

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام



**تجسيد دولة القانون من خلال تفعيل
الرقابة على أعمال الإدارة العامة
- دراسة وصفية تحليلية -**

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص قانون عام

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:
- الأستاذ: بن عمار محمد

مقدمة من الباحث:
- لطفاوي محمد عبد الباسط

أعضاء لجنة المناقشة:

- | | | | |
|--------------|---------------------------|-------------------|-----------------|
| رئيسا | جامعة تلمسان | أستاذ | أ. كحلوتة محمد |
| مشرفا ومقررا | جامعة تلمسان | أستاذ | أ. بن عمار محمد |
| عضوا | جامعة سيدي بلعباس | أستاذ محاضر "أ" | د. هديلي أحمد |
| عضوا | المركز الجامعي عين تموشنت | أستاذة محاضرة "أ" | د. زعزوعة فاطمة |

السنة الجامعية : 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

أشكر الله عز وجل كما ينبغي لجلاله وأصلي وأسلم على نبينا الحبيب محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لكل من كان له الفضل في انجاز هذا العمل المتواضع، وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور بن عمار محمد الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته القيمة ونصائحه طيبة مراحل الدراسة والبحث.

كما لا تفوتني هذه المناسبة لتحية كل أساتذتي وزملائي وتمنياتى لهم أن يبقوا على درب العلم دليلاً لهم وضياء.

إلى كل اللذين ساهموا من قريب أو من بعيد في هذا العمل الأكاديمي.

إلى كل هؤلاء شكراً جزيلاً.

شكراً للجميع

إهداء

إلى من ربباني وكافحا من أجلي والديّ الكريمين.

إلى أختي الصغيرة زينب.

إلى كل من كان سببا في تحفيزي لعقل قيمة العلم.

إلى كل من علمني وأخذ بيدي وأنار لي طريق العلم والمعرفة.

إلى كل من كان النجاح طريقه والتفوق هدفه والعلم سبيله.

إلى كل من ساندني ووقف بجانبني.

أهدي ثمرة جهدي وعملي، أهدي هذا البحث.

الباحث : لطفاوي محمد عبد الباسط.

قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية

- ق.إ.م.إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- د.م.ج ديوان المطبوعات الجامعية.
- م.ق المكتبة القانونية.
- د.د.ط دون دار طبع.
- د.د.ن دون دار نشر.
- د.ت دون تاريخ.
- ن.ق نشرة قضائية.
- م.د مجلس الدولة.
- ص الصفحة.
- ق قضائية.
- د الدكتور.
- ط الطبعة.
- س السنة.
- ف فقرة.

ثانيا : باللغة الفرنسية

- **G.A. J.A** Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative.
- **L.G.D.J** Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
- **O. P.U** Office des Publications Universitaires.
- **E.D.C.E** Etude et Document du Conseil d'Etat.
- **Op.cit** Ouvrages Précédemment Cité.
- **L.G.D** Libraire Générale de Droit.
- **C.C** Conseil Constitutionnel.
- **J.O** Journal Officiel.
- **Adm** Administratif.
- **C.S** Cour Suprême.
- **C.E** Conseil d'Etat.
- **T** Tome.
- **P** Page.

المقدمة

الإنسان مدني بطبعه، أي أنه لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن الناس، وبالتالي لا بد له من جماعة، ووجوده في هذه الجماعة يستلزم قيام علاقات عديدة بين أفرادها، شخصية، أو سياسية، وهذه العلاقات تستلزم الخضوع لنظام ملزم للجميع، وهو الأمر الذي يؤدي إلى إقامة مجتمع منظم، أصطلح عليه " بالدولة " .

والدولة هي أحد أبرز نتائج التطور السياسي والإجتماعي والثقافي للشعوب كافة، وهو تطور نوعي في تاريخ البشرية كله، ولم يكن محض صدفة تاريخية، أو تعبيراً عن منحة من بعض الحكام، وإنما جاء محصلة صراعات إجتماعية وسياسية ودينية ومذهبية ضارية وثورات كبرى، أثرت على نشوء الدولة وتطور مؤسساتها ونظم الحكم فيها وقواعد عملها.

وهي بهذا المفهوم؛ صورة من صور الجماعات السياسية التي لم توجد وجوداً عفويًا، وإنما جاء وجودها إعتباراً من أنها ظاهرة إنسانية متطورة، ظهرت ككيان سياسي نتيجة تراكب إرادات مختلفة الطبائع ومتباينة الآثار، فهي وإن كانت تمثل جهازاً متكاملًا أو شخصية واحدة، إلا أنها لا تصهر أعضائها صهراً كاملاً كما يتعامل الجهاز أو الجسم البيولوجي مع خلاياه، لأن الدولة في كل الأزمنة والأمكنة تكونت من عناصر حية واعية وأجهزة أوجدتها الإنسان لتلبي حاجاته وبوسائل مختلفة، فهي كما يصفها Pierre Janin كيان سحري قائم على الضرورة، وعلى الحرية، غايتها الخير المشترك.

كما أن لتطور الفكر الإنساني، الناصر؛ ضد الأنظمة الملكية الأوتوقراطية، والحكم المطلق - ومن مقولة لويس الرابع عشر " الدولة هي أنا " - أثره على إنفصال الدولة عن أشخاص حكامها وملوكها، مما أفرز الدولة الحديثة التي تتمايز مفاهيمياً ودلالياً ومؤسسياً عن أشخاص حكامها وملوكها، بل وحكوماتها.

إن مفهوم الدولة والسلطة والسيادة تأثر كثيراً بتطور ونضج " المجتمع السياسي "، ومن ثم أضحت هذه المفاهيم تمتلك نقاءها الإصطلاحي والدلالي منذ بروزها في نطاق المعرفة الدستورية والقانونية والسياسية، وفي مجال التداول الدلالي في العلاقات الدولية. مما أثر على النظم السياسية وقواعدها وآليات عملها، بحيث تعقدت مؤسساتها وهيكلها على نحو لم تعد معه الدولة المعاصرة أن تقارن نسبياً بالدولة التقليدية.

وبقيت بعض آثار الممانعة التاريخية إزاء التطور نحو الديمقراطية والتغيرات الحاصلة في المنظومة السياسية والدستورية، تدفع بعض الدول وأنظمتها السياسية التي لا تزال تعاني إختلالات تاريخية في تطورها السياسي والإجتماعي وفي مؤسساتها الدستورية، إلى التشبث بالأفكار التقليدية للسلطة المستبدة؛ مما أثر على مستوى الوعي السياسي لشعوبها.

كما أن الدولة ليست غاية بذاتها بل وسيلة لتحقيق غاية أسمى وهي إحتضان فكرة الحقوق والحريات والحفاظ عليها عن طريق التعبير الصادق عن إرادة الشعب صاحب السيادة الأصيل، وبهذا المعنى فإنها تستعين بالقانون لتحقيق هذه الغاية، ولما كان القانون في الأصل هو التصوير المقبول لفكرة العدل المستكنة في ضمير الجماعة، ومن ثم التجسيد السلمي لمعنى الصالح العام الذي يجب أن يسود، فمن واجب السلطة العامة إذا أن تلتزم بالقانون في كل ما تأمر به وتنهى عنه، ويكون ذلك وحده هو شرط شرعيتها وهو الكفيل بضمان إحترام أوامرها ونواهيها وتنفيذ الأفراد لها طواعية وعن إقتناع.

فلم يعد بالتالي الحاكم ولا التصرفات التي يقوم بها من خلال أدواته فوق القانون أو بمعزل عنه، بل أصبح القانون هو من يحكم إرادة السلطة ويحدد نطاق عملها، وأن أي تجاوز في التصرف خارج هذا النطاق يعتبر مخالفا لمقتضيات المشروعية⁽¹⁾. فالسلطة والقانون ظاهرتان متلازمتان ومتكاملتان، فالسلطة ضرورة يفرضها الإحساس بالقانون، ثم أنها لا تستطيع أن تتعامل مع الخاضعين لها، إلا بالقانون وعلى مقتضاه، وبالنتيجة أصبح هذا التلازم والتكامل بين السلطة والقانون هو أساس ظهر مفهوم " دولة القانون ".

وعلى هذا الأساس، دولة القانون؛ هي تعبير عن تطور منظومات مفاهيمية وفكرية، والأخرى ثقافية دولية حديثة ومعاصرة، تدور حول القانون الوضعي الحديث، وحقوق الإنسان، والحريات الفردية والجماعية، وعلى شبكات من التفاعل، والعلاقات، والأدوار بين الدولة والمواطن، وبين المؤسسات السياسية والدستورية، فيه نوع من التوازن بين السلطة العامة وحقوق الأفراد، وعلق على ذلك الدكتور عليان بوزيان في كتابه مبدأ المشروعية بين النظرية والتطبيق بقوله أنه " بين الحرية والسلطة في عمق الزمن صراع مثير تمخض عنه ميلاد مبدأ المشروعية ليوازن بين حقوق الأفراد، وبين حق السلطة، وصارت الدولة في ظلها دولة قانونية لها وظيفة محددة، وغاية معلومة هي إقامة دولة الحقوق والحريات، حيث السيادة فيها للمشروعية من قيم الجماعة ومثلها العليا والتي يجب أن يخضع لها الحكام والمحكومين على حد سواء".

ومن ثم فإن دولة القانون تقوم على فكرة أساسية هي أن القانون لا الفرد هو الحاكم. وبعكس ذلك نكون أمام حكومة استبدادية تقوم على أساس جوهري يتمثل في أن القانون هو مجرد تعبير عن إرادة الحاكم الذي يعمل على حمل شعبة على إحترامه دون أن يلتزم هو به، ولهذا تصبح إرادة الحاكم مطلقة وطيقة من كل قيد إن شاء طبق القانون وإن شاء عدل عن ذلك.

(1) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1976، ص.3.

ولما كانت الدولة الحديثة قد إلتزمت في بدء نشأتها بنظرية الحقوق والحريات العامة؛ بإعتبارها حجر الزاوية في بناء النظرية العامة للقانون؛ وفي إرساء وتجسيد دولة القانون؛ بما تستقر عليه في شأن تأكيد سيادة القانون وإحترام الشرعية. فإذا كان خضوع الدولة للقانون هو أحد مظاهر سيادة القانون، فهل يترك للدولة أو للسلطة حرية التصرف في كافة أوجه نشاطاتها دون مراقب أو معقب أو محاسب، بالطبع لا؛ فليس معنى أنه من واجب الدولة أو السلطة أن تحمي حقوق وحريات الأفراد أن تجعلهم خاضعين وحدهم للقانون، بل من واجب سلطات الدولة أن تخضع هي نفسها لأحكام القانون، وهذا الإلتزام هو ما أصطلح عليه تسمية "مبدأ المشروعية".

لذا يتوجب أن تخضع الدولة لمبدأ ذو أهمية خاصة، هو مبدأ المشروعية متفرعا عن مبدأ أعلى هو مبدأ سيادة القانون. هذا المبدأ الذي ضم في مجمله مجموعة القواعد القانونية التي يجب على الجميع الإلتزام بها حاكما كان أم محكوما. فهو يعتبر محور النظام القانوني للدولة وأساس شرعيتها، وأن ممارستها لسلطاتها؛ لم تعد إمتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشرها نيابة عن الجماعة ولصالحها، مقيدة في ذلك بقواعد قانونية تعلوها، وتعصمها من جموحها لضمان ردها على أعقابها، إن هي جاوزتها متخطية حدودها.

لذا يرى جانب من الفقه أن مبدأ سيادة القانون يضرب بجذوره في التاريخ القديم، إلى الوقت الذي ثار فيه الإنسان على مجتمع الأعراف والتقاليد والأساطير الدينية، وتأكد له أن الحماية الجدية لحقوقه وحرياته تركز على ما توفره له قاعدة القانون المعلنة بحكم ثباتها وإستقرارها، وبما تتمتع به خاصية العموم والتجريد من ضمانات.

فكانت الخطوة الأولى التي أحرزها الإنسان في هذا المجال، تدوينه للأعراف والتعاليم الدينية، فحقق بذلك تعميم العلم بالقانون، وأبعده بالتالي عن أن يكون إمتيازاً قاصراً على الكهان والأشراف ومحاولاتهم الإنفرد بتفسيره بما يخدم مصالحهم من دون بقية فئات الشعب وطبقاته. فلا يمكن إعتبار مبدأ سيادة القانون، من خلق الفكر القانوني الحديث ولا من إبتكاره بل هو في الحقيقة نتاج التاريخ الحضاري كله، بإعتباره أحد الأسلحة التي شهرها الإنسان في معركة الحرية بوجه الطغيان والتعسف والإستبداد.

وغنى عن البيان؛ أن دولة القانون تقوم على مجموعة من المقومات الأساسية أهمها " وجود دستور "، لذا يعد أول مقوماتها، ذلك أن القواعد التي يتضمنها هي التي تحدد نظام الحكم في الدولة وتبين السلطات العامة فيها؛ وتوزع الاختصاصات فيما بينها وتحدد علاقات التعاون والرقابة بين بعضها البعض، وعلى هذا أعتبر الدستور " أب القوانين". فالدستور (Constitution) يقف على رأس الهرم القانوني فهو يمثل الضمانة الأساسية لقيام دولة القانون، ويقيم السلطة في الدولة ويوفق بينها وبين الحرية، ويؤسس وجود الدولة القانوني، ويؤطر نشاطها بحيث لا تستطيع

أن تحيد عنه، وأن عليها الإلتزام بأحكامه؛ فوجوده يؤدي إلى تقييد سلطات الدولة، ويبين كيفية ممارستها، كما يبين حقوق وحرقات الأفراد والوسائل اللازمة لضمانها وصيانتها؛ وكفالة الدولة بإحترامها⁽¹⁾.

وإذ كان الدستور قد أقام من حصانة القضاء وإستقلاله، ضمانين أساسيين لحماية حقوق الأفراد وحرقاتهم، وحق التقاضي هو المدخل إلى هذه الحماية، فقد أضحي لازماً أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص صريح في الدستور، كي لا تنعزل حقوق الأفراد وحرقاتهم عن وسائل حمايتها، بل تكون معززة بها، وتغارها لضمان فعاليتها.

كما كان لتطور المجتمعات وتشعب الجوانب الحياتية لأفرادها الأثر على وظائف السلطة الحاكمة وتشعبها وتنوعها الأمر الذي جعل إضطلاع سلطة واحدة بكل هذه الوظائف أمراً غير ممكن التطبيق وكان توزيع السلطات والوظائف الحل الأمثل لإدارة الشؤون العامة. ما أدى إلى تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف رئيسية، موزعة على السلطات العامة في الدولة، فتختص السلطة التشريعية بسن القوانين؛ والسلطة التنفيذية بإدارة شؤون الدولة؛ والسلطة القضائية بتطبيق القانون. هذا التعدد لسلطات الدولة وعدم تفرد جهة واحدة بها، ما يسمى في الأوساط الفكرية والقانونية بـ "مبدأ الفصل بين السلطات".

وعلى هذا الأساس يعتبر أحد أهم مبادئ التنظيم السياسي. هذه المبادئ معبرة في دلالتها عن القيم الأساسية للأنظمة السياسية المعاصرة، والمنطلقات الفكرية لتحديد أشكال النظم، وتصوير القواعد الوضعية التي تحكم المؤسسات السياسية في كيانها العضوي والوظيفي.

كما أن موضوع الرقابة على دستورية القوانين في نظر الفقه الدستوري يعتبر من بين أهم مقومات دولة القانون، بإعتبار أن أعمال هذه الرقابة من شأنه أن يلزم المشرع بضرورة إصدار تشريعات مطابقة لأحكام الدستور؛ حيث ترتبط الرقابة على دستورية القوانين بمبدأين أساسيين ينتج عنهما نتيجتين أساسيتين، فالأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات على إطلاقه يؤدي إلى رفض أي نوع من أنواع الرقابة؛ والثاني هو مبدأ سمو الدستور وعلو أحكامه ونصوصه ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، ذلك أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه من شأنه أن يفرض رقابة كاملة على دستورية القوانين. لذا تعتبر أنجح وأفضل الوسائل التي إبتكرها الفكر الدستوري بما يضمن مبدأ سمو الدستور ويكرس مبدأ الفصل بين السلطات.

وغنى عن البيان؛ أن سلطات الدولة في العصر الحديث قد إتسعت، فقد كان دورها فيما مضى مقصوراً على الدفاع عن أراضيها من الإعتداء عليها خارجياً وحفظ الأمن الداخلي والفصل في المنازعات عن طريق ولاية

(1) منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارنة بالدولة القانونية، دار وائل، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص41.

القضاء، وفي هذا الزمن سميت بالدولة الحارسة، أما الآن وفي ظل هذه الدولة الحديثة والتي أخذت على عاتقها أن تهيء لأفرادها مختلف الخدمات، وحتى تقوم الدولة بدورها على أحسن وجه كان لزاما عليها أن تنشئ الهيئات الإدارية التي تؤدي هذه الخدمات، وأن تمنحها قدرا من السلطات والوسائل التي تسمح بتحقيق الصالح العام.

لأن مقتضى إحصار وظيفة السلطة التنفيذية في مجرد تنفيذ القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، يستلزم أن يقتصر دور الإدارة على مجرد التعبير تعبيرا صادقا عن إرادة المشرع، وبهذا المعنى العام تكون سلطاتها مقيدة باستمرار. وربما كان هذا هو المثل الأعلى فيما يتعلق بحماية الحرية الفردية، لأن قواعد المشروعية من شأنها أن تجعل كل تقييد للحرية مرهونا بإرادة الشعب عن طريق نوابه في البرلمان. ولكن مقتضيات العمل وضرورات الحياة الإدارية تحول دون الأخذ بالمنطق السابق على إطلاقه.

ونظرا لأن الإدارة لا يمكنها أن تنهض بواجباتها إلا إذا كان لها قدر معين من الحرية في اختيار الوسائل المناسبة لتحقيق أهدافها فإن المشرع والقضاء يعترفان أحيانا لها ببعض الإمتيازات الخاصة بإختيار الوسيلة المناسبة وإختيار الوقت المناسب لمباشرة تصرفاتها، وتتجلى هذه الحرية في ما يسمى ب"السلطة التقديرية".

فتحويل الإدارة قسطا من الحرية في الاختيار في أعمالها ووفقا لما تراه محققا للمصلحة العامة على إختلاف الأحوال والظروف، تشكل خروجا عن المشروعية الإدارية، هذا من جهة؛ ومن جهة ثانية يصعب العمل بالتقيد بأحكام القانون في الظروف الإستثنائية؛ مما يبرر تحرر الإدارة من العمل بأحكام المشروعية العادية في هذه الظروف؛ بالقدر اللازم لمواجهتها، الأمر الذي يجعل لمبدأ المشروعية مضمونا مغايرا لما هو عليه في الظروف العادية، بحيث يتسع لإستيعاب تصرفات الإدارة في تلك الظروف، وهو ما يطلق عليه "نظرية الظروف الاستثنائية". هذا عدا عن خروج الدولة فيما تقوم به من قرارات لإعتبرات الصالح العام ولا تخضع نتيجة ذلك إلى رقابة القاضي مما يعد خروجا عن مبدأ المشروعية، وهو ما يطلق عليه "أعمال السيادة". والتي من شأنها المساس بحقوق وحرريات الأفراد، ما يستدعي وجود ضمانات لحماية هذه الحريات. فتختلف بين ضمانات قضائية وضمادات غير قضائية.

فلا يكفي لحماية الحقوق والحريات، أن تتحقق سيادة القانون، لأن قيام دولة تخضع للقانون وإن كان شرطا أساسيا لقيام الحريات العامة، إلا أنه ليس بالشرط الكافي لهذا الغرض، فلا نزاع في أن الجزء الأكد لمبدأ المشروعية والضممان الحقيقي الوحيد لإعمال هذا المبدأ، هو الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة.

بيد أن الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة لا تتخذ أسلوبا واحدا، إذ تتعدد صورها حسب التنظيم السياسي والقانوني في الدولة، فقد تتركز الرقابة في جهة واحدة، وقد تتعدد الجهات التي تختص بممارسة هذه الرقابة، ومع ذلك يمكن القول أن طرق الرقابة على أعمال الإدارة لا تخرج عن صور ثلاثة:

فقد تكون رقابة سياسية على شكل رقابة شعبية مباشرة ، تتم من خلال الإستفتاء الشعبي؛ أو رقابة شعبية غير مباشرة تتم عن طريق المجتمع المدني أو وسائل الإعلام أو الأحزاب السياسية.

أو على شكل رقابة الهيئة التشريعية البرلمان (Parliament) تستخدمها بواسطة وسائل يبينها دستور الدولة ويوضح حدودها، منها حق توجيه الأسئلة وحق الاستجواب وحق إجراء التحقيق والمناقشة بغية منع إنحراف السلطة وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وإن كانت في الغالب تقتصر على المسائل العامة⁽¹⁾. إضافة إلى أشكال خاصة من الرقابة، كالرقابة من قبل هيئات الإدعاء العام أو عن طريق الأمبودسمان (Ombudsman) أو المفوض البرلماني أو الوسيط كما يسمى في فرنسا، وهو الشخص المكلف من قبل البرلمان لمراقبة أداء الإدارة والحكومة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم.

وقد تكون رقابة إدارية تقوم بها الإدارة على أعمالها دون تدخل من أجهزة رقابية خارجية، وتكون إما رقابة ذاتية وتتجلى في صورة رقابة رئاسية تباشرها الإدارة من تلقاء نفسها، ما يدعوها لإعادة النظر في قراراتها السابقة، بسحب أو إلغاء أو تعديل القرار محل الرقابة، لعدم مشروعيته أو عدم ملاءمته. أو في صورة رقابة وصائية تباشرها الإدارة المركزية على الهيئات المحلية (الإقليمية أو المرفقية)، كمقابل لإستقلال هذه الإدارات ووسيلة للتأكد من مشروعية أنشطتها أو للتثبت من قيامها بتحقيق الأغراض التي وجدت من أجلها، وهذه الرقابة تنحصر في الحدود الضيقة التي تعينها النصوص التشريعية.

وقد تتحرك الرقابة الإدارية بناء على تظلم إداري؛ يتمثل في طلب يرفعه ذوو المصلحة إلى الإدارة للرجوع أو إعادة النظر في قرارها أو تصرفها، أو تظلم يرفع إلى لجان إدارية خاصة أو هيئات مستقلة تنشئها القوانين وتنظمها من حيث كيفية تشكيلها وحدود إختصاصها، ووسائل الطعن أمامها ومدى قوة القرارات التي تصدرها، وحالات قبولها للطعن، بحيث يعتبر هذا النوع من الرقابة خطوة في طريق تدعيم الرقابة وتقويتها والانتقال من صور الرقابة الإدارية إلى الرقابة القضائية.

والنوع الثالث من الرقابة يتمثل في رقابة قضائية تختص برقابة أعمال الإدارة، وتصدر في ذلك أحكاما أو قرارات، إما بإلغاء القرار الإداري غير المشروع أو تعويض الأفراد عما أصبهم من ضرر، وعلى هذا الأساس تعد السلطة القضائية هي الحامية الحقيقية للحقوق، وهي التي تعطي للقانون فاعليته وإلزامه، إذ بغير هذه السلطة لا يعدو القانون أن يكون سوى قواعد نظرية لا تجد من يحقق لها الصفة الإلزامية الآمرة.

(1) الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)-دراسة مقارنة-، الكتاب الثاني، (د.د.ن)، 1968، ص127.

والحقيقة كما يراها الفكر المعاصر في أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي أكثر أنواع الرقابة أهمية وفعالية لإرتباطها بمصالح الأفراد وحقوقهم، نظرا لما يتمتع به القضاء من إستقلال وضمادات قانونية، وإتصاف بالحياد الموضوعية، وتولييه مهمة تحقيق العدالة بواسطة ما يصدر من أحكام تحوز قوة الشيء المقضي فيه، وأن إستقلال القضاء وحياده ما هو إلا شرطا وضمانة أساسية لا يمكن النظر إليها باعتبارها ميزة ممنوحة للقضاء، بل هي ضمانة لأسبقية القانون، ذلك من خلال القائمين عليها، رجال السلطة القضائية ذوي الإختصاص والمعرفة القانونية والمستقلين عن الإدارة العاملة⁽¹⁾.

وعليه فالقضاء الإداري له دور فعال في مجال حماية المشروعية؛ وترسيخ سيادة القانون، فالقاضي الإداري عند قيامه بدوره بالرقابة على أعمال الإدارة؛ إنما يستخلص مبادئ قانونية عامة تعتبر تعبيرا وبحق عن إرادة الجماعة أو إرادة المشرع التي لم يفصح عنها في نصوص تشريعية صريحة، ويقوم القضاء الإداري بما كان يتعين على المشرع أن يقوم به لو أنه أراد الإفصاح عن إرادته بإصدار قاعده تحكم الموضوع محل النزاع، بحيث يكون التعبير عن تلك الإرادة في صورة تلك المبادئ القانونية العامة، هو في حقيقته إنعكاسا طبيعيا لظروف البيئة المحيطة - سياسية وإقتصادية وإجتماعية - يتمكن من خلالها إلى الوصول إلى التفسير السليم للإرادة المفترضة للجماعة أو لإرادة المشرع، والتي على أساسها يلزم الإدارة بها.

وبناء على ما تقدم؛ يمكننا القول أنه لا يمكن تحقيق إحترام مبدأ المشروعية بصورة كلية وفرضه إلا إذا وضع المشرع تحت تصرف الأفراد الوسائل القانونية الكافية لإجبار السلطات العامة على إحترامه. لذا يتعين على المشرع أن يبين الوسائل القانونية التي يمكن للأفراد إستعمالها لإجبار السلطات الثلاث على إحترام قواعد المشروعية؛ إذا حادت أو إنخرفت عن إتباع أحكامه وشروطه سواء كان ذلك بحسن نية أو بسوء نية⁽²⁾.

فلا يكفي النص على أن تكون الحكومة قانونية عن طريق تنظيم السلطات الأساسية للدولة وتحديد العلاقة بينها، وتعيين حقوق الأفراد وحررياتهم، بل يجب كذلك أن يكون من الضمانات ما يكفل إحترام هذه السلطات الإختصاصات التي خولت إياها. ويكون ذلك عن طريق رقابة أعمال الإدارة العامة.

أسباب اختيار الموضوع

- ميل الباحث لدراسة مواضيع القانون العام، بإعتبار أن مجال تخصص الباحث هو القانون الدستوري والإداري؛ لاسيما القانون الإداري المعمق نظرا لأنه تخصص أصيل له.

- ميل الباحث لدراسة النظرية العامة للدولة وكل ما من شأنه كبح جماح الإدارة للخضوع لقواعد المشروعية.

(1) محمد مرغني حيزي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج 1، مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، (د.د.ن)، 1989، ص 81.

(2) علي حطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ط 1، ج 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 32.

- إرتباط البحث بأحد أهم مواضيع القانون العام وهو موضوع الحقوق والحريات، سيادة القانون ونظرية الدولة.
- هذه المواضيع تتوفر بها مراجع مختلفة ومتعددة في الفقه المقارن ما يسمح للباحث بالإلمام بمعظم جوانب الموضوع.

الصعوبات التي واجهت البحث

- مما لا شك فيه أن تناول هذا الموضوع إكتنفته بعض الصعوبات، تتمثل أساسا:
- قلة المراجع المباشرة في بعض أجزاء البحث، مما إضطر الباحث إلى الإستعانة بالفقه وأحكام القضاء المقارن خاصة الفرنسي والمصري في كثير من الأحيان.
- كما وجد صعوبة للوصول لبعض الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية، مجلس الدولة الجزائري، وذلك لعدم اعتماد هتين الهيئتين النشر الإلكتروني للأحكام والقرارات.
- كما واجهت الباحث بعض الصعوبات في الوصول لبعض الوثائق الإدارية لرفض الهيئات الإدارية تزويده بأية معلومات تهم البحث بحجة عدم إفشاء السر المهني.

أهمية الدراسة

- تتجلى أهمية البحث من ناحيتين إثنين:
- **من الناحية العلمية:** تظهر أهمية دراسة فكرة تجسيد دولة القانون والرقابة على أعمال الإدارة العامة، من الناحية النظرية والعلمية فيما تثيره من جدل فقهي في كل من فقه القانون الدستوري والإداري، حول السبيل إلى تجسيد دولة القانون، وطرق الرقابة على أعمال الإدارة العامة.
- كما تتجلى أهميته في كون موضوع؛ نظرية الدولة، السلطة السياسية، السيادة، مبدأ سيادة القانون، قواعد المشروعية، مبدأ خضوع الدولة للقانون، مقومات دولة القانون، أوجه وصور الرقابة على أعمال الإدارة العامة؛ تعتبر في مجملها من أهم موضوعات القانون العام وهي مواضيع محل بحث ودراسة متجددة؛ نظرا لسعتها وأهميتها بليغة الأثر على منظومة الحقوق والحريات، مما يفضي إلى معالجة فكرتين متلازمتين الدولة من جانب وحقوق وحريات الأفراد من جانب آخر ويعلوهما مبدأ سيادة القانون.
- **من الناحية العملية:** للموضوع أهمية كبيرة وقصوى من الناحية العملية الواقعية، وذلك لأنه يرتبط بدولة القانون وما لهذه الفكرة من تأثير على الحقوق والحريات مما ينعكس على الحياة اليومية للفرد في ظل تكريسه لهذه الحريات، وإحتكاكه الدائم بالإدارة العامة.

أهداف الدراسة

يتوخى الباحث أن تساهم الدراسة في تحقيق الأهداف التالية:

- تحديد المقصود والمعنى من نظرية الدولة وذلك بمعالجة مختلف جوانبها، والأفكار التي تدور في فلكها والمرتبطة بها، إرتباطا فلسفيا وقانونيا وسياسيا، لاسيما فكرة السلطة السياسية وفكرة السيادة، والوقوف على أوجه العلاقة القائمة بين هذه المتغيرات وإبرازها وتوضيحها، وتبيان النتائج المترتبة عن ذلك.
- تحديد المقصود والغاية من مبدأ سمو الدستور ومبدأ سيادة القانون وما يتفرع عنه من قواعد مشروعية بمفهومها الواسع ومشروعية إدارية بالمفهوم الضيق، وما يترتب عليه من مبدأ خضوع الدولة للقانون، ودولة القانون، ومقوماتها، وما السبيل إلى ذلك، وما علاقة ذلك بمفهوم الدولة والسلطة والسيادة، وما ينتج عنها من آثار تمس حقوق وحرريات الأفراد من جهة، ومن جهة أخرى أثر ذلك على تجسيد دولة القانون باعتبارها المحرك الأساسي لكل المتغيرات السابق ذكرها.
- تحديد المقصود والهدف من الرقابة على أعمال الإدارة العامة، والآليات والأدوات والأساليب والطرق التي تسمح بمراقبة فعالة في مواجهة أعمال الإدارة العامة وما يترتب عن ذلك من نتائج، تفضي إلى تجسيد دولة القانون، التي تجعل من الدستور أسمى القواعد المحركة لكل السلطات مجتمعة في سبيل تحقيق سمو وسيادة إرادة الشعب صاحب السيادة الأصيل.

إشكالية الدراسة

إذا بحثنا في تحديد أوجه الربط والعلاقة القائمة بين المتغيرات الرئيسية للدراسة، لوجدنا إختلافا بينا في آراء الفقهاء والفلاسفة، مما يخلص بنا إلى تحديد الإطار الذي نبحث فيه. كما أن الغاية الرئيسية من دراسة هذا الموضوع هو الإجابة عن إشكالية جوهرية يركز عليها الهيكل العام للدراسة وهي:

ما مدى تجسيد دولة القانون من خلال تفعيل الرقابة على أعمال الإدارة العامة؟

حيث يندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة تساؤلات وهي:

- كيف نشأت الدولة وتطورت؟
- ما المقصود بالسلطة السياسية والسيادة وعلاقتها بالدولة؟
- كيف أثر مفهوم الدولة على الحقوق والحرريات؟
- ما المقصود بدولة القانون وما يميزها عن الدولة التقليدية؟
- ما المقصود بخضوع الدولة للقانون وما معنى سمو الدستور؟

- ماهي الأساليب المتبعة في الرقابة على أعمال الإدارة العامة؟
- كيف يمكن تفعيل أدوات الرقابة على أعمال الإدارة العامة؟

بداية، لا يمكن لنا الإدعاء أنه سيكون بوسعنا الإحاطة الشاملة بكافة تشعبات هذا الموضوع المعقد عند محاولة الإجابة على هذه الإشكالية، إنما الطموح الذي يراودنا هو المساهمة في بلورة بعض الآراء والأفكار التي سبقنا إليها بعض الباحثين وكذلك إثراء النقاش حول أهم ما يدور حول "دولة القانون" و "الرقابة على أعمال الإدارة العامة" التي أصبحت في أيامنا هذه محل نقاش مستفيض في الأوساط القانونية والسياسية وحتى الإعلامية. كما أن عرضنا وتحليلنا لتلك الأفكار والآراء الفقهية المتعددة، لا يعني أبدا التقييد بها جملة وتفصيلا، ولا الإنسياق معها، كما يقول أحد الأساتذة " إن دراسة آراء الفقه القانوني لا يجب أن ننظر إليها كمرشد متحف يفترض التقييد بإرشاداته، بل يجب أن ننسج لنا خطا توجيهيا يسمح بتوجيه الباحث نحو الأفكار الجديدة المعتمدة في عصره بغية فهم تطور الطرح الذي يعالجه"⁽¹⁾. كما لا يجوز نسيان دور الباحث الأكاديمي الطموح لما يجب أن يقوم به من أجل بلورة أفكار جديدة تنير فكر الإنسان وتساهم ولو بقدر ضئيل في بناء صرخ العلم.

دراستنا ستدور إذا حول؛ السبيل القانوني لتحسيد دولة القانون، وحول المفاهيم والمبادئ والقيم والأسس والمقومات التي تبنى عليها هذه الدولة؛ كمبدأ سيادة القانون وما يتفرع عنه من قواعد مشروعية وسيادة الشعب ووجود دستور، ورقابة دستورية القوانين وكذا الإقرار والتنصيب الدستوري على الحقوق والحريات وضماناتها، والتي يجب أن تركز دستوريا في دولة القانون، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى الوقوف على الآليات والأساليب والطرق القانونية والسياسية والإدارية الكفيلة بتفعيل الرقابة على أعمال الإدارة العامة.

لذا يمكن القول -وعلى الرغم من تشعب موضوع بحثنا- حاولنا الإلمام بأهم جوانب دولة القانون التي تكفل الحماية الفعلية للحقوق والحريات بإعتبارها الهدف الأسمى من تجسيد "دولة القانون" "دولة الحق والقانون" كما يسميها بعض رجال القانون والسياسة.

هذا بالنسبة للعناصر التي إحتوى عليها موضوع دراستنا. أما عن الإطار القانوني الذي عملنا ضمنه فهو القانون المقارن، حيث إعتدنا بالإضافة إلى القانون الجزائري -في بعض أجزاء البحث-، على قوانين عدة دول وفي مقدمتها فرنسا ومصر.

منهج الدراسة

في إطار تصدينا للبحث في هذا الموضوع وبغرض الوصول إلى الحلول المناسبة للإشكالية المطروحة، فإننا استخدمنا عدة مناهج:

(1) Marie Joëlle, de l'Etat Légal à l'Etat de Droit, Economica, Paris, 1992, p.07.

- **المنهج الوصفي التحليلي:** إتمدنا في بحثنا على المنهج الوصفي التحليلي وذلك نظرا لطبيعة الموضوع التي تستدعي وصف وتحليل المعلومات من مصادرها المتمثلة في الوثائق والدراسات والأبحاث والكتب والمؤلفات القانونية، والنصوص القانونية وآراء الفقه والأحكام والقرارات القضائية والتي تستدعي تحليل ومناقشة مختلف النظريات والآراء والأفكار، وإيجاد أوجه الربط بينها.
- **المنهج المقارن:** إن هذا المنهج ضروري ونحن بصدد بحثنا هذا، حيث إتمدنا في إطار ذلك على أقوال الفقه وأحكام القضاء؛ الفرنسي والمصري والجزائري في غالب الأحوال بغرض مقارنتها وإستخلاص النتائج المترتبة عن ذلك.
- **المنهج التاريخي:** كما أن الإستعانة بهذا المنهج حتمية كان لا بد منها، نظرا لطبيعة الموضوع التي تستلزم فحص وتدقيق وتحليل مختلف الوقائع والأفكار والآراء والوثائق التاريخية، فلا يمكننا أن نتابع التطورات التي لحقت نظرية الدولة، السلطة السياسية، مبدأ السادة، دولة القانون والرقابة على أعمال الإدارة العامة لولا أننا إتمدنا على المنهج التاريخي وأدواته.

هيكل البحث

للإمام بكل جوانب الموضوع قمنا بتقسيم هذه الدراسة كما يلي:

- **المقدمة.**
- **القسم الأول: دولة القانون.**
 - الباب الأول: ماهية دولة القانون.
 - الباب الثاني: مبدأ المشروعية أساس دولة القانون.
- **القسم الثاني: الرقابة على أعمال الإدارة العامة.**
 - الباب الأول: الرقابة غير القضائية.
 - الباب الثاني: الرقابة القضائية.
- **الخاتمة.**

القسم الأول دولة القانون

تكميل

الدولة ظاهرة ضرورية للإجتماع البشري، فعند إكمال البناء الإجتماعي تبدو الحاجة ملحة إلى وجود سلطة تنظم المجتمع السياسي، وتدبر شؤون الأفراد، وتسير أمورهم؛ تحقيقاً للإنسجام في تركيب المجتمع، وإيجاد التوافق في العلاقات الإجتماعية، وتكريس النظام داخل المجتمع الذي يصبح مجتمعاً سياسياً بقيام السلطة، فالسلطة لا تنشأ في فراغ؛ بل هي ظاهرة سياسية تترتب على قيام ظاهرة إجتماعية، وتكون لاحقة لها، وهي إما أن تكون سلطة مشخصة أو منظمة، ولا بد لهذه السلطة أن تتمثل في مصلحة الجماعة وضميرها الإجتماعي.

لذلك؛ دولة القانون هي تلك الدولة التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها وأعمالها وتصرفاتها وقراراتها أيا كانت طبيعة سلطاتها بقواعد قانونية تعلق عليها، فممارسة السلطة ليست ميزة شخصية وإنما يتم مباشرتها نيابة عن الجماعة ولصالحها؛ والمفهوم الديمقراطي لمبدأ خضوع الدولة للقانون مؤداه أن لا تخل التشريعات الصادرة عنها بحقوق الإنسان وكرامته، والسلطة التنفيذية حال مباشرة الإختصاصات المقررة لها دستورياً يكون عليها واجب شأنها شأن كافة سلطات الدولة، وهو إحترام مجموعة القوانين المقررة، وليس معنى أنه من واجب الدولة أن تحمي حقوق وحرية الأفراد أن تجعلهم خاضعين وحدهم للقانون، بل أوجب على السلطة أن تخضع نفسها لأحكامه، وهذا الإلتزام بالعمل في حدود النظام القانوني القائم.

