، حالة الظروف الاستثنائية و تطبيقاتها في الدستور الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2002-2003
3. تونصير إبراهيم، تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بني الدستور الجزائري والمصري، مذكرة ماجستير، جامعة بسكرة، 2013-2014
4. حمزة نقاش، الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011.
5. خليفي محمد، النظام القانوني للتفويض في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008.

6. عادل أحمد حسين بوعكري، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة دراسة مقارنة ما بين الأردن و الكويت، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، سنة 2010.
7. عبد العزيز برقوق، ضوابط السمطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2002.
8. محمد زياد اللحام، القرارات بقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية - غزة، 2015.
9. ميمونة سعاد، الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010-2011
10. ناهد جميل أسعد فريتح، الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة دراسة مقارنة مصر-الأردن- فلسطين، مذكرة ماجستير، جامعة القدس، 2006
11. هزيل جلول، الصفة والمصلحة في المنازعة الدستورية \*دراسة مقارنة\*، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014.

#### خامسا - المقالات

##### 1- باللغة العربية

1. أحمد بركات، وسيلة مباشرة رئيس الجمهورية لاختصاص السلطة التشريعية في مجال صنع القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 01، جامعة ورقلة، جوان 2009 .

2. أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر: دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثاني، جوان 2018.
3. بدران مراد ، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور ( النظام القانوني للأوامر)، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ( إدارة)، المجلد 10، العدد 02، سنة 2000
4. بدران مراد، قانون المالية وفكرة سيادة البرلمان، م.ج.ع.ق.ا.س، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.
5. بدران مراد، التشريع بأوامر: أي جديد؟، مجلة الحقوق والحريات، العدد 04، 2016.
6. بشار جاهم عجمي، ممارسة الوظيفة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية(حالة التفويض التشريعي ولوائح الضرورة)، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العدد 40، المجلد 11، النجف 2016.
7. بلمهدي ابراهيم، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3 العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2017.
8. حميد محديد ، التشريع بالأوامر في الجزائر وتأثيره على استقلالية البرلمان، سلسلة الإصدارات القانونية، الجزائر، 2008
9. خرشي عبد الصمد رضوان، عبد الدنعم بن أحمد، أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية،



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد الرابع، جانفي  
2017

10. خلوفي خدوجة، التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري،  
لسنة 2016، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، جامعة خنشلة،  
جوان 2016.

11. رابحي أحسن، محاولة نظرية للاقتراب من ظاهرة الأوامر التشريعية،  
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، العدد الأول، 2008.

12. رحموني محمد، رحلي سعاد، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل  
القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، مجلة دفاتر السياسة و  
القانون، المجلد 11، العدد الأول، 2019.

13. زروق العربي، خروبي ياسمين، دور مجلس الدولة في صناعة النصوص  
القانونية في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 5، العدد 01،  
سنة 2019.

14. سامية الجراف، أوجه الدفع بعدم دستورية قرائن الإدانة في التشريع  
الجمركي الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد 15، سبتمبر 2017.

15. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني  
دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مصر،  
مارس 2014.

16. الشنطاوي فيصل، الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 8، 2007
17. عبد الرحمن رحيم عبد الله، التمييز بين القرار الإداري والعمل التشريعي، مجلة زانكو، عدد خاص بأشغال المؤتمر العلمي الثالث للدراسات الإنسانية، ج1، مديرية مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، 1998.
18. عزوي عبد الرحمن، آليات تنظيم العملية التشريعية طبقاً لأحكام الدستور والقانون العضوي لسنة 99-02 لسنة 1999 المتعلق بتنظيم العلاقة بينية لغرفتي البرلمان والحكومة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد4، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2006.
19. عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02، سنة 2013.
20. عمار عباس، ونفيسة بختة، تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري، مجلة الفكر البرلماني، عدد 21، 2008.
21. عمار كوسة، آلية إخطار المجلس الدستوري في الجزائر: من نظام الإخطار المقيد إلى نظام الإخطار الموسع، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 9، جانفي 2018، جامعة خنشلة، الجزائر.
22. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المعهد العالي للعلوم السياسية دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني 2001

23. عيد أحمد الحسبان، الرقابة على الأعمال غير التشريعية في النظام الدستوري الأردني، دراسة مقارنة مع النظام الاسباني، مجلة الشريعة و القانون، العدد 20، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة، 2004
24. لزرق خبشي، الرقابة الدستورية على القوانين العضوية وآثارها على الحريات العامة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 51، جوان 2019.
25. محمد الترابي، الطبيعة القانونية للمراسيم التشريعية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مكتبة دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع والترجمة، العدد 19، سنة 2017
26. محمد أمين أسود، دور رئيس الجمهورية في عملية التشريع، مجلة الحجة، العدد 0، نقابة المحامين لناحية تلمسان، ديسمبر 2005 .
27. محمد بن عراب، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في النظمة الدستورية المقارنة، مجلة الإجتهااد القضائي، العدد 16، مارس 2016.
28. نبالي فطة، المجلس الدستوري والحق في المساواة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 48، العدد 2، جامعة الجزائر 1
29. نسرين طه، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 العدد الأول، 2011.

## 2- باللغة الأجنبية

1. ADHEMAR Esmein, DE la délégation du pouvoir législatif, Versailles, extrait de la Revue politique et parlementaire, tome 1, 1894.
2. BELLOUBET-FRIER Nicole, Conseiller l'État, Revue Pouvoirs, 4 n° 123, 2007.

3. BERGER Raoul (Feb.1969). Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or constitutional Theory? university of Pennsylvania Law review, Vol.117, N.4

4. BERTRAND Mathieu, La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie du droit (A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC), La Semaine juridique. Édition générale, 2009, n° 52.

5. BIARD Michel, missionnaires de la république : les représentants du peuple en mission, 1793-1795, paris, CTHS, coll « CTHS-histoire » N8, 2002.

6. BON Pierre, Les substituts à la loi : les actes législatifs de l'exécutif, Annuaire international de justice constitutionnelle, presses universitaires d'Aix Marseille, 2004.

7. CASTAING Cécile, La Ratification Implicite Des Ordonnances de Codification, P.U.F, R.F.D.C, 2004/2 n° 58

8. DELVOLVÉ Pierre, Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif, Pouvoir : revue française d'études constitutionnelles et politiques, Pao Éditions Du Seuil n°123, novembre 2007.

9. DEVILLER Jacqueline Morand, Réflexions sur l'état d'urgence, Journal Of Constitutional Research - vol. 3 | n. 2 Aout 2016.

10. DUCOUDRAY Émile, La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime, dans Annales historiques de la Révolution française, n° 327, 27 avril 2004

11. FAVOREU Louis, Propos d'un néo-constitutionnaliste, in le constitutionalisme aujourd'hui, J.-L. Seurin (dir), Economica, Paris, 1984.

12. FIORAVANTI Marco, Sieyès et le jury constitutionnaire : Perspectives historico-juridiques, anales historiques de la révolution française, n°349, 2007.

13. FEROUANI Amal Linda, BEDRAN Mourad, The perception of unconstitutionality: a comparative and analytic approach, Jurisprudence Journal, Vol 12 special issue, N°12 September 2020.

14. FRAISSE Régis, La Chose Jugée Par Le Conseil Constitutionnel Dans Les Motifs Et Le Dispositif De Ses Décisions Et La Qpc, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, N°30, Dalloz, 2011/1.

15. GANT J.A.C., judicial control of legislation: a comparative study, The American Journal of Comparative Law. Vol. 3, No. 2 (Spring, 1954)

16. GARLICKI Lech, la légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/développements récents ; revue française de droit constitutionnel, n°78/2 ; 2009.

17. GIRARD Didier, Les « actes de Gouvernement » demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France, RGD, 2015.

18. GRANT J.A.C, Judicial Control of Legislation: A Comparative Study, The American Journal of Comparative Law Vol. 3, No. 2 , Oxford University Press,(Spring, 1954)

19. JACQUELOT Fanny - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 40 (Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC) - juin 2013.

20. JENKS Edward, D.C.L, the prerogative writs in English law, YALE Law Journal, Vol 32, n°6, April, 1923.

21. KELSEN Hans, Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. The journal of politics, Volume 4, Number 2, 1942

22. MEDÉCIGO.A.N, Rule of Law and Fundamental Rights: Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in the United States. Germany and Mexico (2015) Springer: Cham.

23. PLATON Sébastien, Vider l'article 16 de son venin : Les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? , Revue Française de Droit constitutionnel, 2008/5 ( HS n°2).