وعلى هذا الأساس؛ دولة القانون يحكمها مبدأ ذو أهمية خاصة، وهو مبدأ المشروعية تفرعا عن مبدأ أعم وأشمل وهو مبدأ سيادة القانون. ذلك أن الدولة التي نحيها الآن وقد إستقر في تعريفها أنها شخص من أشخاص القانون، تلتزم به وتخضع له، بحيث أصبح يمثل قمة الضمانات الأساسية -الجدية والحاسمة- لحقوق وحرية الشعوب، إذ يبلور هذا المبدأ كل ما إستطاعت الشعوب أن تحرزه من مكاسب في صراعها مع السلطات الحاكمة، لإجبارها على التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق، وذلك عبر أجيال متعاقبة مرت على الإنسانية حتى عصرنا الحالي.

لهذا؛ فإننا سوف نقوم بدراسة دولة القانون وفقاً للتقسيم التالي:

الباب الأول: ماهية دولة القانون.

الباب الثاني: مبدأ المشروعية أساس دولة القانون.

المابج الأول

ماهية دولة القانون

كلمة الدولة هي في الأساس لاتينية (Status) وتعني الإستقرار، غير أن هذه الكلمة كان لها من المعاني السياسية والقانونية والإجتماعية والثقافية التي إختلفت بإختلاف الأزمنة والأمكنة⁽¹⁾، وإذا كانت الدولة - كما يصفها الفقه- هي قلب القانون العام والمحور الأساسي الذي تدور حوله كافة النظريات⁽²⁾؛ فإن دولة القانون هي التي تخضع سلطاتها العامة لكافة القواعد القانونية في كافة الأعمال والتصرفات الصادرة عنها، وهذا الإلتزام هو الذي يخرجها من طائفة الدول الإستبدادية والبوليسية التي تكون السلطة فيها مطلقة الحرية في إتخاذ ما تراه من الأعمال والإجراءات في مواجهة الأفراد لتحقيق ما يخلو لها من أهداف دون أن تكون مقيدة بأحكام القانون وقواعده.

ولا خلاف على أن سيادة القانون أضحي خاصية تميز دولة القانون؛ ومبدأ من المبادئ الدستورية التي تجتهد كل دولة في تطبيقه وإحترامه، والمفهوم الديمقراطي لمبدأ خضوع الدولة للقانون وسيادته مؤداه أن لا تخل التشريعات الصادرة عنها بالحقوق والحریات التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام دولة القانون، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته.

لهذا؛ فإننا سوف نقوم بدراسة ماهية دولة القانون وفقا للتقسيم التالي:

الفصل الأول: سمات دولة القانون.

الفصل الثاني: مقومات دولة القانون.

الفصل الأول

سمات دولة القانون

دولة القانون لم تنشأ طفرة واحدة، بل كانت وليدة تطور تاريخي للأنظمة السياسية التي سادت بها، فبعض الأنظمة لم تكن تعترف بمبدأ خضوع الدولة للقانون، وبعضها إعتبره من أسس المدنيات الحديثة...، وأخيرا فإن الكثير من الأنظمة السياسية يأخذ بالمبدأ في بعض مظاهره دون البعض الآخر، وبالتالي فإن التحول إلى دولة

(1) Burdeau.G, Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 2° Ed, L.G.D.J, Paris, 1984, P.15.

(2) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص84.

القانون يتم تدريجياً مروراً بعدة أنظمة حكم تتطور بها الدولة، وتتحول إلى النظم الديمقراطية المتحضرة الخاضعة للقانون المحترمة لمبدأ سيادة القانون.

وعليه، سيتم التطرق في هذا الفصل إلى سمات دولة القانون، من خلال مبحثين كما يلي:
المبحث الأول: من الدولة التقليدية إلى دولة القانون.
المبحث الثاني: مدلول دولة القانون.

المبحث الأول

من الدولة التقليدية

إلى دولة القانون

ستتطرق لهذا المبحث من خلال مطلبين، نبحت في المطلب الأول مفهوم الدولة التقليدية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث سيادة والسلطة السياسية في دولة القانون، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مفهوم الدولة التقليدية

كما ستتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول نشأة الدولة وتطورها، أما الفرع الثاني نتطرق فيه إلى بحث تعريف الدولة، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

نشأة الدولة وتطورها

إن الفلاسفة عبر القرون القديمة بذلوا عديد الجهود والمحاولات في سبيل وضع تفسير يوضح نشأة الدولة⁽¹⁾، وبالرغم من هذه الجهود الكثيرة إلا أنهم اختلفوا في وضع تفسير واضح ومحدد لكيفية بداية الدولة، وقد يكون مرد ذلك إلى عدم وجود أدلة تاريخية أو أنثروبولوجية كافية أو مؤكدة. لذلك فقد ظهر كثير من النظريات

(1) أنظر: ليلة محمد كامل، المبادئ الدستورية العامة والنظم السياسية، دار الفكر العربي، دمشق، ط1، 1958. متولي عبد الحميد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دار المعارف، ط6، القاهرة، 1975.

والآراء في محاولة تفسير نشأة الدولة، فمنهم من ذهب يفسر أصل نشأة الدولة من منطلق ثيوقراطي ديني وبعضهم ذهب ليفسرها من خلال أطر اقتصادية، أو أطر طبيعية أو قانونية، واهتدى من هذه الآراء إلى أن نشوء الدولة بدأ مع وجود العائلة وتطورت معها إلى العشيرة والقبيلة ثم إلى المجتمع، وكل هذه التطورات كانت مصحوبة مع التطورات البيئية ونتيجة لهذه التطورات ظهرت الدولة.

لتفسير وبيان نشأة الدولة تبني المفكرون العديد من المذاهب والنظريات وسنعرض بإيجاز أهم هذه المذاهب والنظريات، ومن أشهر نظريات نشأة الدولة:

أولاً: نظرية القوة

ترى هذه النظرية أن الدولة مصدرها الأول القوة والصراع بين الجماعات البدائية، ولهذا فالدولة⁽¹⁾ لا تعدو أن تكون في الواقع نظاماً فرضه شخص أو أشخاص بطريق العنف على باقي الأفراد لحملهم على الخضوع لهم واحترامهم. كما حاول أنصار هذا الاتجاه الاستشهاد بوقائع تاريخية تبين عنصر القوة وأهميته كمصدر فعال لنشأة الدولة⁽²⁾.

لم تجد هذه النظرية⁽³⁾ صدى واسعاً لدى الفقه الدستوري، وذلك لأنه إذا كان الاختلاف بين الحاكم والمحكومين مصدره القوة والغلبة، فإن الدولة في الوقت الحاضر لا تقوم فقط على فكرة الاختلاف السياسي، وإنما تلعب السلطة دوراً هاماً باعتبارها العنصر الرئيسي للتنظيم السياسي الحديث، وما الحاكم إلا ممارس لهذه السلطة فقط، ولذلك فالبحت يجب أن يدور حول السلطة وليس حول من يمارسها أو الحاكم، هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان مظهر القوة قد تمثل في نظر الكتاب القدامى في القوة المادية وحدها كالانتصار في الحروب، فإن القوة في معناها الحديث يتسع ليشمل الفكر والاقتصاد والسياسة⁽⁴⁾.

(1) هذا ويعد إبن خلدون من أولئك الذين تبينوا نظرية القوة، حيث أوضح في كتابه المشهور المقدمة هذا الافتراض وحدد كيفية نشأة الدولة واختيارها. وقد أيدته في ذلك بعض الكتاب والسياسيين في أوروبا أمثال Bagehot في كتابه "الطبيعة والسياسة"؛ و Jenks الذي يعد مؤيداً بارزاً لهذه النظرية حيث بين في كتابه "تاريخ السياسة" أنه ليس هناك صعوبة في إثبات أن كل المجتمعات الحديثة تدين بوجودها بشكل مباشر أو غير مباشر إلى القوة والحرب، فالحرب عنده هي التي تلد الدولة.

(2) الدكتور فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 331.

(3) العديد من الدول الحديثة في آسيا وأفريقيا وأمريكا الشمالية قد نشأت نتيجة لاستقلال المستعمرات وليس بناء على نظرية القوة. إن القوة عنصر هام للدولة من أجل الوحدة والأمن، وبدونها تصبح الدولة فريسة للعوامل الهدامة، ولكن القوة وحدها لا تكفي لأن تكون مصدراً أو أصلاً منشئة للدولة. لذلك يقال أن "القوة بدون الحق يمكن أن تكون في أحسن الأحوال مؤقتة، ولكن القوة مع الحق أساس دائم للدولة.

(4) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيجا، مبادئ الأنظمة السياسية، دار الجامعة للطباعة والنشر، مصر، 1972، ص 182.

ثانياً: نظرية تطور الأسرة

ترجع هذه النظرية أصل نشأة الدولة إلى الأسرة⁽¹⁾، و أساس سلطة الحاكم إلى السلطة الأبوية المتمثلة في رب الأسرة، فأصل الدولة حسب هذه النظرية هي الأسرة التي تعتبر الخلية الأولى للدولة، هذه الأسرة تطورت فكونت عشيرة، ثم اتسعت العشيرة وزاد عددها فاحتلت بقعة معينة من الأرض لتسكنها، فتطورت إلى قبيلة و من مجموع القبائل تكونت القرية، وبتجمع القرى ظهرت المدينة، ومن انضمامها إلى مدن أخرى تكونت الدولة⁽²⁾.

تعرضت هذه النظرية إلى انتقادات متعددة، أهمها :

- أثبت علماء الاجتماع أن الأسرة لم تكن الخلية الاجتماعية الأولى، وذلك لان غريزة الاجتماع والتكاتف ضد مخاطر الطبيعة هي التي دعت الأفراد إلى التجمع ولم تظهر الرابطة الأسرية إلا في وقت لاحق.
- قيل أنه من الخطأ القول بأن كل دولة قد مرت بالمراحل التي يبينها أنصار هذه النظرية، لأن التاريخ لا يؤيد هذه المسيرة المثالية، وأكبر دليل على ذلك أسلوب نشأة الولايات المتحدة الأمريكية.
- ومن أهم الانتقادات التي وجهت إلى نظرية تطور الأسرة واعتبارها اللبنة الأساسية لنشأة الدولة، هو محاولة تفسير العلاقة القائمة بين السلطة و الدولة و تلك التي تربط رب الأسرة بالأسرة، حيث أن هذه الأخيرة تتميز بالشخصية وتغني بوفاة رب الأسرة، أما السلطة فهي مجردة عن من يمارسها وهو الحاكم والتي لا تنتهي بزواله، فهي دائمة ومنفصلة عنه⁽³⁾.

ثالثاً: النظريات العقدية

ظهرت فكرة العقد كأساس لنشأة الدولة منذ فترة زمنية بعيدة، حيث إستخدمها كثير من رجال الفكر والدين كوسيلة لدعم آرائهم واتجاهاتهم السياسية في تأييد أو محاربة السلطان المطلق للحكام، إلا ان هذه النظريات بثوبها الحالي بما تتضمنه من مفاهيم سياسية تتعلق بالسلطة وممارستها والأفراد وحقوقهم، إنما ترجع إلى القرن السادس عشر، والتي ساهم في صياغتها وإبراز مضمونها كل من Hobbes و Lock و Rousseau.

إتفقت النظريات التي قال بها هؤلاء الفلاسفة على إرجاع أساس نشأة الدولة إلى فكرة العقد، وأن الأفراد قد انتقلوا من الحياة البدائية التي كانوا يعيشونها إلى حياة الجماعة المنظمة بموجب العقد. وتتركز أفكار الفلاسفة الثلاثة حول حياة الأفراد الفطرية والبدائية، والتي لم تستطع قوانينها تنظيم ما يمكن أن يستجد في الحياة من علاقات

(1) الدكتور محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1973، ص 77.

(2) الدكتور عثمان خليل عثمان، المبادئ الدستورية العامة، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، 1956، ص 30.

(3) أنظر في هذا المعنى: الدكتور محمد كامل ليلة، النظم السياسية - الدولة والحكومة-، دار النهضة العربية، بيروت، 1969، ص 95. / الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط01، 1970، ص 211.

إنسانية ومبتكرات تكنولوجية، مما دعت الأفراد إلى التفكير بضرورة التخلي عن هذه الحياة وتكوين مجتمع سياسي ينظم لهم مختلف جوانب الحياة المختلفة ويكفل لهم الاستقرار والسلام الدائمين. كل ذلك دفعهم إلى إبرام عقد إجتماعي Contrat Social نشأت بمقتضاه السلطة الحاكمة⁽¹⁾.

رابعاً: نظرية التطور التاريخي

لعل أهم ما يمتاز به نظرية التطور التاريخي عن غيرها من النظريات السابقة في أنها لم ترجع أصل نشأة الدولة إلى عامل محدد بذاته، وإنما إلى العديد من العوامل منها القوة والإقتصاد والدين والفكر... إلخ. هذه العوامل تفاعلت مع بعضها البعض مما أدى إلى تجمع مجموعة من الأفراد وظهور فئة استطاعت فرض سيطرتها على باقي الجماعة، وبالتالي ظهور هيئة عليا حاكمة وأخرى محكومة، تجسد معنى التجمع القائم على فكرة الاختلاف السياسي الذي إرتكز عليه البعض في تعريفه للدولة⁽²⁾.

إن التفاعل الذي حصل بين هذه العوامل من إقتصادية وإجتماعية وفكرية ومادية لم يحدث فجأة وفي تجمع واحد، وإنما حدث في فترات زمنية طويلة ونطاقات مكانية متباعدة، الأمر الذي أدى إلى إمكانية تغلب هذه العوامل على الأخرى وبنسب متفاوتة، هذا الاختلاف في التأثير أدى في النهاية إلى اختلاف في الأنظمة السياسية وأشكال في الحكومات⁽³⁾.

لاقت هذه النظرية قبولا واسعا لدى الفقه لأنها أولا لا ترجع أصل الدولة إلى عامل محدد بذاته، وثانيا لقرنها من المنطق الذي يصعب بمقتضاه وضع نظرية عامة محددة لبيان أصل نشأة الدولة بصفة عامة⁽⁴⁾، وذلك لاختلاف الطبيعة والظروف التاريخية والأحوال الاجتماعية والاقتصادية التي ساهمت في نشأة الدولة وتطورها⁽⁵⁾.

خامساً: النظرية الماركسية

لم ينظر ماركس إلى الدولة على اعتبار أنها ظاهرة حتمية أو سمرمية بقدر ما هي حدث تاريخي عارض جاء نتيجة لانقسام الجماعة إلى طبقات متصارعة واحتكار البعض منها ملكية الانتاج⁽⁶⁾، والتي استطاعت بواسطتها

(1) الدكتور رمزي طه الشاعر، الأيديولوجية وأثرها في الأنظمة السياسية المعاصرة، مطبعة عين شمس، 1979، ص 18.

(2) الدكتور سليمان الطماوي وعثمان خليل، القانون الدستوري، بلا مكان النشر، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1953، ص 24.

(3) نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 62.

(4) أنظر: روبرت م. ماكيفر، ترجمة الدكتور حسن صعب، تكوين الدولة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1974، ص 173.

(5) أنظر في ذلك: محمد كامل ليلة، النظم السياسية النظم السياسية - الدولة والحكومة -، المرجع السابق، ص 98. / الدكتور محسن خليل، النظم السياسية والقانون

الدستوري، المرجع السابق، ص 79.

(6) وعلى هذا الأساس، فإن ظهور الدولة ووجودها حسب ماركس مرتبط بظاهرة الصراع الطبقي لما تمثله في النهاية من سيطرة إحدى الطبقات في المجتمع على غيرها من الطبقات الأخرى، مستمدة قوتها وسيطرتها مما تملكه من أدوات الإنتاج وسيطرتها على الجانب الاقتصادي الذي يتبعه سيطرة حتمية على الجانب السياسي، مما يعلي التنظيمات الاقتصادية على التنظيمات السياسية والتي يجب أن تكون تعبيراً صادقاً عن الحالة الاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع.

إستغلال سائر الطبقات في المجتمع وتسخيرها لخدمتها⁽¹⁾. لذا فالدولة عند ماركس لا تعدو أن تكون ظاهرة قانونية تمثل انعكاسا لتكوين الطبقات وسيطرة إحداهما على المجتمع الذي تحكمه هذه الدولة. ومن أنصار هذه النظرية في فرنسا العميد Duguít، فالدولة في نظره، عبارة عن ظاهرة تاريخية أو حدث إجتماعي نتج عن قيام طائفة من الأفراد بفرض إرادتهم على بقية أفراد المجتمع بواسطة الإجبار المادي. ولذلك ففكرة الاختلاف السياسي الناتجة عن تفاعل عناصر متعددة هي الميزة الرئيسية للتنظيم السياسي الحديث وهو الدولة، وفكرة الاختلاف السياسي منذ البداية مصدرها القوة، هذه القوة لا تتمثل في القوة المادية فحسب بل تشمل أيضا مختلف صور القوى من مادية أو فكرية أو إقتصادية. والتي مكنت الفئة الحاكمة من بسط سيطرتها وإصدار أوامرها إلى بقية الأفراد. وما يراه الباحث أن نظرية العميد Duguít تتفق مع نظرية التطور التاريخي في إرجاع أصل نشأة الدولة إلى عوامل متعددة وليس إلى عامل محدد بذاته⁽²⁾.

الفرع الثاني

تعريف الدولة

لتعريف الدولة وجب علينا أولاً أن نبدأ بالمعنى اللغوي ومن ثم المعنى الإصطلاحي حسب ماسبه فيما يلي:

أولاً: التعريف اللغوي للدولة

يختلف مفهوم الدولة باختلاف الحضارات وتنوع الثقافات، وما اكتسبه من موروث ثقافي أدى إلى بلورة مفهوم يختلف في مضمونه، ويتميز في دلالاته عن غيره، لذا سنعرج إلى تعريف الدولة عند العرب وعند الغرب.

1 - الدولة عند العرب

الدولة في اللغة العربية لها مدلولات مختلفة عنها في اللغات الأخرى من الناحية اللغوية، والتقصي عن المعاني اللفظية الصرفة لمدلول كلمة (دولة) في قواميس اللغة العربية القديمة يبعدها بشكل واضح، وذو مغزى، عن مفهومها اللغوي الشائع عند الغرب، فكلمة دولة تجدد جذورها اللغوية في تعبير (Status) اللاتيني القديم، وفي الحقيقة، هذه الكلمة كلمة محايدة؛ حيث تعني طريقة العيش أو حالته، لذا فإنها لصيقة بمعاني الثبات والاستقرار، لكنها على الرغم من ذلك تبقى غامضة وعمامة⁽³⁾.

⁽¹⁾ لذا يصف ماركس الدولة بأنها ظاهرة طفيلية تمتص دماء المجتمع وتغوق حركته، ويكون الحكام فيها بمثابة سلطة مستقلة عن الشعب ومسخرة لخدمة طبقة على حساب مصالح باقي الطبقات. / راجع: الدكتور كمال الغالي، مبادئ، القانون الدستوري والنظم السياسية، المطبعة الحديثة، دمشق، 1972. ص 173.

⁽²⁾ أنظر: الدكتور فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 316.

⁽³⁾ الأسود صادق، علم الاجتماع السياسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1973، ص 10.

كلمة دولة مأخوذة من الدال والواو واللام، وهو أصل واحد، يدل على تحول شيء من مكان، يقال الدولة والدولة، وهما بمعنى واحد، وتطلق الدولة على الاستيلاء والغلبة وانقلاب الزمان، وعلى الشيء المتداول، والدولة في الحرب بين الفئتين، أن تدال إحدى الفئتين على الأخرى، فتَهْزِمُ هذه مرة وهذه مرة، والدولة أي الغلبة، يقال أدبيل لنا على أعدائنا، أي إنتصرنا عليهم⁽¹⁾. كلمة (دولة) ليست مجرد فعل أو إنتقال، بل إنقلاب الزمان والدهر من حال إلى حال⁽²⁾.

للدولة أعمار طبيعية - كما للأشخاص - ، وفي الغالب لا تعدو أعمار ثلاثة أجيال، مرحلة النشأة والتكوين، ومرحلة الشباب والاستواء، ومرحلة الشيخوخة والهرم.

فالدولة عند العلامة ابن خلدون مثلاً، هي ظاهرة في كل مرة تنتهي فيها الدورة السياسية، فهي في نظره لا دائمة ولا مستقرة، وينطلق في تفسيره لظاهرة عدم استقرار الدولة من فكرة أكثر شمولية، وهي عدم بيان ظواهر الإجتماع الإنساني على الإطلاق عنده⁽³⁾.

2- الدولة عند العرب

يختلف المعنى اللغوي لكلمة دولة في القواميس العربية عن معناها عند الغرب، وهذا الاختلاف يعبر عن المدلولات السياسية والفكرية البعيدة، والمغزى الكبير الذي يتجاوز الحدود اللغوية البحتة، ويعكس في الواقع إختلافاً واضحاً في مفهوم الدولة وموقعها في الفكرين العربي والغربي، فالدولة عند الغربيين لم تجد تعبيراً للدلالة على معناها أشد من كلمة (Status) في اللاتينية، و (Stato) في الإيطالية، و (Etat) في الفرنسية، و (State) في الإنجليزية، للدلالة اللغوية على أن الأمر والحكم لا يتبدل، ولا ينبغي أن يتبدل، بل هو دائم وقائم ومستتب⁽⁴⁾.

ويعكس المعنى التقليدي للدولة عند الغربيين فلسفة لا تخفى في أبعادها الإجتماعية والإقتصادية، هدفها الأساس دعم الدولة وتمجيدها، وإستبعاد إحتمال تغييرها، في حين أنها لا تأخذ ذلك الطابع المقدس عند غالبية العرب والمسلمين⁽⁵⁾.

(1) ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، ط3، ج11، بيروت، 1414هـ، ص 252.

(2) الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط8، 2005، ص 1000.

(3) حيث يقول في مقدمته " إن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة، ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة، وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار؛ فان ذلك يقع في الافاق والأقطار والأزمنة والدول لذلك فإن الدولة تبقى مؤسسة دائمة التعرض للتبدل والتغيير.

(4) رباط آدمون، محاضرات في القانون الدستوري، مطبعة بالرونيو، بيروت، 1960، ص 103.

(5) Nassar Nassif, La Pensée Réaliste Ibn Khaldoun, P.U.F, Paris, 1967, P.P. 195-196.

ثانياً: التعريف الإصلاحي للدولة

إن الشعور بالدولة سابق على قيامها؛ فالدولة قد إتخذت عبر العصور التاريخية المختلفة أسماء عدة، والدولة تكتسب قيمتها من شعور الناس بها، وإحساسهم بوجودها، فبدون هذا الشعور لا وجود للدولة⁽¹⁾، فهذا الشعور يعني الاعتراف بأن ثمة سلطة حاكمة في المجتمع، يخضع لها كل فرد فيه.

لم يجمع فقهاء القانون وعلماء السياسة على تعريف موحد للدولة، وذلك بسبب سعي كل منهم إلى إبرازه ودعم أفكاره وتصوراتهِ عن هذا التجمع الإنساني المنظم، وفي هذا الشأن قيل في الدولة تعريفات متعددة، نورد البعض منها على سبيل الأمثلة:

لقد عرف الفقيه الفرنسي Carré De Malberg الدولة بأنها "مجموعة من الأفراد تستقر على إقليم معين تحت تنظيم خاص، يعطي جماعة معينة فيه سلطة عليا تتمتع بالأمر والإكراه"⁽²⁾، وهو تعريف متقارب مع تعريف كل من Gicquel، والعميد Hauriou، حيث يعرفان الدولة بأنها "جماعة إنسانية مستقرة داخل إقليم معين، تحتكر سلطة الإكراه المادي"⁽³⁾.

أما الفقيه الإنجليزي Hinsley يعرف الدولة على أنها "مؤسسة سياسية يرتبط بها الأفراد من خلال تنظيمات متطورة"⁽⁴⁾، وكما عرفها الفقيه الفرنسي Barthelemy بأنها "مجتمع منظم، يخضع لسلطة سياسية ويرتبط بإقليم معين"⁽⁵⁾.

وكما عرفها الأستاذ الدكتور محسن خليل على أنها "جماعة من الأفراد تقطن على وجه الدوام والاستقرار، إقليمياً جغرافياً معيناً، وتخضع في تنظيم شؤونها لسلطة سياسية، تستقل في أساسها عن أشخاص من يمارسها"⁽⁶⁾، أما العميد سليمان الطماوي فيعرف الدولة بأنها "مجموع كبير من الناس يقطن على وجه الاستقرار إقليمياً معيناً ويتمتع بالشخصية المعنوية والنظام والإستقلال السياسي"⁽⁷⁾، وأما الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي

(1) رباط آدمون، الوسيط في القانون الدستوري العام، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1968، ص 05.

(2) Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I, 2^{ème} édition, Sirey, Paris, 1920, p170.

(3) Giquel.J et Hauriou.A, Droit Constitutionnel Et Institutions, 1^{er} Edition, Montchrestien, 1985,P84.

(4) أنظر: نعمان احمد الخطيب الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن 2011 ص 14.

(5) L'état est une société organisée soumise a une autorité politique et attache a un territoire détermine./ **Voit:** Barthelemy Joseph et Duez Paul, Traite De Droit Constitutionnel, Economica, Paris, 1985, p 284.

(6) الدكتور محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 22.

(7) الدكتور سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، (د.ط)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 19.

عرفها⁽¹⁾ على أنها "التشخيص القانوني لشعب ما، يعيش على إقليم معين، وتقوم فيه سلطة سياسية ذات سيادة"⁽²⁾.

تعريفات متعددة⁽³⁾، ومختلفة كما ذكرنا، تتبع مع الاتجاه الذي يسلكه كل فقيه في تصوره للدولة، البعض من من الفقهاء ركز على السلطة، والبعض الآخر ركز على الاختلاف السياسي بين الحاكم والمحكوم⁽⁴⁾، والجانب الثالث أراد أن يصب هذا المجموع في قالب قانوني بحث بل هناك من الفقه الانجليزي الحديث من ركز على المفهومين العضوي والوظيفي.

لذلك فإن الرأي الغالب لدى غالبية الفقه، أن التعريف السليم والذي يشمل كل العوامل المؤثرة في ظهور ونشأة الدولة، الذي تتضح من خلاله عناصر هذا المجموع، ويتميز بها عن غيره من المجتمعات الأخرى. هو أن الدولة هي عبارة عن "كيان سياسي منظم، يتمثل في مجموعة من الأفراد الذين يقيمون على أرض محددة، ويخضعون لتنظيم سياسي وقانوني وإجتماعي معين، تفرضه سلطة عليا، ويرى الباحث على رأي الدكتور ثروت بدوي أن هذا التعريف؛ جامع، وشامل؛ كونه تتمثل فيه جميع عناصر الدولة الرئيسية وهي: الكيان والنظام السياسي والمجتمع والأرض"⁽⁵⁾.

المطلب الثاني

أركان وخصائص الدولة

سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول أركان الدولة، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث

خصائص الدولة، وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) أما الأستاذ الدكتور كمال الغالي، فيعرفها بأنها "مجموعة متجانسة من الأفراد، تعيش على وجه الدوام في إقليم معين، وتخضع لسلطة عامة منظمة". / أنظر: د. كمال الغالي، المرجع السابق، ص 12.

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 42.

(3) أنظر: د. عبد الحميد متولي، والدكتور سعد عصفور، والدكتور محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، 1980. ص 93.

Burdeau.G, Manuel de Droit Constitutionnel et Institution Politiques, op.cit, p 15.

(4) د. بطرس غالي والدكتور خيرى عيسى، المدخل في علم السياسة، مكتبة الانجلو مصرية، القاهرة، 1989. ص 351.

(5) ثروت بدوي، النظم السياسية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1964. ص 12.

الفرع الأول

أركان الدولة

رغم الخلاف الظاهر بين تعريفات الفقه الدستوري والسياسي للدولة، فإن شبه إجماع يمكن أن ينعقد على أن هناك أركاناً رئيسة ثلاثة، لا بد من توافرها لإمكانية القول بوجود دولة⁽¹⁾. هذه الأركان، أو العناصر هي:

- الجماعة البشرية (الشعب).

- الإقليم.

- السلطة السياسية.

أولاً : جماعة بشرية (شعب)

وجود الجماعة البشرية ركن أساسي لا بد منه لقيام الدولة، وإن كان عدد هذه الجماعة غير مشروط بحد أدنى لعدد هذه الجماعة. ومع ذلك يجب أن يكون هذا العدد⁽²⁾ معقولاً حتى تستطيع الدولة أن تنشأ⁽³⁾. والغالب أن يسود بين أفراد الشعب⁽⁴⁾ الانسجام المعنوي القائم على الجنس واللغة والدين، أو غيرها من العوامل المؤثرة في هذا الانسجام، ولكن هذا ليس شرطاً أساسياً؛ لأن الدولة يمكن أن تحتوي على عناصر لا تنسجم مع سائر المجموعة في الأصل أو اللغة أو الدين أو التقاليد، الأمر الذي يثير الآن مشكلة الأقليات Minorities.

وعلى كل حال سواء وجدت الرابطة المعنوية أم لم توجد، فسائر أفراد الشعب يرتبطون برابطة سياسية وقانونية، وهي الجنسية أو الرعوية، وهي العلاقة التي تربط الرعايا بدولتهم، وعلى هذا فالرابطة المعنوية، هي التي تميز الشعب عن الأمة.

لهذا فالشعب قد يتكون من أمة واحدة، وتكون الدولة في هذه الحالة أقوى ما تكون عليه الدول. وقد يتكون الشعب من عدة قوميات وإنتماءات تاريخية، أو عرقية، أو إقتصادية، أو دينية، وفي هذه الحالة يبدو بناء الدولة

(1) د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، (د.ت.ن)، ص 22.

(2) إن زيادة عدد الأفراد في الدولة الحديثة يلعب دوراً هاماً - في أغلب الأحيان - في قوتها ومركزها الخارجي، وهذا هو ما يميز دولاً كبيرة كالصين والاتحاد السوفيتي - سابقاً - والهند والولايات المتحدة الأمريكية، والذي يتجاوز عدد أفراد شعوبها مئات الملايين، عن تلك الدول الصغرى التي لا يتجاوز عدد سكانها الألف مثل الفاتيكان، أو عشرات الألوف مثل مارينو. /أنظر: عبدالوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، الجزء الثالث، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، (د.ت.ن)، ص 211.

(3) Burdeau, G, Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op.cit, p189.

(4) الشعب كما يرى غالبية الفقه هو "مجموع الأفراد الذين يقيمون على إقليم معين بصفة دائمة ومستقرة. ويخضعون لنظامها السياسي بعد أن يتمتعوا بجنسيتها"، أما الأمة فهي "مجموعة الأفراد، الذين يستقرون على إقليم معين، وتجمعهم الرغبة في العيش معاً، بسبب الروابط المختلفة كالدين، أو اللغة، أو الجنس، أو التاريخ المشترك".

ضعيفا مزعزعا، إلا إذا تمكنت الدولة في الحالة الثانية أن تصهر هذا الشعب في صورة جديدة، يشد بعضه بعضا بمجموعة روابط جديدة تخلق فيه روح أمة جديدة.

فإن كانت الدولة تجسد العلاقة السياسية والقانونية بين الفرد والمجموع، فإن الأمة تجسد العلاقة الاجتماعية والمعنوية بينهما. وأقوى الدول من تتمكن من دمج هذه العلاقات بعضها ببعض، وإيجاد الإنسجام الكامل بينها، وإلا تعرضت إلى الإنهيار الحتمي، كما حدث للإتحاد السوفياتي في العقد الأخير من القرن العشرين، في عهد رئيسه الأخير ميخائيل غورباتشوف⁽¹⁾.

لهذا فإن الشعب كركن أساسي هو من أهم العناصر في تكوين الدولة، حيث لا يستطيع الباحث أن يتصور وجود دولة بدون مواطنين أو أفرادا وعائلات يمكن الإستشهاد بتواجدهم في إطار معين أو إطار محدد بدون دولة. وقد يرى جانب من الفقه أيضا أنه لا بد من وجود عدد مقبول ومعقول من السكان والأفراد، ولا بأس في أن يكون لهم نوعيتهم وخصائصهم وحتى روابطهم المتينة حتى يتمكنوا من إستكمال أو تكوين الركن الأهم (الشعب) في قيام الدولة.

وعلى الرغم من عدم وجود قانون معين يحدد عدد الأفراد من أجل قيام الدولة، إلا أن هناك شبه إجماع بأن لا يقل عن بضع ألوف. وفي حالة أن كون الدولة كثيرة العدد السكاني يتوفر فيها إمكانيات أكثر ونفوذ ومكانة أرفع، وفي حالة قلة الشعب في الدولة فإن ذلك يجعل منها دولة ضعيفة ومحطاً للأنظار وقد تكون عرضة للإجتياح في أي لحظة إلا إذا كانت تابعة، وحتى في حالة تبعيتها فإنها تصبح موضوعاً للأخذ والعطاء والمزايدات الدولية.

وبالرجوع إلى دولة أفلاطون المثالية نجد أنها حسب رأيه؛ يجب أن لا يزيد عدد سكانها عن الأربعة آلاف وخمسين شخصا⁽²⁾؛ وقد أيدته في ذلك أرسطو في أن يكون العدد قليلا ولكنه لم يحدده بل أكد بأن العدد يجب أن لا يكون كثيرا حتى نكون دولة مثالية في الحكم وحتى يكون الحكم بها ناجح.

ويرى جانب آخر من الفقه بأن (مثالية) الدولة تكمن في قلة عدد سكانها وخاصة في الأزمنة الحديثة أو المعاصرة؛ ولكن على الرغم مما ذكر، فالنقطة الجوهرية لموضوع الشعب هي أن يكون العدد مناسبا ومتوازنا مع رقعة الأرض التي يعيشون فوقها لاستغلالها في السكن والمأوى والموارد الطبيعية وغيرها وذلك من أجل زيادة إيراداتها لرفع المستوى الإجتماعي للسكان من خلال دخلها القومي العام.

وفي ذلك ما يمكنها من التفاعل داخليا في الأعمال وتنظيم شؤون الأفراد وإكتساب التجارب والتجديد والتطوير، مما يوفر لها الحاجات الأساسية الأمر الذي يساعد على الاستمرارية والبقاء والمحافظة على وجود الدولة،

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 17.

(2) محمد عبد المعز نصر، في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، 1981. ص 22.

وقد يؤكد هذا قدرتها ومركزها الخارجي، حيث تصبح متينة البنية قوية الشركة ثرية في طاقاتها وقدراتها، جدية في طموحاتها حتى إذا استطاعت الدول بسط نفوذها في حدود أخلاقيات القانون الدولي استطاعت أن تحافظ على كيانها. ومن جهة أخرى، ينصرف المدلول الإجتماعي للشعب إلى جميع الأفراد الذين يقيمون على إقليم الدولة، والذين ينتسبون إليها عن طريق تمتعهم بجنسيتها، وهم بطبيعة الحال يختلفون عن السكان. بالمعنى الواسع، والذين لا يجمعهم سوى عنصر الإقامة في الدولة سواء كانوا وطنيين يتمتعون بجنسية الدولة أم أجنبي⁽¹⁾.

وإذا كان مفهوم الشعب كحقيقة إجتماعية يشمل كل من ينتمي إلى الدولة بجنسيته، وهم الرعايا أو الوطنيين، فإنه يكون أوسع مدى، وأكثر دلالة من مفهومه السياسي، الذي لا يشمل جميع هؤلاء الأفراد، بل يحمل معنى أضيق من ذلك ليشمل فقط من يتمتع بالحقوق السياسية⁽²⁾.

وهم من يطلق عليهم وصف جمهور الناخبين - أي الذين توافرت فيهم الشروط العامة التي تؤهلهم لأن تدرج أسماءهم في جداول الانتخابات، وهم المقصودون بالأفراد طبقاً لنظرية سيادة الشعب⁽³⁾.

وفي كل الأحوال إذا كان مبدأ سيادة الأمة، قد أخذ سيادة المجموع من الناحية النظرية المجردة، فإن مبدأ سيادة الشعب يتجه إلى جعل السلطة في يد الشعب الحقيقي بما تتنازعه من قوى مختلفة، وما تتخلله من إتجاهات متعارضة.

ثانياً: الإقليم

يستقر شعب الدولة على إقليم محدد، يشمل عادة رقعة من الأرض، ومساحة من الماء وفضاء جويًا يعلو الأرض والماء. لذلك فالقبائل التي تنتقل من مكان إلى مكان آخر لا تعتبر دولا، فالإقليم عنصر أساسي من عناصر الدولة، وبدونه لا تقوم الدولة، وكما لا يشترط في عدد السكان حد أدنى، فلا يشترط أيضا في الإقليم، أن يكون على درجة معينة من الإتساع⁽⁴⁾ إلا بالقدر الكافي لإقامة أي مجموعة من الأفراد⁽⁵⁾. كما يشتمل الإقليم كركن أساسي من أركان الدولة ما يلي:

⁽¹⁾ Burdeau. G, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 14^e Ed, Paris, L.G.D.J, 1969, p.101

⁽²⁾ وإذا كان مبدأ الاقتراع العام الذي تقرر أثر الأخذ بمبدأ سيادة الشعب يقرب مفهوم الشعب السياسي من المفهوم الاجتماعي للشعب، إلا أنهما لا يتطابقان في أي حال من الأحوال، وذلك بسبب بعض الشوط ألعامة التي يشترطها المشرع، من الناحية، مما يؤدي إلى استبعاد بعض الفئات كالفقير وناقصي الأهلية من مفهوم الشعب السياسي. إلا إذا جاء اليوم الذي يسمح فيه المشرع لهذه الفئات، بالتصويت عن طريق أوصيائهم أو أوليائهم. ففي هذه الحالة كما يقال يلتقي الشعب في حقيقته الاجتماعية، مع الشعب بمفهومه السياسي. وهذا غير متوقع على المدى القريب .

⁽³⁾ نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 49.

⁽⁴⁾ فقد تكون مساحة الإقليم قليلة مثل موناكو، وسان مارينو، وفيجي، وبعض دول الخليج العربي، وقد تكون هذه المساحة شاسعة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، والاتحاد السوفياتي سابقا، والصين الشعبية والبرازيل.

⁽⁵⁾ نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 22.

1- اليابسة

وهي مساحة من الأرض يطلق عليها الإقليم الأرضي. وحدود هذا الإقليم له أهمية بالغة من الناحية القانونية، خاصة في تحديدها لقدرة الدولة على ممارسة السيادة⁽¹⁾، فالدولة لا تمارس سيادتها إلا على إقليمها، وأوضح مشتملات هذا الإقليم هو الإقليم الأرضي.

فقد يتحدد بحدود طبيعية كالبحار، والأنهار والجبال، وقد يتحدد بحدود صناعية، كإقامة الأسوار والأسلاك لتكون فاصلا واضحا يبين نهاية حدود الإقليم. بل قد يكون الحد الفاصل بين إقليمي دولتين خط وهمي؛ ولا يشترط فيه أن يكون متصلا، بل يمكن أن يكون متقطعا تفصل أجزاءه المتعددة بحار وأنهار.

2- الإقليم المائي

يقصد به ذلك الجزء من البحر الملاصق لحدود الدولة، والذي يطلق عليه إصطلاح البحر الإقليمي. بالإضافة إلى ما يوجد داخل هذه الدولة من أنهار أو بحيرات داخلية .