24. ROUSSEAU Dominique, une résurrection: la notion de constitution, R.D.P, n°1,1990.

25. WINFIELD H. Rose, Further Thoughts on "Marbury v. Madison, American Political Science review. Vol. 37, No. 3 (Jul., 2004)

### 3- مقالات عبر مواقع الأنترنت

1. خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وأثرها دراسة تحليلية

مقارنة، الصادر في: 27-04-2017، على الموقع الإلكتروني:

<https://khalifasalem.wordpress.com/>

2. كيجل كمال، مداخلة بعنوان التشريع بأوامر في الدستور الجزائري،

منشورة في الموقع الإلكتروني:

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t371-topic>

3. ناهد جميل أسعد فريتيخ، رأي قانوني حول القرارات بقوة القانون، الموقع

الإلكتروني: <https://www.academia.edu>

سادسا - النصوص القانونية

1- النصوص الوطنية

1-1. الدساتير

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب

الإعلان المؤرخ في 10 ديسمبر 1963، الموافق عليه في استفتاء شعبي يوم 8

ديسمبر 1963، ج.ر.ج.ج.، رقم 64 المؤرخ في 08 ديسمبر 1963.

2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب

الأمر رقم 76 - 97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن إصدار نص الدستور

المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 19 نوفمبر 1976، ج.ر.ج.ج. عدد 94

المؤرخ في 24 نوفمبر 1976.

3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب الأمر

رقم 89 - 18، المؤرخ في 28 فيفري 1989 يتعلق بنشر نص الدستور المصادق

عليه في استفتاء شعبي يوم 23 فيفري 1989، ج.ر.ج.ج.، عدد 09 المؤرخ في

01 مارس 1989

4. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 - 436 ، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور ، المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996 ، ج ر.ج.ج عدد 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996 ، معدل ومتم بموجب القانون رقم 02 - 03 مؤرخ في 10 أبريل 2002 ، ج ر.ج.ج عدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002 ، معدل ومتم بالقانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج ر.ج.ج عدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 ، معدل ومتم بموجب القانون رقم 16 - 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، ج ر.ج.ج عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016. معدل و متم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، ج.ر.ج.ج.، رقم 82.

## 2-1. المعاهدات

1. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي دخلت حيز التنفيذ في 4 نوفمبر/تشرين الثاني 1950 في روما، وبدأ تطبيقها في 3 سبتمبر سنة 1953 ، المعدلة بأحكام البروتوكول رقم 14، بدأ نفاذ مفعوله في 1 يونيو/حزيران 2010.

2. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، تم اعتماده من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976.

3. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (المعروفة أيضًا باسم ميثاق سان خوسيه Pacte de San José) ، اعتمدت في 22 نوفمبر 1969 في اجتماع



لمعظم دول القارة الأمريكية في سان خوسيه ، كوستاريكا ، وبدأ نفاذها في 18 يوليو 1978.

4. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
5. La Charte de l'environnement de 2004.

### 1-3. القوانين العضوية

1. الأمر 62-618، الصادر في 1 جوان 1962، المتعلق بإنشاء المحكمة العسكرية.

2. القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج.ج.ج.ج. رقم 37 الصادرة في 01 جوان 1998.

3. الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار.

4. القانون العضوي 16-12 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 الموافق لـ 25 غشت 2016، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة.

5. القانون العضوي 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018 المعدل و المتمم القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 و المتعلق المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ج.ج.ج. العدد 15 الصادرة بـ 7 مارس 2018.

6. القانون العضوي 18\_16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 يحدد شروط و كفاءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج.ج.ج.ج. رقم 5.



3. النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 7 رمضان 1440 الموافق 12 ماي 2019 والمعدّل والمتمّم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر عام 1441 الموافق 17 أكتوبر سنة 2019
4. النظام الداخلي لمجلس الدولة الصادر في 27 أكتوبر 2019 الموافق لـ 28 صفر 1441، ج.ر.ج.ج. رقم 66.
1. المداولة رقم 92-02 المؤرخة في 14 أفريل 1992 ج.ر.ج.ج. رقم 28، المتعلقة بالمراسيم ذات الطابع التشريعي التي كان يتخذها المجلس الأعلى للدولة.
2. رأي رقم 1 ر. أ.ق. عض/ م. د المؤرخ في 06 مارس 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، ج.ر.ج.ج. رقم 12، السنة 34، 1997
3. رأي رقم 06 / ر. ق. ع / م. د / 98 مؤرخ في 22 محرّم عام 1419 الموافق 19 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله للدستور.
4. رأي رقم 07 / ر. ق. ع / م. د / 98 المؤرخ في 24 ماي 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور، ج.ر.ج.ج. رقم 39، 07 يونيو 1998
5. رأي المجلس الدستوري، رقم /03 ر. ق. ع / م. د / 18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، جريدة رسمية رقم 5.