ذهب جانب من فقه القانون الدولي، إلى أن البحر الإقليمي، يحدد بأقصى مسافة تبلغها قذائف المدافع من الشاطئ وبالتالي تستطيع الدولة أن تسيطر عليها؛ ويرى الجانب الآخر، تحديدها بثلاثة أميال، وبعضهم بخمسين ميلا بحريا، والآخر بستة أميال. أو إثني عشر ميلا⁽²⁾.

3- الإقليم الجوي

يقصد به الفضاء الجوي، الذي يعلو الإقليم الأرضي والبحري. وللدولة أن تمارس سلطاتها الكاملة في هذا الجزء من الإقليم، دون التقيد بإرتفاع ولقد إزدادت أهمية الإقليم الجوي، بعد التقدم الكبير في مجال إستخدام الطائرات في النقل الجوي، وغزو الفضاء؛ ولذلك أبرمت كثير من الإتفاقيات بين الدول لتسهيل الملاحة الجوية وإستعمال الفضاء⁽³⁾.

(1) أنظر: د. محمد حافظ غانم، القانون الدولي العام، مطبعة نخضة، مصر، 1964. ص 341.

(2) الدول الكبرى لا تحيد اتساع المياه الإقليمية، ونلك لتمكن من استغلال أكبر قدر ممكن من المياه كبحار عامة. لذلك احتحت الولايات المتحدة وبريطانيا على مصر عندما عدلت مياهها الإقليمية من ثلاثة اميال إلى ستة أميال بمقتضى المرسوم بالقانون الصادر عام 1915. واعتبرت ذلك مخالفا للقانون الدولي العام. أما فرنسا فقد استقرت عل مسافة اثني عشر ميلا بمقتضى القانون الصادر في 24 ديسمبر 1971.

(3) حدث خلاف في الرأي بين علماء القانون الدولي فيما يتعلق بتحديد إقليم الدولة الجوي وارتفاعه وممارسة الدولة سلطاتها عليه: ذهب رأي إلى اعتبار هذا الجزء من الإقليم من الهواء حرا كالبهار العامة، وذهب رأي آخر إلى اعتبار هذا الجزء الذي يعلو أرض الدول خاضعا لسيادة الدولة خضوعا مطلقا. رأي ثالث يتوسط الرأيين السابقين عل اساس انه وإن كان الفضاء الذي يعلو الإقليم البري والبحري تابع لسيادة الدولة، إلا أن هذه السيادة عبر الفضاء بشكل مطلق؛ بل يجب احترام قواعد المرور البرية.

ثالثاً: السلطة السياسية

لا يكفي قيام الدولة ونشأتها توافر مجموعة أفراد يقطنون إقليمًا معينًا، بصفة دائمة ومستقرة، وإنما يجب علاوة على ذلك وجود هيئة حاكمة، أو سلطة سياسية على الأفراد الذين يخضعون لها⁽¹⁾، والسلطة السياسية أو الهيئة الحاكمة هي أهم عنصر من عناصر تكوين الدولة، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى تعريف الدولة بها، وبالتالي قولهم بأن "الدولة تنظيم لسلطة القهر، وهي عنوان السلطة المطلقة"⁽²⁾.

ولا مجرد وجود سلطة عامة يخضع لها الأفراد للقول بوجود الدولة، بل يلزم أن تحصل هذه السلطة على إقرار الأفراد بها وقبولهم، وبالتالي فأى سلطة لا تستند إلى إرادة الجماعة التي تحكمها تكون سلطة فعلية لا تسمح كما يرى الفقه الدستوري - بقيام الدولة بالمعنى الحديث - وعلى هذا الأساس فإن قيام الدولة أو تأسيس السلطة مرتبط برضاء الأفراد.

كما تمتاز السلطة باعتبارها عنصر من عناصر الدولة بأنها أصلية، لا تنبع من سلطات أخرى، كذلك فإنها سلطة ذات إختصاص عام، يشمل كافة جوانب الحياة داخل الدولة، بخلاف بقية السلطات الأخرى التي تنظم جانبًا معينًا من حياة الأشخاص.

كما أنها تعتبر نوع من السلطة الاجتماعية التي تختص بالتجمعات التي يطلق عليها إسم "المجتمع المدني"، وهي الوظيفة الاجتماعية التي تسن القانون، تحفظه وتطبقه وتعاقب من يخالفه، وهذا ما يعادل وظائف الدولة، فهي أرفع السلطات الاجتماعية لأنها تقوم على إدارة المجتمع المدني بأكمله والإعتراف لها بهذا الدور يعني أنها السلطة السياسية السيادة، فصفة السيادة في السلطة السياسية تلزم إستقلالها إزاء أية سلطة إجتماعية خارجية عن نطاق المجتمع المدني، وأولويتها على كل سلطة داخل هذا المجتمع. وإذا كانت السلطة السياسية تمثل العنصر الثالث للدولة، فإنها هي أهم ما يميزها عن الأمة التي لا يشترط لقيامها إقرارها لسلطة سياسية عليها، بينما ذلك أمر أساسي لا بد منه لقيام الدولة⁽³⁾.

لذلك فإن قيام الدولة يتطلب وجود قوة أو حكومة، تفرض السلطة على الشعب في إطار الأرض، وأن تعمل هذه الحكومة على تنظيم أمور الجماعة، وتحقيق مصالحها، والدفاع عن سيادتها، والمراد بالسيادة إستقلالية السلطة التي تحكم الشعب، وتنظم شئونه وموارده، وتقيم العدل بين أفرادها وتقوم بالدفاع عنه، مع تنظيم العلاقات بالدول الأخرى عن طريق تبادل التمثيل السياسي، والإشتراك في المنظمات الدولية، ولا بد لممارسة السيادة من شخص

(1) أحمد نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص 27.

(2) أنظر: الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 20.

(3) لمزيد من التفصيل راجع: د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 42.

وهيئة تعاونه، وينتج عن ذلك تنفيذ قرارات الدولة في الداخل، والإستقلال السياسي، وعدم الخضوع لمؤثرات خارجية في العلاقات مع الدول الأخرى، ولا يخل ذلك التقيد بقواعد القانون الدولي، وقرارات المنظمات الدولية. والسلطة السياسية ظاهرة قانونية لإرتباطها بالقانون؛ حيث تلجأ إليها السلطة لتنظيم الأفراد، وتقييد مطامعهم وإندفاعهم، وتغليب مصالحهم على مصلحة الجماعة، كما يمكن أن تتأثر بعوامل عديدة، سواء كانت دينية، أو نفسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية أو تاريخية.

ومن جانب آخر فقد فرق Rousseau بين السيادة والحكومة؛ فالسيادة هي التملك الجماعي للسلطة ذات السيادة أما ممارستها فهي محصورة في شخص أو عدة أشخاص. وهو ما يمثل الحكومة (دراستنا للسلطة السياسية لا تعني دراسة الحكومة بل تعني المالك الحقيقي للسيادة).

فقد رافقت السلطة وجود المجتمعات لأن الإنتماء إلى جماعة يعني إحترام قوانينها، ووجود القوانين مهما كان شكلها يعني وجود سلطة اقتصادية، اجتماعية، سياسية...، والمجتمعات البدائية لم تكن دون سلطة؛ كما يقال أن السلطة السياسية لم تكن منفصلة عن السلطة الاجتماعية والاقتصادية. فقد كان الحاكم هو السيد وهو المالك وتربطه علاقات قري مع المحكومين ولم يتم الانفصال إلا بعد تأسيس السلطة.

فالمقصود بالسلطة السياسية كما عرفها جانب من الفقه هو أنها "ذلك النوع من السلطة الاجتماعية التي تختص بالتجمعات المسماة المجتمع المدني"، أو أنها "الوظيفة الاجتماعية التي تسن القانون، تحفظه وتطبقه وتعاقب من يخالفه، وهذا ما يعادل وظائف الدولة"، وكما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها "أرفع السلطات الاجتماعية لأنها تدير المجتمع بأكمله والإعتراف لها بهذا الدور يعني أنها السلطة السياسية السيدة فصفة السيادة تلزم إستقلالها إزاء أية سلطة إجتماعية خارجية عن نطاق المجتمع المدني، وأولويتها على كل سلطة داخل هذا المجتمع"⁽¹⁾.

وبالنظر إلى أشكال السلطة السياسية فقد قسمها الفقه الدستوري إلى: سلطة سياسية مباشرة، سلطة سياسية مجسدة وسلطة سياسية مؤسسة، وفي هذا الإطار يرى Burdeau أنها تتطور من سلطة سياسية مباشرة (شكلها البدائي) إلى مجسدة، والمرحلة الأخيرة من هذا التطور هي تأسيس هذه السلطة وهذا التقسيم التاريخي يتبع تطور مفهوم الدولة في حد ذاتها⁽²⁾.

بالنسبة للسلطة السياسية المباشرة؛ لا توجد بالمعنى القانوني، أي أن لها سيادة دائمة، مطلقة وأصيلة، لأنها ليست منفصلة تماما عن السلطة العسكرية والاقتصادية، فهي لا تعدو أن تكون إجتماعية يخضع فيها الكل. لا

(1) Duverger Maurice, Sociologie de la politique, Revue française de science politique, 1975, P 167.

(2) أشار إلى ذلك: جان ويليام لايبير، السلطة السياسية، ترجمة تحقيق إلساس حنا إلياس، الطبعة الثانية، عويدات للنشر والطباعة، 2018، ص 111.

حاكم ولا محكوم، يضبطهم إنتماؤهم للجماعة، وصاحب السلطة هو من أختبرت فيه الجماعة أهليته، وهذا ما يختلف من مجتمع لآخر. وفي هذه الحالة لا تتجلى ظاهرة السيادة قانونيا بل إنه يستحيل تعريفها. أما السلطة السياسية المحسدة؛ فلقد وجدت فعلا هذه المرحلة تاريخيا، حيث يملك السيادة من أمكنه ذلك بواسطة قدرات معينة (كألمانا؛ القدرة في التأثير على القوى الطبيعية؛ الوحي الديني؛ القوة العسكرية؛ ملكية الأرض)، فالتملك الفعلي للسلطة أدى إلى الخلط بين مفهومي السيادة والملكية، وهذا ما نراه في الإقطاعية مثلا. ومن خلال هذا؛ فإن كل من يتمتع بالقدر الكافي من القوة والمكانة الرفيعة، سيعمل على إمتلاك السلطة وإنتراعها ممن يمسك بها. حيث تميزت هذه المرحلة بعدم إستقرار السلطة السياسية لأنها كانت تمارس بشكل متقطع وتنقلها الإنتصارات من يد لأخرى وهي سلطة واقع. فهذا الشكل من السلطة السياسية أيضا لا يمكنه أن يتمتع بالسيادة القانونية⁽¹⁾.

وأما السلطة السياسية المؤسسة؛ ففي هذه الحالة يعتبر تأسيس السلطة السياسية عملية قانونية وواقعة إجتماعية تتطلب درجة من الوعي الجماعي لأنه يعني إنزالها إلى المجتمع. وتتلخص في إنشاء قانون وضعي يخضعها، والقانون هو مجموعة من التصورات والقواعد التي يحددها الموقع التاريخي الإجتماعي للجماعة؛ هذا يعني أنه ليس ثابتا بل يتكيف مع تبدل ضرورات الحياة وهو ما نعرفه في القانون الدستوري اليوم بالدولة، فقد كانت المؤسسة القانونية الوحيدة التي انتزعت السلطة السياسية من يد ممارسيها⁽²⁾.

وتعرف فيها السلطة بأنها سلطة قانون، يمثل من يمارسها للتشريعات الصادرة من صاحب السيادة لأن ما يقوم به لا يتعدى الوظيفة. هذا التأسيس القانوني كان بفضل نظريات السيادة الشعبية التي نزلت بالسلطة إلى المجتمع المدني ليكون الشعب مالکها وصاحب السيادة في الدولة. وهذا ما نتعرض له بالتفصيل في أجزاء البحث الموالية.

الفرع الثاني

خصائص الدولة

إذا توافرت الأركان الثلاثة (الشعب والإقليم والسلطة) قامت الدولة. وقيام الدولة، فإنها تتميز بخصيصتين:

-الخصيصة الأولى: الشخصية المعنوية.

-الخصيصة الثانية: السيادة.

(1) جان وليم لايبار، نفس المرجع، ص 117.

(2) أنظر في هذا المعنى: جان وليم لايبار، المرجع السابق، ص 124.

أولاً: الشخصية المعنوية

يذهب غالبية الفقه إلى الإعراف للدولة⁽¹⁾ بالشخصية القانونية، التي تؤهلها لإكتساب الحقوق، وتحمل الإلتزامات، شأنها في ذلك شأن الأفراد الطبيعيين المكونين لها، وإن ظلت مستقلة عنهم؛ لذلك توصف بالشخصية المعنوية⁽²⁾، فالشخص المعنوي عبارة عن شخص قانوني، متميز عن الأشخاص الطبيعيين (الآدميين) الذين يدخلون في تكوينه، والقادر على إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات. هذه الحقوق والإلتزامات لصيقة بالشخص المعنوي، وتمييزة عن حقوق وإلتزامات الأفراد الطبيعيين المكونين له؛ وهم "الشعب".

لقد أتى إعراف الفقه القانوني بالشخصية المعنوية، من خلال إدراك حاجة الأفراد إلى توحيد الجهود الجماعية من ناحية، وضمان العمل وإستمرارية النتيجة الإيجابية لتضافر جهود الجماعة رغم فناء الأفراد من ناحية أخرى⁽³⁾. وعلى هذا الأساس، يترتب على الإعراف للدولة بالشخصية القانونية، إضافة إلى القدرة على التمتع بالحقوق وتحمل الإلتزامات، الفصل بين السلطة ومن يمارسها (الحاكم)، فالإعراف للدولة بالشخصية المعنوية يعني في مجمله كما ذكرنا، وحدة الدولة وإستقلاليتها. هذه الإستقلالية ليست فقط عن الأفراد المحكومين، بل أيضاً الحكام، وبالتالي زوال فكرة شخصية السلطة، وظهور السلطة المجردة النظامية⁽⁴⁾. ومن أهم النتائج المترتبة على إكتساب الشخصية المعنوية للدولة:

- تعتبر الدولة وحدة قانونية مستقلة ومتميزة عن الأفراد المكونين لها، سواء كانوا حكاماً أو محكومين. وبالتالي فالسلطة التي يتناولها الحكام نيابة عن أفراد الشعب، إنما تتم بإسم الجماعة ولمصلحتها، وليس للمصلحة الخاصة، سواء للحكام أو للمحكومين.
- المعاهدات والإتفاقيات التي تبرمها الدولة، تبقى نافذة مهما تغير شكل الدولة، أو نظام الحكم فيها.
- لا يترتب على تغيير شكل الدولة أو نظام الحكم فيها أو القائمين عليها، تغيير القوانين أو تعطيل نفاذها. وإنما تبقى التشريعات سارية، ما لم تلغى أو تعدل.

(1) ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الاعتراف الدولي عنصراً من عناصر الدولة. وبالتالي إذا لم يتوفر هذا الاعتراف فإن الدولة لا تقوم، إلا أن أغلبية الفقه ترى أن الاعتراف بالدولة من جانب الدول القائمة لا يعد عنصراً من عناصر الدولة؛ لأنه إجراء مستقل عن نشأتها ووجودها. فالدولة تنشأ وتوجد إذا ما توافر لها العناصر الثلاثة وهي: الشعب، والإقليم، والسلطة. أما الاعتراف فهو ليس إلا إقراراً دولياً بالأمر الواقع، وبالتالي لا يتمتع بصفة إنشائية، وإنما بصفة إقرارية. / راجع: د. محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة نفضة مصر، 1964. ص 209.

(2) راجع على الخصوص: د. عبد المعتم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، (د.ت.ن)، ص 468.

(3) د. عثمان خليل، المبادئ الدستورية العامة، مرجع سابق، ص 21.

(4) أنظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص 17.

- إن الإلتزامات المالية التي تترتب على الدولة تظل قائمة واجبة النفاذ، وذلك بصرف النظر عما يلحق شكلها، وممثليها من تغيير.

- حقوق الدولة وإلتزاماتها تظل قائمة طالما ظلت الدولة باقية بغض النظر عن أي تغيير قد يلحق بشكلها، أو نظام الحكم فيها، أو أشخاص الحكام، وإذا كان أغلب الفقه قد قرر الإعتراف للدولة بالشخصية المعنوية، فإن هناك جانبا من الفقه قد أنكر عل الدولة هذه الشخصية.

ثانياً: السيادة من منظور الدولة التقليدية

1 - مصدر السيادة

تتمتع الدولة بالسيادة وتستأثر بها، ومعنى تمتعها بهذه الصفة أن تكون لها الكلمة العليا لا يعلوها سلطة أو هيئة أخرى، وبالتالي فهي تسمو على الجميع وتفرض نفسها عليهم باعتبارها سلطة أمرة عليها.

لذلك فسيادة الدولة تعني، أنها منبع السلطات الأخرى، فهي أصلية ولصيقة بالدولة، وصفة هامة للسلطة السياسية فيها وهي التي تميزها عن غيرها من الجماعات السياسية الأخرى⁽¹⁾.

ومن هنا فالسيادة ليست حقيقة طبيعية مستقلة، وإنما هي مفهوم بمقتضاه يقوم الناس بتطبيقه والتمتع به بشكل متساو نتيجة إحترام الجميع للسلطة السياسية بما تتمتع به من سلطان الأمر والنهي المطلق⁽²⁾.

والسيادة بهذا المفهوم، تعتبر وحدة واحدة لا تتجزأ مهما تعددت السلطات العامة في الدولة، لأنها مهما تعددت فهي لا تتقاسم السيادة⁽³⁾ فيما بينها وإنما تتقاسم الإختصاصات فقط⁽⁴⁾.

فإذا كانت السيادة لصيقة بالدولة، وخصيصة جوهرية من خصائصها، تعطي السلطة فيها الصفة الأمرة العليا الأصلية التي لا تتجزأ فإلى من ترجع هذه السيادة؟ وما هو مصدرها؟.

كما تجدر الإشارة إلى أن موضوع السيادة نال إهتمام الكثير من الفقهاء والفلاسفة السياسيين، فكان محلا لأبحاثهم ومناقشاتهم، الأمر الذي يجعلنا نتعرض في هذا الجزء من البحث إلى أهم النظريات التي قيلت في بيان

(1) د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية - الدولة والحكومة-، المرجع السابق، ص 178.

(2) نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 28.

(3) للسيادة مظهران :

- المظهر الداخلي: ومؤاده أن تبسط السلطة السياسية سلطاتها على كل إقليم الدولة، بحيث يكون لها السلطة الأمرة التي تعلو على جميع الأفراد والجماعات والهيئات الموجودة فيها. وبالتالي فهي تتمتع بالقرار النهائي في جميع الشؤون الداخلية دون مشاركة سلطة أخرى لها هذه السيادة.

- أما المظهر الخارجي: فيعني عدم خضوع الدولة لدولة أجنبية أخرى، وبالتالي تمتعها بالإستقلال الكافي الذي يجنبها الإرتباط والتبعية لدولة أخرى وعلى هذا الأساس، فالسيادة بمظهرها الخارجي إذن مرتبطة بإستقلال الدولة، لهذا فالسيادة قد تكون في هذا المجال كاملة وقد تكون ناقصة، إلا أنه وفي كل الأحوال فإن ذلك (الإستقلال أو التبعية) لا يؤثران كما يذهب إليه أغلب الفقه على وجود الدولة القانوني الفعلي. / أنظر في شرح هذا: د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 39.

(4) د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 37.

صاحب السيادة والمستأثر بها من منظور الدولة التقليدية، هذا يوحي أنه يوجد مفهوم حديث من منظور آخر، هذا ما سنتطرق إليه من خلال أجزاء البحث الموالية.

وعلى هذا الأساس، سنقوم بإلقاء نظرة وحيزة على مختلف هذه النظريات حتى تتمكن من فهم المراحل التاريخية التي أثرت في مفهوم السيادة وماهي الخلفيات في ذلك، في ظل حقبة زمنية محددة مرت في تاريخ البشرية وإنعكست على التنظيم الاجتماعي والسياسي والثقافي لتلك الشعوب آنذاك.

أ- النظريات الثيوقراطية: لقد تعددت النظريات الثيوقراطية في تفسير السيادة وتفصيلاتها لما يترتب عن السيادة الدينية من نتائج تؤثر على تصور مفهوم الدولة، وبالتالي ينعكس على منظومة الحقوق والحريات باعتبارها حجر الأساس لنظرية الحق والقانون.

ترجع النظريات الثيوقراطية الدينية أصل السيادة ومصدر السلطة إلى الله، فهو وحده صاحب السيادة وإليه ترجع السلطة الآمرة⁽¹⁾. ومع إتفاقها جميعا على أن السيادة لله وحده، إلا أنها اختلفت في تفصيلها وتوضيح أسسها ونتائجها. ومن هذا المنطلق، ظهرت هذه النظريات في ثلاث صور هي نظرية الطبيعة الإلهية للحكام، ونظرية الحق الإلهي المباشر، ونظرية الحق الإلهي غير المباشر.

- نظرية الطبيعة الإلهية للحكام: تقوم هذه النظرية على إضفاء وصف الطبيعة الإلهية على الحكام، فالحاكم طبقا لهذه النظرية، إله يعيش وسط البشر ويحكمهم. فهو الله ذاته على الأرض. هذا المعنى كان سائدا في الممالك الفرعونية والإمبراطوريات القديمة، وكان آخرها ما هو مقرر لأباطرة اليابان حتى عام 1947⁽²⁾.

مضمون هذه النظرية يقوم على وجوب تقديس الأفراد للحكام وعدم جواز إبداء أدنى إعتراض أو مناقشة لهم، هذا مصدره نظرية التأييد. وبالتالي يجب العمل على إحلالهم في كل الأمور المتعلقة والمرتبطة بالشؤون السياسية أو غيرها.

- نظرية الحق الإلهي المباشر⁽³⁾: هذه النظرية لا تجعل من الحاكم إلهيا يعبد. وإنما هو مختار بطريق مباشر من الله، لمباشرة شؤون السلطة. فالإختيار هنا تم بعيدا عن إرادة الأفراد، بل هو أمر إلهي خارج عن إرادتهم، وبالتالي فما دام الحكام يستمدون سلطتهم من الله مباشرة فقد وجبت طاعتهم؛ لأن في معصيتهم معصية الله.

(1) د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية، المرجع السابق، ص 23.

(2) Burdeau-George, Droit Constitutionnel et Constitutions Politiques, op.cit, p.94.

(3) ذهب الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولي إلى استعمال اصطلاح " الحق الإلهي "، بدلا من التفويض الآلهي، الذي استعمله غالبية الفقهاء، وذلك لسببين، الأول أن اصطلاح " الحق الإلهي " هو الترجمة الأدق للاصطلاح الفرنسي " divin droit "، والثاني لأن كلمة تفويض، ترادف معنى توكيل، وبما أن للموكل حق عزل الوكيل، فإن ذلك يتعارض مع أهداف النظرية. أنظر: د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 23.

وعلى هذا الأساس؛ فلا يجوز للأفراد مساءلة الحاكم عن أي فعل كان؛ لأن المسؤولية تنقرر فقط أمام الله الذي وهبه الحكم. لقد تبنت الكنيسة هذه النظرية فترة صراعها مع السلطة الزمنية، كما استخدمها بعض ملوك أوروبا لتدعيم سلطانهم على الشعب خاصة في القرن الخامس عشر⁽¹⁾.

- **نظرية الحق الإلهي خير المأهر:** الحاكم هنا أيضا من البشر، إلا أن الله لا يختاره بطريق مباشر كما بينته نظرية الحق الإلهي المباشر، وإنما بطريق غير مباشر. الأفراد هم الذين يختارون الحاكم، ولكنهم في هذا الإختيار مسيروا وليسوا مخيرين؛ مسيروا بالعناية الإلهية التي توجه إرادة الأفراد نحو وجهة معينة وترشدهم إلى إختيار الحاكم الذي ترتضيه هذه العناية الربانية⁽²⁾.

ورغم إختلاف النظريات الدينية في صورها وتفسيرها للسيادة الإلهية، إلا أنها تؤدي في النهاية إلى إطلاق سلطة الحاكم وحرمان الشعوب مساءلة أو مقاومة حكامهم حتى ولو كانوا مستبدين؛ لأنهم يعملون في ظل العناية الإلهية⁽³⁾.

لقد تعرضت النظريات الشيوقراطية لإنتقادات متعددة، لبعدها عن مجال تقبل عقل للإنسان، حيث أنها نظريات مصطنعة فقط لخدمة مصالح معينة، ولتبرير إستبداد السلطة الحاكمة، خاصة أثناء الصراع بين السلطة الزمنية والسلطة الدينية في القرون الوسطى وبداية عصر النهضة حتى أن بعض الفقه نادى بعدم جواز تسمية هذه النظريات بالدينية على أساس أنها لا تستند في جوهرها ومضمونها من قريب أو بعيد إلى الدين، وهكذا أسدل الستار مؤذنا بنهاية هذه النظريات، غير الديمقراطية، والتي لا تزيد الحاكم إلا إمعانا في البطش والإستبداد وإنتهاك حقوق وحرريات الأفراد، تحت شعار الدين. وظهور النظريات الديمقراطية التي منها يرجع السيادة إلى الأمة، ومنها ما يرجعها إلى الشعب⁽⁴⁾.

من هذا المنطلق وبالنظر إلى كافة الإعتبارات والتحولات التي حصلت وأثرت في تاريخ البشرية الحديث نسبيا، بدت بوادر كفة الإنتصار لتأسيس فكرة حديثة لمفهوم الدولة وإنتقاله من الإعتبارات التقليدية للسلطة والسيادة إلى النظرة الحديثة المنبثقة أساسا من فكرة "سيادة القانون".

ومن خلال ما ورد في الأجزاء المتقدمة من هذا البحث، في محاولة للكشف عن حقيقة كنه هذا الشخص الإعتباري، الذي كان نتاج النضج البشري المتراكم؛ جراء تأثره بمختلف العوامل التي دفعت النخبة من العلماء إلى

(1) أنظر: د. ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 94.

(2) Dverger, M, Institution Politiques et Droit Constitutionnel, op.cit, p. 36

(3) الدكتور محمد كامل ليلة، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 176.

(4) أنظر في هذا: د. محسن خليل، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 24. د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص

البحث عن السبيل القانوني والسياسي والإجتماعي لبلورة وصياغة قواعد وأحكام قادرة على إرساء مفهوم يتوافق وتطلعات الجنس البشري لما لهذا المصطلح -الدولة- من أثر بليغ على مفهوم وحدود الحق والحرية، ما يعكس نضج الفكر البشري ووصوله إلى مرحلة الوعي التي تسمح له بإستيعاب فكرة الحق والقانون. وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

السيادة والسلطة السياسية

من منظور دولة القانون

تأسيسا على ما سبق، يمكننا أن ننتقل عبر مراحل البحث الموالية، ونترث قليلا في فهم القفزة النوعية التي إنتقلها الفكر من كل الإعتبارات التي كونت مفهوم الدولة التقليدية، مما تمخض عن ذلك ظهور مفهوم جديد لنظرية الدولة، وكان لفكرتي السيادة والسلطة السياسية أثر بليغ في بلورة فكرة "دولة القانون". وعلى هذا الأساس سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول السيادة ودولة القانون، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث السلطة السياسية ودولة القانون، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

السيادة ودولة القانون

الشعب هو مصدر السلطة في الدولة وهو من يمنحها إلى الحاكم، إذ أن الشعب يضع حدودا وحواجز تمنع تحول سلطة الحاكم إلى سلطة مطلقة، وتمثل السيادة مجموع الإختصاصات التي تمارسها السلطة السياسية الحاكمة في الدولة، وهذه السيادة هي تثبت للطبقة الحاكمة كصفة سياسية في داخل الدولة أو خارجها، بمحتوى قانوني خالص، قوامه الإختصاصات التي تمارسها الدولة في الداخل أو في الخارج، فإذا كانت الإختصاصات تخضع لمراقبة القانون، فمن يراقب السلطة التي تضع القانون بمعنى من مصدر السيادة؟. أي من المالك الحقيقي للسلطة السياسية في الدولة؟، حدث خلاف داخل الفقه الدستوري، وظهرت عدة نظريات تتكلم عن صاحب السيادة في دولة القانون نوجزها في ما يلي:

أولاً: نظرية سيادة الأمة

1 - مفهوم نظرية سيادة الأمة

يعود أصل هذه النظرية إلى الثورة وإعلان حقوق الإنسان والمواطن، وهي فرنسية وقد تبنتها مجموعة دساتيرها من ذلك الوقت دستور 1791 في المادة /01 ف2/ في مقدمته "السيادة تعود للأمة... وهي مصدر كل السلطات".

ورغم وجود الإنقطاع في دستور 1814 حتى 1830 حيث عادت السيادة للملك، فقد بقيت هذه النظرية أساساً للقانون الدستوري الفرنسي⁽¹⁾.

أما فكرة الأمة فقد اختلف الفقهاء في تعريفها وبرزت مدرستان فرنسية وألمانية، حيث عرف Duguit الأمة على أنها "الوسط الاجتماعي الذي تتكون فيه ظاهرة الدولة أي الإنقسام بين الحكام والمحكومين"⁽²⁾، هي إذن عنصر من عناصر الدولة العصرية وفيها تكتمل ظاهرة الحكام والمحكومين، وبهذا فإن سلطة الحكام تمارس على مستوى الأمة ومن هنا ينتج أن كل المواطنين هم حكام أو محكومون فلا تعد الأمة إذن عنصراً موضوعياً ولا ذاتياً للدولة أي أنها ليست لا موضوعاً ولا هدفاً للسلطة السياسية ولكنها الحدود بالنسبة لمن يمارس السلطة.

وهذا التعريف يجعل الأمة داخل إطار الدولة، ويلتقي مع تعريف الشعب ومقابل هذا يرى جانب آخر من الفقه نظرة أوسع على أن "الأمة تتكون من الأموات أكثر من الأحياء من حيث أنها وحدة تكونت من العادات والحاجات والآمال المشتركة. وهناك عوامل كثيرة تشارك في تأسيسها من بينها: الإقليم واللغة، الدين، تجتمع تحت سلطة سياسية واحدة.

وفي بحثه عن أصلها التاريخي يعرفها Duguit بأنها "تجمع للعائلات فهي تطور للعائلة ثم المدينة إلى الأمة، فقد نتجت من تغيرات اجتماعية معقدة منذ العصر الإقطاعي"؛ ويعطي بعد ذلك أمثلة عن الأمم لتدعيم تعريفه، فالأمة البولونية بقيت رغم تقسيمها، أما إيرلندا فهي أمة ولكنها تعيش تحت سلطة انكلترا.

وعلى هذا الأساس، ذهب جانب من الفقه إلى تقريب مفهوم سيادة الأمة⁽³⁾ من مفهوم الديمقراطية بل واعتبارها تعبيرين عن فكرة واحدة ولكن من ناحيتين، فالديمقراطية هي تعبير عن الشكل السياسي (أي نظام الحكم في الدولة) أما مبدأ سيادة الأمة⁽⁴⁾، فهو على حد تعبير هذا الجانب من الفقه عبارة عن التعبير القانوني⁽²⁾.

(1) Carré de Malberg, La Théorie de la Formation du Droit par Degrés, op.cit, p.167.

(2) Léon Duguit, Traité du Droit Constitutionnel, 3^e Ed, A.L.F, Paris, 1928, p.15.

(3) تعتبر نظرية سيادة الأمة، نظرية ذات أصل فرنسي عمل بها في زمن الثورة الفرنسية وترجع جذورها، إلى أفكار "جان جاك روسو" مخاربة فكرة سيادة الملوك المطلقة السابقة على الثورة، إذ كانت السيادة المطلقة للملك باعتباره سلطة لا تخضع لأي جهة أخرى داخل الدولة أو خارجها، فجعلت الثورة الفرنسية للسيادة بما تمتلكه من صفات السمو وعدم القابلية للانتقال أو التجزئة، صاحباً آخر هو الجماعة منظوراً إليها بوصفه وحدة مجردة مستقلة عن الأفراد المكونين لها، =

ومن جانب آخر فالأخذ بمبدأ سيادة الأمة، يعني أن الصفة الآمرة العليا في الدولة لا ترجع إلى فرد، أو إلى أفراد معينين بذواتهم، أو إلى هيئة، أو هيئات معينة، بل إلى وحدة مجردة ترمز إلى جميع الأفراد. هذه الوحدة التي تمثل المجموع بأفراده وهيئاته، لا يمكن تجزئتها وهي بمفهومها هذا مستقلة تماما عن الأفراد الذين تمثلهم وترمز إليهم⁽³⁾، ولا يستطيع أحد أن يدعي بملكيتها لجزء من هذه السيادة التي هي للأمة باعتبارها شخص جماعي مستقل عن الأفراد المكونين لها⁽⁴⁾.

إذ ترمز السيادة إلى الأمة فهي صاحبة السيادة الفعلية باعتبارها وحدة لا تتجزأ فلا يستطيع الحاكم أن يدعي أن الأمة قد نقلت إليه سيادتها أو أنه تملكها بالإستحواذ عليها مدة من الزمن، فالحاكم وكيل عن الأمة وإذا إنتهت وكرالته أو نيابته لم يعد له حق ممارسة السلطة دون موافقة تجديدها من الأمة⁽⁵⁾.

ولما كانت السيادة للأمة ذاتها، باعتبارها وحدة واحدة ومستقلة عن الأفراد المكونين لها، فلا سيادة لفرد، أو جماعة، بل أن الصفة الآمرة العليا لمجموع الأفراد على إعتبار أن هذا الشخص الجماعي يمثل وحدة واحدة لا تتجزأ، مستقلة عن أفرادها ألا وهي الأمة. لذلك قيل، بأن السيادة وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة، أو للتنازل، أو للتصرف فيها، أو للتملك، فهي ملك للأمة وحدها⁽⁶⁾.

ويرجع السبق في تقنين هذا المبدأ إلى الثورة الفرنسية بالنص عليه في إعلان حقوق الإنسان والمواطن بعد الثورة، إذ جاء فيه أن الأمة هي مصدر كل السيادة ولا يجوز لأي فرد أو هيئة أن يمارس سلطة لا تصدر عن الأمة

= وكان لجون بودان Bodin Jean الفضل الكبير في إبراز هذا المفهوم، كعنصر مميز للدولة عن سائر المجتمعات الإنسانية. ومع قيام الثورة الفرنسية، وتأكيد الفصل بين الملك، والسلطة، والسلطة السياسية. ظلت فكرة السيادة قائمة بما لها من صفة الاطلاق والسمو والأصالة ولكنها انتقلت من الملك إلى الأمة. لتصبح بذلك إرادة الأمة هي السلطة العليا التي لا تنافس. / أنظر في شرح هذا: د. طعيمه الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، الكتاب الثاني، 1966، ص 203. / د. رمزي طه الشاعر، الأيديولوجية وأثرها في الأنظمة السياسية المعاصرة، مطبعة عين شمس، 1979، ص 80.

(1) هذا وقد ساد مبدأ سيادة الأمة في كثير من دساتير الدول العربية. لقد تبناه الدستور المصري 1923. وكذلك دستور 1930، إذ قضيا في المادة /23/ من كل

منهما بأن " جميع السلطات مصدرها الأمة"، ثم جاء دستور 1956 ونص في المادة الثانية منه على أن " السيادة للأمة"، كذلك نصت المادة /24/ من

دستور المملكة الأردنية الهاشمية الحالي الفقرة الأولى على أن " الأمة مصدر السلطات ". أما الفقرة الثانية " تمارس الأمة سلطاتها على الوجه المبين في الدستور"

كما نصت المادة السادسة من دستور الكويت على أن " السيادة للأمة مصدر السلطات جميعا"، وينص دستور المملكة المغربية على أن " السيادة للأمة تمارسها مباشرة بالاستفتاء وبصفة غير مباشرة بواسطة المؤسسات الدستورية".

(2) د. عبد الحميد متولي، الإسلام ومبادئ نظام الحكم في الماركسية والديمقراطيات الغربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 108.

(3) Duguit -L Traité de Droit Constitutionnel Tome 1, Paris, 1928, P17.

(4) حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، لبنان، 1988، ص 43.

(5) محمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 76.

(6) Hauriou. A et Sfez . L, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Ed Montchrestien, Paris, 1972, P 371.

صراحة⁽¹⁾، كما يذهب مؤيدو هذه النظرية إلى منازعة القيود والحدود التي تفرضها المعاهدات والاتفاقيات على سيادة الأمة.

أما عن أهم الانتقادات التي وجهت إلى نظرية سيادة الأمة فتمثلت على الخصوص فيما يلي:

- تؤدي هذه النظرية إلى الاعتراف للأمة بالشخصية القانونية وبالتالي قيام شخصين معنويين على إقليم واحد وهما الدولة والأمة يتنازعان السلطة سوياً، ويقول البعض أن كلاهما واحد، ولكن هذا التبرير يصبح غير ذا فائدة وعدم الجدوى لأننا سنعود إلى البدء هو من يملك السيادة والسلطة الفعلية بالدولة⁽²⁾.
- تؤدي هذه النظرية إلى إطلاق سلطان الدولة، وإهدار الحريات والحقوق الفردية فهي تجعل السيادة للأمة وليس للأفراد المكونين لا، ويكون القانون تعبيراً عن إرادة الأمة والتي يمكن أن تستبد هذه الهيئات الحاكمة وتمارس سلطة مطلقة تهدر الحقوق والحريات تحت ستار ومسمى سيادة الأمة أو حمايتها⁽³⁾.
- لا تمثل هذه النظرية نظام سياسي معين، ولا تتنافى مع نظم حكم متناقضة فهي تتلاءم مع الحكم الجمهوري أو الملكي، ولا تتعارض مع تقييد حق الاقتراع بشروط مالية أو علمية ويمكن أن نستخدم النظرية كأساس لنظم حكم أقلية⁽⁴⁾.

2- النتائج المترتبة على نظرية سيادة الأمة

ترتب على الأخذ بمبدأ سيادة الأمة نتائج أهمها:

- الاقتراع يكون مقيداً وفق هذه النظرية أي أنه ليس شاملاً لكل من بلغ سن الرشد السياسي بل مقيد بشروط تتعلق بالعلم والثروة أو الذين يستطيعون القيام بالمسؤوليات الاجتماعية، مثل التكاليف العسكرية والمالية، وبالتالي يصبح الاقتراع إجبارياً بكونه وظيفة وليس حق.
- لا يمتلك الناخبين حق مراقبة ممثل الأمة، وليس لهم تحديد أهدافها بعد الإنتخاب مباشرة.
- تقتضي هذه النظرية ضرورة الأخذ بالنظام النيابي الديمقراطي إعتباراً وأن الأمة في حاجة إلى من يعبر عنها من الأشخاص الطبيعيين وهم النواب في البرلمان، وهو يتعارض مع الديمقراطية المباشرة والشبه مباشرة لتعارضهما في

(1) كذلك تبني الدستور الفرنسي الصادر في 03 سبتمبر 1971 هذا المعنى، حيث ورد في الباب الثالث منه في فقرته الأولى والثانية على أن "السيادة وحدة واحدة غير قابلة للانقسام ولا للتنازل عنها ولا للتملك بالتقادم، وهي ملك للأمة". وبأن "الأمة هي مصدر جميع السلطات". /أنظر: د. طعيمة الجرف نظرية الدولة، المرجع السابق، ص 251. / وثيقة إعلان حقوق الإنسان التي أقرتها الجمعية الوطنية في فرنسا عام 1789.

(2) ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 41

(3) محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، بيروت، 1987. ص.ص 247-248.

(4) حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008. ص 47.

المضمون، ولأن الأفراد لا يملكون السيادة بأنفسهم وإنما للأمة وبالديمقراطية المباشرة التي تتطلب تجرئت السيادة على الشعب وهو ما لا يحصل هنا .

- يعد النائب ممثلاً عن الأمة كلها فهذه النظرية ترى أن سلطة الأمة تتصف بالمشروعية لأنها تمثل إرادة الشعب الناخب صاحب الكفاءة العلمية والثروة⁽¹⁾.

ثانياً: نظرية سيادة الشعب

1 - مفهوم نظرية سيادة الشعب

ترجع أصول نظرية سيادة الشعب إلى فترة الإمبراطورية الرومانية إذ نادى بها (سيشرون) الذي تأثر بآراء المدرسة الرواقية في تبني القانون الطبيعي والمساواة بين الناس، وقد تراجعت هذه النظرية في حينها أمام المبدأ القائل بأن إرادة الإمبراطور هي القانون.

لقد كان التطور الذي لحق بالمذهب الفردي، والإنقلابات التي وجهت إلى مبدأ سيادة الأمة سبباً كافياً وصوتاً داعياً إلى الرغبة في التمثيل الحقيقي للشعب منظوراً إليه في حقيقته وتكوينه، لا بوصفه مجرد كوحدة متجانسة، مستقلة عن الأفراد المكونين له. لذا فقد هجر الفكر السياسي والدستوري نظرية سيادة الأمة ونادى بنظرية سيادة الشعب⁽²⁾.

لا يعد المبدأ الذي يعيد السيادة للشعب حديثاً بل إنه ظهر في نظريات الفلاسفة القديمة، وهذا بسبب الاقتناع بأن القوة تكون دائماً بجانب المحكومين ، إلا أن النظرية تكاملت على يد Rousseau في كتابه العقد الاجتماعي، وإذا كان قد أخطأ في افتراضه في نشأة الدولة بواسطة عقد اجتماعي بين الأفراد فإنه بتحليله لفكرة صاحب السيادة الحقيقي وهو الشعب فقد قربها إلى الواقع بدل النظرة المجردة لنظرية سيادة الأمة، ولذلك فقد أقرت مجمل الدساتير السيادة للشعب بدل الأمة.

فقرر Rousseau بأن السيادة هي لمجموع الشعب ولكل فرد جزء منها إلا أنه لا يستطيع ممارستها بمفرده بل على الجماعة كلها مجتمعة أن تمارس السيادة وهو ما يقابل الديمقراطية المباشرة، وبهذا فهو يناقض مبدأ التمثيل الوارد في سيادة الأمة، ولكن الضرورة العملية التي تحول دون اجتماع كل أفراد الدولة للتعبير عن إرادتهم العامة وهو ما يعترف به Rousseau، قد جعلت من تمثيل الإرادة العامة بواسطة مجلس منتخب ممكنة مع توفير ضمانات معينة.

⁽¹⁾ أنظر: إحسان حميد المرعبي، كطران زعير نعيمة، رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1990. ص56.

⁽²⁾ نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 47.

تمثل سيادة الشعب في ممارسة الإرادة العامة فهي أصيلة لا يمكن التنازل عنها أو تحويلها ، فهي شكل للحرية المكتشفة، أي أنها تجسد حرية الفرد التي يعترف بها الاعلان، وتتجلى أولا في انشاء العقد الاجتماعي ثم في طريقة ممارسة هذه السيادة، بحيث لا يمارسها إلا الشعب أو من يختاره بالنيابة عنه.

إن كلام Rousseau عن سيادة الشعب لا يشمل جميع السكان، بل إنه يحدد طائفة معينة لا تخضع للضرائب أو للمستوى التعليمي كما كان في سيادة الأمة بل إنها تخضع لمعيار الأهلية لممارسة هذه السيادة. إلا أن Burdeau يأخذ على مناصري النظرية أنهم يقدمون الشعب كفكرة مجردة تبتعد عن الواقع الحقيقي له، وكأنه لا يشمل الطبقات الدنيا منه ويجسد لنا هذا في ما قاله Rousseau بأن "الحكومة تتلقى الأوامر من السيد وتعطيها للشعب"⁽¹⁾.

لم يكن لهذا المفهوم من هدف سوى إعطاء السلطة للحكام فالصعوبة القانونية لتعريفه تتجلى في تحديد الاجراء الذي بواسطته تعترف جماعة الأفراد بأنها الشعب من خلال النصوص الدستورية وخطابات الحكام.

أما Duguit لم يفرق بين الشعب والأمة، فإنه يعطي مفهوما جديدا بقوله "جسم المواطنين وهو المجموع المتكون من أفراد الأمة المرتبطين مباشرة أو بالتمثيل بالسلطة السياسية"، ويفسر تعريفه هذا بالاقتراع العام فيتكون هذا الجسم من كل الأفراد البالغين غير المحكوم عليهم بجرائمهم من حقوقهم السياسية وهذا الجسم يمارس فقط الانتخاب، يختار هيئة تمثيلية ورئيس الدولة وهو ما اعتاد الفقهاء تسميته الجسم الانتخابي.

ومن خلال ما سبق يمكننا الكلام عن مفهومين للشعب: إجتماعي وسياسي.

- إجتماعي: وهم سكان الدولة القاطنين بإقليمها ويتمتعون بجنسيتها.

- سياسي: وهم الأشخاص الذين يتمتعون بممارسة الحقوق السياسية سيما حق الانتخاب.

وهو التعريف الذي يقصده Rousseau وبهذا المفهوم الوظيفي يمكننا بسهولة تحديد الأفراد الذين يكونون

الشعب، في الأفراد البالغون الذين يحق لهم الانتخاب دون:

- الأجانب.

- الخاضعون لعقوبات جزائية تمنعهم من ممارسة الحقوق السياسية ويفسر Rousseau عدم أحقية الخاضعين

لعقوبات جزائية في الانتخاب أي عدم انتمائهم للشعب صاحب السيادة، لكونهم قد خالفوا العقد الاجتماعي

مصدر السيادة وبالتالي فهم يعترفون ضمنا بأنهم ليسوا متعاقدين أي لا ينتمون للشعب؛ وبالتالي جزاؤهم إما

النفى أو القتل، كما أن الأجانب لا يحق لهم ممارسة السيادة لأنهم ليسوا طرفا في العقد.

(1) Burdeau.G, les Libertés Publiques, 4^e Ed, L.G.D.J, Paris, 1972, p 14 et s.

وفي دراسة Tocqueville عن الديمقراطية في أمريكا، يقول بأن الشعب هو الذي يحكم فعلا، وفي كل الدول تكون فيها السيادة للشعب، تحكم الأغلبية باسمه، ويعرفها بأنها " المواطنين السلميون الذين يطمحون لتحقيق مصلحة البلاد"⁽¹⁾ ولكن تعريفه أهمل الأقلية التي تطمح لتحقيق الصالح العام ولكن ببرامج مختلفة، أما Rousseau فلم يهملها بل حاول اعطاء تفسير كيف أنها صاحبة السيادة.

إن أساس السيادة الشعبية هي فكرة الحرية وتعود للنظريات الفردية بحيث تنص عكس سيادة الأمة بأن صاحب السيادة مكون من الأفراد ولا يمكن إبعاد هذا الفرد عن تكوين الإرادة العامة.

وتعود هذه السيادة إلى أصل نشأة الدولة بالعقد الاجتماعي حيث يتفق الأفراد فيما بينهم على تأسيس سلطة سياسية تعود فيها السيادة لهم يمارسونها بأنفسهم، وفي هذا العقد يتم التنازل عن حرياتهم لفائدة الجماعة بهدف بقائهم في أمان فالهدف من انشاء هذه السلطة هو الحفاظ على الحريات الا أن الأفراد بعد إبرام هذا العقد لا يمكنهم المطالبة بالسلطة فرادى ولكن الإشكالية التي تطرحها هذه النظرية هو كيف تكون الجماعة حاکمة ومحكومة في آن واحد؟.

الأفراد لهم صفة مزدوجة مواطنون وأفراد وعندما يمارسوا السيادة حكام، وعندما يخضعون للأوامر أفراد وهذا يعود إلى أنه لا يمكن لأي فرد إجبار الآخر على احترام أوامره، وبالتالي فالشعب يشرع وعليه إحترام القانون الذي وضعه وهو ما يسمى بالإرادة العامة. وليست هذه الأخيرة مجموع إرادات الأفراد بل هي إرادة الجماعة؟. التي تذوب فيها كل الإرادات.

ويفسر Rousseau ظاهرة الأقلية التي ترفض إبرام العقد أو تكون ضد قانون معين فهي لا تنقض العقد؛ ووجودها لا يعني شيئا سوى أنهم لم يفهموه، وليس على المواطنين إلا التصويت على القانون لأنها تضمن لهم المواطنة والحرية⁽²⁾، فوجود القانون لا يعني الحد من حرية الفرد والتي جاء العقد لضمها بل أنه يضمن لكل فرد حقوقه وحدود ممارستها، وكل من يخالف القانون يعد مخالفا للعقد وبالتالي يتوقف معتديا، وطبقا لمبدأ أن كل فرد لا يقبل أن يكون ضحية مجرم فإن عن كونه مواطنا ويصبح عليه القبول بالعقاب المقضي به في حالة إرتكابه للجرم⁽³⁾.

ولقد أخذت كثير من الدساتير بهذه المبادئ التي لم تتحقق ولم يملك أبدا الشعب السيادة كما قال Rousseau، ولكن أثرها على القانون والنظام السياسي كان أقوى من نظرية سيادة الأمة.

(1) A..De Tocqueville, op. cit, p.93.

(2) Chagnollaud Dominique, Droit Constitutionnel Contemporain, T1, Théorie Générale, Les Régimes Etrangers, 3^e Ed, Paris, Les Editions Armand Collin, 2003, p.210.

(3) **Voire** : Gaxie, Daniel, La Démocratie Représentative, 3^e Ed., Paris, Montchrestien, 2000, p.77.

وعلى أساس ما تم ذكره، فإن نظرية سيادة الشعب تقوم على أن السيادة للجماعة بوصفها مكونة من عدد من الأفراد لا على أساس أنها وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين لها كما نادى به نظرية سيادة الأمة⁽¹⁾، وبالتالي فطبقاً لنظرية سيادة الشعب، تكون السيادة لكل فرد في الجماعة، وعلى هذا الأساس فهي تنظر إلى الأفراد ذاتهم وتجعل السيادة شركة بينهم، ومن ثم تنقسم وتتجزأ بحسب عدد أفراد الجماعة السياسية⁽²⁾.

أما عن أهم الانتقادات التي وجهت إلى نظرية سيادة الشعب فتمثلت على الخصوص في أنه يمكن أن تكون سندا ومبررا للإستبداد والطغيان، إنطلاقاً من أن إرادة الشعب معصومة من الخطأ لا لشيء سوى أنها صادرة عن الشعب فقط⁽³⁾.

2- النتائج المترتبة عن سيادة الشعب⁽⁴⁾

ترتب على الأخذ بمبدأ سيادة الشعب نتائج أهمها:

- يعد القانون وفق هذه النظرية معبراً عن إرادة الأغلبية التي تفرضه على الأقلية، ويجوز في هذه الحالة وبمقتضى التنظيم الدستوري الطعن في القوانين لعدم دستورتيتها.
- كما يؤدي الأخذ بهذه النظرية إلى أن يكون النائب وكيلاً عن ناخبيه وممثلاً لدائرته الانتخابية، ويستطيع الناخبون فرض آرائهم على النائب وإعطاءه التعليمات الملزمة له في البرلمان وعلى النائب الالتزام بها لأنه وكيل عنهم ويمكن لهم حتى إقالته.
- القول أن الانتخاب يكون حقاً للأفراد، ولا يتقيد بشروط مالية أو علمية أو ثقافية، وأن يسود الاقتراع العام.

(1) تكمن نقطة الخلاف بين مبدئي سيادة الأمة، وسيادة الشعب، هو أن المبدأ الأول يعطي السيادة لمجموع الأفراد منظوراً إليه كوحدة واحدة مجردة، لا يقبل التجزئة ومستقلة عن الأفراد ذاتهم. أما مبدأ سيادة الشعب، فإنه لا ينظر إلى هذا المجموع إلا من خلال الأفراد الذين تقرر لهم السيادة، وتنقسم بينهم، بحيث يكون لكل فرد جزء منها. وبالتالي تصبح هذه السيادة، مجزأة ومنقسمة بين الأفراد بحسب عدد الأفراد في المجتمع السياسي. وللمزيد راجع: د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 209.

Zoller Elizabeth, Droit Constitutionnel, Puf, Paris, France, Edition 2, 1999, p.15

(2) راجع: د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية مرجع سابق، ص 12. / الدكتور رمزي الشاعر، الإيديولوجيات، المرجع السابق، ص 69.

(3) حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 54.

(4) لأكثر توضيح حول النتائج المترتبة عن سيادة الشعب أنظر:

Jacque, Jean-Pierre, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1998. (Collection Mémento). P 18. / Burdeau Georges, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit, p.120.

الفرع الثاني

السلطة السياسية

ودولة القانون

أولاً: السلطة السياسية والقانون

السلطة والقانون هما من أهم مقومات الدولة، وطبيعة العلاقة بينهما تحدد مدى الإقتراب من المفاهيم الحديثة لدولة القانون، وترتبط السلطة بالقانون ترابطاً عضوياً مر بمراحل تاريخية متعددة. فقد كان الفلاسفة والمفكرون وفقهاء القانون في القرون الوسطى يقومون بالترويج لإرادة الحاكم المطلقة في تشريع القوانين، ومنهم ميكافيلي (1469-1527) وجان بودان (1530-1596)، إذ أكدوا على ضرورة دمج السلطة بالدولة التي تمثلها إرادة الحاكم المطلقة في تشريع ما يشاء من القوانين لتوطيد سلطانه دون إكتراث بمطالب الشعب.

وجدت هذه الأفكار أرضية لها في الفكر القومي الألماني في القرن التاسع عشر من خلال فلسفة Hegel (1830-1880) التي مجدت سلطة الدولة ومهدت لظهور حركة التوحيد التي قادها بسمارك في نهاية القرن التاسع عشر، وشخصت الماركسية طبيعة الدولة بأنها تقوم على تجسيد سلطة الحاكم المستبد، وأنها تعتبر أداة للقهر والظلم.

وإستمرت دوامة تمجيد سلطة الدولة عبر القرن العشرين من خلال الأحزاب النازية القومية والأحزاب الطبقية (الشيوعية)، وبالرغم من إنتهاء دور تلك الأحزاب تاريخياً، إلا أن مخلقاتها مازالت موجودة في بعض الدول التي تشكل الأحزاب الشمولية القائمة أو الواحدة من نماذجها، فهي ترى أن الدولة هي السلطة السياسية التي تقوم بجميع الوظائف في الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية ولا محل للإستقلال أو الفصل بين هذه السلطات، وبالتالي فإن القوانين ما هي إلا ترجمة لإرادة السلطة السياسية.

ما دفع الأفكار الديمقراطية⁽¹⁾ إلى الظهور، وتجسدت في فلاسفة يدعون إلى الفصل بين السلطة والدولة وتقييد سلطات الحاكم بدلا من تأليه الدولة، أمثال Locke (1622-1704) و Rousseau (1712-1778)، إذ أكدوا على أن الشعب هو مصدر جميع السلطات في الدولة، وأن القوانين يجب أن تكون انعكاساً لإرادة الشعب وليس لإرادة الحكام، وأن العلاقة بين الشعب والحكام علاقة تعاقدية تفرض على الطرفين حقوقاً

(1) لأكثر تفصيل حول أسباب ظهور الديمقراطية، أنظر: منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، المرجع السابق، ص 211.

وواجبات، مما لا يجوز مع ذلك لأي منهما تجاوزها، وبالتالي فإن للشعب الحق في فسخ هذه العلاقة التعاقدية واختيار حكام جدد دون المساس بكيان الدولة.

وعلى هذا الأساس، فإن إعتبار السلطة السياسية كعنصر ثالث من عناصر الدولة، يحتاج للتمييز بين صاحب السلطة وبين من يمارسها، صاحب السلطة السياسية هي الدولة المكونة من الحكام والمحكومين. أما الحاكم أو الفئة الحاكمة، فهي ليست أكثر من ممارسة لهذه السلطة⁽¹⁾.

لقد ارتبطت السلطة السياسية بفكرة الحاكم فترة طويلة، وهي الفترة التي سادت فيها ما سميت بشخصية السلطة، على اعتبار أن شخص الحاكم هو أصل وأساس السلطة⁽²⁾.

إلا أنه وبتقدم الجماعات، بدأ هذا الإرتباط بين السلطة السياسية والحاكم في الإنحيار، وظهور فكرة السلطة المجردة عن شخصية الحاكم، الأمر الذي أدى إلى الفصل بين الأساس وهو السلطة والممارس وهو الحاكم⁽³⁾. وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول إمكانية مؤسسة السلطة السياسية؟.

ثانياً: السلطة السياسية في دولة القانون

تنطلق دراسات Burdeau من التأكيد على أن ميلاد الدولة يحتاج إلى عمل قانوني، وأن هذا العمل يتمثل في مؤسسة السلطة كعملية إرادية ذات طبيعة قانونية، لذلك يعرف Burdeau مؤسسة السلطة بأنها "عملية قانونية يتم عبرها نقل السلطة السياسية من شخص الحكام إلى كيان مجرد"⁽⁴⁾.

فالسلطة تصبح مؤسسة عندما تنتقل من شخص الحكام، والذين لم تعد صفاتهم الشخصية تكفي لتبريرها إلى مؤسسة دولية تصبح منذئذ المالك الوحيد لها⁽⁵⁾، أي أن الدولة تتكون عندما لا تعود السلطة تجرد مقرها في الشخص وعندما تستقر في مؤسسة. وهو ما يتم على إثر عملية قانونية يسميها بورديو مؤسسة السلطة السياسية⁽⁶⁾.

(1) لهذا يقول Burdeau " إن الدولة هي عنوان السلطة المطلقة والدائمة. وأما الحكام فيها إلا وكلاء لممارسة السلطة بصورة عابرة. لمزيد من التفصيل، أنظر:

Burdeau, G, Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op.cit, p.15.

(2) يكمن عمق المشكلة في القانون الدستوري في بحث كيفية انقسام المجتمع إلى طبقة حاكمة ومحكومة وكيف آلت السيادة إلى الطبقة الحاكمة وكيف تتداول هذه الطبقة، وبذلك قال فقهاء القانون الدستوري أن الدولة التقليدية تلك الدولة التي اكتسبت فيها السلطة الحاكمة شرعيتها من القوة بادئ الأمر، سواء أن كانت قوة مادية أو قوة روحية، وكان من يملك السلطة هو ملك أو أمير أو إمبراطور... الخ، ويمارس هذه السلطة إما مباشرة أو عن طريق وكلائه. / عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري النظرية العامة للمشكلة الدستورية ماهية القانون الدستوري الوضعي، مطابع دار الكتاب العربي، طبعة ثانية، مصر، 2004. ص 72.

(3) راجع: د. محسن خليل، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 23.

(4) Burdeau, G, Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 2^{ème} Edition, Op.Cit, P. 210 .

(5) Burdeau, G, Par François Hamon, Michel Troper, Manuel de Droit Constitutionnel, op.cit, p 58 .et suiv.

(6) Burdeau, G, Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Ibid, P. 212 .

والسؤال المطروح، هل يتوفر فعلا في عمل عملية مأسسة السلطة عناصر العمل القانوني، وهل يتولد فيها حقا ظهور الدولة كظاهرة قانونية⁽¹⁾، بحيث يصبح هذا العمل مفسرا لنشأة دولة القانون، فيمثل نظرية قانونية للدولة؟ إن الإجابة على هذا السؤال يتطلب التنبيه على أن ما يتم تناوله من فكرة مأسسة السلطة، هو طبيعة المؤسسة، مجردة من العوامل المحيطة بها أو الآثار السياسية التي تنجم عنها.

ومن ناحية أخرى، التأكيد بأن العمل القانوني لا يحل محل تلك الظواهر التي تدفع لحدوثه، بل إنه على العكس من ذلك يراعيها، ولكن مع تغير طبيعتها، فهو لا يلغي أيا منها بل يقوم بإدخالها في صلب العمل القانوني ليمنحها الثبات بحيث أنها بعد أن كانت مجرد موجّهات لسلطة الواقع، تصبح دعامة لسلطة قانون، حيث يقوم العمل القانوني ببلورة حركتها⁽²⁾.

وتأسيسا على ما سبق، جوهر العمل القانوني ومناطه وجود الإرادة المعبرة التي يستند إليها والتي تعبر عن نفسها صراحة أو ضمنا، بحيث لا توجد الإرادة لا وجود للعمل القانوني⁽³⁾.

وإذا كان العمل القانوني يقتضى وجود إرادة، فإن Burdeau يرى في مأسسة السلطة "الدولة" عملا إراديا تتوفر فيه كل عناصر العمل القانوني الذي يؤدي إلى تحويل سلطة الواقع إلى سلطة قانون، وبالتالي ظهور الدولة كشكل قانوني للسلطة وكمؤسسة.

فإنه يقتضى بالضرورة أن تأسيس السلطة السياسية هو في فحواه عملية قانونية وواقعة إجتماعية تتطلب درجة من الوعي الجماعي، لأنه يعني إنزالها إلى المجتمع⁽⁴⁾.

وتتلخص هذه العملية -مأسسة السلطة- في إنشاء قانون وضعي يخضعها، والقانون هو مجموعة من التصورات والقواعد التي يحددها الظرف التاريخي والإجتماعي للجماعة، هذا يعني أنه ليس ثابتا بل يتكيف مع تبدل وتغير ضرورات الحياة وهو ما نعرفه في القانون الدستوري اليوم بالدولة، فقد كانت المؤسسة القانونية الوحيدة التي إنتزعت السلطة السياسية من يد ممارسيها.

وتعرف السلطة في دولة القانون بأنها سلطة قانون، يمثل من يمارسها للتشريعات الصادرة من صاحب السيادة لأن ما يقوم به لا يتعدى الوظيفة. هذا التأسيس القانوني كان بفضل نظريات السيادة الشعبية التي نزلت بالسلطة إلى المجتمع المدني ليكون الشعب مالكاها وصاحب السيادة في الدولة.

(1) لأكثر توضيح حول السلطة ومدى خضوعها للقانون أنظر: كروزيه موريس، تاريخ الحضارات العام، المجلد الرابع، منشورات البحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت، باريس، طبعة 2، 1982 ص 412.

(2) Voir : Maurice Duverger, Sociologie de la Politique, op.cit, P. 167

(3) حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979. ص 17.

(4) جان وليام لايبير، المرجع السابق، ص 124

المبحث الثاني

مدلول دولة القانون

إن علاقة الدولة بالقانون تتمثل في حالتين، إما أن تكون الدولة غير خاضعة للقانون وهكذا يكون عندما تختلط إرادة الحاكم بالقانون ولا توجد قيود توضع على سلطته المطلقة⁽¹⁾. وما دام كذلك لا يستطيع المحكومون مساءلته. وإما أن تكون الدولة خاضعة للقانون ويحدث هذا عندما يقع الفصل بين شخص الحاكم والقانون ويقع الإقرار بأن هنالك قيوداً يفرضها القانون على سلطته أي الاعتراف بالقانون والشرعية القانونية.

ومن خلال ما أوردناه من مراحل بحث في نشأة وتطور الدولة، نجد أنها قد تدرجت من مرحلة عدم الخضوع للقانون إلى مرحلة الخضوع له؛ في جميع جوانب نشاطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية. وعلى هذا، فدولة القانون كما يصفها Gierke تلك التي تخضع نفسها للقانون وليست تلك التي تضع نفسها فوق القانون وتبقى كذلك إلى أن يهدر مبدأ المشروعية لتتحول إلى دولة بوليسية التي لا ضمان لبقائها إلا البطش واستمرار استسلام الشعب المحكوم⁽²⁾.

هذا ما يدفعنا لدراسة مفهوم دولة القانون باعتبارها محور الدراسة والبحث في آن واحد، هذا من جهة ومن جهة أخرى ربط الحقوق والحريات بدولة القانون. وعليه سنتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم دولة القانون، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث ربط الحقوق والحريات بدولة القانون، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مضمون دولة القانون

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول مفهوم دولة القانون، أما الفرع الثاني نبحث التطور التاريخي لمبدأ خضوع الدولة للقانون، أما الفرع الثالث ندرس فيه النظريات المفسرة لخضوع الدولة للقانون وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص 72

(2) لمزيد من التفصيل حول مبدأ المشروعية والدولة البوليسية، راجع: رمزي طه الشاعر، الأيديولوجية التحررية وأثرها على الأنظمة السياسية المعاصرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، العدد الأول، 1975، ص 233.

Rivero Jean Droit Administratif, Alloz, Dixieme ED, Paris, 1983, p.14./ Duguit, L, Traité de Droit Constitutionnel, Tome 1, Paris, 1928. P288.

الفرع الأول

مفهوم دولة القانون

إن الدراسات الاجتماعية أكدت أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، يستحيل عليه العيش بمفرده وقد كون الأسرة والعائلة والعشيرة والقبيلة ثم الدولة، وعاش مرتحلاً في حياة البداوة، ومستقراً بعدها في الزراعة⁽¹⁾. فهو لا يستطيع أن يعيش منفرداً أو يعيش منعزلاً، وإن يجد نفسه مضطراً إلى الحياة مع غيره من الأفراد في المجتمع الواحد، وهذا ما يسمى "المجتمع المدني".

وما دام أن الإنسان لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع، وأن المجتمعات التي يعيش فيها متعددة الأنواع، وأن الذي يعيننا منها في هذا البحث هو المجتمع السياسي⁽²⁾. وللمجتمع السياسي عناصر ثلاثة هي: إقليم محدد، وسكان يقيمون على هذا الإقليم ويعبر عنهم بالحكومين، وهيئة حاكمة تملك إصدار الأوامر والنواهي إلى هؤلاء السكان، ويعبر عنهم بالحاكم أو الحكومة بناء على حق السيادة أو السلطة أو الأمر والنهي. ويطلق على هذه الأوامر والنواهي ما نسميه بالقاعدة القانونية إذا توافرت شروط معينة.

ولما كان الإنسان أنانيا بطبعه أيضاً، فإنه يحاول أن يتمتع بأكثر قدر من خبرات المجتمع ولو على حساب غيره من الأعضاء المكونين لهذا المجتمع، كما أنه يحاول أيضاً -إما تحقيقاً للغرض السابق وإما رغبة في السيطرة- أن يستأثر أيضاً بأكثر قدر من السلطة عليهم؛ وهذا وذلك من شأنه أن يؤدي إلى تضارب في المصالح وقيام المنازعات بين أفراد المجتمع الواحد مما يؤدي إلى عدم الاستقرار الاجتماعي.

ما يؤكد أن هناك خلل إما في المنظومة القانونية أو في الخضوع إلى أحكامها، الأمر الذي يهدد بإختيار المجتمع والقضاء على كيانه. ولكن لما كان وجود المجتمع ذاته يعتبر ضرورة الإنسان نفسه، كان لابد من وجود قواعد اجتماعية ملزمة تنظم المصالح المتضاربة وتحول دون قيام المنازعات حتى يمكن الإبقاء على المجتمع، فضلاً عن دفعه نحو الرقي والحضارة⁽³⁾.

ولما كان مبدأ المشروعية - كما سيتم شرحه بالتفصيل في ما يأتي من أجزاء البحث الموالية⁽⁴⁾ - يعني سيادة القانون وخضوع الحاكم والمحكوم له، ليرد أي منهما إلى جادة الصواب كلما خرج عن حدوده عمداً أو تقصيراً.

(1) أنظر في ذلك: الدكتور عباس زيون العبودي، تاريخ القانون، دار الحكمة للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1989. ص 15.

(2) المجتمع السياسي هو " كل مجتمع مدني يوجد بين أفراد طبقة حاكمة وأخرى محكومة " ويطلق على الهيئة التي تتمتع بالقوة طبقة الحكام ، كما يطلق على أعضاء المجتمع طبقة المحكومين. ومن ذلك، يتضح أن الذي يميز المجتمع السياسي، من غيره من المجتمعات التي يعيش فيها الانسان هو وجود حاكم ومحكوم؛ حاكم يملك حق إصدار الأوامر والنواهي ، كما يملك القوة التي يستطيع بها إكراه المحكومين على اتباعها ، ومحكوم يجب عليه طاعة هذه الأوامر والنواهي، وإلا استحق الجزاء الذي يوقعه عليه الحاكم

(3) عبد الفتاح ساير، المرجع السابق، ص 04.

(4) أنظر ص 135 من هذا البحث ومايلها.

هذا المبدأ بطبيعته، مع ما يترتب من آثار يختلف عن شرعية⁽¹⁾ السلطة التي يكفي لتحقيقها أن تسند إلى رضا المحكومين وقبولهم إياها، سواء كان مصدر هذا القبول التصور الإلهي وفقا للنظريات الشيوعية، أم إرادة الجماعة تبعا لمنطق النظريات الديمقراطية⁽²⁾.

وعلى هذا لا يوجد هناك تلازم بين مشروعية الدولة -دولة القانون- ومشروعية السلطة، خاصة في حالة ممارسة الحاكم لسلطته مستندا إلى المصدر الإلهي الشيوعي كما عرضناه سابقا، وبدت سلطته مطلقة وبلا حدود واختفى مبدأ المشروعية أو نظام دولة القانون. أما حيث تقوم السلطة على أساس قبول المحكومين، ورضاهم مع تقييد الهيئات الحاكمة في الدولة بالقانون، فإننا نكون أمام مشروعية السلطة والدولة معا⁽³⁾.

وبناء على ما وصلنا إليه في بحثنا هذا من ضرورة تجسيد فكرة مشروعية السلطة والدولة معنا على أرض الواقع، وإخضاعها للتجربة باعتبارها نظرية قانونية صرفة تهدف إلى المحافظة على استقرار وأمن المجتمع السياسي، ومما تقدم إيضاحه وجب علينا إلقاء نظرة حول المقصود بدولة القانون، وهل هو مختلف عن الدولة بالمفهوم التقليدي؟، هل لدولة القانون عناصر يستلزم توافرها للقول بوجودها؟، وهل هي في محتواها تختلف عن ما يستلزم وجوده من عناصر لنشوء الدولة التقليدية؟.

يقول فقهاء القانون الدستوري أن المراحل التي مرت بها دولة القانون في إطار التطور الدستوري هي ذات المراحل التي يمر بها المجتمع الدولي، إذ أفرز التطور التاريخي الدولة ككيان متماسك ومحكوم بأطر قانونية متكاملة، ويرون فيه تراكم تدريجي لاحق تطور المجتمع الدولي إلى كيان مشابه وقريب جدا من دولة القانون المعاصرة.

فالدولة التقليدية في جذورها هي دولة الشخص الواحد الذي تتركز في يده كل السلطات. فهي مركزة السلطة ضيقة المجال، بينما دولة القانون هي الدولة التي آلت فيها السلطة للمجموع وانهارت تجاهها كل الولاءات الفردية لمصلحة الجماعة، وهذا حدث عندما بدأت دائرة القانون تتوسع على حساب دائرة الأخلاق والدين والتقاليد، حتى قال بعض الفلاسفة أن في تأليه الدولة ضمان استقرار المجتمع⁽⁴⁾.

(1) ويرى جانب من الفقه خلاف ما يراه الجانب الآخر من الفقه في تحديد كل من الشرعية والمشروعية؛ فأخذ بعض الفقهاء بمفهوم وأكد لكل من الشرعية والمشروعية، والبعض الآخر فرق بين الشرعية والمشروعية، إذ عدت المشروعية بأنها تكمن في إخضاع الدولة للقانون من خلال وجود مبادئ عليا تسمو على الدستور وتشريعات الدولة وسبق وجودها في الدولة نفسها ويقصد بها مبادئ الإيديولوجية الحاكمة في الدولة ولكن الشرعية تعني مبدأ سيادة القانون وسيادة أحكامه مهما كان مصدرها. /أنظر: منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981. ص 280.

(2) لمزيد من التفصيل حول الديمقراطية لاسيما الديمقراطية التمثيلية، أنظر: د. إبراهيم شيخا، مبادئ الأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص 93.

(3) حول مشروعية السلطة والدولة، أنظر: د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1976. ص 05.

Rivero Jean Droit Administratif, Alloz, 2^e Ed, op.cit, p.14./ Duguit. L, Traité de Droit Constitutionnel, T.1, op.cit, p. 225.

(4) أنظر: فلسفة (هيغل)، عزيز السيد جاسم، الحرية والثورة الناقصة، المؤسسة العربية للنشر، بيروت، 1971. / جورج حنا، ضجة في صف الفلسفة، دار الثقافة، بيروت، 1952.

فبعد البحث في تعريف دولة القانون وفق القانون الدستوري لا نجد ذلك التحول في المفهوم التقليدي عن المعاصر فقد بقت الدولة مجموعة من الناس تقطن إقليم جغرافي محدد وتخضع لنظام سياسي⁽¹⁾، ولكن التغيير صار في الشطر الأخير حيث أن النظام السياسي في القانون الدستوري أصبح بمواصفات خاصة تتحدد من خلال دستور كل دولة استلزم بأن يكون نظام الحكم مشروعاً وشرعياً في الوقت ذاته⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن تحديد المفهوم العام لدولة القانون حسب ما جاء في القاموس الشهير لجيرار كورنو معجم المصطلحات القانونية، دولة القانون:

- وضع ينجم بالنسبة إلى مجتمع، من خضوعها لنظام قانوني يستبعد الفوضى والقضاء الخاص.

- في معنى أكثر تقييد اسم يستحقه نظام قانوني وحده ويكون احترام القانون فيه مضمونا حقيقيا لمن هم أهل الحق، وعلى وجه الخصوص ضد التعسف⁽³⁾.

وكما تم تعريفها في "معجم Dallows" على أنها "عبارة تستعمل من أجل وصف دولة ما تكون فيها السلطة السياسية والإدارية المركزية والمحلية خاضعة فعلياً للقواعد القانونية السارية المفعول يفترض أن نجد فيها - بصفة عامة - كل الأفراد يتمتعون بالتساوي بالضمانات والحريات الأساسية، في القانون الفرنسي، دولة القانون يتضمنها تقنيا مبدأ المشروعية⁽⁴⁾".

وعرفها Siah بأنها " تلك التي تعين عن طريق القانون وسائل مباشرة نشاطها وحدود ذلك النشاط كما تحدد مجالات النشاط الفردي الحر⁽⁵⁾"، وعرفها Gerke "بأنها الدولة التي تخضع نفسها للقانون وليست تلك التي تضع نفسها فوق القانون". أو كما عرفها الدكتور ثروت بدوي تعريفاً أكثر وضوحاً وتفصيلاً على أنها "والقول بخضوع الدولة للقانون أو بنظام الدولة القانونية يعني أن جميع الأشخاص في الدولة الطبيعية منها والاعتبارية، الخاصة والعامة، الأفراد والهيئات ملزمة بالامتثال لأحكام القانون من ناحية وأن هذه الأشخاص -من ناحية أخرى- تملك تحت يدها سلاح قانوني لحماية تلك الأحكام كلما تعرضت للنقض أو المخالفة⁽⁶⁾".

وعرفها جانب آخر من الفقه على أنها " والقول بنظام الدولة القانونية معناه خضوع الدولة للقانون في جميع مظاهر نشاطها سواء من حيث الإدارة أو القضاء أو التشريع وذلك بعكس الدولة البوليسية حيث تكون السلطة

(1) أنظر: إبراهيم عبد العزيز شبحا، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 36.

(2) إحسان حميد المرفحي وكطران زعير نعيمة، المرجع السابق، ص 60.

(3) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت الطبعة الأولى، 1988، ص 65.

(4) Raymond Guillien et Jean Vincent, Lexique des Termes Juridiques, 15^{em} éd, Dalloz, Paris, 2005, p115.

(5) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 168 .

(6) د. ثروت بدوي، الدولة القانونية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة الثالثة، 1959.

الإدارية مطلقة الحرية في أن تتخذ قبل الأفراد ما تراه من الإجراءات محققة للغاية التي تسعى إليها وفقا للظروف والملاسات⁽¹⁾.

أو أنها "الدولة التي تخضع وتتقيد في جميع مظاهر نشاطها لأحكام القانون"، أي أن جميع سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا تتصرف إلا في حدود أحكام القانون. وعرفها الدكتور أحمد سعيان على أنها "منتظم قانوني تخضع السلطات العامة في إطاره بشكل فعلي للقاعدة القانونية، بواسطة الرقابة القضائية"، وعرفها الفقيه النمساوي Kelsen على أنها "دولة القانون كبناء نظام، تراتبي هرمي تندمج فيه المعايير وتمفصل داخل كل عضوي ينضده الدستور والتشريع والنظام على التوالي"⁽²⁾.

وكما عرفها الأستاذ Louis Favoreu على أنها "المعايير الأخلاقية والسياسية التي تمثل الحقوق الأساسية؛ ترجمتها تتشكل كنتيجة للتقارب بين الليبرالية السياسية والديمقراطية". فالشرط الأول أن تهدف إلى تحقيقها القوانين (التشريعات)؛ وأن تقدر على صياغتها (ديمقراطية)؛ ثم أن بعضا من السلوكات لا ينبغي أن تكون محظورة من قبل أي جهاز من أجهزة الدولة ولا مقيدة بتنظيم متجاوزة لحدود معينة (حقوق)، على أن يكون أي تصرف قانوني نتيجة لترخيص محدد يمكن مراقبته من قبل هيئة قضائية (دولة القانون).

ويضيف أن أية ديمقراطية قد لا تكون ليبرالية نموذج ديمقراطية العصور القديمة لم تكن أكثر ليبرالية من نموذج Rousseau وحتى الديمقراطية البرلمانية الكلاسيكية ليست كذلك بالمعنى الدقيق لأن المشرع يتمتع بصلاحيات غير محدودة، الليبرالية يمكن أن لا تكون دولة القانون. والعكس بالعكس من بين خصائص الديمقراطيات المعاصرة على النمط الغربي هو جمع العناصر الثلاثة⁽³⁾.

أو كما عرفها الأستاذ Bruton على أن "هناك تمايز كلاسيكي يقابل بين الدولة البوليسية ودولة القانون، في الدولة البوليسية لا تفرض قواعد حماية الحريات على الأفراد الخواص بينما في دولة القانون تفرض هذه القواعد أيضا على السلطات العمومية، وبالتالي لا يمكن أن تنمو الحريات العامة إلا في دولة القانون. دولة القانون تستمد شرعيتها من قدرتها على تطوير قوانينها والخضوع لها ولكي تحقق كسمة من سمات دولة القانون يجب توفير شرطين أساسيين: يجب من جهة أن تكون تصرفات الحكام خاضعة لمبدأ تدرج القواعد القانونية وعلى رأسها التصريح بالحقوق ومن جهة أخرى يجب أن يكون القضاة مستقلين بما يسمح لهم بمعاينة كل من تجاهل تلك الحقوق"⁽⁴⁾.