6. قرار رقم 01/ق.م.د/د ع 21/د مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1442 الموافق 10 فبراير سنة 2021.

## 2- الأجنبية:

1. الدستور الأمريكي الصادر في 17 سبتمبر 1787، شاملا تعديلاته لغاية 1992.

2. الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 شاملا تعديلاته لغاية 2008/07/23

3. الدستور الكويتي الصادر في 14 جمادى الثاني 1382 الموافق لـ 11 نوفمبر 1962.

4. القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر، المعدل بقانون 168 لسنة 1998

5. لقانون الأساسي الفلسطيني المعدل المؤرخ في 15 محرم 1424 الموافق لـ 18 مارس 2003

6. الدستور المصري المؤرخ في 17 ربيع الأول 1435 الموافق لـ 18 يناير 2014

7. الدستور الأردني المؤرخ في 8 يناير 1952 والمعدل في 03 ماي 2016

8. القانون العضوي رقم 09-1523، الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2009،

المتعلق بتطبيق المادة 1/61 من الدستور الفرنسي، الجريدة الرسمية رقم 287.

9. Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du conseil d'Etat JORF du 31 mai 1872.
10. L'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
11. Décision n°2009-595 DC du 03 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.
12. Direction De La Séance - Sénat, Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, Février 2014.
13. Code des relations entre le public et l'administration modifié par l'Ordonnance n°2016-1360 du 13 octobre 2016.

14. نظام ديوان المظالم للمملكة العربية السعودية، الصادر بمرسوم ملكي رقم

(م/51) المؤرخ في 19-9-1982.

سابعا - مواقع الأنترنت.

1. [www.asjp.cerist.dz](http://www.asjp.cerist.dz)
2. <https://www.legifrance.gouv.fr/>
3. [www.dspace.univ-tlemcen.dz](http://www.dspace.univ-tlemcen.dz)
4. [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)
5. [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz)
6. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
7. [www.majliselouma.dz](http://www.majliselouma.dz)
8. [www.apn.dz](http://www.apn.dz)
9. [www.congress.gov](http://www.congress.gov)



# الفهرس

مقدمة.....	ص 2
الباب الأول: تأثير القرارات التي لها قوة القانون على نوع الرقابة القضائية.....	ص 12
الفصل الأول: التأصيل النظري و القانوني للقرارات الإدارية التي لها قوة التشريع.....	ص 16
المبحث الأول: النظام القانوني للقرارات التي لها قوة القانون.....	ص 18
المطلب الأول: مدلول التي لها قوة القانون.....	ص 20
الفرع الأول: تعريف القانوني الأوامر.....	ص 21
الفرع الثاني: شروط التشريع بأوامر في الجزائر.....	ص 23
المطلب الثاني: ذاتية التشريع بأوامر في الجزائر.....	ص 25
الفرع الأول: مدى ارتباط اتخاذ الأوامر بتوافر حالة الضرورة.....	ص 27
الفرع الثاني: انعدام التفويض من الهيئة التشريعية لاتخاذ الأوامر في الجزائر.....	ص 32
1- اسناد التفويض إلى قواعد الوكالة.....	ص 33
2- تبرير التفويض التشريعي بالاعتبارات العملية.....	ص 34
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر.....	ص 38



المطلب الأول: مشاريع الأوامر: قرارات ذات طبيعة إدارية قبل موافقة البرلمان عليها.....	ص 40.
الفرع الأول: المعيار العضوي في التمييز بين الأعمال الإدارية و التشريعية... ص 41.	
البند الأول: مضمون المعيار العضوي .....	ص 42.
أولاً- التمييز بين السلطة الإدارية و السلطة التشريعية.....	ص 42.
ثانياً- المعيار الإجرائي للتمييز بين القانون و اللائحة.....	ص 43.
ثالثاً- تقدير المعيار العضوي .....	ص 44.
البند الثاني: معيار المدرسة النمساوية .....	ص 48.
الفرع الثاني: التمييز بين الأعمال التشريعية و الإدارية وفقا للمعيار الموضوعي.....	ص 50.
البند الأول: مضمون المعيار الموضوعي أو المادي.....	ص 51.
1- المراكز القانونية.....	ص 53.
2- الأعمال القانونية.....	ص 53.
البند الثاني: تقييم المعيار الموضوعي.....	ص 56.
1- مزايا المعيار الموضوعي.....	ص 56.
2- نقد المعيار الموضوعي.....	ص 57.