(1) ثروت بدوي، النظم السياسية، نفس المرجع، ص 168.

(2) أحمد سعيان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، عربي - إنجليزي - فرنسي، مكتبة لبنان، ناشرون، ط 01، 2004، ص 18.

(3) Louis Favoreu, Droit des Libertés Fondamentales, Edition Dalloz, Collection Précis, 2000, P.P 91-92.

(4) Gilles Lebreton, Libertés Publiques et Droits de L'Homme, Armand Collin, Collection U, 1995, P.24.

وكما عرفها جانب آخر من الفقه بأن "دولة القانون ليست شيئا نسبيا كما يعتقد البعض، إنما هي دولة تتميز بسيادة القانون فيها، وإيدانة أي عمل تعسفي، وبمعنى آخر أن القاعدة التقليدية المعروفة بالفصل بين السلطان تجد تطبيقها الكامل فيها، كما أن المحاكم تتمتع فيها بالاستقلالية الحقيقية لما يضمن عدالة منصفة⁽¹⁾". وعلى هذا الأساس، لا يقصد بالقانون تلك القواعد القانونية العادية التي تصدرها السلطة التشريعية فقط. وإنما المقصود كذلك كافة القواعد القانونية الملزمة أيا كان مصدرها⁽²⁾، سواء أكان هذا المصدر نصا دستوريا، أم تشريعا تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك. أم قرارا اداريا تنظيميا بل ونضيف إلى مصادر القواعد القانونية التي تدخل ضمن القانون بمعناه العام أيضا المعاهدات والعرف والمبادئ القانونية⁽³⁾، كما سيتم بيانه في أجزاء البحث الموالية.

ويختلف مفهوم دولة القانون عن مبدأ المشروعية، الذي يعني خضوع السلطات في الدولة للقواعد القانونية، وكذلك هو يختلف عن مفهوم شرعية السلطة أو السلطة الشرعية التي يقصد بها السلطة التي تستند إلى رضا المحكومين أو الشعب أيا كان مبعث هذا الرضا ومصدره⁽⁴⁾.

وفي هذا النطاق، بين أحد فلاسفة القانون أن مفهوم دولة القانون يقوم على دعامين:

- الحق في الحق: من وجهة النظر الرسمية، يفترض في دولة القانون مسبقا وجود نظام قانوني وتدرج للقوانين ثابت ومحكم، ولكنه يرتبط أيضا بشرط انخراط المجتمع في الديمقراطية، وكبداية تعتبر الدستورية جزء من الفلسفة الليبرالية، لكن المطالبة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية تندمج أكثر من منطلق دولة الرعاية، تؤدي إلى تعزيز دور الدولة، في حين أن دولة القانون هي بحكم تعريفها أداة لتحديد مجال تصرفات الدولة.
- الحق في اللجوء للقاضي: التنوع والتدرج الهرمي للقوانين يقتضيان لاحترامه وجود الرقابة القضائية المراقبة على دستورية القوانين مما يكفل سلامة هرم القوانين، الطعن من أجل تجاوز السلطة معترف به كمبدأ عام من مبادئ القانون حتى بدون نص، يجزي الصفة القانونية للإجراءات الإدارية⁽⁵⁾.

(1) Antoine Kesia, MBE Mindua, Nom péremptoires du droit international et Etat de droit en Afrique, Revue Africaine du droit international et comparé, la société Africaine du droit international comparé, juin 1998, n°:2, p. 232.

(2) **Voir:** Ricci Jean et Bourd Jacques et Pontier Jean et Ebbasch Charels, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Economica, 2^e Ed, Paris, 1986, p.503.

(3) Duez. P et Barthelemy. J, Traite de de Droit Constitutionnel, Economica, Paris, 1985, p.192.

(4) لأكثر تفصيل حول المفهوم العام لدولة القانون أنظر: د. محسن خليل النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 99. د. ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، المرجع السابق، ص 90. د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري و الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 197. د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 128.

Dominique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, Montchrestien, 4^{eme} Ed, Paris, 1995, p. 509.

Burdeau. Georges Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op.cit, p.103.

(5) B. Oppetit, Philosophie du droit, Dalloz, Collection Précis, 1999, p.96.

وتأسيساً على هذا، فإن دولة القانون هي بالضرورة الحتمية دولة العدل أو دولة الحقوق كما يوضحها ترجمة المصطلح الأصلي الذي جاء من اللغة الألمانية، إذ يضع الكتاب الألمان عادة نظرية الفيلسوف الألماني Kant في مبدأ توجيهاتهم نحو دولة القانون فقد بدأ تعريف مفهوم دولة القانون بمعنى (الدولة الدستورية).

ويستند منهجه على سيادة الدستور المدون في الدولة، ويجب أن تصبح الدولة مجتمعاً يضم عدداً كبيراً من الناس، بحيث يعيشون في ظل الضمانات المشروعة للحقوق والحريات، والتي يضمنها الدستور المشترك، وكذلك نجد إختلاف المحتوى والمضمون بإختلاف الزمان والمكان فضلاً عن السياق التاريخي والثقافي للأمم أو المجتمعات. ولذلك نرى أن المصطلح الانكليزي Ruel of Law يعكس سيادة القانون والفرنسي L'Etat de Droit يعكس دولة القانون، و ينطويان على صيغ مختلفة ترتبط بالتكوين التاريخي والثقافي لهذه الشعوب، إلا أنها تشترك فيما بينها في تحديد المفهوم العام لدولة القانون⁽¹⁾.

فالدولة إذن هي ليست مجموعة عناصر مادية أفرزها تطور اجتماعي وتاريخي قسمها إلى طبقة حاكمة ومحكومة بل هي نتاج في نهايته يصل إلى واقع قانوني يحدد حقوق وواجبات كل طرف، فدولة القانون حسب جانب من الفقه، هي الدولة التي تخضع للقانون بمفهومه العام، فإن كان القانون الدستوري هو من يحدد هذه الحقوق والواجبات والوظائف. على المستوى الداخلي فإن القانون الدولي هو الذي يحدد الحقوق والواجبات والوظائف على المستوى الدولي.

وما ميز الدولة التقليدية (دولة غير قانونية) عن القانونية هو خضوع الأخيرة للقانون في كل فئات المجتمع من طبقة سياسية حاكمة إلى طبقة سياسية محكومة، فجوهر التحول في القانون الدستوري هو الخضوع للقانون وهذا الخضوع جاء نتاج تحول السلطة من يد فرد إلى يد قلة إلى يد الشعب السياسي.

فالدولة غير القانونية هي التي تختلط فيها إرادة الحاكم بالقانون، فهو الذي يضعه ويعدله ويلغيه، فإن شاء التزم به وإن شاء أهدره. وعلى هذا الأساس فلا وجود لمبدأ المشروعية في نظام مطلق تكون فيه إرادة الحاكم هي القوة الوحيدة المسيطرة في الدولة. وتنعدم فيها الحريات لعدم وجود آليات وضمانات حمايتها.

فهي تكون على شكل دولة إستبدادية تعمل على تحقيق المصلحة الشخصية للحاكم دون مراعاة الصالح العام، من خلال إطلاق يد السلطة دون قيد أو رقيب، مع استعمال كل الوسائل لتحقيق أهدافها ومصالحها. أو

(1) سمير خيري توفيق، مبدأ سيادة القانون، دار الحرية، بغداد، 1978. ص 11.

على شكل دولة بوليسية⁽¹⁾ لا يخضع فيها الحاكم للقانون، وإنما يستبد ويتعسف في حق الأفراد، وبذلك فهو غير ملزم باحترام القانون.

ومادام أن التغيير أفرز لنا دولة تخضع للقانون، فهل تخضع الدولة للقانون كالأفراد أم أنها تستطيع مخالفة أحكام القانون⁽²⁾.

والاجابة على هذا السؤال تؤدي بنا إلى المشكلة الثانية وهي تلخص في من يملك حق الأمر والنهي أو السيادة أو السلطان، هل هو المجتمع السياسي أم الحاكم أم المحكومين؟. والإجابة، تتوقف على شكل المجتمع السياسي وما أصابه من تطور. ففي العصور القديمة اتخذ المجتمع السياسي صورة "المدينة السياسية" و "المملكة"، وفي العصور الوسطى "المملكة" وما تفرع عنها من ظهور "الإقطاع"، وفي العصر الحديث صورة "الدولة الحديثة".

ومن بيان تطور شكل المجتمع السياسي وصاحب حق الأمر والنهي فيه يتضح أنه حلت المشكلة الأولى، وبالتالي خضوع الدولة للقانون لا تثور بصفة جدية إلا في العصر الحديث، حيث سادت الديمقراطية السياسية، وبالذات في دولة القانون. أما فيما عداها من المجتمعات السياسية، سواء المدينة السياسية أو المملكة في العصور القديمة أو العصور الوسطى، أو الدولة البوليسية في العصر الحديث، فإن الدولة أعلى من القانون.

ويرجع ذلك إلى أن حق الأمر والنهي⁽³⁾ أو السيادة أو السلطان كان بصفة مبدئية في العصور القديمة والعصور الوسطى ملكا كان أو جماعة أو شريفا أما في العصر الحديث فهو للشعب دون الحاكم⁽⁴⁾. وهذا ما تم إيضاحه بمناسبة دراستنا لنظريات السيادة.

وهناك إتجاه يرى أن هذا الحق ليس مقرر للشعب ولا للحكام وإنما هو مقرر للدولة باعتبارها شخصا معنويا وأنه مجرد ضرورة قيام الدولة أو المجتمع السياسي .

(1) تعتبر الدولة البوليسية - خلافا للحكم الاستبدادي- هي التي تغطي حيزا واسعا للقانون باعتباره وسيلة بيد الإدارة تستعملها بحرية مطلقة قصد تحقيق انصياع الأفراد له، دون أن تخضع في ذلك لأية ضوابط وقواعد سامية كما بين ذلك الأستاذ الفرنسي Carre le Malberg بقوله " تتحقق الدولة البوليسية حين تكون السلطة الإدارية قادرة بطريقة تقديرية وحرية مطلقة على جعل المواطنين خاضعين للإجراءات التي تراها ضرورية لمواجهة الظروف وتحقيق الأهداف المتوخاة"، لذلك تنهض الدولة البوليسية وفق هذا المعنى على حسن فعل الأمير، حيث لا وجود لأي تقييد قانوني حقيقي لعمل السلطة، ولا حماية فعلية للمواطنين إزاء هذه الأخيرة، بيد أن دولة القانون -وهذا ما يميزها عن الدولة البوليسية- لا تعتبر القانون مجرد وسيلة عمل للدولة بل أداة لتقييد سلطتها، فهي بتعبير الأستاذ Carre le Malberg تحدف إلى حماية المواطنين والدفاع عنهم ضد تحكم واستبداد سلطات الدولة. / أنظر في هذا: د. سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة التاسعة، 2008. ص 40.

Carré De Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, op.cit, P. 488.

(2) Jean Raicin, Légalité et Nécessite, Thèse, Paris, 1933, p.19.

(3) وقد كان انتقال حق الأمر والنهي من الحاكم إلى المحكومين نتيجة صراع سياسي جبار ، وتنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم هو موضوع القانون العام بصفة عامة والقانون الدستوري بصفة خاصة.

(4) عبد الفتاح ساير، المرجع السابق، ص 06.

وعلى هذا الأساس، ومما توصلنا إليه في مفهوم دولة القانون، وجب علينا أن نلقي نظرة عن أساس خضوع الدولة للقانون، وذلك بالتعرض للنظريات التي تفسر خضوع الدولة للقانون.

الفرع الثاني

التطور التاريخي

لمبدأ خضوع الدولة للقانون

إن فكرة خضوع الدولة للقانون لم تأتي صدفة بل كانت نتيجة صراع طويل بين السلطة والحرية، وذلك عبر كل المراحل التي مرت بها البشرية بدءاً من العصور القديمة مروراً بالقرون الوسطى وصولاً إلى الوقت المعاصر⁽¹⁾.

أولاً: في العصور القديمة

لم تكن الجماعات البدائية القديمة تعرف التنظيم السياسي، ولئن كان لها رؤساء وقادة فإنهم كانوا يكتسبون سلطاناً شخصياً عرضياً أو عارضاً غير مستقر يزول بمجرد ظهور فرد آخر أكثر قوة أو يفوقهم ذكاء وخبرة، وعلى ذلك التنظيم السياسي لم يظهر إلا مع تحول القبائل الكبيرة من حياة الترحال والتنقل إلى الحياة المستقرة. وشيئاً فشيئاً ظهرت المدن والتجمعات الكبرى وفي هذه الفترة كان الحكام يعتبرون أنفسهم من طبيعة إلهية، فهم ليسوا ممثلين عن الإله فحسب بل هم الآلهة نفسها. وهو ما أصطلح عليه بمبدأ تأليه الحاكم، وقد قامت المدن القديمة في مصر وفارس والهند والصين على أساس هذه الفكرة⁽²⁾.

كما لم تعرف العصور القديمة فكرة إخضاع الحاكم لقواعد تسمو عليه، ففي القديم كان الحاكم يملك كل السلطات فهو الأمر والناهي، وبالتالي لم يكن من الممكن لأي بشر أن يناقشه⁽³⁾، فالحاكم كان مالكا للأرض ومن عليها من بشر وموارد، ويتصرف كما يشاء، ما أدى إلى قيام المدن القديمة عموماً على أساس هذه النظرية.

كما كان الملوك والأباطرة ينظر إليهم باعتبارهم آلهة، ومن الظواهر العامة للمدن القديمة، ظاهرة السلطان الكلي للدولة، فلقد كانت الدولة القديمة تتدخل في كل شيء وتنظم جميع الأمور، ولا تعترف للأفراد بأية حرية، فالأفراد ملك للجماعة يخضعون لتنظيمها الشامل خضوعاً مطلقاً⁽⁴⁾.

(1) غداوية رشيد، خضوع الدولة للقانون وتطبيقاته في النظام الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008، ص 70.

(2) منير حميد البياتي، المرجع السابق، ص 29.

(3) آيت شعلال نبيل، مقومات بناء دولة القانون، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2013، ص 12.

(4) منير حميد البياتي، نفس المرجع، ص 31.

وكان الإغريق أصحاب الفضل في بروز الديمقراطية الشكلية ودليل ذلك أنه كان حق المشاركة ممنوحا فقط للأقلية والمتمثلة في المواطنين الأحرار، دون باقي السكان في ممارسة الحكم ودون أن تعترف لهم بحقوق أو حريات فردية في مواجهة الجماعة، فكان بإمكان الحكام أن يسلبوا الأفراد أموالهم أو حرياتهم، دون أن يكون بإمكان هؤلاء الأفراد أن يحتجوا بحقوق مكتسبة أو حقوق مقدسة لا تمس.

فلم تكن للأفراد حرية التملك أو حرية شخصية أو حرية العقيدة، كذلك كان الشأن عند الرومان فهم وإن أقروا بحقوق الأفراد اتجاه بعضهم البعض، إنما لم يقروا بأي حق قبل الدولة أو في مواجهتها، أي لم تكن هناك معنى لخضوع الدولة للقانون⁽¹⁾.

ونظرا لذلك المنطق وتلك الفلسفة السائدة آنذاك فإن القانون كان حكرا على قلة من الزعماء والكهنة أو الأشراف، ما جعلهم يفسرونه لصالح طبقتهم وخدمة مصالحهم. وأمام هذه الوضعية رأت الشعوب ضرورة تدوين الأعراف والتقاليد الدينية والتي كانت سائدة آنذاك. فقامت مقاومات عنيفة ضد الحكام من أجل إقرارها وجعلها مقام التطبيق والاحترام لدى الطبقة الحاكمة، وذلك في نظرهم يحقق الحماية والأمن الضروريين، لأنهم كانوا يرون بأن القانون يشكل سدا منيعا في مواجهة الطبقة الحاكمة⁽²⁾.

كما عرفت المدن القديمة صورة بدائية تعبر عن معالم دولة القانون، ذلك أن تدوين تلك الأعراف والتقاليد جعلها بمثابة القانون، ومن أمثلة ذلك قانون حمورابي ملك البابليين سنة 17 قبل الميلاد، قانون دراكون 610 قبل الميلاد، قانون صولون 594 قبل الميلاد، قانون الألواح الإثني عشر 541 قبل الميلاد⁽³⁾.

وعلى ذلك تكون المدنيات القديمة قد جهلت جهلا تاما فكرة إخضاع الحاكم لقواعد قانونية تسمو عليه أو تحديد سلطانه بقيود، أي أنها جهلت فكرة دولة القانون، فإذا كان الحاكم يعد لها أو منفذا للمشيئة الإلهية وسلطاته مطلقة لا تعرف القيود وليس لبشر أن يناقشه، فهو يملك الأرض وما عليها من بشر ومال ويتصرف فيهما كيفما شاء، في الوقت الذي يحرم فيه المحكومين من أي حق في مواجهته، فلا مجال لأن يبرز في مثل هذا الجو مبدأ المشروعية أو تظهر فكرة الدولة القانونية⁽⁴⁾.

(1) آيت شعلال نبيل، المرجع السابق، ص 13.

(2) غداوية رشيد، المرجع السابق، ص 71.

(3) أنظر في هذا المعنى: غداوية رشيد، نفس المرجع، ص 71.

(4) منير حميد البياتي، المرجع السابق، ص 31-32.

ثانياً: في العصور الوسطى

بظهور المسيحية برزت بعض مظاهر الدولة، فطالبت بحرية العقيدة وكان هذا الأمر شيئاً جديداً مستقلاً عن الجماعة بوصفه إنساناً له الحرية في العقيدة، فهي بذلك ميزت بين الفرد بوصفه إنساناً، وبين الفرد بوصفه مواطناً، فتصرفات الإنسان داخل الجماعة أمر لا صلة للدولة به، وبذلك أخرجت المسيحية ذلك كله من سلطات الدولة وسيطرتها، وجعلت العقيدة أو حرية العقيدة أمراً خارجاً عن سلطانها وقانونها الوضعي، وهو أول قيد يعلو على السلطان الكلي والشمولي للدولة⁽¹⁾.

وعندما إنحارت الإمبراطورية الرومانية سنة 911، ظهر النظام الإقطاعي الذي رجع بالسلطة إلى الوراء، وصار أمراء الإقطاع بناء على ملكيتهم لأراضي المقاطعات هم أصحاب السلطة الوحيدون يملكون السلطة على الأرض، والسلطة الكاملة على من فيها من بشر⁽²⁾.

وبظهور الإسلام في الجزيرة العربية، عرفت البشرية في هذه الحقبة أول دولة قانونية، فالدولة الإسلامية أول دولة خضعت للقانون، دولة قائمة على دين متميز عن المسيحية في كونه لا يقتصر على تنظيم أمور الدين أي العلاقة بين العبد وربّه بل يمتد ليشمل تنظيم المعاملات فيما بين الأفراد، كما أقر حقوقاً وحرّيات للأفراد لا يجوز للدولة الاعتداء عليها.

وعليه كانت دولة الإسلام هي الدولة القانونية الأولى في التاريخ⁽³⁾، وكان لظهور الإسلام في القرن السابع ميلادي الأثر البالغ، حيث وحد البشرية وطهرها من بوائق الجاهلية، بما تضمنه من مبادئ أخلاقية سامية تعد أرقى ما عرفته الإنسانية، فانتشر الإسلام في ربوع الأرض وقامت بفضل مبادئه دولة إسلامية مترامية الأطراف تحقق العدل والمساواة⁽⁴⁾.

فالدولة في الإسلام هي وسيلة شرعية ومشروعة لتطبيق الشريعة وفرض النظام وسيادة العدل وتحقيق المساواة وتأمين نشر الدعوة والرسالة⁽⁵⁾، فهي أول دولة يخضع فيها الحاكم للقانون ويمارس سلطاته وفقاً لقواعد عليا تقيده ولا يستطيع الخروج عنها، فقد كان الخليفة مقيداً بأحكام القرآن والسنة واختصاصاته محدودة بما للأفراد من حقوق وحرّيات، نص عليها الإسلام ونظمها وقرر الضمانات التي تكفل حمايتها ضد اعتداء الحكام والمحكومين على السواء.

(1) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2009، ص 140،

(2) آيت شعلال نبيل، المرجع السابق، ص 13.

(3) سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، المرجع السابق، ص 114.

(4) آيت شعلال نبيل، نفس المرجع، ص 15.

(5) عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، د.ط، 2009، ص 51.

وعلى ذلك؛ فالإسلام قد عرف فكرة الحقوق الفردية المقدسة، التي تكون حواجز منيعة أمام سلطات الحاكم قبل أن تظهر على ألسنة فلاسفة العقد الاجتماعي بعشرة قرون، وذلك في القرن السادس عشر⁽¹⁾، وقد حدد الإسلام سلطات الخليفة الذي له دور تنفيذ الأحكام الشرعية بالمفهوم الواسع كما أن الخليفة له مسؤولية مزدوجة أمام الله وأمام الأمة بل يحق عزله، ومن كل ما تقدم يتبين لنا أن الدولة الإسلامية أقامت نظامها على أساس خضوع الحكام للقانون.

ثالثاً: في العصور الحديثة

مع مطلع القرن السابع عشر بدأت أول بوادر الثورة على الحكم الملكي المطلق، والذي ساد أوروبا طوال سنين عديدة وقد غذت هذه الثورة الجذرية التصور لمفهوم السلطة والعلاقة بين الحاكم والمحكوم، الدراسات والأفكار التي أطلقها الفلاسفة والمفكرين في ذلك العصر حيث ظهرت دعوة الفلاسفة Locke في إنجلترا وكذا Rousseau و Montesquieu في فرنسا من أجل زوال حكم الملكيات المطلقة⁽²⁾.

ما أدى إلى بروز معالم دولة القانون في العصور الحديثة بين القرنين السابع والثامن عشر، مع البحوث والدراسات العديدة حول السيادة والدولة والقانون، ويمكن اعتبار فقهاء مدرسة القانون الطبيعي وعلى رأسها Grunice هي التي دعت إلى مبادئ العدالة الطبيعية، وتمجد الحريات الفردية، وترى أن الشعب صاحب السيادة في الدولة.

وأخذت هذه الأفكار تنتشر بين الجماهير الشعبية، مما أدى إلى ظهور العديد من الاحتجاجات والثورات على الحكم المطلق ونادت بنظام حر يخضع الحاكم فيه للقانون، وينعم فيه الأفراد بحقوق وحريات لا تستطيع الدولة أن تمسها، ومن أهم هذه الثورات الثورة ضد "آل ستوارت" في إنجلترا، ثم حرب الاستقلال في أمريكا الشمالية وأخيراً الثورة الفرنسية التي لعبت دوراً هاماً في إشعال وإلهام العديد من المفكرين كل هذا نتج عنه العديد من الإيجابيات أهمها:

- تنظيم الرقابة القضائية (استقلالية القضاء) والخضوع له حكاماً أو محكومين، فلا تمييز بين الفئتين⁽³⁾.
- إقرار مبدأ الفصل بين السلطات لصيانة هذه الحقوق، حيث تراقب كل سلطة الأخرى وتحدها إذا خرجت عن حدود اختصاصاتها.

(1) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص 141.

(2) غداوية رشيد، المرجع السابق، ص 71.

(3) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص 141.

- إنتشار الأنظمة الديمقراطية، التي كانت فيها السيادة للجماعة وليست للحاكم مع الاعتراف بحقوق الأفراد وحررياتهم واعتبارها حقوقاً مقدسة لا يجوز المساس بها.

كما أن الدولة المعاصرة، لم تعد تلك الدولة الاستبدادية التي يختلط فيها القانون بإرادة الحاكم ومشيبته، دون أن تخضع هذه المشيئة لقيود محددة معلومة، إن الدولة المعاصرة دولة قانونية يحكمها مبدأ خضوع الحكام للقانون في كل ما يقوم بين الدولة والمحكومين من علاقات هذا من جانب، أو بينها وبين الوحدات الدولية الأخرى من جانب آخر⁽¹⁾.

الفرع الثالث

النظريات المفسرة

لخضوع الدولة للقانون

إن إخضاع الدولة للقانون يعني في الواقع إخضاع سلطاتها لأحكام القواعد القانونية، والسلطة تميل دائماً لأن تكون مطلقة، وهذا ما حذر منه Montesquieu إذ قال بأن السلطة مفسدة وأن السلطة المطلقة المفسدة مطلقة، والدولة في ممارسة سلطاتها تتمثل بأشخاص يكونون بالغالب مستأثرين بالسلطة، فالسلطة تعبت بالرؤوس كما تعبت بها الخمر، والدولة إذن يجب أن تخضع جميع تصرفاتها للقانون، ولكن لماذا تخضع الدولة للقانون وتحت أية أسس؟.

يتفق أغلبية فقهاء القانون والسياسة على ضرورة خضوع الدولة للقانون، ليتقيد به الحاكم مثلما يتقيد به المحكوم. إلا أن هذا الإتفاق يقابله خلاف في تفسير وتبرير هذا الخضوع. هذا الخلاف تحمله لنا عدة نظريات حاولت تفسير خضوع الدولة للقانون.

هذه النظريات مبنية إما على أساس مذهب القانون الطبيعي، الذي نتج عنه نظريتي القانون الطبيعي والحقوق الفردية، أو مبنية على أساس مذهب القانون الوضعي، الذي نتج عنه نظريتي التحديد الذاتي و التضامن الاجتماعي⁽²⁾.

(1) آيت شعلال نبيل، المرجع السابق، ص 21 .

(2) أنظر: عبد الله المرسي، سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية، المكتب المصري الحديث للطباعة، 1972، ص 240.

أولاً: مذهب القانون الطبيعي

1 - نظرية القانون الطبيعي

ترجع نظرية القانون الطبيعي إلى عهد اليونان عندما أعلن (Aristot) أن الطبيعة هي مصدر العدالة وتعبّر عن العدالة المطلقة، إذ يعتقد أنصار هذه النظرية بوجود قانونين هما القانون الوضعي والقانون الطبيعي، إذ يرون بأن هناك قواعد قانونية تعلق على قواعد القانون الوضعي وتسمو عليها مستمدة من الطبيعة، وهو سابق في وجوده على وجود الدولة، وصالح لكل زمان ومكان وعلى الدولة أن تتقيد به. وجميع سلطات الدولة الالتزام بهذه القواعد، وعلى المشرع الوضعي الرجوع إلى القانون الطبيعي ليضمنها فيما يشرعه من قوانين⁽¹⁾.

ومن أهم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية تمثلت في أنها تتسم بالغموض وصعوبة التحديد وقد يؤدي إلى إطلاق سلطات الدولة⁽²⁾، ولا تصلح لتبرير خضوع الدولة للقانون، فقواعد القانون الطبيعي لا تعد قيوداً قانونياً على إرادة الدولة، بل مجرد قيد أدبي أو سياسي قد تلتزم الدولة به أو لا فهي لا تتمتع بأي جزء مادي يضمن إتمامها⁽³⁾.

2 - نظرية الحقوق الفردية

أما نظرية الحقوق الفردية والتي هي من نتائج القانون الطبيعي الذي يعد مصدراً وأساساً لوجود الحقوق الفردية، فالفرد يتمتع بحقوق معينة، كان يتمتع بها في حياة العزلة الفطرية السابقة على الجماعة السياسية التي نشأت لحماية هذه الحقوق، وعلى الدولة أن تتقيد بهذه الحقوق، وتمتنع عن إهدارها أو إنتهاكها.

للأفراد حقوقاً طبيعية سابقة على وجود الدولة، وهدف الدخول في المجتمع المنظم هو من أجل إيجاد وسيلة تكفل حماية هذه الحقوق والحريات لذلك فهي ملزمة بحمايتها وعدم الإعتداء عليها.

تقوم نظرية الحقوق الفردية على تمجيد الفرد واعتباره أساس ومحور النظام السياسي. وبالتالي فالسلطة ما هي إلا أداة لخدمته وتحقيق وضمان حرياته. فالفرد بحقوقه وحرياته الطبيعية هو الغاية من كل نظام سياسي؛ لأن الحقوق أصلية وسابقة على الدولة⁽⁴⁾.

(1) سعد عصفور، القانون الدستوري، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1954، ص 243.

(2) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 74.

(3) محمد كامل ليلة، النظم السياسية - الدولة والحكومة -، المرجع السابق، ص 235.

(4) نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 174.

أما إذا أرادت الدولة أن تنظم الفرد وتحد من حرياته فيجب ألا تتوسع في ذلك، وإلا فقدت مبررات وجودها وهي حماية الفرد والحفاظ على حرياته. لقد وجدت هذه النظرية صدى واسعا لدى كل من رجال الثورة الأمريكية والفرنسية فضمنوها إعلاناتهم⁽¹⁾.

لاقت هذه النظرية كسابقتها انتقادات متعددة من جانب من الفقه وأهم هذه الانتقادات:

- إنكار وجود حقوق طبيعية للإنسان لسبب بسيط هو أن الإنسان لم يعيش قط في معزل، وإنما كان يوجد دائما وسط الجماعة ولم تنشأ أية حقوق قبل نشأة الجماعة، ولا يصح القول بأنه كانت توجد حقوق طبيعة للفرد سابقة على انضمامه إلى الجماعة السياسية المنظمة، فالأفراد يستمدون حقوقهم من تضامنهم الاجتماعي، ولو كان الإنسان افتراضا كان يعيش في حالة عزلة وانفراد، فلا يتصور أن يكون له حقوق معينة لأن الحق إنما ينشأ في مواجهة الأفراد الآخرين.

- أن هذه النظرية تعتبر حقوق الأفراد قيادا على الدولة وفي نفس الوقت تعترف بأنها هي التي تحدد مضمونها بمحض إرادتها⁽²⁾.

- عجزت هذه النظرية عن حماية حقوق الأفراد، وذلك لاصطدام الحرية الاقتصادية وما رتبته من احتكارات اقتصادية مع المساواة القانونية التي تبنتها هذه النظرية⁽³⁾.

- قامت هذه النظرية على أساس وتصورات خيالية بعيدة عن الواقع، خاصة ما ينبني منها على نظريات العقد الاجتماعي بعد أن تعرضت هي أيضا لانتقادات متعددة⁽⁴⁾.

- لا يمكن الإستناد إلى هذه النظرية من وجهة نظر منتقديها- كأساس للحد من سلطان الدولة وخضوعها للقانون، لأن الدولة ذاتها هي التي تتولى تحديد هذه الحقوق، فكيف ستقوم بتقييد سلطاتها بنفسها؟⁽⁵⁾، ومن جهة

(1) لقد تضمنها إعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية الصادر في عام 1776 عقب مؤتمر فيلادلفيا، ثم صيغت في دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1778. فلقد تقرر في الإعلان أن " من الحقائق الثابتة أن كل الناس خلقوا متساوين، لهم منذ ميلادهم حقوق لا تسلب مثل الحق في الحياة، والحق في أن يكونوا أحرارا. والحق في التطلع إلى السيادة، ولم توجد الحكومات إلا لضمان ممارسة هذه الحقوق"، أما الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان الصادر عام 1789، فقد ردد نفس المعنى ليؤكد أن هدف النظام السياسي هو المحافظة على حقوق الأفراد الطبيعية والثابتة فالدولة لا تخلق الحقوق الفردية لأنها حقوق طبيعية، ولصيقة بالفرد بحكم آدميته، وقيام الجماعة السياسية كان فقط لحماية تلك الحقوق والمحافظة عليها. لقد جاء في المادة الأولى من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان بأن " الأفراد يولدون متساوين في الحقوق"، وفي المادة الثانية أن "هدف كل جماعة سياسية هو صون حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم، وهي الحرية، والملكية، ومقاومة الإضطهاد". / أنظر: عبد الحميد متولي، الإسلام ومبادئ نظام الحكم في الماركسية والديمقراطيات الغربية، المرجع السابق، ص 93.

(2) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 73.

(3) الدكتور رمزي طه الشاعر: الأيديولوجية وأثرها في الأنظمة السياسية المعاصرة، المرجع السابق، ص 46.

(4) أنظر: الدكتور ثروت الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، 1966، ص 383.

(5) ثروت بدوي، أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 182.

أخرى فيما يرتب من علاقات بين الأفراد والمجتمع حدود مبدأ الديمقراطية، وذلك لما ترتبه نظرية الحقوق الفردية من سلطان مطلق للفرد يتناقض مع أبسط قواعد الديمقراطية⁽¹⁾.

لقد أدى الدور السلبي الذي فرضته هذه النظرية على الدولة وتحديد وظيفتها إلى الحيلولة دون التطور العام، وذلك بعد ثبوت قصور قدرة (الفرد) في الإضطلاع بكافة المسؤوليات التي تعتبر مرورية وهامة لتقدم المجتمع وتطوره.

ثانياً: مذهب القانون الوضعي

1 - نظرية التحديد الذاتي

وعند البحث في أساس خضوع الدولة للقانون في ميادين المذهب الوضعي فإننا سنبحث نظرية التحديد الذاتي والتي قال بها الفقه الألماني وعلى رأسهم Jellinek و Lhering و Hegel، ومفادها أن الدولة ذات السيادة لا يمكن أن تخضع لإرادة أعلى من إرادتها، لأنها تفقد بذلك اعتبارها وكيانها وسيادتها، ولا تخضع لأي قيد من القيود إلا إذا كان ناشئاً عن إرادتها الذاتية⁽²⁾، فالقانون من صنع الدولة وهي تلتزم به كما يلتزم به الأفراد، وهذا الأمر لا يتناقض مع فكرة سيادة الدولة.

وتبرر نظرية التحديد الذاتي⁽³⁾ هذا المسلك بقولها أنه ما دامت الدولة صاحبة السيادة، فإنه لا يتعارض مع تقرير هذه السيادة وجوب خضوع الدولة للقانون مادام القانون من صنعها. فسيادة الدولة لا تعني أن يكون سلطان الدولة مطلقاً، وإنما يمكن أن يحدد ولكن بمحض إرادتها⁽⁴⁾.

يقول جلينك Jellinek بأنه ما لم تخضع الدولة للقانون الذي صنعه، فإن ما يعد قانوناً ملزماً للأفراد لن يكون قانوناً بالنسبة للدولة. وهذا بطبيعة الحال غير ممكن، لأن القاعدة إما أن تكون قانونية ملزمة للجميع أو غير قانونية، إلا إذا أقيمت السلطة على أساس ديني⁽⁵⁾.

(1) أنظر: د. ثروت الاسيوطي، نفس المرجع، ص 383.

(2) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 221.

(3) لقد جاءت نظرية التحديد الذاتي لتبرير كثير من تصرفات الحكومة والتي خرجت بمقتضاها عن حدود مبادئ الشرعية التي تقيد به الفقه الفرنسي ورفض مرارا تجاوزها بحجة الضرورة، ثم يبرر الفقه الألماني هذا الاتجاه بالقول بأن " القانون ليس في حد ذاته غاية. وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية، وهي ضمان أمن الدولة والمحافظة على بقائها، وبغير ذلك تحل الفوضى وتعرض الدولة للاختيار. / أنظر الدكتور طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 46.

(4) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 221.

(5) د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، المرجع السابق، ص 97.

ولا يخل بمبدأ خضوع الدولة للقانون قدرة الدولة على إلغاء هذا القانون في أى وقت، فالمقصود هو التزام الدولة باحترام القانون طالما استمر قائما ومطبقا، فإن هي ألغته وجب عليها أن تسن قانونا آخر محله وتقيده به. وهذا كما ذكرنا لا يتنافى مع سيادتها؛ لأنه لا يأتيها من سلطة أعلى منها أو غريبة عنها⁽¹⁾.

وكذلك الحال في ميدان القانون الدولي العام، فالدولة بإمكانها تقييد إرادتها فيما تنشئه من علاقات مع الدول الأخرى، لأن الدولة التي تعيش في المجتمع الدولي تتقيد بالقانون الدولي بإرادتها دون أن تخضع لأية سلطة أخرى سوى إرادتها.

فإلتزام الدولة بقواعد القانون الدولي يرجع في النهاية إلى تقييد هذه الدولة بمحض إرادتها فقط وهي بذلك تحدد سيادتها بنفسها ابتغاء مصلحة أعلى، فالدولة هي من تنشأ القواعد القانونية بالاتفاق مع الدول الأخرى وهي لا تلتزم بها إلا بعد التعبير عن رضاها بشكل قانوني (التصديق)، من ثم هي التي تصدر التشريعات الوطنية التي تطبق من خلالها التزاماتها الدولية⁽²⁾.

يقول أصحاب هذه النظرية بأن القانون من وضع الدولة ولكن الدولة مع ذلك تلتزم به على أساس التحديد الذاتي، والقانون ليس غاية في حد ذاته بل وسيلة لتحقيق عدة أهداف منها حفظ الجماعة وضمان تقدمها ولا يعقل أن تعمل الدولة على تهديم أمنها بنفسها فتتحرف عن القانون الذي وضعت.

لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات حيث تعرضت لإنتقادات متعددة، أهمها تلك التي وجهها لها الأستاذ Michiud، والأستاذ Le Fur من ناحية، وتلك التي أوردها العميد Duguit من ناحية أخرى. لقد انتقد الأستاذان نظرية التحديد الذاتي لربط القانون بالدولة وقالوا أن فكرة القانون منفصلة عن فكرة الدولة لأن القانون سابق على الدولة، لذلك لا يصح بأن الدولة هي التي تصنع القانون ثم تتقيد به، ويبدو أن إعتراض الأستاذين السابقين ضعيف؛ لأنه يقوم أساسا على فكرة القانون الطبيعي الذي تعرض بنفسه للنقد.

أما العميد Duguit فكان من أكثر المتحمسين لنقدها. وهو يقوم بذلك إنما يفضح مواضع الضعف فيها فالدولة تتقيد بالقانون، والقانون هو من خلقها. فكيف لها أن تقيد نفسها بهذا القانون وهي تستطيع أن تسنه وتعده وتلغيه⁽³⁾. لذلك فالقيود الذي يترك أمره بيد الشخص المراد تقييده لا يمكن أن يعتبر قيودا حقيقيا، كما أن

(1) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، نفس المرجع، ص 221.

(2) وأطلق الفقهاء على هذه النظرية نظرية التحديد الذاتي التي في إطارها توجد حقوق رئيسة للدول مثل حق حفظ الذات حق الاستقلال وحق اللجوء إلى الحرب وحق المساعدة الذاتية ونحوها، إذ تشكل هذه الحقوق استنشاء على التزام الدولة بقواعد القانون الدولي ولا يؤخذ بأي قاعدة تعارض هذه الحقوق التي تعود إلى حق السيادة المطلقة.

(3) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 74

السجن الذي يترك مفتاحه بيد السجين لا يعتبر سجنا. ولا يعد باي حال من الأحوال قيادا حقيقيا يتقبله العقل والمنطق⁽¹⁾.

إنه وبرغم الإنتقادات السابقة، فإن هذه النظرية تتميز عن غيرها من النظريات بالواقعية حيناً، والمنطق حيناً آخر. فهي وإن لم تكن كافية لحل مشكلة تحديد سلطان الدولة، إلا أنها ساهمت بنصيب لا يمكن إنكاره في تدبير وتفسير خضوع الدولة للقانون⁽²⁾.

2- نظرية التضامن الاجتماعي

تنسب نظرية التضامن الاجتماعي إلى الفقيه الفرنسي العميد Duguit الذي كان له الفضل في إرساء أسسها وشرح مضمونها فيما يتعلق بأصل نشأة الدولة ووظيفتها وتحديد سلطاتها. لقد عبر⁽³⁾ من خلال نظريته في التضامن الاجتماعي عن مدى قوة الروابط الاجتماعية التي تربط الفرد بغيره من الأفراد والتي تدفعه وباستمرار إلى الشعور بالحاجة إلى العيش مع الجماعة وصعوبة استقلاليته عنها⁽⁴⁾.

لقد أجمع مؤسسوها على أن المجتمع الإنساني قد نشأ تلقائياً كحقيقة إجتماعية وكظاهرة طبيعية، لأن الإنسان لا يستطيع العيش إلا ضمن جماعة، ومع ذلك يتميز بذاته مستقلة، ولا يستطيع إشباع حاجاته إلا إذا عاش في جماعة وتعاون معهم، وهذا التعاون يسميه Duguit بالتضامن الاجتماعي⁽⁵⁾. وهو دعامة الحياة الاجتماعية، لذلك على الأفراد أن يعملوا كل ما في وسعهم من أجل تطوير التضامن الاجتماعي، ويجب أن يكون هدف الدولة وهي تضع القانون، ولا يكون قانونها شرعياً إلا إذا كان يهدف إلى تعميق هذا الفرض.

(1) لأكثر توضيح أنظر: د. إبراهيم شيحا، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 105.

(2) د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 430.

(3) أنكر العميد Duguit الشخصية المعنوية للدولة وفكرة السيادة؛ لأنه من حيث الأساس يرى أن الدولة ليست سوى ظاهرة اجتماعية تحكمها فكرة الاختلاف السياسي *Politique Différenciation* بين الحاكم والمحكوم بعد أن سيطر الأول على وسائل القهر المادي التي مكنته من فرض إرادته على الثاني في النهاية، حيث بين Duguit في نظريته الوسائل التي بموجبها يتم التضامن بين الأفراد، وهي التضامن بالتشابه، والتضامن بتقسيم العمل، أما التضامن بالتشابه، فيترتب نتيجة وجود حاجات ورغبات مشتركة بين الأفراد الأمر الذي يدفعهم للتكتل والتعاون من أجل بلوغ الهدف العام وهو توفير هذه الحاجات والرغبات العامة. أما التضامن بتقسيم العمل، فبسببه تباين واختلاف الأفراد في مدى حاجتهم لنوع معين من الخدمات سواء المادية أم المعنوية. وبالتالي فلا داعي لتكريس كل الجهود من أجل تحقيق هذه الرغبات، بل يكفي أن تخصص كل مجموعة في أداء مهمة من مهمات هذه الجماعة، فتتحقق المنفعة العامة

(4) Carré de Malberg et Raymond, Contribution a La Théorie Générale de L'Etat, T.1, Ed. CNRS, L.S, P.165.

(5) وهكذا فالتضامن بين الجماعة قد يتخذ التكتل العام وتعاون المجموع لسد الحاجات المتماثلة، وقد يتم عن تقسيم العمل بين الافراد حسب حاجة وإجادة كل مجموعة من أفراد هذه الجماعة. وللتضامن الاجتماعي مظهران .

- تضامن بالتشابه: أي أن للأفراد حاجات مشتركة لا يمكن إشباعها إلا بالتعاون .

- تضامن بتقسيم العمل: ومعناه أن هنالك تفاوت بين الأفراد في المقدرة والرغبات والحاجيات. ولا يمكن إشباع حاجاتهم إلا بتخصص كل فرد أو مجموعة بعمل معين. والتضامن الاجتماعي يعتبر قيادا خارجيا على مجموع تصرفات الدولة فإذا انحرفت عنه كان الجزاء اجتماعيا. / أنظر: د.محمد كامل ليلة، النظم السياسية، نفس المرجع، ص 433.

إن السبب الحقيقي لخضوع الدولة للقانون حسب Duguit هو التضامن الإجتماعي، فقد وقف موقفاً وسطاً بين مذهب القانون الطبيعي والوضعي، وبعد ملاحظته الإنتقادات الموجهة للنظريات الثلاثة السابقة، قدم نظريته المعروفة بإسم " نظرية التضامن الإجتماعي".

فهو يرى أن الإنسان عنده شعور بالعدل والظلم أفرزه الوسط الإجتماعي الذي يعيشه بشكل عفوي، وهذا الشعور يولد فكرة وجود القانون وكيف يجب أن يكون، هذه الفكرة تترجم مباشرة من خلال أخلاق وعادات تتشكل⁽¹⁾.

وأن الحكام لا يملكون حق التشريع بأنفسهم، فالقانون لا يؤسس على إرادة الحكام ولا يكون لإرادتهم أي شأن في صنعه، فسبب الإلزام هو حاجته كضرورة من ضرورات التضامن الاجتماعي والعدالة، فالقواعد القانونية تنشأ بمجرد أن يستقر في ضمير الجماعة ضرورة وجودها، والقانون يعد مصدره خارج عن إرادة الدولة⁽²⁾.

وبرغم الأهمية التي يعطيها العميد Duguit لفكرة الاختلاف السياسي بين الحاكم والمحكوم في تعريفه للدولة، إلا أنه يؤكد وباستمرار مظهر الانفصال بين القانون و سلطان الحاكم. فالقاعدة لا تكتسب الصفة الملزمة لأنها صادرة بواسطة سلطة عامة، ولكن بسبب اتفاقها مع مستلزمات التضامن الاجتماعي والإحساس العام بعدالتها⁽³⁾. إن ثبات القاعدة القانونية عند Duguit لا يمنع تعديلها إذا اقتضى ذلك إحساس الجماعة بضرورة إعادة النظر فيها، وذلك لتنوع البيئات والأجيال. وهي بهذا المفهوم تختلف عن قواعد القانون الطبيعي التي وصفت بالمثالية والأزلية⁽⁴⁾.

ولم تنجح هذه النظرية هي الأخرى من النقد الشديد، الذي أصاب أساس النظرية في جوهرها فهي في نظر البعض تنكر حق الدولة في منح الصفة الوضعية للقاعدة القانونية، فطبقاً لما قاله Duguit القاعدة القانونية تكتسب الصفة الوضعية بمجرد قبول الأفراد لها، ورسوخها في ضميرهم، هذا التصور غير دقيق لأنه لا يتصور اكتساب القاعدة القانونية الزاميتها إلا بتدخل السلطة، لأنه كما يقول Hauriou لا حكم للقانون في أي مكان بغير سلطة تحميه⁽⁵⁾.

(1) أسماها الفقيه الفرنسي Burdeau بالقانون الوضعي ليميزها عن القانون الطبيعي.

(2) محمد كامل ليلة، محمد كامل ليلة، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 251.

(3) الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 215.

(4) هكذا فإن تأكيد العميد Duguit على مبدأ الانفصال بين القاعدة القانونية وبين الدولة، واهتمامه بإحساس وضمير الجماعة، وقدرته على توجيه هذه القاعدة، هو فقط الذي يفسر تقييد الدولة وعدم انحرافها.

(5) الدكتور إبراهيم شيحا، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 106.

ومن هنا نستطيع أن نميز بين مضمون القاعدة القانونية التي تركز على الضمير الإنساني وشعور الجماعة بضرورتها، وبين قوتها القانونية المترتبة على أفرادها من السلطة القائمة على صياغتها وسنها فيلتزمون بها وإلا تعرضوا للجزاء أي بين المصدر الرسمي القانوني للقاعدة وبين المصدر الاجتماعي المادي والمعنوي لها⁽¹⁾.

كما انتقد إدعاء النظرية بأن القاعدة القانونية تكتسب الصفة القانونية دون أن يكون لها جزء، إكتفاء بشعور الإستهجان من جانب الأفراد عند مخالفتها، فهذه النظرية تنتهي إلى أن الحكم على تصرفات الحكام يكون بالشعور الذي يتولد في ضمير الجماعة، ورد الفعل الذي يتولد عنه، وليس إلى نظام قانوني محدد، وبديهي بأن هذا القيد لا يدخل في نطاق القانون بل يدخل في دائرة الأخلاق⁽²⁾.

وهذا الأمر له نتيجة خطيرة على المجتمع إذ توقعنا أن يتحول كل مواطن إلى قاض للحكم على تصرفات الدولة لأن الحكم على تصرفات هذه الأخيرة جعلت هذه النظرية رهنا بالشعور العابر للجماعة، وهذا الأمر يتنافى مع المنطق القانوني السليم الذي لا يتصور إعطاء الصفة القانونية الإلزامية للقاعدة دون ترتب جزء لضمان احترامها. وهذا الجزء لا بد من سلطة تحميه أو تضمنه، وبالتالي فإن الأساس الذي قال به Duguit لا يعدو أن يكون سوى مجرد قيد أخلاقي على الدولة، قد تلتزم به أو لا تلتزم به.

ويؤخذ على هذه النظرية أيضا أن الأساس الذي تقدمه للقانون غامض وناقص إذ لا يمكن أن يكون أساس القانون في الحدث الاجتماعي وضرورة المحافظة على حياة الجماعة وبقائها، لأن الجماعة الإنسانية سبقت القانون في الوجود، لذا قد تصلح نظرية Duguit لتبرير وجود القانون، لكنها لا تصلح لتفسير أساسه الملزم⁽³⁾.

- أن هنالك حقيقة التنازع والتنافس بين الأفراد وليس التعاون فقط.

- أن الجزء على أساس رد الفعل يعني الحكم على تصرفات الحاكم بناء على شعور الأفراد وليس بناء على نظام قانوني⁽⁴⁾.

(1) راجع: الدكتور يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، المرجع السابق، ص 103.

(2) عبد الغني بسويوني عبد الله، النظم السياسية وأسس التنظيم السياسي، الدار الجامعية، بيروت، 1984. ص 172.

(3) عبد العزيز رمضان علي الخطايب، المرجع السابق، ص 37.

(4) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 75.

المطلب الثاني

ربط الحقوق والحريات

بدولة القانون

إن نظام دولة القانون يهدف إلى حماية الأفراد من تعسف السلطات العامة وإعتدائها على حقوقهم فهو يفترض وجود حقوق للأفراد في مواجهة الدولة، وطالما أن هذه الحقوق سابقة في وجودها على وجود الدولة، فهي بالتالي تعتبر مقيدة للدولة، وحاجزة لها وعائقة وحامية لاستقلال الشخصية وما هدف وجود الدولة إلا حماية هذه الحقوق وصيانتها ومنع التعارض بينها، وذلك بتنظيم طريقة ممارستها بواسطة القوانين بصورة تكفل للجميع ممارسة حرياتهم. لذا عرفت المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي لسنة 1789 الحرية بأنها "حق الفرد في أن يفعل كل ما لا يضر بالآخرين".

لأن الدولة ما وجدت إلا لضمان تمتع الأفراد بحرياتهم العامة وحقوقهم الفردية، كما يفترض وجود دولة القانون حماية الأفراد من تعسف السلطة وكفالة مبدأ تمتع الأفراد بحرياتهم العامة وحقوقهم الفردية، ويختلف مضمون هذه الحقوق حسب النمط السياسي المتبع، والتطور التاريخي للدولة⁽¹⁾.

يقع أيضا على الدولة القانونية واجب ضمان الحقوق والحريات الفردية، فإخضاع الدولة للقانون هو بغية تأمين الحماية ضد تعسف السلطات العامة وخصوصا التنفيذية منها، كما أن أغلب الدساتير الحديثة تنص على كفالة الدولة للحقوق والحريات والتي تشكل قيادا على سلطاتها، ولم تعد الدول تقف موقفا سلبيا تجاهها كما نادى أصحاب المذهب الفردي، وإنما تتدخل إيجابيا لكفالتها وضمان ممارستها، فالدول الآن ملزمة بالعمل على كفالة وتنمية الحقوق والحريات التي نصت عليها المعاهدات الدولية⁽²⁾.

فضلا على أن مقتضيات ترسيخ الديمقراطية، تفرض أن ينصب إهتمام النص الدستوري، على حماية حقوق المواطنين، لا على وضعية الحكام وصلاحياتهم، وعلى هذا النحو تراجع المفهوم التقليدي للدستور باعتباره نصا لتحديد العلاقات بين مؤسسات الدولة، ليصبح نصا لتحديد العلاقة بين المواطنين والدولة، وميثاقا للحقوق والحريات، وبذلك حدث تغيير نوعي في مفهوم الدستور ومضمونه.

وعلى هذا الأساس ومما تقتضيه منهجية بحثنا هذا من دراسة المتغيرات الأساسية للبحث، دولة القانون، الدستور، الحقوق والحريات، سوف نبحث في الجزء الموالي نشأة هذه الحقوق والحريات وتطور مفهومها ولو بإيجاز،

(1) منير حميد البياتي، النظام السياسي الاسلامي مقارنة بالدولة القانونية، المرجع السابق، ص 105.

(2) أنظر: عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 179.

حتى تتمكن من فهم طبيعة العلاقة الموجودة بينها وبين فكرة دولة القانون من جهة ومن جهة أخرى علاقتها بدستور الدولة.

الفرع الأول

نفاة الحقوق والحريات

وتطور مفهومهما

إن فكرة الحقوق والحريات ليست وليدة العصر الحاضر، إنما هي قديمة قدم الإنسانية، وتشكل جزءاً لا يتجزأ من تاريخها الذي يعتبر حلقات موصولة يكمل بعضها بعضاً، فلما كان الماضي وسيلة لفهم الحاضر، والحاضر يعيش فيه الماضي، وبالتالي كليهما يساهم في رسم ملامح المستقبل.

ومن المفيد في كل علم أن نعرف تاريخه، ونلم بمراحل تطوره، فإن أهمية هذه المعرفة تبدو بصورة خاصة لموضوع الحقوق والحريات؛ ذلك لأنها وجدت منذ أن وجدت المجتمعات البشرية، وتطورت بتطورها، حيث شهدت العصور القديمة أهم الحضارات التي كان لها دورا بارزا في تطور فكرة الحقوق والحريات ومن هذه الحضارات:

- الإمبراطوريات الشرقية⁽¹⁾.

- الحضارة اليونانية⁽²⁾.

- الحضارة الرومانية وظهور المسيحية⁽³⁾.

وكذا العصور الوسطى⁽⁴⁾، والتي ضمت في طياتها:

- الحضارة الأوروبية.

- الحضارة الإسلامية.

⁽¹⁾ للإطلاع على الحقوق والحريات في الإمبراطوريات الشرقية أنظر: محمد صلاح السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 93 وما يليها. / رفعت صبري البياتي، حقوق الانسان في دساتير العالم العربي، دار الفرابي، ط1، بيروت، 2013، ص 24.

⁽²⁾ للإطلاع على الحقوق والحريات في الحضارة اليونانية أنظر: هاني الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 42 وما يليها. / عبد الرحمن أبو النصر، قانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، طلا، مكتبة القدس، غزة، 2012.

⁽³⁾ للإطلاع على الحقوق والحريات في الحضارة الرومانية والمسيحية أنظر: حمدي عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي، دار الفكر العربي، 2010، ص.ص 69-70. / علي يوسف الشكري، حقوق الانسان بين النص والتطبيق، دار صفاء للنشر والتوزيع، ط01، عمان، 2011، ص 36.

⁽⁴⁾ للإطلاع على الحقوق والحريات في العصور الوسطى أنظر: عبد الكريم فتحى، الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ط02، مكتبة وهبة، القاهرة، 1984، ص 300.

مما أفرز مدلولاً جديداً وبدت بوادر نظام الحقوق والحريات تظهر، لكن هذه المنظومة لم تنشأ كاملة، وإنما نشأت بتطور مستمر فقد كان مدلول الحقوق والحريات الفردية التقليدي يجعل من تلك الحقوق والحريات حواجز منيعة أمام سلطان الدولة، إلا أن التطور الذي طرأ على الحقوق والحريات جعل لها مدلولاً جديداً بظهور حقوق فردية جديدة، كالحقوق الاقتصادية مثلاً، تفرض على الدولة التدخل من أجل تحقيق مستوى مادي معين للأفراد يسمح لهم بممارسة حرياتهم الأخرى التقليدية⁽¹⁾.

وكان لعصر النهضة⁽²⁾ أثر واضح وبدت سمات فكرة الحقوق والحريات تنضج. مما أدى إلى إنعكاس كل ذلك على الحقوق والحريات.

فالقيمة التاريخية لمفهوم الحقوق والحريات لها أهميتها في رسم عملية التغيير الذي حدثت في الفكر وما ترتب عليه من قيام الشعوب بالثورات الشعبية في مواجهة استبداد الحكام؛ للمطالبة بحقوقهم وضمان تطبيق هذه الحقوق بصورة عملية على أرض الواقع.

كما كان لظهور الدولة وتطورها سبباً جوهرياً في إهتمام الفكر الفلسفي عبر العصور المختلفة بموضوع الحقوق والحريات، مما دفع الفلاسفة والمفكرين إلى التأمل في العلاقة بين الدولة والفرد⁽³⁾.

مما أدى إلى ترجمة فكرة الحقوق والحريات التي حصلت عليها الشعوب نتيجة الكفاح المرير على مر العصور في مواجهة استبداد الحكام للمطالبة بحقوقها وحرياتها الأساسية، والإعتراف بشخصية الفرد وكرامته.

ومن أبرز المبادرات القديمة لحماية الحقوق والحريات، والتي تعرض أهم الوثائق التاريخية كانت في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا تمثلت في إعلانات⁽⁴⁾ الحقوق ومنها على الخصوص:

- إعلانات الحقوق الإنجليزية.

- إعلانات الحقوق الأمريكية.

- إعلانات الحقوق في فرنسا.

(1) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري الجزء الأول، المرجع السابق، ص150. / غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011. ص 46.

(2) للإطلاع على الحقوق والحريات في عصر النهضة أنظر: عبد الواحد الفار، قانون حقوق الانسان في الفكر الوضعي والشرعية الاسلامية، دار النهضة العربية القاهرة، 1991، ص.ص27-28. / محمد المجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ص.ص22-24. / عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام دار الفكر العربي 1974، ص.ص16-17.

(3) السيد عبد الحميد فودة، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 17.

(4) للإطلاع على إعلانات الحقوق الإنجليزية، الأمريكية والفرنسية أنظر: مها يمجت يونس، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في دستور جمهورية العراق، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الأول، 2009، ص 123. / شرعة فرجينيا 1776م، ووثيقة إعلان الاستقلال 1776. / إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789. / مشروع جبروندا 1793. / إعلان مونتبارد 1793. / إعلان الحقوق والواجبات 1795. / وثيقة المطالبة بالحقوق عن طريق التظلم 1628. / وثيقة إعلان الحقوق 1689.

وكذا المبادرات الحديثة التي شملت المواثيق الدولية والمواثيق الإقليمية والتي شملت:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948.
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966.
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام 1966.
- الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لعام 1950.
- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب عام 1981.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان عام 1994.

وعند محاولتنا البحث في مفهوم هذه الحقوق، وجدنا أن الفقه إنقسم في تعريف الحق⁽¹⁾ إلى عدة مذاهب، أما أنصار المذهب الشخصي، فقالوا بأنه "قدرة إرادية لصاحب الحق"، أي قدرة الإرادة على أعمال معينة أو أنه "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون شخصا معيناً ويرسم حدودها".

بينما يذهب أنصار المذهب الموضوعي إلى اعتباره "مصلحة مشروعة يحميها القانون" أو أنه "مصلحة يحميها القانون"، وهذه المصلحة إما أن تكون مصلحة مادية مثل حق الملكية، حق العمل أو أن تكون مصلحة معنوية كالحقوق الشخصية⁽²⁾. وهي الحقوق المتعلقة بشخص الانسان مثل الحق في الحياة، الحق في حرية عقيدته، الحق في السكن... الخ.

ونظرا للانتقادات الموجهة لكلا التعريفين، إتجه البعض إلى الجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة في تعريف الحق، وهو المذهب المختلط، والذي عرفه بأنه "قدرة إرادية مسخرة لمصلحة معينة"، أو هو "مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية يعترف بها لشخص معين، هذا ولا يشترط لوجود الحق أن تكون المصلحة والإرادة لنفس الشخص"⁽³⁾، وعلى أساس أن هذا المفهوم لم يسلم أيضا من الانتقاد، ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف الحق بأنه "ما ثبت على وجه الاختصاص وقرر به الشارع سلطة أو تكليفا تحقيقا لمصلحة معينة"⁽⁴⁾.

(1) الحق في اللغة هو: الثابت بلا شك وهو نقيض الباطل وجمعه حقوق وحقق، ويطلق على الصدق: حققت قوله، وظنه تحقيقا، ويطلق أيضا على الواجب فيقال بحق الشيء بحق أي وجب./ راجع: الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة الأموية، بيروت، 1978، ص 346.

(2) أنظر: سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الانسان وحرياته، مطابع شتات مصر، 2011، ص 46.

(3) راجع: محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون، ط6، بدون دار نشر، القاهرة، 2008، ص 418 وما بعدها./ داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 14.

Jean Rivero, Les Libertés Publiques, Presses Universitaires de France, Paris, 1973, p. 15.

(4) هاني علي الطهراوي، القانون الإداري الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998، ص 26.

ويؤخذ على التعريفات السابقة للحق غياب عنصر الاستثارة، لذلك درج غالبية الفقه على تعريف الحق بأنه "رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثارة؛ التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"⁽¹⁾.

أما الحرية⁽²⁾ فقد تعددت وتباينت تعريفاتها عند الفقهاء، حيث عرفت بأنها "مجموعة الحقوق المعترف بها والتي اعتبرت أساسية في مستوى حضاري معين، وبالتالي يجب أن تتمتع بحماية قانونية خاصة تكفلها الدولة، من خلال عدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها"⁽³⁾، بينما ذهب جانب آخر من الفقه وعرفها بأنها "حق مقرر لكل أفراد المجتمع، فهي حق عام أو مركز قانوني عام، وبالتالي هي حق مشترك بين أفراد المجتمع السياسي"⁽⁴⁾.

فالحرية قوامها القدرة على عمل كل شيء لا يضر بالآخرين، ولا تحد ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان إلا بالحقوق التي تؤمن للأعضاء الآخرين في المجتمع، ولا يجوز أن تحدد هذه الحدود إلا بقانون⁽⁵⁾. لأن الحرية ضرورية وأساسية في المجتمعات المعاصرة مهما كانت المسميات التي أطلقت عليها، فهي في مضمونها تشكل أحد العناصر الأساسية اللازمة للفرد، وهي جزء أصيل من حياة الإنسان ومن أجلها نحيا⁽⁶⁾.

أما فيما يخص طبيعة العلاقة التي تربط الحقوق بالحرية، فقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة هذه العلاقة بين الحق والحرية، فذهب البعض إلى أن الحرية تعتبر أصل جميع الحقوق، وأنها السبب الرئيسي في نشأة الأنظمة المتعلقة بها، كما أنها أسبق من الحقوق من حيث النشأة، مما يجعل للحرية مضمونا أوسع وأشمل⁽⁷⁾، ولها جانب إيجابي وآخر سلبي في وقت واحد، أي أن الفرد يتمتع بإمكانية القيام بالفعل أو عدم القيام به في نفس الوقت بدون الإضرار بالآخرين.

كما يرى جانب من الفقه المعاصر وجود فرق بين الحق والحرية في المفهوم، ينعكس على مدى التصرف في كل منها، فجوهر الحق عندهم انفراد واستثارة بموضوع الحق ومحله، أما الحرية فهي المكانة العامة التي قررها الشارع للأفراد على حد سواء.

(1) عبد الحكيم حسن العلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1974. ص 176.

(2) الحرية لغة: هي نقيض العبودية وجمعها أحرار وحرائر، وتطلق على الخصوص على كل شيء دخيل، فيقال: فرض حر، أي عتيق الأصل ليس في نسبه هجن.

ويقال: أرض حرة أي لا رمل فيها. / راجع: أحمد بن محمد علي المغربي الفيومي، المصباح المنير، ج 1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1909. ص 200

(3) حمدي عامر، المرجع السابق، ص 36.

(4) عصمت الشيخ، النظام القانوني لحرية إصدار الصحف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 21.

(5) عبد الغني بسويبي، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص 268.

(6) محمود شريف بسويبي وآخرون، حقوق الإنسان، م 3، دار العلم للملايين، لبنان، 1989، ص 68.

(7) Favoreu Louis et Autre, Droits et Libertés Fondamentales, 2^{ème} Ed, Paris, 2002, p 206.

بينما اتجه رأي آخر إلى أن الحق والحرية⁽¹⁾ تعبيرين متلازمين في الوقت الحاضر بغض النظر عما إذا كانت الدولة تعترف بجميع الحقوق والحريات العامة وتدرجها في تشريعاتها الوضعية وتسبغ عليها حمايتها القانونية، أو أنها تهمل جانبا منها عن عمد أو عن غير عمد، وهو ما يتوقف إلى حد كبير على المذهب الذي تعتنقه الدولة⁽²⁾.

وفي المقابل فإن إضفاء الحماية القانونية على الحرية يترتب عليه إلتباس في فهم معنى الحرية ومعنى الحق، حيث أن هناك تداخل في المعنيين في مضمون مشترك، ذلك أن التزام الدولة والغير بسلوك إيجابي في مواجهة صاحب الحق، هو من مميزات الحق، فإذا توافرت هذه الخاصية للحرية سميت بأنها حرية عامة⁽³⁾، واختلطت بالحق، كما أن أن كلا من الحق والحرية يعطى لصاحبه صلاحية ممارسته باختياره، ولهذا تعتبر الحرية حقا.

فالحق في التعبير حق دستوري تلتزم الدولة بضمان حمايته، وفي المقابل صاحب الحق يملك حرية تحديد مضمون هذا التعبير، وعلى هذا الأساس فالحرية تندرج تحت مفهوم الحقوق، وتتميز في قدرة صاحبها على إختيار منهج معين في ممارسة بعض الحقوق بوجود حماية قانونية، لذلك فإن الحق والحرية يرجعان إلى طبيعة واحدة⁽⁴⁾.

وذهب جانب آخر من الفقه للقول بأن الحرية مفهوم ملازم للحق ولا يمكن فهمها من دونه؛ لأن الحرية تعني وجود حق مسبق، وبمعنى آخر إن مفهوم الحق أشمل من مفهوم الحرية، فالحرية هي جزء ونوع من الحقوق يمكن التقاضي بها شأنها شأن حقوق الإنسان الأخرى⁽⁵⁾.

وعليه، يرى الباحث وعلى ضوء آراء الفقهاء، وجود علاقة وارتباط بين الحق والحرية - بالرغم من الاختلاف حول طبيعة ومدى هذه العلاقة - مما يفضي إلى عدم إمكانية الفصل بينهما كون الأخيرة هي الجوهر الأساس للأولى، وأن الحريات العامة تعبير يستخدم للدلالة على حقوق تتولى السلطات العامة تنظيمها وفرض الإلتزام بها.

(1) Jacques Fialaire, Eric Mondielli, Alexandre Graboy grobesco, Libertés et droits fondamentaux, 2^{ème} Ed, Ellipses, Paris, 2012, p 13.

(2) Voir: François. L, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, France, 1987, p.18./ Jean Marie Pontier, Droits fondamentaux et libertés publiques, 5^e Ed, Hachette supérieur, Paris, 2003, p.13.

(3) يرجع البعض من الفقه الفرنسي سبب تسمية الحريات العامة لكونها تتطلب تدخل السلطة العامة لتنظيمها، كما ترى الأستاذة سعاد الشقاوي أن وصف "العامة" يلحق بالحرية عندما يترتب عليها واجبات يتعين على الدولة القيام بها، والتي قد تكون إما واجبات سلبية وقد تكون واجبات إيجابية، حيث كان يطلق عليها تسميات أخرى كتسمية الحقوق والحريات الفردية وذلك للتأكيد على أنها امتيازات خاصة للأفراد تمتنع على السلطة التعرض لها كما ترجع سبب تسميتها بالعامة على أساس أنها ليست مجرد حقوق في مواجهة الأفراد بعضهم بعضا وإنما هي امتيازات في مواجهة السلطة العامة. / أنظر: نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1987. ص.ص 05-06.

Jean Rivéro, Hugues Moutouh, Libertés publiques, Tome01, P.U.F, 2002, p13. / Pacteau. B, Contentieux Administratif, P.U.F, 6^{ème} éd, Paris, 2002, p. 323. / René Chapus, Droit du Contentieux Administratif, 12^{ème} Ed Montchrestien, 2006, p159.

(4) أنظر: أحمد فتحي سرور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لاحقة أم سابقة؟، المجلة الدستورية، المحكمة الدستورية، مصر، عدد أكتوبر، 2005، ص 52.

Jean Morange, Libertés Publiques, les Droits de L'homme, Tome1, Paris, P.U.F, 1991, p 06.
George Burdeau, Libertés Publiques, op.cit, P.287.

(5) ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000. ص 815.

الفرع الثاني

النص الدستوري

على الحقوق والحريات

لقد رأينا أن فكرة الدساتير تعتبر أرقى ما وصل إليه الفكر الإنساني في تنظيم شؤون الحياة بصفة عامة والسياسة بصفة خاصة، بشكل توافقي محدد لمصالحه المشتركة، ولأن حقوق وحريات الإنسان تعد أعلى القيم المرتبطة بشخصه⁽¹⁾ والأساس الذي تقوم عليه كافة القيم الأخرى، فمن المنطق أن تنظم في صلب الدساتير. وهو ما عملت به كل النظم السياسية سواء في دول الديمقراطيات الغربية، أو حتى في دول الفكر الجماعي الاشتراكي والشيوعي، بل أن المكانة الرفيعة للحقوق والحريات دفعت بعديد الدول الديمقراطية إلى إصدارها في صورة إعلانات دستورية. لذا نجد أن الإقرار الدستوري يعد ضمانا حقيقيا في سبيل حمايتها مما قد يطرأ من تغيرات. يرجع الفقه الدستوري تكريس الحقوق والحريات في الدولة الحديثة إلى ظهور الدساتير المكتوبة وانتشارها بدءا من الدستورين الأمريكي والفرنسي، باعتبار أن الدستور هو نص أساسي لحقوق الإنسان بالدرجة الأولى⁽²⁾، بيد أن مضمون الدستور وفقا للمفهوم التقليدي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر الذي عقب ثورات الحرية، ارتكز بشكل خاص على تكريس مبدئي الفصل بين السلطات والسيادة الشعبية.

ومع نضج نظرية دولة القانون في أواسط القرن العشرين، اتجهت الدستورية الحديثة نحو مفهوم جديد لـ "مبدأ الدستورية" يشدد على فكرة الحقوق والحريات⁽³⁾، إعتبارا أنها النواة الأساسية لمضمون الدستور⁽⁴⁾، الذي أصبح ينظر إليه بأنه غير ذي معنى إلا من خلال وضعه ضمن إطار مشبع بمبادئ فلسفة حقوق الإنسان.

فضلاً عما يقتضيه ترسيخ الديمقراطية⁽⁵⁾، من اهتمام النص الدستوري في المقام الأول، بحماية حقوق المواطنين، لا على وضعية الحكام وصلاحياتهم، وعلى هذا النحو تراجع المفهوم التقليدي للدستور - هذا ما سيتم

(1) وصفت هذه الحقوق بأنها طبيعية وأساسية، لصيقة بالفرد، ولدت معه، وارتبطت به، فهي إذن مقدسة وغير قابلة للتنازل عنها، كما أنها عالمية، ومتساوية بالنسبة للجميع.

(2) Olivier Duhamel, Yves Mény, Dictionnaire Constitutionnel, 1^{er} Ed, P.U.F, Paris, 1992, p.p 211-212.

(3) نبه الفقيه Kelsen منذ وقت مبكر خلال العقد الثاني من القرن العشرين إلى أن الدستور لا ينبغي أن يقتصر على القواعد المتعلقة بالهيئات والسلطات الحاكمة والإجراءات التشريعية، بل يجب أن يتضمن بيان الحقوق الأساسية للأشخاص وعلى الحريات العامة والفردية.

(4) MADIOT (Yves), Droit de L'homme et Libertés Publiques, Ed Masson, 1976, p.19.

(5) ستلزم الأخذ بالمبدأ الديمقراطي الرضوخ والأخذ بما تراه وتريده الأغلبية، فالديمقراطية هي حكم الأغلبية. وتقوم الليبرالية التقليدية على مبدأ تمجيد الفرد، وتقديس حقوقه، واعتبارها الغاية العليا للجماعة، ومن ثم، فإن هذه الحقوق تشكل قيما مبنية على سلطان الدولة لا تملك إزاءها إلا الحماية والرعاية دون المساس بما كحق الملكية مثلا والذي يعد من الحقوق المقدسة. / راجع على الخصوص:

Lucaire François, La Protection Constitutionnelle des Droit et des Libertés, Ed. " Economica, Paris, 1987, P.P.75-76

بيانه في الأجزاء الموالية للبحث - باعتباره نصا لتحديد العلاقات بين مؤسسات الدولة، ليصبح نصا لتحديد العلاقة بين المواطنين والدولة، وميثاقا للحقوق والحريات، وبذلك حدث تغيير نوعي في مفهوم الدستور ومضمونه. وإذا كانت الحقوق والحريات الفردية، قد اعتبرت مقدسة وقيدا على سلطة الدولة في ظل المذهب الفردي⁽¹⁾، فإن الدولة الحديثة مطالبة باحترام هذه الحقوق والحريات، والتدخل بشكل إيجابي لكفالتها وضمان ممارستها، كما أنها ملزمة من ناحية أخرى بالعمل على تحقيق وتنمية الحقوق والحريات الجديدة⁽²⁾؛ والتي تعرف بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ومن أجل ذلك فإن الدولة التي لا تعترف بحقوق وحريات الأفراد أو لا تكفلها ولا تعمل على حمايتها لا يمكننا أن نعترف لها بصفة الدولة القانونية، لأن مبدأ الدولة القانونية لم يوجد إلا لضمان وحماية الحقوق والحريات العامة، وكفالة تمتع الأفراد بها⁽³⁾.

ويتخذ الإقرار والتنصيب على الحقوق و الحريات الأساسية في صلب الدساتير ثلاثة أساليب:

- الأسلوب الأول: أن ينص المؤسس الدستوري على حقوق وحريات مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم التشريعي، وهذه الطائفة يكلفها الدستور بصورة قاطعة ونهائية، ولا يجوز للمشرع العادي أن يتدخل لتنظيم ما يقرره الدستور بصفة نهائية، وتمثل أهم حقوق وحريات الإنسان، وقد يطلق عليها الحقوق والحريات الأساسية.
- الأسلوب الثاني: أن ينص الدستور على بعض الحقوق والحريات ويسمح للمشرع العادي بالتدخل لتنظيمها، ولكن بقيود دستورية محددة وصريحة على المشرع العادي أن يراعيها، ويترتب على إغفالها مخالفة التشريع للدستور مخالفة موضوعية تعيب التشريع بعيب عدم الدستورية، مثل إصدارها على شكل قانون عضوي.
- الأسلوب الثالث: أن ينص الدستور على بعض الحقوق والحريات⁽⁴⁾، ويترك أمر تنظيمها إلى المشرع العادي دون قيود دستورية صريحة، فالدستور أجاز للمشرع تنظيمها دون أن يرسم له حدودا معينة يراعيها ولم يضع له قيودا معينة، ولكن يكون المشرع العادي مقيدا بالحفاظ على الإقرار الدستوري لها، أي مقيد بكفالتها وكفالة ممارستها، فلا يجوز له إهدار هذه الحقوق والحريات أو الانتقاص منها⁽⁵⁾.

(1) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 168-169

(2) أنظر: أندري هورويو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ط2، 1977. ص 174.

(3) Sami Jmal al-Din, Les Libertés Publiques, 4 Ed, L.G.D.J, Paris, 1972, p 97 et s.

(4) سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري دار المعارف الاسكندرية، د.ط، 2005، ص 105.

(5) وهذا ما تضمنه المؤسس الدستوري بتحديد النص الدستوري كميّار لتحديد الحرية الأساسية وهي على سبيل المثال حرية المعتقد وحرية الرأي، حرية التجارة والصناعة، حرية الابتكار الفني والعلمي، حرية التعبير وانشاء الجمعيات والاجتماع، حرية اختيار المواطن وحرية التنقل عبر التراب الوطني. / أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزء 04، 2012. ص.ص 94-95.

(6) يرى الأستاذ عبد القادر عدو أن النص الدستوري لا يكفي كميّار لتحديد مفهوم الحريات الأساسية، فإذا كان الدستور يشكل المرجع الأول في تحديد ما يعد حرية أساسية، فإنه من الممكن اعتبار حرية ما أساسية رغم عدم النص عليها دستوريا، الأمر هكذا بالنسبة لحرية التعاقد، حيث تعد حرية أساسية رغم افتقارها لأساس دستوري، وعلى هذا الأساس لا تتضمن الحريات الأساسية فقط تلك التي يمكن تسميتها بالحريات الكلاسيكية، كالحرية الشخصية، حرية التنقل، =

لقد أصبحت الصياغة الدستورية للحقوق والحريات أسلوباً سائداً، درجت عليه سائر الدساتير المعاصرة منذ صدور إعلانات الحقوق الأمريكية والفرنسية⁽¹⁾، وذلك باعتبار أنها المكان الطبيعي، وإذا اكتسبت حقوق وحريات الإنسان حماية قانونية سامية⁽²⁾، وهو ما يعبر عنها بالحماية الدستورية للحقوق والحريات.

ويقصد بتلك الحماية أن يكون للنص الدستوري الذي يقرها ذات القيمة القانونية المعترف بها لسائر النصوص الدستورية، وذات سموها في سلم البناء القانوني للدولة بوجه عام، بما يحول بين المشرع العادي وبين المساس بها. وتمتع بكافة الخصائص والسمات التي تتسم بها القاعدة الدستورية.

فمن خلال هذا الإقرار والتنصيب عليها، يتم تأصيلها مع ضبط مبادئها، وتدعيم أحكامها مع ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية محددة في مجال حماية تلك الحقوق والحريات⁽³⁾. وعليه؛ فإن إقرار وتنصيب الوثائق الدستورية على الحقوق والحريات يمثل ضماناً هاماً وحقيقياً لحمايتها⁽⁴⁾.

كما تحرص الشعوب على إحاطة دساتيرها بالإجراءات التي تحميها من التغيير بما يضمن لها الثبات والاستقرار، وبما أن الحقوق والحريات العامة للإنسان أعلى القيم المرتبطة بشخص الإنسان وحياته، فقد كان منطقياً مكانها الطبيعي صلب الدساتير⁽⁵⁾، وهو ما درجت عليه النظم السياسية سواء في الديمقراطيات الغربية أو حتى في دول الفكر الجماعي الاشتراكي⁽⁶⁾.