- المطلب الثاني: الموافقة الشكلية للبرلمان على الأوامر..... ص 59.
- الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء من طبيعة الأوامر بعد موافقة البرلمان عليها..... ص 62.
- الفرع الثاني: طبيعة قرار البرلمان بشأن الأوامر المعروضة عليه ..... ص 66.
- الفصل الثاني: ضمان مبدأ الفصل بين السلطات: الرقابة القضائية..... ص 75.
- المبحث الأول: التكييف القانوني للرقابة القضائية والأوامر الصادرة في الجزائر..... ص 79.
- المطلب الأول: الأصول العامة للرقابة القضائية..... ص 80.
- الفرع الأول: الرقابة القضائية في التعريف الفقهي و القانوني..... ص 82.
- الفرع الثاني: طبيعة الرقابة القضائية على الأوامر..... ص 86.
- المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للأوامر في الجزائر واستحداث للرقابة المطبقة عليها..... ص 87.
- الفرع الأول: الطبيعة القانونية للأوامر في الجزائر..... ص 88.
- البند الأول: الطبيعة القانونية للأوامر المتخذة في الحالة العادية..... ص 88.
- البند الثاني: الطبيعة القانونية للأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية..... ص 93.
- الفرع الثاني: استحداث الرقابة السابقة على الأوامر..... ص 101.

البند الأول: التأطير القانوني للرقابة السابقة.....	ص 102
البند الثاني: الرقابة السابقة على الأوامر في الجزائر.....	ص 103
المبحث الثاني طرق الرقابة القضائية على الأوامر في جانبها النظري .....	ص 104
المطلب الأول: رقابة القضاء الإداري على الأوامر .....	ص 105
الفرع الأول: التأسيس الفقهي لرقابة القضاء الإداري على الأوامر.....	ص 106
الفرع الثاني: الاعتراضات الفقهية الراضة لرقابة القضاء الإداري على الأوامر.....	ص 110
أولاً: الاعتراضات ذات المصدر التاريخي.....	ص 110
ثانياً: الاعتراض المبني على نظرية سيادة الأمة.....	ص 111
ثالثاً: الاعتراض المستمد من مبدأ الفصل بين السلطات.....	ص 112
رابعاً: ممارسة الرقابة الدستورية من طرف القضاء باعتبار عملاً سياسياً.....	ص 113
المطلب الثاني: محل الأوامر من الرقابة الدستورية.....	ص 114
الفرع الأول: الرقابة القضائية على دستورية الأوامر في شكلها النظري.....	ص 115
الفرع الثاني: تقدير أسلوب الرقابة القضائية على الدستورية.....	ص 117

الباب الثاني: ميكانيزمات الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي لها قوة التشريع

ص 119 .....

الفصل الأول: الرقابة القضائية على دستورية الأوامر ..... ص 123.

المبحث الأول: طرق الرقابة القضائية على دستورية الأوامر ..... ص 125.

المطلب الأول: الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية..... ص 126

الفرع الأول: أوجه عدم دستورية الأوامر في الدعوى الأصلية..... ص 129.

البند الأول العيوب الشكلية ..... ص 130.

أولاً: عيب عدم الاختصاص ..... ص 130.

1- عيب عدم الاختصاص العضوي ..... ص 131.

2- عيب عدم الاختصاص الموضوعي ..... ص 132.

3- عيب عدم الاختصاص الزمني ..... ص 132.

4- عيب عدم الاختصاص المكاني ..... ص 133.

ثانياً: عيب الشكل و الإجراءات..... ص 133

البند الثاني: العيوب الموضوعية..... ص 134.

أولاً: عيب المحل..... ص 134.