= حرية التعبير، حرية الاجتماع وإنما تضم أيضاً كما ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسي بالنظر إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حرية الإضراب وحرية إدارة الجماعات المحلية /. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012. ص 268.

(1) قد عبر عن هذا المعنى بوضوح الدستور الفرنسي الصادر عام 1791 حيث نص في الفصل الأول منه على أنه " لا تملك السلطة التشريعية سن أي قانون يتضمن مساساً أو إعاقة لممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية المدرجة في هذا الباب و المكفولة بالدستور.

(2) يقول الدكتور نعيم عطية " أن النصوص الدستورية هي التي تحيل الحريات -أو بعبارة أدق ما نظمته إليه من حريات- من مجرد مطالب اجتماعية واقتصادية وأخلاقية إلى حقائق قانونية تتمتع بحماية ما لدى السلطة من قوة إجبار فعالة وبالتالي تتحول الحريات إلى مكانات اقتضاء كاملة يمكن أن يطلق عليها اسم الحقوق العامة، باعتبارها تنطوي على التزام من قبل السلطة... بأن تضع إمكاناتها وأجهزتها في خدمتها". / أنظر: نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1965، ص 145-146.

(3) Michel Miaille, L'état de Droit Dans la Constitution de 1791, la Première Constitution Française, Acte du Colloque de Dijon 26 et 27 Septembre 1991, Economica., p.34

(4) Philippe Ardant, Les Constitutions et les Libertés (dans) Pouvoir, la Liberté, n°84, Paris, 1998, p. 68.

(5) **Pour une explication plus détaillée, voir:** Favoreu. L, La Notion de Liberté Fondamentale Devant le Juge Administratif des Référéés, D, 2001, n° 22 ,p 1739./ Touvet. L, Concl Sur C.E, 18 Janvier 2001 ,Commune de Venelles (Bouches du Rhine)) et Marbelle, R.F.D.A ,2001,P 378 .

(6) حسن أحمد علي، ضمانات الحريات وتطورها في النظم السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986. ص 26.

الفصل الثاني

مقومات دولة القانون

مهما يكن من اختلاف الفقه حول أساس إخضاع الدولة للقانون، فإنه لا يوجد خلاف أو إختلاف حول ضرورة خضوع الدولة للقانون، ولقيام دولة القانون لا بد من توافر عدد من المقومات أو العناصر الأساسية التي تعتبر ضمانات لقيامها.⁽¹⁾ وعلى هذا الأساس وجب التعرض إلى أهم المقومات في هذا الجزء من البحث.

وعليه، فإننا فضلنا تخصيص فصل كامل لها قسمناه إلى ثلاثة مباحث كالتالي:

- المبحث الأول: نبحت فيه وجود دستور يؤسس لدولة القانون.

- المبحث الثاني: نبحت فيه مبدأ الفصل بين السلطات.

- المبحث الثالث: نبحت فيه الرقابة على دستورية القوانين.

المبحث الأول

وجود دستور

يؤسس لدولة القانون

خلال القرن التاسع عشر وحتى أواسط القرن العشرين ساد معنى ضيق لمضمون الدستور وغايته، بحيث كان يعتبر في المقام الأول مجرد وثيقة تنظيمية لعمل السلطات العامة في الدولة. إلا أنه تحت مد نظرية "دولة القانون" التي عملت على تقزيم النظرة التقليدية للدستور، بدأ ينظر إليه نظرة جديدة تنطلق من مكانته السامية في التعبير عن الإرادة العامة والتي تقتضي ضمان الحقوق والحريات العامة.

كما يعد الدستور الوثيقة العليا في الأنظمة الدستورية المعاصرة لما له من قدسية وسمو على ما دونه من قواعد قانونية في النظام القانوني للدولة لأنه يتناول المبادئ العامة والفلسفة السياسية والإقتصادية والإجتماعية التي يتعين إنتهاجها من جميع السلطات العامة في الدولة⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، سنتطرق لهذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، ندرس في المطلب الأول معنى وجود دستور، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث مبدأ سمو الدستور، أما المطلب الثالث نبحت فيه تجاوز مبدأ سيادة البرلمان نحو مبدأ سيادة الدستور، وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) عصام علي الدبس، القانون الدستوري والنظم الدستورية، دار الثقافة للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2014. ص106.

(2) د. مصطفى عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري، النظم السياسية المقارنة، الكتاب الأول والثاني، ط2، 1984، ص 29 وما بعدها.

المطلب الأول

معنى وجود دستور

دولة القانون التي تسود فيها مبادئ سيادة القانون لا بد لها من وجود نصوص دستورية تضمن الحماية وإحداث التوازن ما بين الحقوق والحريات وبين المصالح العامة⁽¹⁾، كما يتعين على السلطات فيما تجرّبه من تصرفات وأفعال أن لا تخالف النصوص والمبادئ الدستورية، وإلا عدت أعمالها غير مشروعة⁽²⁾.

كما يعتبر الدستور الضمانة الأولى لخضوع الدولة للقانون، ووجوده يعني إقامة النظام السياسي والقانوني للدولة، لأنه ينشئ السلطات المختلفة ويحدد اختصاصاتها ويبين كيفية ممارستها وما لها من امتيازات وما عليها من واجبات، كما يحدد نظام الحكم في الدولة وكيفية اختيار الحاكم وحدود ممارسته لسلطاته، والدستور يقيد السلطات الثلاثة، كما يقع عليها الالتزام بنصوصه واحترام مبادئه وعدم مخالفتها⁽³⁾.

والدستور يتعلق بتنظيم الدولة باعتبارها المؤسسة الأم لكل المؤسسات داخل الدولة من حيث كيفية تكوينها واختصاصاتها وكيفية مباشرتها لهذه الاختصاصات، وحدود وضوابط هذه الاختصاصات، وكذا علاقة سلطات الدولة ببعضها البعض، وعلاقتها بالمواطنين، وعليه فلا بد وأن يعنى بحقوق المواطنين في مواجهة السلطات العامة ويبين كيفية حماية هذه الحقوق.

لهذا يقيد الدستور السلطة التشريعية في سنّها للقوانين بحيث لا تخالف أي نص دستوري، ويقيد السلطة التنفيذية فيما تتخذه من لوائح وقرارات، ويقيد السلطة القضائية فيما تصدره من أحكام، لأنها سلطات منشأة بواسطته، وهو الذي نظمها وحدد لها اختصاصاتها، ويترتب على ذلك، إلتزام هذه السلطات بنصوص الدستور واحترامها لمبادئه والامتناع عن مخالفتها في القوانين التي تسنها، وفي الأعمال التي تتخذها، أو الأحكام التي تصدرها⁽⁴⁾. ويمكن تعريف الدستور - هذا ما سيتم بيانه بالتفصيل في أجزاء البحث الموالية - على أنه "مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة، وترسم قواعد الحكم فيها وتضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد وتنظيم سلطاتها العامة، مع بيان اختصاصات هذه السلطات"⁽⁵⁾.

(1) حيث تضمنته أغلب الدساتير وعلى سبيل المثال ما ورد في المادة الثانية من دستور جمهورية العراق 2005 " لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور" و نصت المادة 25/ من الدستور السوري 1970 على أن "سيادة القانون مبدأ أساسي في المجتمع والدولة"، كما نصت المادة 65/ من الدستور في جمهورية مصر العربية 1971 " تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات"، ونص الدستور المغربي في الفصل الرابع فيه "القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة ويجب على الجميع الامتثال له وليس للقانون أثر رجعي.

(2) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، (الرقابة القضائية)، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص 18.

(3) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 76

(4) عبد الغني بسويوني عبد الله، النظم السياسية، النظرية العامة للدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، د.ط، 2006، ص 107.

(5) د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2001، ص 255.

والدستور هو القانون الأساسي للدولة سواء كانت قواعد مرنة أو جامدة، عرفية أو مكتوبة. ويعتبر قمة التنظيم القانوني وأسمائها وأفواها ولا يتصور وجود قاعدة قانونية تسمو على الدستور وإنما يتصور العكس بمعنى سمو الدستور على كل القواعد الأخرى، تلك القواعد التي تنظم ممارسة نشاط الدولة ووظائفها في كل من السلطة التشريعية و التنفيذية والقضائية⁽¹⁾.

وهكذا فإن وجود الدستور يعني إقامة النظام في الدولة وبيان قواعد ممارسة السلطة فيها ووسائل وشروط استعمالها، ومن ثم يمنع كل استخدام للسلطة العامة لا يراعى فيه هذه الشروط أو تلك القواعد، فهو يعد الأساس لخضوع الدولة للقانون⁽²⁾.

لذلك قيل أنه حتى يمكن القول أن هناك نظام دستوري ديمقراطي يجب أن تكون هناك قواعد عليا على الهيئة الحاكمة أن تحترمها في كافة أعمالها وذلك تقديرا لمبدأ المشروعية وقاعدة تدرج القوانين وإلا أصبحت دولة بوليسية⁽³⁾.

ولابد أن نشير إلى أن وجود دستور دون توفر ضمانات أخرى تقوم عليها دولة القانون لا يكفي لتحقيق هذه الأخيرة، بل ولا يؤدي أحيانا إلى تحديد السلطة بل إلى تقويتها، الشيء الذي يسمح بالحكم الشمولي الشخصي، التعسفي والبوليسي من قبل الحكام، استنادا إلى الدستور وعلو قاعدته، الدستور ليس وسيلة لتحديد السلطة بل لتقويتها⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

مبدأ سمو الدستور

تعتبر النصوص التي يتضمنها الدستور أعلى القواعد القانونية في الدولة، كما ذكرنا، ويعبر عن ذلك بمبدأ سمو⁽⁵⁾ الدستور، ومفاد هذا سمو أن النظام القانوني في مجمله يعتمد على القواعد الدستورية، وأن السلطات العامة ليس في وسعها أن تباشر إلا الاختصاصات المقررة لها في الدستور .

(1) أنظر: سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 24 .

Hauriou . A., Jean Gicquel, Patrice Gelard, Droit Constitutionnel et institutions Politique, 1975, p. 09 et suiv. / Burdeau-George, Par François Hamon, Michel Troper, Manuel de Droit Constitutionnel, op.cit, p 58 et suiv./ Turpin Dominique, droit Constitutionnel, P.U.F, 1992, p 71 et suiv.

(2) Michel Troper, la Suprématie de la Constitution, in Utopies Entre droit et Politique, Etude en Hommage à Claude Couvoisia, (Collection Société), éd Université Dijon, 2005, p.259.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 235 .

(4) Gonidec. P . F, politique Comparée du Tiers Monde Ed Montchrestien, 1975, p.356.

(5) يعود الفضل في تأسيس مرجعية مبدأ "سمو الدستور" في الفكر الدستوري الحديث إلى الفقيه النمساوي "هانز كلسن Hans Kelsen عبر نظريته الشهيرة المعروفة بـ"النظرية الخالصة للقانون" التي حاول من خلالها تأسيس معيار قانوني يحتمل علو الدستور عن باقي القواعد القانونية، رافضا التسليم بالأسس الاجتماعية التي قال بها الفقه الدستوري الفرنسي خاصة، باعتبارها مجرد فرض نظري من وحي الخيال.

لهذا فإنها توضع على رأس البناء القانوني للدولة وتحكم بقية القواعد التي يجب أن تدور في فلكها، وتتقيد من حيث صدورها ومضمونها بما تقضي به تلك القواعد الدستورية التي تسمو على ما عداها، وتحتل مكان الصدارة بالنسبة لسائر القواعد القانونية في الدولة، مما يترتب عليه ضرورة احترام الهيئات الحاكمة لها والالتزام حدودها، والتصرف في النطاق الذي ترسمه. وسواء تمثل في دستور عرفي أم في دستور مكتوب فإنه يتميز بسموه وعلوه على غيره من القواعد القانونية في المجتمع⁽¹⁾.

ومبدأ سمو الدستور يعني أيضا أن ترتبط القواعد القانونية في الدولة بقواعد الدستور. فلا يجوز لها أن تخالفها أو تخرج عليها، فنصوص الدستور تمثل الأصل بالنسبة لسائر القواعد القانونية الأخرى والتي تنفرع عنها، ومن ثم فإنها ترتبط به إرتباط الفرع بالأصل والجزء بالكل⁽²⁾؛ بمعنى آخر أن أي قاعدة قانونية لا تكون صحيحة إلا بالقدر الذي تلتزم فيه بالضوابط والحدود التي تقرها القواعد الأعلى⁽³⁾.

ومن ثم يكون للدستور مكان الصدارة بالنسبة لسائر القوانين في الدولة، ويتعين على جميع السلطات الحاكمة إحترام نصوصه والالتزام حدوده والتصرف في النطاق الذي يرسمه. بمعنى تتمتع كافة الأحكام التي تنطوي عليها نصوص الدستور وقواعده بأعلى درجات الإلزام القانوني في مواجهة السلطات العامة للدولة، وإزاء كل ما يصدر عنها من قواعد قانونية عادية أو لائحية، وبحيث لا يمكن أن ينطوي أي من تلك الأخيرة على حكم يخالف ما ورد بالنصوص الدستورية العليا من أحكام.

ومبدأ سمو الدستور بالإضافة إلى أنه مبدأ قانوني مسلم به، سواء نص عليه الدستور أم لم ينص عليه، فإنه مبدأ منطقي يتماشى مع طبيعة القوانين الدستورية⁽⁴⁾.

ومن أحدث الدساتير⁽⁵⁾ التي نصت على هذا السمو، دستور الاتحاد السوفياتي لعام 1977 حيث جاء في المادة 173/ أنه "لدستور الإتحاد السوفياتي قوة القانون الأعلى وسائر مقررات هيئات الدولة تصدر على أساس دستور الإتحاد السوفياتي ووفقا له"⁽¹⁾.

(1) وفي هذا حكمت محكمة القضاء الإدارية حيث ذكرت بخصوص مركز الدستور في الدولة ما يلي " أن ما انعقد عليه الإجماع هو أن الدولة إذا كان لها دستور مكتوب وجب عليها التزامه في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات إدارية، وتعين اعتبار الدستور فيما تشتمل عليه من نصوص، وفيما ينطوي عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين. / الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على إعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 23.

(2) **Pour une explication plus détaillée, voir:** Esmein Eléments, du Droit Constitutionnel Français et Compare, 1921,p.10 et suiv./ La Ferreira . J, Manuel de Droit Constitutionnel, p.268 et suiv./ Prelot . M, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,1963, p.27.

(3) Burdeau .G Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 14^{eme} éd, op.cit, p. 74.

(4) وفي هذا تقول محكمة العدل العليا " لأن شرط عدم مخالفة القانون للدستور موجود بدهاء وضمنا في أي قانون سواء كان قانونا مؤقتا أو قانونا دائما " ، مجلة نقابة المحامين، عدد 5 و 6 سنة 1966، ص 588.

(5) أنظر: الموسوعة العربية للدساتير العالمية، مجلس الأمة، القاهرة، 1966.

كما أن سمو الدستور يستمد من كونه يؤسس فكرة القانون السائدة في الدولة ويبين الفلسفة أو الإيديولوجية التي يقوم عليها النظام القانوني المطبق سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية ويحدد السلطات العامة في الدولة (من تشريعية وتنفيذية وقضائية)، ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها؛ ويقرر الحريات والحقوق العامة؛ ويلزم تلك السلطات النزول عند قواعده ومبادئه وحدوده وقيوده.

فإن هي خالفته أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور وكانت التصرفات الصادرة عنها بالمخالفة لأحكام الدستور وقواعده باطلة أي مجردة من كل قيمة قانونية. لأن هذه القواعد هي أولاً وأخيراً السند الشرعي لوجود هذه السلطات في الدولة⁽²⁾.

ولهذا فإن مبدأ سمو الدستور لا ينتج أثره القانوني ما لم يتم تنظيم الرقابة على دستورية القوانين من أجل إبطال القوانين الصادرة بالمخالفة لأحكام الدستور.

ولاشك أن الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين يمثل وسيلة قانونية فعالة لضمان الالتزام بالحدود الدستورية وبالمبادئ والقواعد التي قررها الدستور ومن ثم احترام الدستور نصاً وروحاً كما يمثل الجزء المنطقي على خروج المشرع العادي عن الحدود التي يفرضها الدستور.

وهذا السمو لذي تتمتع به القواعد الدستورية، يستند إلى طبيعة هذه القواعد أو موضوعها، كما يستند من الناحية الأخرى إلى الشكل الذي تتبلور فيه، بحيث يتضمن جانبين السمو الموضوعي والسمو الشكلي.

الفرع الأول

السمو الموضوعي

أولاً: مفهوم السمو الموضوعي

إن الدستور هو الذي يحدد فلسفة نظام الحكم وأسس وقواعده وكل ما يبني على هذه الفلسفة والأسس والقواعد يجب أن يكون متفقاً معها وغير خارج عليها. وهذا هو ما نعنيه بالسمو الموضوعي للقواعد الدستورية.

ومن الواضح أن السمو الموضوعي للقواعد الدستورية إنما يرتبط بالمعيار الموضوعي في تعريف فقهاء القانون الدستوري. ومن ثم فإنه يثبت لكافة القواعد الدستورية التي تتصل بتنظيم السلطات الحاكمة في الدولة سواء كانت

(1) = ومن الدساتير التي نصت على ذلك دستور تشيكوسلوفاكيا 1920، الدستور الإيطالي 1947، ودستور الجمهورية الشعبية الصينية 1954، ودستور جمهورية الصومال 1920.

(2) الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 93.

هذه القواعد يحتويها دستور مكتوب أم دستور عرفي، فالسمو الموضوعي يثبت لهذه القواعد بمقتضى مضمونها الدستوري.

كما أن الدستور من حيث الموضوع يمثل قمة البناء القانوني في الدولة ولا يكون للسلطات الحاكمة في الدولة أن تخالفه لأنه هو الذي أنشأها وبين اختصاصاتها. ولا يقدر في ذلك كون هذه القواعد من المرونة بحيث لا تختلف في شيء مع القواعد القانونية العادية سواء من حيث وضعها أو تعديلها كما هو الحال في الدستور المرن⁽¹⁾. والسمو الموضوعي هو الذي ينشئ السلطات الحاكمة ويحدد اختصاصاتها ويبين كيفية وشروط ممارستها، فالسلطة لا تمثل للحاكم إمتيازاً شخصياً وإنما هي تكليف بممارسة مهمة معينة. كما يؤدي أيضاً إلى أن الدستور هو الذي يحدد الإطار الفلسفي الذي تمارس فيه السلطة، فهو والحالة هذه؛ يحدد المقومات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية لنظام الحكم في الدولة⁽²⁾.

لهذا يكمن سمو الموضوعي في طبيعة ومضمون القواعد التي يحتويها وكذلك في طبيعة الموضوعات التي يقوم على تنظيمها؛ فالدستور كما قلنا هو عماد الحياة الدستورية وأساس نظامها وكفيل الحريات ومن ضمها، وتعبير آخر هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة؛ ويحدد السلطات العامة فيها؛ ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها؛ ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها.

ولهذا حق لقواعده أن تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة وأن تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الآمرة⁽³⁾. التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، دون أي تفرقة أو تمييز في مجال الالتزام بها بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية⁽⁴⁾.

ولما كان الدستور من حيث موضوعه هو الأساس الذي يقوم عليه بنيان الدولة ونظامها القانوني، وهو الأصل أو المنبع بالنسبة لكل نشاط قانوني في الدولة حيث ينظر إلى الدستور باعتباره المصدر الأعلى لسائر القواعد من قوانين وأنظمة إدارية وقانونية الموجودة في الدولة، فإن عدم الاعتراف للقواعد الدستورية بالمكانة العليا بين سائر

(1) طعيمه الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، المرجع السابق، ص 54.

(2) سعاد الشرفاوى، عبد الله ناصف، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، تحرير الاقتصاد ودستور 1994، سنة 1971، ص 22.

(3) كما يؤدي سمو الموضوعي إلى تأكيد مبدأ المشروعية وتوسيع نطاقه ورفع تدج القاعدة القانونية إلى درجة أعلى أخرى ممثلة في درجة القاعدة القانونية الدستورية. فاحترام القاعدة القانونية لن يكون مقصوداً على القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية وعدم جواز مخالفتها من قبل السلطات المختلفة والأفراد، وإنما ينصرف هذا الإحترام كذلك إلى القواعد الدستورية. / د. كمال الغالي، المرجع السابق، ص 129.

(4) أنظر: د. إبراهيم عبد العزيز شيبان، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 249.

القواعد القانونية أو إجازة مخالفتها بواسطة الحكام أو بواسطة المحكومين لا بد وأن ينجم عنه إختيار نظام الدولة القانوني برمته⁽¹⁾.

لذلك فإن السمو الموضوعي يتحقق لجميع أنواع الدساتير المكتوبة منها والعرفية؛ وسواء كانت مكتوبة في نصوص جامدة ووفقا لإجراءات خاصة أو كانت مقررّة في قوانين عادية فالسمو الموضوعي إذ يستند إلى موضوع النصوص ومضمونها لا يمكن أن يكون خاصا بدساتير معينة بل هو عام في جميع الدساتير.

وإذا إسترجعنا المفهوم الواسع للدستور. فإننا نرى أنه يضم القواعد الأساسية التي تحدد سلطات الدولة واختصاصاتها وعلاقتها بالأفراد⁽²⁾. ومن هذا يتبين أن مضمون القواعد الدستورية تسمو بطبيعتها على مضمون القواعد القانونية الأخرى التي تصدر عن باقي السلطات. باعتباره تعبير عن إرادة السلطة المؤسسة، الذي أنشأ السلطات المنشأة في الدولة وأعطى كلا منها إختصاصا معيناً لا تعدوه⁽³⁾.

وعلى ذلك فالدستور في دولة القانون هو مناط إختصاص الهيئات العامة بتلك الدولة⁽⁴⁾، بحيث أن تلك السلطات إذا تعدت حدود الإختصاص المرسوم لها في الدستور إنقلبت من سلطة قانونية تستند إلى الدستور إلى سلطة فعلية لا سند لها إلا القوة المادية⁽⁵⁾. ويترتب على ذلك أن الإختصاص الذي يمنحه الدستور لسلطة معينة لا تستطيع تلك السلطة أن تنقله كليا أو جزئياً إلى سلطة أخرى في الدولة.

ويتبين مما سبق بيانه أن السمو الموضوعي للدستور يؤدي إلى إتساع نطاق مبدأ المشروعية. وإذا كان ذلك المبدأ يعني ضرورة إحترام النصوص القانونية العادية سواء من جانب الأفراد أو من جانب السلطات العامة، فإن السمو الموضوعي للقواعد الدستورية يعني أن تكون كل القواعد القانونية التي تتضمنها التشريعات العادية وكل تصرفات سلطات الدولة في إطار الحدود والقواعد التي وضعها الدستور.

ومبدأ السمو الموضوعي لا يترتب على مخالفته بذاتها نتائج قانونية محددة، وإن أدت في البلاد ذات الوعي والتي يكون فيها للرأي العام تأثير كبير إلى نتائج سياسية بالغة الأهمية بل وبالغة الخطر مما قد يصل إلى حد الثورة

(1) والجدير بالذكر، أن هناك استثناء يرد على مبدأ سمو الدستور يعرف بنظرية الضرورة. وأصله قاعدة رومانية قديمة تقول " إن سلامة الدولة فوق القانون " ومفادها أن المبادئ الدستورية شرعت للطروف الاعتيادية الطبيعية، إذا تعرضت الدولة لظروف استثنائية سواء أكانت خارجية كالحرب أو داخلية كاضطراب الأمن العام، وحدوث فتنة داخلية أو كوارث طبيعه كالزلازل والبراكين ... الخ، جاز لرئيس الدولة -وفق شروط وضوابط تكاد تنص عليها أغلب الدساتير- أن يتخذ كل الإجراءات السريعة اللازمة لمواجهة المخاطر إذا هدد سلامة الدولة، ووحده إقليمها أو أمن شعبها أو أعاق مؤسسات الدولة عن مباشرة مهامها الدستورية، ولو تطلب ذلك إهدار بعض نصوص الدستور وتعليق الضمانات التي يقرها، حرصا على بقاء الدولة وسلامة كيانها. / أنظر: د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 06.

(2) أنظر: رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، الطبعة 2، القاهرة، 1998. ص 327.

(3) مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، الطبعة الأولى، مكتبة سعيد رافت، جامعة عين شمس، 1990، ص 14.

(4) Voir dans ce sence: Burdeau-George, Droit Constitutionnel et Constitutions Politiques, 15^{ème} Ed, p.64.

(5) رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، نفس المرجع، ص 329.

ذاتها باعتبار أن انتهاك مبدأ السمو الموضوعي للدستور هو انتهاك لكل أسس الحياة السياسية ولكل قواعد النظام السياسي⁽¹⁾ الذي يقيمه ذلك الدستور⁽²⁾.

ثانياً: النتائج المترتبة على مبدأ السمو الموضوعي للدستور

1 - تدعيم مبدأ المشروعية

يؤدي السمو الموضوعي للدستور إلى تدعيم مبدأ المشروعية في نظر الأفراد، كما يؤدي إلى اتساع نطاقه فإذا كان هذا المبدأ يعني في مدلوله الضيق احترام القوانين العادية الصادرة عن سلطة التشريع وأن أي تصرف يتم مخالفاً لهذه القوانين يكون مجرداً من أي أثر قانوني⁽³⁾ سواء صدر هذا التصرف من جانب الأفراد أم من جانب سلطات الدولة الإدارية فإن مبدأ المشروعية⁽⁴⁾ - كما سيتم بيانه بالتفصيل في أجزاء البحث الموالية - يعني في هذا المقام مدلولاً أوسع إذ يمتد نطاق المشروعية ليشمل القواعد الدستورية فضلاً عن القواعد العادية⁽⁵⁾.

وبالتالي يغدو واجباً على جميع سلطات الحكم في الدولة الالتزام بالدستور، ومن ثم عدم الخروج على ما يقرره من أحكام وذلك فيما تباشره من مهام واختصاصات. ومعنى ذلك أنه يجب على السلطة التشريعية أن تحترمه وتتقيد به فيما تصدره من تشريعات ويجب على السلطة القضائية⁽⁶⁾ أن تحترم نصوصه وأن تطبق أحكامه إذا ما عرضت في مجال دعوى تطرح أمامها، كما يتعين على السلطة الإدارية فيما تتخذه من أعمال وتصرفات ألا تخالف نصوص الدستور وإلا عدت هذه الأعمال وتلك التصرفات غير مشروعة⁽⁷⁾.

(1) لمزيد من التفصيل حول ارتباط النظام السياسي بالأيديولوجية، راجع: د. رمزي الشاعر، الأيديولوجية التحررية وأثرها على أنظمة الحكم المعاصرة، المرجع السابق، ص 332 وما بعدها.

(2) أنظر في هذا المعنى: نبيلة عيد الحلیم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 2002. ص 19. د. أنور رسلان، الديمقراطية بين الفكر العربي والفكر الاشتراكي، القاهرة، 1971. ص 3 وما بعدها.

(3) راجع: طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 3.

(4) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية؛ (د.ت.ن)، ص 28 وما بعدها.

(5) إبراهيم عبد العزيز شبحا، مبادئ الأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص 37.

(6) وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 30/06/1952 حيث تقول "إن ما انعقد عليه الإجماع هو أن الدولة إذا كان لها دستور مكتوب وجب عليها التزامه في تشريعها وفي قضائها وفي ممارستها من سلطات إدارية ويتعين اعتبار الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص وفيما ينطوي عليه من مبادئ، أنه القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين. والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور". أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 173 مجموعة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة قضائية، ص 1691.

(7) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الأولى، دمشق، 2009. ص 217

2- منع تفويض الاختصاص الدستورية

يؤدي السمو الموضوعي للدستور إلى منع قيام الهيئة الممنوحة إختصاصا معيناً من تفويض⁽¹⁾ ممارسته إلى آخرين؛ فإختصاص الهيئة التشريعية مثلا بوظيفة سن القوانين، ليس إختصاصا أصيلا، ومن ثم لا يجوز لها أن تعيد تفويضه إلى سواها وإنما هو بدوره إختصاص مفوض إليها من الشعب.

لأن كل سلطة من السلطات العامة في الدولة إنما تقوم بأعمالها ووظائفها ضمن الإختصاصات التي قام الشعب بتفويضها إياها بواسطة الدستور. وبما أن هذه السلطات تقوم بأعمالها كمفوضة من الشعب، فلا يجوز لها أن تفوضها إلى غيرها. عملا بمبدأ الإختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض⁽²⁾.

وتكمن حكمة تقرير هذا المبدأ في أن الحكام حينما يقومون بوظائفهم لا يمارسون إمتيازاً شخصياً لهم أو حقاً ذاتياً يعينهم، وإنما يمارسون إختصاصات أو وظائف منحهم إياها الدستور، فلا يملكون تفويض غيرهم في ممارستها.

والدستور إذ يعهد إليهم بتلك السلطات يضع في اعتباره الضمانات التي تترتب على وسائل اختيار الحكام والطريق الذي يتم بمقتضاه القيام بهذه السلطات أو الإختصاصات. ومن ثم لا يجوز لأية هيئة من الهيئات الحاكمة في الدولة أن تفوض غيرها في ممارسة إختصاصاتها الدستورية إلا إذا نص الدستور على خلاف ذلك، وأباح التفويض بشكل صريح⁽³⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن السمو الموضوعي للدستور والنتائج المترتبة عليه تظل أهميتها مقصورة على المجال السياسي المحض دون المجال القانوني، بمعنى أن إغفال هذا المبدأ قد يؤدي إلى آثار سياسية واجتماعية دون أن يؤدي إلى أية آثار قانونية كإبطال الأعمال القانونية المخالفة لنصوص الدستور وأحكامه. ولكن الدساتير عادة لا تترك أمر سمو قواعدها لمجرد حماية الرأي العام وإنما تضع قواعد لضمان سمو هذه القواعد.

(1) هناك قول مأثور استعاره الفيلسوف الإنكليزي Locke من فكرة الوكالة في القانون العام وقدمه كمبدأ من مبادئ علم السياسة وهو أن " السلطة المفوضة لا يمكن أن يعاد تفويضها ثانية"، وقد جاء في شرح معنى هذا القول المأثور أن السلطة المفوضة لا بد وأن يتم ممارستها من قبل الشخص المفوض له وإلا اعتبرت باطلة، لهذا فإن على صاحب الإختصاص الأصيل أن يمارس الإختصاصات المسندة إليه بنفسه ولا يعهد بها إلى سواه.

(2) د. ابراهيم شبحا، المبادئ الدستورية العامة، المرجع السابق، ص 179.

(3) فعلى سبيل المثال تنص المادة /32/ من دستور مملكة البحرين 2002 على أنه " يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقا لأحكام هذا الدستور ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض إختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة وموضوع أو موضوعات بالذات ويمارس وفقا لقانون التفويض وشروطه. كما نصت المادة /108/ من الدستور المصري 1971 على أنه " لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض وإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون"، ويتضح من نص المادة الأخيرة، أن المشرع الدستوري وإن كان قد أجاز فكرة التفويض التشريعي، إلا أنه حرص في الوقت ذاته على أن يضمن النص بعض الضوابط التي تنظم عملية التفويض، كما أحضع المشرع المصري القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية في هذا الشأن رقابة البرلمان. وذلك على أساس أنها تمثل اقطاعا جزئيا من وظيفته التشريعية.

هذا ما يدعوننا إلى دراسة وبحث الصورة الثانية من صور سمو الدستور.

الفرع الثاني

السمو الشكلي

أولاً: مفهوم السمو الشكلي

المعنى الشكلي للدستور ينصرف إلى الوثيقة الدستورية ذاتها لا يعدوها، ومفهوم الدستور وفقاً لهذا المعنى هو مجموعة القواعد القانونية الواردة في الوثيقة التي تحوي النصوص الدستورية. وكل قاعدة لا تضمنها هذه الوثيقة لا تعد - بالمعنى الشكلي - قاعدة دستورية، كذلك فإن كل قاعدة يتضمنها نص من نصوص هذه الوثيقة يعتبر في كل الأحوال قاعدة دستورية.

كما يتحقق السمو الشكلي للدستور إذا كان تعديله يتطلب أشكالاً وإجراءات خاصة مغايرة للأشكال والإجراءات التي ينبغي إتباعها لتعديل القوانين العادية.

لذلك فإن سمو الشكل، إذ يسمح بضمان احترام الدستور وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين، فإن السمو الموضوعي إذا لم يقتزن بالسمو الشكلي فليس له إلا أهمية سياسية أو شعبية دون وجود وسيلة قانونية يمكن الرجوع إليها لكفالة احترام الدستور. لذلك قيل بأن للسمو الموضوعي طابع سياسي بينما للسمو الشكلي طابع قانوني⁽¹⁾.

وترتبط على ذلك فإذا كان السمو الموضوعي للدستور يتحقق كما أسلفنا لجميع أنواع الدساتير المدونة وغير المدونة والجامدة والمرنة فإن السمو الشكلي لا يتحقق إلا للدساتير الجامدة فقط⁽²⁾.

وهذا الاختلاف في إجراءات التعديل هو الذي يضيف على الدستور ميزة السمو الشكلي ويضعه في مركز أسمى من القوانين العادية، ويؤدي إلى التفرقة بين القواعد الدستورية والقوانين العادية. أما الدساتير المرنة فلا يتحقق لها السمو الشكلي نظراً لأن السلطة التشريعية تستطيع أن تعدلها باتباع ذات الإجراءات والأشكال المقررة لتعديل القوانين العادية. في حين الدساتير الجامدة تشترط أشكالاً خاصة لتعديلها تخالف الأشكال والإجراءات التي توضع أو تعدل بها القوانين العادية⁽³⁾.

(1) أنظر: د. إبراهيم شيحا، المبادئ الدستورية العامة، المرجع السابق، ص 77.

(2) الدساتير الجامدة تتمتع بميزتي السمو الموضوعي والسمو الشكلي معاً أما الدساتير المرنة فلا تتمتع إلا بالسمو الموضوعي دون السمو الشكلي.

(3) أنظر: يحيى الجمل، رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، 2008، ص 29.

والمقتضى قواعد التدرج في التشريع فإن القواعد الدستورية تأتي على قمة القواعد القانونية بصفة عامة ومن ثم فإن ما يرد تحتها في سلم التدرج، لا بد وأن يكون غير متعارض معها وإلا فقد السمو الدستوري معناها ومضمونها. ذلك أن تعارض نص في تشريع عادي مع نص دستوري يحمل في طياته معنى أن القانون العادي استطاع أن يعدل الدستور⁽¹⁾، وهو الأمر الذي لا تجيزه طبيعة الدستور الجامد ولا مكانة النص الدستوري في القمة من النظام القانوني.

وعلى هذا الأساس، يمتد السمو الشكلي للدستور إلى جميع القواعد وأنواعها ما دامت واردة في وثيقة الدستور، بغض النظر عن موضوعها ومضمونها. وبالتالي لا تعتبر أي قاعدة قانونية قاعدة دستورية ما لم ترد في الوثيقة الدستورية ولو كانت في موضوعها ومضمونها كذلك.

وعليه؛ واستناداً إلى السمو الشكلي للدستور، يعتبر الشكل الذي تبلور فيه القواعد القانونية، المحدد الرئيسي الذي يعطي المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي لمختلف القواعد القانونية في الدولة أياً كان موضوع هذه القواعد. لأن السمو الشكلي لا يرتبط بموضوع القواعد وإنما بشكلها وبالإجراءات اللازمة لتعديلها.

وعلى العكس لا تتحقق صفة السمو وفقاً لمعيار السمو الشكلي للقواعد القانونية الصادرة من المشرع العادي ولو كانت تعالج موضوعات دستورية بطبيعتها، كالتى تتعلق بنظام الحكم والسلطات العامة وعلاقتها ببعض. فالعبرة بشكل القاعدة القانونية لا بموضوعها.

إذن فالسمو الشكلي، يعطي معنى السمو بعداً قانونياً لا يكتفي بالبعد الفلسفي والسياسي الذي يتضمنه السمو الموضوعي على ما بينا من قبل.

فالسمو الموضوعي يحققه ويحميه الرأي العام ووعي الحاكمين والمحكومين بسمو القاعدة الدستورية وضرورة احترامها واتباع أحكامها، ولكن السمو الشكلي للقاعدة الدستورية لا يكتفي بما تقدم وإنما يوجد آليات قانونية تحمي القاعدة الدستورية من أن تخالف وتضمن سموها على سائر قواعد النظام القانوني.

هذه الآليات القانونية، وعن طريقها تتحقق وتمارس الرقابة على دستورية القوانين، تلك الرقابة التي تؤدي إلى أن لا تخرج النصوص القانونية العادية التي يضعها المشرع العادي عن القواعد الدستورية الواردة في الوثيقة الدستورية والتي يعني خروجها على القواعد الدستورية إهدار معنى سمو الدستور وهو الأمر الذي ترد الرقابة على دستورية القوانين أن تتفاداه.

(1) د. رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، المرجع السابق، ص 332.

ثانياً: النتائج المترتبة على مبدأ سمو الشكلى للدستور⁽¹⁾

يترتب على إشتراط إجراءات خاصة لتعديل قواعد الدستور وأحكامه وجود طائفتين من القوانين، أما الطائفة الأولى؛ وهي القوانين الدستورية تعدل أو تلغى وفقاً لإجراءات خاصة مشددة تحددها عادة الوثيقة الدستورية. وأما الطائفة الثانية وهي القوانين العادية فتعدل أو تلغى وفقاً للإجراءات البرلمانية المتعارف عليها. وقد نتج عن ذلك أن تحقق للطائفة الأولى دون الثانية صفة سمو الشكلى باعتبارها تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين على الدولة باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من تشريعات. ويرتب فقهاء القانون الدستوري على التفرقة السابقة بين طائفتي القوانين الدستورية والقوانين العادية مجموعة من النتائج لعل أهمها ما يأتي:

1- ثبات القوانين الدستورية

تتصف القوانين الدستورية بأنها أكثر ثباتاً واستقراراً من القوانين العادية نظراً لما تتطلبه الدساتير الجامدة من إجراءات خاصة لتعديلها تفوق في شدتها إجراءات تعديل القوانين العادية. غير أن الثبات المقصود به هنا ليس الثبات المطلق الذي يؤدي إلى الجمود المطلق الكلي للدستور لأن هذا الأخير كما بينا من قبل، يتعارض مع مبدأ سيادة الشعب أو الأمة ويجاني سنة التطور. ولهذا كان لا بد من قبول فكرة عدم تجميد النصوص أو القواعد الدستورية تجميداً أبدياً وإمكان تعديلها بصفة دائمة حتى تلاءم التغيرات التي تطرأ على المجتمع السياسي.

2- القوانين الدستورية لا تنسخ ولا تلغى إلا بقوانين دستورية مماثلة

لما كانت القوانين الدستورية أسمى من القوانين العادية باعتبارها تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام فإنه لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها إلا بقوانين لها ذات المكانة ونفس الدرجة أي بقوانين دستورية مماثلة.