- 1- النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات.....ص135.
  - 2- نصوص دستورية تضع للمشرع سلطة محددة.....ص137
- ثانياً: عيب الانحراف في استعمال السلطة أو الانحراف التشريعي.....ص137.
- الفرع الثاني: الجهة المختصة بالنظر في الدعوى..... ص139.
- المطلب الثاني: رقابة الإلغاء اللاحقة على دستورية الأوامر - الدفع بعدم الدستوري..... ص 145.
- الفرع الأول: تطبيق الدفع بعدم الدستورية في التجارب المقارنة..... ص148.
- البند الأول: الدفع بعدم الدستورية في النموذج الأمريكي..... ص148.
- أولاً: طبيعة الدفع بعدم دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية..... ص149.
- ثانياً: شروط الدفع بعدم الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية..... ص151.
- البند الثاني: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الفرانكفونية..... ص152.
- أولاً: تطور الدفع بعدم الدستورية في فرنسا.....ص152.
- ثانياً: شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية في فرنسا.....ص154.
- الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية في النظام الجزائري..... ص157.
- البند الأول: الرقابة على دستورية القوانين قبل 2016..... ص158.

- أولاً: المرحلة الأولى من 1963 إلى 1976..... ص 158.
- ثانياً: المرحلة الثانية من 1989 إلى 1996..... ص 159.
- البند الثاني: استحداث الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري 2016..... ص 160.
- المبحث الثاني: حجية الحكم و نطاق الرقابة في الدعوى الدستورية..... ص 164.
- المطلب الأول: حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية..... ص 166.
- الفرع الأول: حجية الحكم الصادر بعدم دستورية الأمر التشريعي..... ص 166.
- الفرع الثاني: حجية الحكم الصادر برفض الدعوى..... ص 171.
- المطلب الثاني: أثر الرقابة على دستورية الأوامر ..... ص 172.
- الفرع الأول: نطاق الرقابة على دستورية الأوامر التشريعية..... ص 173.
- البند الأول: الرقابة تتم في إطار الدستور ولا تمتد إلى الملائمة..... ص 174.
- البند الثاني: عدم التعرض للأعمال السياسية ..... ص 176.
- الفرع الثاني: النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية ( الأثر ) ..... ص 179.
- الفصل الثاني: دور القضاء الإداري في الرقابة على الأوامر..... ص 184.
- المبحث الأول: تأثير الدور الاستشاري لمجلس الدولة في الرقابة على الأوامر..... ص 185.
- المطلب الأول: الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة حول الأوامر: أي طبيعة قانونية؟..... ص 188.
- الفرع الأول: التقيد بطلب الرأي دون إلزامية الأخذ به..... ص 188.
- الفرع الثاني: تداعيات حرية أخذ رأي مجلس الدولة..... ص 191.

- المطلب الثاني: نقص التفصيل في إجراءات طلب الاستشارة.....ص192.
- الفرع الأول: الإجراءات المتبعة لطلب رأي مجلس الدولة..... ص 193.
- البند الأول: المراحل التحضيرية..... ص 193.
- البند الثاني: المراحل الموضوعية..... ص 195.
- الفرع الثاني: الأوامر المستتناة من الاستشارة..... ص 196.
- المبحث الثاني: دور جهات القضاء الإداري في الرقابة على الأوامر  
الرئاسية..... ص 197.
- المطلب الأول: الرقابة القضائية على الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية. ص 199.
- الفرع الأول: دعوى الإلغاء ضد الأوامر الصادرة في الحالة الإستثنائية..... ص 200
- الفرع الثاني: دعوى المسؤولية ضد الأوامر الصادرة في الحالة الإستثنائية..... ص 203
- المطلب الثاني: دور الدفع بعدم الدستورية في إضفاء الطابع القضائي على الرقابة  
الدستورية..... ص 204.
- الفرع الأول: شروط قبول الدفع بعدم الدستورية..... ص 205.
- البند الأول: الشروط الشكلية. .... ص 206.
- البند الثاني: الشروط الموضوعية ... ص 208.
- الفرع الثاني: اختصاصات جهات القضاء الإداري في معالجة الدفع..... ص 211.

البند الأول: دور المحكمة الإدارية.....	ص 211.
البند الثاني: مجلس الدولة .....	ص 214.
الخاتمة.....	ص 218.
الملاحق.....	ص 223.
قائمة المراجع.....	ص 251.
الفهرس.....	ص 282.