(1) حول النتائج المترتبة على سمو الدستور، أنظر: عثمان خليل عثمان، المبادئ الدستورية العامة، المرجع السابق، ص 36. / السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، المطبعة العالمية بالقاهرة، الطبعة للرابعة، 1949. ص 19.

ويترتب على ذلك أن القوانين العادية لا يكون بمقدورها تعديل القوانين الدستورية لأنها تقع في مرتبة أدنى منها في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة؛ فالقاعدة في هذا الخصوص أن القانون الأدنى لا يستطيع أن يعدل أو يلغي قانوناً أسمى منه (1).

3- ضرورة مطابقة القوانين للدستور وعدم تعارضها مع أحكامه

لما كانت القوانين العادية تلي القواعد الدستورية من حيث المرتبة فإنه وجب على السلطة التشريعية عندما تسن القوانين أن تقرها على مقتضى أحكام الدستور نصاً وروحاً، فإذا تجاوزت فيما تسنه من قوانين الضوابط والقيود الواردة في الدستور عد ذلك انحرافاً منها في أدائها لوظيفتها واعتبر تشريعها المخالف (2) للدستور قانوناً غير دستوري.

وإذا كانت بعض الدساتير تنص صراحة على بطلان القوانين المخالفة لأحكامه أو المتعارضة معه فإن عدم النص في الدستور على ذلك لا يؤثر في اعتبار هذه القوانين باطلة فهذا البطلان نتيجة حتمية لمبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية. خاصة إذا كان الدستور القائم يقرر تنظيمًا معينًا للرقابة على دستورية القوانين. ولاشك أن سمو الدستور وسيادته سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التشريعية وكان من غير الممكن إخضاع ما تصدره من قوانين للرقابة على دستورتها (3).

(1) من الجدير ذكره في هذا الشأن: أن قاعدة عدم جواز إلغاء قانون دستوري إلا بقانون دستوري آخر، هي من القواعد التي أوجدتها الثورة الفرنسية بقصد تأكيد مبدأ سمو الدستور وعلو قواعده وأحكامه على سائر القواعد القانونية المطبقة في الدولة غير أن الفقهاء ذهبوا بالرغم من ذلك إلى أنه إذا قامت ثورة في البلاد وتم لها النجاح. فإن الدستور القائم يسقط فوراً من تلقاء نفسه وتسخ أحكامه؛ ويفسرون ذلك بأن الشعب بقبوله الثورة التي تمت بإرادته أو بدون مقاومة منه قد أظهر إرادته في إلغاء الدستور السابق. / أنظر: السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 226.

(2) وعلى ذلك قررت محكمة القضاء الإداري المصرية " إن الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص وفيما ينطوي عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع قوانين الدولة فإذا تعارض قانون مع الدستور وجب تطبيق أحكام الدستور دون اعتداد بالقانون المخالف. / مجموعه أحكام المحكمة، السنة الثامنة، ص 409.

وهو أيضاً ما قرره المحكمة الإدارية العليا السورية بقولها "... إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في أية منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم فقامت بذلك لديها صعوبة ماثراً أي القانونين هو الأجدد بالتطبيق وجب عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتعمله وتعلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدد بالإتباع وإذا كان القانون العادي يهمل عندئذ فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من الشارع عند إصداره القوانين والقاضي عند تطبيقه إياها على حد سواء. / مجلة نقابة المحامين، دمشق، العدد 2، 1960، ص 6.

(3) أنظر: سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، "مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري"، دراسة مقارنة، د.ط، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003. ص 28.

المطلب الثالث

تجاوز مبدأ سيادة البرلمان نحو مبدأ سيادة الدستور

عندما انفصلت "السيادة" في الدولة الحديثة عن شخص الحاكم، حلت محلها فكرة "سيادة الأمة"، التي تعني أساساً أن السيادة ملك للأمة أو عموم الشعب، والذي أصبح يملك الحق في أن يحكم نفسه بنفسه، ونتيجة ذلك أعتبر القانون أسمى تعبير عن الإرادة العامة لأنه من صنع الأمة⁽¹⁾.

وتحت تأثير نظرية دولة القانون (الدولة الشرعية)⁽²⁾، التي حكمت الدولة الحديثة حتى أواسط القرن العشرين، ساد الاعتقاد بأن البرلمان المنتخب هو التعبير الأمثل عن تجسيد السيادة الشعبية، وكان من المستهجن الحديث عن تقييد سلطة البرلمان، لأن ذلك يعني انتهاك مبدأ السيادة الشعبية، ومن هذا المنطلق ظل مبدأ سيادة البرلمان ملتبسا مع مبدأ السيادة الشعبية⁽³⁾.

وفي تطور لاحق تراجعت النظرة التقديسية للبرلمان بظهور نظرية دولة القانون⁽⁴⁾ (التي جاءت بمبدأ بديل لتجسيد "السيادة الشعبية"، هو مبدأ سيادة الدستور، ومن ثم اعتبار الدستور هو التعبير الأسمى عن الإرادة العامة. فالدستور وهو نظام الدولة الأساس الذي يسن من طرف صاحب السيادة الأصيل (الشعب)، يجب أن يسمو على جميع السلطات العامة التي ينشئها ويحدد اختصاصاتها، بما فيها السلطة التشريعية التي عليها أن تلتزم الحدود والضوابط المرسومة لها بموجب قواعده، وبالتالي لا تكون لأعمالها تلك المكانة الرفيعة إلا بقدر اتفاقها مع أحكامه⁽⁵⁾.

(1) انشغل الفكر الدستوري الذي صاحب تقلبات وأزمات التحرية الدستورية في النظم الحديثة الناشئة، بتنظيم مسألة "من يملك السيادة في الدولة وكيف يباشرها"، كما المسألة المشتقة منها بالنتيجة "على أي نحو يكون القانون معبراً عن الإرادة العامة"، وأبرز الجدل الفقهي في النهاية نظريتي "سيادة الأمة" و"سيادة الشعب". / أنظر تحليل النظريتين: عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيد، دار الهدى، عين مليلة، ب.ت.ن، ص 57 وما بعدها. / طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، المرجع السابق، ص 157.

(2) يقوم نظام دولة القانون الذي انبثق من فكر الثورة الفرنسية وساد نظام الجمهورية الثالثة بشكل خاص، على خضوع الحكام (السلطة العامة) والمحكومين للقانون الذي تسنه السلطة التشريعية (البرلمان)، في حين تبقى هذه الأخيرة خارج دائرة الخضوع للقانون، فهي هيئة لا تخضع لأنها ليست مجرد سلطة عليا بل سلطة تجسد الإرادة العامة للأمة صاحبة السيادة في الدولة. أشار إليه:

Jaque Chevallier, l'Etat de droit, Montchrestien, Paris, 1992, p.31 et suiv.

(3) Dominique Rousseau, op-cit, pp 495- 496 .

(4) يقتضي نظام دولة القانون أن يسمو القانون (بالمفهوم الواسع) على الدولة، فتلزم بضمآن حقوق وحرّيات الأفراد في مواجهة جميع سلطاتها، بحيث لا يقتصر دور القانون على تنظيم سلطات الدولة أو تحديد إطار أعمالها، وبذلك تتحقق سيادة القانون عبر عنصرين، الأول شكلي ينبع من السلطة المختصة بإصداره، ويتمثل في التزام المخاطبين بأحكامه سواء كانوا من سلطات الدولة أو الأفراد. والثاني موضوعي وهو أن يكفل القانون في مضمونه احترام الحقوق والحرّيات للأفراد، وهي الحقوق اللازمة لممارسة الديمقراطية.

(5) Voir : Ibid, p.p.509-510

المبحث الثاني

مبدأ الفصل بين السلطات

مع تعدد وإتساع نشاطات الدولة زادت مسؤوليات الحاكم، الأمر الذي لم يعد معه من الممكن إبقاء مظاهر السلطة ونشاطاتها في يد حاكم واحد. بل يجب أن توزع هذه الإختصاصات والأنشطة على أجهزة وهيئات مختلفة ومتعددة لتتولى كل منها ممارسة إختصاص مميز عن غيره للقيام بالوظائف الأساسية داخل الدولة، ألا وهي الوظيفة التشريعية، والوظيفة التنفيذية، والوظيفة القضائية⁽¹⁾.

ما يحتم خضوع الدولة للقانون، والذي أصبح من المبادئ المسلم بها في وقتنا الحاضر كما بينا ذلك فيما سبق، مما يقتضي أن تخضع السلطة الحاكمة في مزاولة سلطتها للقانون، وهذا ما يساعد في بلورة وتجسيد دولة القانون لمبادئ أهمها مبدأ الفصل بين السلطات.

وباعتبار مبدأ الفصل بين السلطات ضماناً أساسية لتحقيق دولة القانون وحماية الحقوق والحريات فيها⁽²⁾، فإننا سنسعى فيما يلي إلى بيان ماهية هذا المبدأ وعلاقته ببناء وتجسيد دولة القانون ثم بيان التكريس الدستوري له، وذلك في أربعة مطالب، نعالج في المطلب الأول مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات، وفي المطلب الثاني نبحث فيه أنواع الفصل بين السلطات، وفي المطلب الثالث نلقي نظرة حول تقدير مبدأ الفصل بين السلطات وفي المطلب الرابع نبحث الفصل بين السلطات في الدستور الجزائري.

المطلب الأول

مدلول مبدأ الفصل بين السلطات

يستمد مبدأ الفصل بين السلطات أصله من الفلسفة الإغريقية، فأخذ مظهرها سياسياً أولاً، فظهر على لسان Platon و Aristot وتلقفه كل من Locke و Montesquieu و Rousseau ، فانتقل إلى الميدان التطبيقي على آثار الثورتين الفرنسية والأمريكية.

وفي هذا الصدد يرى Platon بأن وظائف الدولة يجب أن توزع بين هيئات مختلفة بالتوازن و التعادل حتى لا تنفرد هيئة واحدة بالحكم و تمس بالسلطة و الشعب⁽³⁾. في حين قام Aristote بوصف التنظيم السياسي وقال

⁽¹⁾ لقد نادى الكتاب والمفكرون السياسيون بضرورة الفصل بين الهيئات الحاكمة فصلا عضويًا، يجعل كلاً منها تمارس بطريقة استقلالية لمنعها من الإستبداد أولاً ولضمان مبدأ الشرعية ثانياً. هذا بالإضافة إلى مزايا جانبية أخرى تتحقق في هذا الفصل، وبذلك نشأ المبدأ المشهور بمبدأ الفصل بين السلطات.

⁽²⁾ Voir: Michel Miaille, op. cit p.24.

⁽³⁾ ذبيح ميلود، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة الجزائر، ص 07 .

بضرورة وجود ثلاث وظائف؛ وظيفة المداولة، وهي من اختصاص الجمعية العامة أو المجلس الذي يقضي في المسائل الهامة، وكذا وظيفة الأمر والنهي التي يقوم بها الحاكم ووظيفة القضاء التي يقوم بها القضاة⁽¹⁾.

ويعتبر Locke أول من نادى بضرورة الفصل بين السلطات في كتابه الحكومة المدنية، وإن لم يكن قد وضع لذلك نظرية كاملة، فقد قسم السلطات في الدولة إلى أربعة وظائف⁽²⁾:

- السلطة التشريعية: وتختص بالقوانين في سننها وإعطاء أهمية لها.
- السلطة التنفيذية: وهي خاضعة للسلطة الأولى وتمنح للملك.
- السلطة الإتحادية: وهي صاحبة الإختصاص في المسائل الخارجية.
- سلطة التاج: أو مجموعة الحقوق والإمتيازات الملكية.

في حين اعتبر Rousseau أن الفصل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية أمر ضروري لأن الأولى تمثل مجموع الشعب وهي تمارس السلطة بإسمه أما الثانية فهي مجرد وسيط بين الأولى والشعب الذي يراقبها ويقيلها متى يشاء، أما السلطة القضائية فهي شبيهة بالسلطة التنفيذية، لكونها مطالبة بالخضوع للقوانين، وأنه يحق للأفراد التظلم من أحكامها، ونتيجة لذلك يحق للشعب إصدار العفو عن المحكوم عليهم قضائياً⁽³⁾.

ينسب المبدأ إلى الفيلسوف الفرنسي Montesquieu، على الرغم من أنه ليس أول القائلين والمنادين به، وذلك من خلال بحثه عن المثالية السياسية عن طريق إيجاد سلطة معتدلة، حيث إستطاع أن يصوغ هذا المبدأ بطريقة جديدة، في كتابه روح القوانين، فقد أوضح أنه يوجد في كل دولة ثلاث أنواع من السلطة، وهي السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية و السلطة القضائية.

يرى Montesquieu بأن الديمقراطية (الجمهورية) تعمل على نحو أفضل في دولة ذات إقليم صغير حيث يعلم الكل بمقدار المال العام وتكون المخالفة أقل إنتشاراً، وهو محق خاصة بإنعدام آليات فعالة لمراقبة الحكومة، فمع إتساع رقعة الدولة وتشابك وظائفها أصبح من الصعب مراقبة المال العام ومدى إتزام الحكومة بالقوانين.

(1) ذبيح ميلود، المرجع السابق، ص 06.

(2) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية و القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 163.

(3) عبد الغني بسيوني عبد الله، نفس المرجع، ص 166.

لذلك أحدثت آليات دستورية لمراقبة عمل الحكام⁽¹⁾. حيث قال Montesquieu أن الحل الوحيد لإجبار هذه الحكومات على الاعتدال، ومنعها من الإنحراف هو الفصل بين السلطات، وقد برر هذا الفصل بأسباب فلسفية وتاريخية وأخرى بشرية⁽²⁾.

أخذ بعد ذلك في تفصيل المهام التي تتولاها كل سلطة من هذه السلطات الثلاث، فعن طريق السلطة الأولى يستطيع الأمير أو الحاكم صياغة القوانين لمدة محددة أو بصفة دائمة ويعدل أو يلغي القوانين النافذة، وبواسطة السلطة الثانية يستطيع إقرار السلام وإعلان الحرب، ويرسل ويستقبل السفراء ويوطد الأمن⁽³⁾.

كما يعتبر Montesquieu مبدأ الفصل بين السلطات الضمان الأساسي لتطبيق القانون تطبيقاً فعلياً والإلتزام بأحكامه على الشكل الذي يكفل حريات الأفراد وحقوقهم، فتجميع سلطة سن القوانين وتنفيذها في يد واحدة قد يؤدي إلى لإصدار قوانين تعسفية أو مجحفة وتنفيذها بطريقة تحكيمية، ولإستقلال السلطة القضائية عن باقي السلطات أثره وأهميته في تطبيق القانون، وبالتالي احترام الحقوق والحريات⁽⁴⁾.

كما يرتبط هذا المبدأ كما سبقت الإشارة إليه إرتباطاً وثيقاً بتكريس دولة القانون وحماية الحقوق والحريات فيها، فالإلتزام بالدولة بسطان القانون وتعدد السلطات فيها وتخصص كل منها بوظيفة معينة في إطار متكامل يمنع أي إستبداد أو تفرد بالحكم.

ومن ثمة فإن المقصود بمبدأ الفصل بين السلطات هو توزيع وظائف الدولة أو الحكم إلى هيئات تتولى كل منها وظيفة من الوظائف الأساسية للدولة، التشريع والتنفيذ والقضاء، وضبط العلاقات فيما بين الهيئات المخولة بالقيام بما ضبطا يسمح بممارستها ممارسة كاملة دون تداخل بينها أو في صلاحيتها⁽⁵⁾. كما أن تخصص كل

(1) د. طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، المرجع السابق، ص 581 .

(2) يمكن تلخيصها بما قاله في إحدى فقرات كتابه روح القوانين، حيث قال إن الحرية السياسية لا يمكن أن تتواجد إلا في ظل الحكومات المعتدلة، غير أنها لا توجد دائماً، إذ أنها لا تتحقق إلا عند إساءة استعمال السلطة حيث بين Montesquieu " أن من طبيعة الإنسان الميل دوماً إلى إساءة استعمال السلطة الممنوحة له، والسعي لتحقيق مصالحه الشخصية ولو على حساب المصلحة العامة. وبالتالي فإن تركيز السلطة وتجميعها في يد واحدة قد يؤدي لا محالة إلى إساءة استعمالها والتعسف فيها، وهو الأمر الذي لا يمكن تفاديه إلا بتوزيع هاته السلطة وتقسيمها على هيئات متعددة يكون لكل منها وظيفة خاصة بما، تمارسها بصفة مستقلة عن باقي السلطات الأخرى، كما يكون لكل منها الحق في الدفاع عن صلاحيتها عند تجاوزها من طرف السلطة الأخرى، بهذا نضمن عدم تجاوز سلطة لاختصاصات سلطة أخرى، وقد عبر عن ذلك بقوله " السلطة توقف السلطة". ولكن التجربة الأبدية أثبتت أن كل إنسان يتمتع بسلطة لا بد أن يسيء استعمالها إلى أن يجد الحدود التي توقفه، فالفضيلة في حد ذاتها في حاجة إلى حدود، ولكي لا يمكن إساءة استعمال السلطة فإنه يتوجب أن يكون النظام قائماً على أساس أن السلطة تحد السلطة./ أنظر في هذا المعنى: عبد الغني بسيوني، النظم السياسية النظرية العامة للدولة، المرجع السابق، ص. 164-165 . / سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1980، ص 159.

(3) فريد علواش ونبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2006، ص.ص 227-228.

(4) محمد كامل ليلة، النظم السياسية -الدولة والحكومة-، المرجع السابق، ص 288.

(5) راجع: د. ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 308.

سلطة بوظيفة محددة في الدولة لا يعني استقلالها المطلق عن باقي السلطات بل ينصرف مضمون مبدأ الفصل بين السلطات إلى صلاحية كل سلطة في مراقبة الأخرى⁽¹⁾.

ويقصد به أيضا، أن توجد سلطة تتولى وظيفة التشريع⁽²⁾؛ وسلطة تتولى وظيفة التنفيذ؛ وسلطة تتولى وظيفة القضاء. كما تستقل كل سلطة بجهازها الخاص، ولا يجب أن تتداخل إختصاصات تلك الأجهزة. وعليه تستطيع السلطة أن توقف السلطة، وهنا يكون الفصل بين السلطات ضمانا أساسية لخضوع الدولة للقانون، بعكس ما لو تركزت كل السلطات في يد واحدة⁽³⁾.

إن الفصل بين السلطات هو فصلا عضويا، بمعنى تخصيص عضو مستقل لكل وظيفة من وظائف الدولة، وقد يكون الفصل مرنا بين السلطات يؤدي إلى قيام التعاون بينها، حيث يسمح بممارسة سلطة إختصاص سلطة أخرى بشرط التقيد بأحكام الدستور، أو قيام عرف دستوري يسمح بذلك، والمثال على ذلك قيام السلطة التنفيذية بوظيفة التشريع بإصدارها للتشريع الفرعي، بالرغم من أن السلطة التشريعية هي صاحبة الولاية العامة والاختصاص الأصلي بالتشريع، وكذلك يؤدي إضافة للتعاون بين هذه السلطات إلى قيام رقابة متبادلة فيما بينها، وهي الرقابة السياسية والرقابة القضائية⁽⁴⁾.

كما أن إستقلال كل سلطة لا يسمح بتداخل الأجهزة وإندماجها في بعضها، فإذا تحقق هذا الفصل في الإختصاصات والإستقلال في الأجهزة فإن كل سلطة منها ستوقف السلطة الأخرى إذا ما حاولت الإعتداء على إختصاصاتها أو تجاوز حدودها، وبذلك يمثل مبدأ الفصل بين السلطات ضمانا أساسية لقيام دولة القانون، فإستفراد سلطة واحدة بكافة شؤون الدولة ووظائفها سيقود إلى الإستبداد وينتهي الأمر بإساءة استعمال السلطات⁽⁵⁾.

(1) سعيد سيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ ودار النشر. ص 19.

(2) النواب يمثلون إرادة الشعب وتمثل الحكومة سلطته تتمثل هذه الإرادة في سن القانون وهي تعود للشعب فقط، أما السلطة فهي تطبيق القانون ولا تعود لطبيعتها للشعب لأنها تعمل وفقا لتصرفات فردية فالهيئة التشريعية هي الروح التي تعطي الشكل والوحدة للدولة وهذا لأنها تعبر عن الإرادة العامة التي تعتبر أصيلة، واحدة، لا يتنازل عنها.

(3) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 76.

(4) ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 310.

(5) ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، دط، 2007. ص 8.

وعلى هذا الأساس يجمع فقهاء القانون الدستوري⁽¹⁾ على تقسيمها إلى ثلاث سلطات⁽²⁾:

- السلطة التشريعية: سن القوانين الملائمة لإدارة الشعب، وتأخذ هاته التشريعات والقوانين طابعا عاما ومجردا يخضع له الجميع دون تمييز.
- السلطة التنفيذية: تنفيذ القوانين والنظم الموجودة، وتعمل على التطبيق الجيد لها وعدم انتهاكها، ولها في ذلك إصدار ما تراه مناسبا من تنظيمات وقرارات إدارية في سبيل ذلك.
- السلطة القضائية: الفصل في المنازعات التي تعرض عليها والقضايا المتعلقة بحرق القانون، كما تقوم بإصدار الأحكام العقابية والجزاء المترتبة عن هذه الخروقات طبقا للقانون، وبالمقابل حماية المتضررين من الإعتداءات التي تلتحق بهم وتمكينهم من حقوقهم المسلوبة منهم وردها.

المطلب الثاني

أنواع الفصل بين السلطات

عرف مبدأ الفصل بين السلطات تطبيقاته الحديثة في العديد من دساتير دول العالم ولحقته تغيرات متعلقة أساسا بمضمون المبدأ وخصائصه، حيث انتقل المبدأ من فكرة الفصل المطلق للسلطات إلى فكرة الفصل المرن، وضرورة وجود نوع من التعاون بين السلطات كما عرف المبدأ العديد من التطورات من حيث طبيعة كل سلطة وتقسيماتها الوظيفية⁽³⁾.

وعلى ضوء مبدأ الفصل بين السلطات جرى الفقه الدستوري إلى التمييز بين أنواع الأنظمة السياسية المعاصرة، بحيث يكون هذا الفصل من المرونة التي تسمح بالتعاون المتبادل بين السلطات نكون في صدد نظام برلماني، وحيث يتم الفصل بين هذه السلطات بالجمود والمغالاة نكون بصدد نظام رئاسي، أما النظام المجلسي، أو

⁽¹⁾ Esmein, Duguit, Carré De Malberg, Aude Bolet Consignons, La Notion de Séparation des Pouvoirs dans les Travaux Préparatoires de la Constitution de 1958, L.G.D.J, Paris, 1993, p 10.

⁽²⁾ إن الغاية الأساسية من فصل السلطات هي تفادي إساءة استخدام السلطة، وحماية حقوق المواطنين وحرمانهم، ومنع تركيزها في يد واحدة على نحو يهدد حريات الأفراد ويعرض حقوقهم للخطر. وقد عبر Madison عن هذا الفهم بوضوح في كتابه "الفدراليست" حيث يقول "إن تجمع السلطات كلها، التشريعية والتنفيذية والقضائية في يد واحدة، سواء كانت تلك اليد هي يد حاكم فرد أو مجموعة من الحكام، وسواء وصل أولئك الحكام إلى مناصبهم بالوراثة أو الانتخابات أو يفرض أنفسهم على المجموع، هذا التجمع الخطير هو أخص خصائص الاستبداد، بل هو الاستبداد بعينه. / أنظر: حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2006. ص36 وما يليها .

⁽³⁾ Thémis Locle Tsatsos, Quelques Notes Sur les Transformations du Principe de la Séparation des Pouvoirs, Recueil des Travaux Publiées par la Faculté des Droits, Université de Lausanne 1968, p.557.

حكومة الجمعية، فهو صورة يتنكر فيها النظام لمبدأ الفصل بين السلطات، ويذهب بدلا من ذلك إلى إدماجها وتركيزها في يد الهيئة التشريعية⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول الفصل التام بين السلطات، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث الفصل المرن بين السلطات، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

الفصل التام بين السلطات⁽²⁾

سادت هذه الفكرة في الحقبة التي أعقبت الثورة الفرنسية مباشرة، فقد فهم رجال تلك الثورة ومن عاصروهم من الفقهاء مبدأ الفصل بين السلطات على أنه فصل جامد ومطلق، أي أن كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث يجب أن تباشر اختصاصاتها استقلالاً عن باقي السلطات.

وقد استندوا في تفسيرهم إلى أن الأمة صاحبة السيادة تملك ثلاث سلطات، وكل سلطة تمثل جزءاً منفصلاً ومستقلاً من أجزاء السيادة التي تملكها، وعندما تختار الأمة ممثلها فإنها تفوض كلا من هذه السلطات إلى هيئة عامة مستقلة ومتخصصة، فتفوض إحدى هذه الهيئات الأمة في ممارسة السلطة التشريعية، والأخرى في ممارسة السلطة التنفيذية، والثالثة في ممارسة السلطة القضائية؛ وهذه الوظائف الثلاث ليست مجرد اختصاصات مختلفة تصدر عن سلطة واحدة، ولكنها سلطات مستقلة تعبر كل منها عن جانب من جوانب السيادة، وتمارس نشاطاً متميزاً ومستقلاً.

ويترتب على ذلك، قيام فصل مطلق بينها، وحصر كل سلطة منها في نوع معين من النشاط، وعليه، ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن مبدأ الفصل بين السلطات يقوم على قاعدتين تكمل إحداهما الأخرى، فهو يقوم أولاً على قاعدة التخصيص الوظيفي، فتعدد الهيئات العامة بقدر تعدد سلطات الدولة، وتختص كل منها بأعمال سلطة معينة من هذه السلطات، ويقوم ثانياً على قاعدة الاستقلال العضوي، فتعد كل هيئة من هذه الهيئات مساوية لغيرها ومستقلة عنها، ولا يجوز أن تتدخل إحداهما في أعمال الأخرى⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس؛ تذهب أغلب أنظمة الحكم الرئاسية غالباً إلى تبني نظام الفصل التام -الجامد-، وذلك من خلال إستقلال كل سلطة في أداء وظيفتها عن السلطات الأخرى. إذ يعد مجال التداخل في الصلاحيات

(1) راجع: د. ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 307.

(2) أنظر: حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 13.

(3) خليل هيكل، بناء وتنظيم الدولة في الأنظمة المعاصرة والنظام الإسلامي، دار النهضة، القاهرة 1999. ص 188.

بينها محدودا جدا، بحيث تمارس كل سلطة مهامها ووظائفها وفق ما هو محدد لها دستوريا ودون أن تشترك معها أو تتداخل فيما بينها.

عمليا يتجسد الفصل المطلق للسلطات في النظم الرئاسية في مظهر إستقلال كل سلطة بوظائفها وعدم إرتباط أي سلطة بالأخرى سواء من حيث تشكيلها أو سيرها أو صلاحيتها، وذلك على النحو الآتي بيانه:

أولا: إستقلال السلطة التشريعية

تتمتع السلطة التشريعية وفقا لمبدأ الفصل المطلق للسلطات بالاستقلالية وعدم الارتباط مع باقي السلطات الأخرى، وذلك في كل ما يتعلق بتشكيلها وسير عملها واختصاصاتها⁽¹⁾. إذ يختار أعضاء السلطة التشريعية عن طريق الاقتراع المباشر الحر، دون إشراف من السلطة التنفيذية، كما يمارس البرلمان وظيفة التشريع كاختصاص أصلي لا تشاركه فيه أي جهة أخرى.

فلا يحق في نظام الفصل المطلق للسلطات لرئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة التدخل في عملية صنع القانون سواء من خلال إصدار الأوامر والمراسيم أو من خلال اقتراح مشاريع القوانين وعرضها على البرلمان. كما لا يمكن لأي جهة خارج السلطة التشريعية من التدخل في سير عمل البرلمان وتنظيمه، فلا يحق لسلطة التنفيذ دعوة البرلمان للانعقاد أو تأجيل دوراته كما هو الحال في نظام الفصل المرن للسلطات.

ثانيا: إستقلال السلطة التنفيذية

تمارس السلطة التنفيذية مهامها في نظام الفصل المطلق للسلطات بشكل مستقل عن أي تدخل في صلاحياتها وإختصاصاتها، ودون أي رقابة على أعمالها. فرئيس الجمهورية هو في الغالب المخول بتسيير شؤون السلطة التنفيذية، وله في ذلك صلاحية تعيين الوزراء أو كتاب الدولة وكبار الموظفين، كما له جميع الصلاحيات في تسيير الشؤون العامة ووضع السياسات والخطط التنفيذية في جميع الحالات.

ثالثا: إستقلال السلطة القضائية

تتمتع السلطة القضائية بالحصانة التامة وتستقل في أداء وظيفتها عن باقي السلطات الأخرى، سواء من حيث تعيينها أو أداء مهامها، إذ تعتمد أغلب نظم الفصل المطلق للسلطات على انتخاب القضاة عن طريق الإقتراع العام المباشر، ويتميزون بعدم تبعيتهم لأي جهة غير السلطة القضائية⁽²⁾.

(1) إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري - تحليل النظام الدستوري المصري -، دار المعارف، الإسكندرية، د ت ن. ص 276.

(2) سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1986. ص 09.

كما تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أبرز نموذج للفصل المطلق للسلطات، إذ يعين قضاة الولايات عن طريق الإقتراع العام المباشر بخلاف القضاة الفيدراليين الذين يعينون بالإشتراك بين الجهات القضائية ورئيس الجمهورية.

الفرع الثاني

الفصل المرن للسلطات

تقوم فكرة الفصل النسبي أو المرن بين السلطات العامة على أساس أن سلطة الدولة تمثل وحدة لا تتجزأ، غير أن لها ثلاثة وظائف تتمثل في الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية، ويجب أن توزع على هيئات ثلاث، بحيث تكون هناك هيئة تختص بممارسة التشريع، وهيئة تختص بممارسة أمور التنفيذ، وهيئة تباشر الوظيفة القضائية؛ غير أن تلك الهيئات عندما تباشر تلك الوظائف لا تباشرها، باعتبارها سلطات منفصلة يمثل كل منها جانب من جوانب السيادة، بل باعتبارها مجموعة من الاختصاصات تصدر من سلطة موحدة هي سلطة الدولة، وهذه الاختصاصات لا يمكن الفصل بينها فصلا مطلقا لسببين:

- السبب الأول: أن هذه الاختصاصات جميعا تمارس لأجل تحقيق المصلحة العامة، وبناء عليه فإنه يجب أن يقوم تعاون وتنسيق بين الهيئات التي تباشرها، وذلك لأجل تحقيق تلك الغاية.

- السبب الثاني: مفاده أن هذه الاختصاصات، يتداخل بعضها مع البعض الآخر لدرجة لا تسمح بالفصل بينها فصلا مطلقا، وعليه يجب أن تكون هناك درجة معينة من المشاركة في ممارستها بين الهيئات العامة المختلفة، شريطة ألا تؤدي تلك المشاركة إلى إلغاء الفواصل القائمة بينها، أو تركيز السلطة في يد واحدة منها⁽¹⁾.

وقد ذهب معظم فقهاء القانون العام إلى أن المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذي قصده Montesquieu يتمثل في الفصل المتوازن بين السلطات العامة الثلاث في الدولة، مع قيام قدر من التعاون فيما بينها لتنفيذ وظائفها في توافق وانسجام، ووجود رقابة متبادلة بينها لضمان وقوف كل سلطة عند حدودها دون أن تتجاوزها أو تعتدي على سلطة أخرى⁽²⁾؛ في محاولة لإيجاد حل ما لنقيضين هما السلطة والحرية؛ وذلك كما أشرنا سابقا في معرض الحديث حول أفكاره بشأن الفصل بين السلطات.

وتأسيسا على ما سبق؛ فإن الفصل المرن هو الفصل المتوازن في توزيع الصلاحيات مع قيام قدر من التعاون بين سلطات الدولة الثلاث، لتنفيذ وظائفها في توافق وانسجام بشكل يجد من هيمنة أي منها على الشأن العام،

(1) حسن البحري، المرجع السابق، ص 43.

(2) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية وأسس التنظيم السياسي، المرجع السابق، ص 197.

وذلك على عكس الفصل المطلق الذي يجعل من كل هيئة سلطة منعزلة تماما عن باقي السلطات، فتمارس إختصاصاتها بطريقة مستقلة قد تمكنها من إساءة إستعمالها، لأن السلطة المستقلة لا تجد أمامها عائقا يمنعها من الإستبداد.

فالسلاطات الأخرى لا تستطيع أن تتدخل في ممارستها لإختصاصاتها، وبالتالي لا تستطيع أن تحول بينها وبين ممارسة التعسف، ومن ثم، عوضا أن يكون الفصل المطلق ضمانا ضد التحكم والإستبداد، فإنه يهيئ الفرصة للتحكم والإستبداد، إلا أن هذه مجرد إدعاءات فقد ينجح تطبيقه بمفهومه الجامد في بعض الأماكن والأزمان، ويؤدي إلى إقامة نظام سياسي تصان فيه الحقوق والحريات، مثل الولايات المتحدة الأمريكية.

ومن هذا المنطلق؛ يجد هذا المبدأ تطبيقه العملي في الأنظمة البرلمانية⁽¹⁾ القائمة على وجود نوع من المرونة وعدم الاستقلالية التامة لكل سلطة عن السلطة الأخرى، ومن أمثلة ذلك ما جاء به الدستور الفرنسي لسنة 1958 والذي أكد على تكريس مبدأ الفصل بين السلطات على أساس من التعاون بينها، ووجود نوع من الاشتراك أو التداخل في الإختصاصات.

حيث تعطى لكل سلطة من السلطات بعض صلاحيات أو إختصاصات سلطة أخرى، ويظهر ذلك خصوصا بالنسبة للسلطة التنفيذية التي أصبحت تتمتع ببعض إختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية، كما يوجد هذا الشكل في العديد من دساتير الدول ذات الأنظمة البرلمانية كالدستور المصري لسنة 1971، والدستور الجزائري لسنة 1989 المعدل.

أولا: التعاون بين السلطات

في هذه الحالة يقوم الفصل بين السلطات على أساس وجود نوع من التعاون والتداخل في ممارسة الصلاحيات بين سلطات الدولة، وبالأخص السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتأثير كل سلطة على الأخرى بشكل متوازن⁽²⁾، وذلك من خلال اشتراكهما في أداء وظائف أو صلاحيات هي في الأصل من إختصاص إحدى السلطتين دون الأخرى⁽³⁾.

⁽¹⁾ Michel Fromont, Les Mythes du Droit Public Français, Séparation des Pouvoirs et Etat de Droit, Utopies entre Droit et Politique, Etude en Hommage à Claude Cour voisin, Université de Lyon, Collection Société 2005, p.293.

⁽²⁾ Ibid, p. 294

⁽³⁾ كما يتجسد هذا التعاون من خلال ما تسمح به بعض النظم من الجمع بين عضوية البرلمان والوزارة، حيث يكون للوزراء باعتبارهم أعضاء في البرلمان الحق في حضور جلساته والمشاركة في المناقشات العامة والدفاع عن سياسة الوزارة والجهاز التنفيذي عموما.

فإذا كان التشريع وسن القوانين اختصاص أصلي لسلطة التشريع، فإن السلطة التنفيذية تساهم في بعض النظم البرلمانية وبشكل كبير في عملية التشريع من خلال قيامها باقتراح مشاريع قوانين، وإصدارها لأوامر⁽¹⁾ ومراسيم تشريعية تدخل ضمن نطاق التشريع العام في الدولة.

كما تعطي بعض الدساتير لرئيس الجمهورية حق التشريع في بعض الحالات المحددة دستوريا⁽²⁾، بالإضافة إلى تمتع رئيس الجمهورية في بعض النظم بصلاحيات تعيين أعضاء البرلمان⁽³⁾. كما أن هذه الحالة تقتضي حضور أعضاء الحكومة لجلسات البرلمان والاشتراك في مناقشات اللجان البرلمانية المختلفة، وشرح سياسة الحكومة بصدد الموضوعات المطروحة، مما يمثل مظهرا هاما للاتصال و التعاون بين السلطتين بالمقابل قد تقوم الهيئة التشريعية والمثلة غالبا في البرلمان بممارسة بعض مهام السلطة التنفيذية عن طريق إصدار قرارات فردية تعد من قبيل اختصاص السلطة التنفيذية⁽⁴⁾.

بهذا يتجسد الفصل المرن للسلطات من الناحية العملية في مظاهر التداخل الموجودة بين كل سلطة وأخرى وخصوصا بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك من خلال مظاهر التعاون بين السلطتين من جهة والرقابة المتبادلة من جهة ثانية.

ثانيا: الرقابة المتبادلة بين السلطات

تشكل عملية الرقابة المتبادلة بين السلطات الثلاث، مظهرا من مظاهر الفصل المرن للسلطات في النظم البرلمانية، حيث تمارس هذه الرقابة من خلال ما يمنح لكل سلطة من آليات وصلاحيات تحول لها مراقبة عمل السلطة الأخرى وتوجيهه وفقا لما تحدده القواعد الدستورية والقوانين المنظمة لهاته السلطات.

حيث تمتلك السلطة التشريعية صلاحية مراقبة عمل الحكومة من خلال مجموعة من الآليات التي تمكن البرلمان من التدقيق في عمل الجهاز التنفيذي وبيان مدى تحقيقه للأهداف والسياسات العامة المتفق عليها، إذ يمتلك البرلمان صلاحية استجواب أعضاء الحكومة ومساءلتهم بخصوص مهامهم واختصاصاتهم، كما للبرلمان مباشرة تحقيقات حول عمل الوزارات والجهاز التنفيذي⁽⁵⁾.

(1) Mohamed Boussoumah, La parenthèse des Pouvoirs Publics Constitutionnels de 1992 à 1998, OPU, Alger, 2005., P.P.175 et 322.

(2) مثل الدستور الجزائري لسنة 2016 حين أعطى صلاحية التشريع بالأوامر والمراسيم في المادتين /142/ و /107/ منه.

(3) ومثال ذلك صلاحية رئيس الجمهورية في تعيين ثلث أعضاء مجلس الأمة أو ما يعرف بالثلث الرئاسي، وذلك وفقا لأحكام المادة /118/ من الدستور الجزائري.

(4) سعيد سيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ ودار النشر. ص 41.

(5) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1976. ص 13.

وذلك عن طريق تشكيل لجان تحقيق برلمانية وقد يتخذ البرلمان إجراءات معينة لا يكون لها الصفة التشريعية كالموافقة على الميزانية العامة للدولة، ما عدا القسم الخاص بها، بفرض الضرائب وإلغائها الذي لا يكون إلا بالقانون وكذلك تفويض الحكومة في اتخاذ أعمال محددة مثل تفويضها في عقد قرض مالي. وقد تصل عملية المراقبة التي تباشرها السلطة التشريعية إلى حدود صلاحيتها في سحب الثقة⁽¹⁾ من الحكومة وطلب تشكيل حكومة أخرى⁽²⁾.

وبموازاة ذلك فإن للسلطة التنفيذية بالمقابل صلاحية مراقبة عمل البرلمان وتوجيهه، وهي الرقابة التي يرى البعض أنها قد تكون سابقة لتشكيل البرلمان، من خلال ما تلعبه السلطة التنفيذية من دور في تحديد الدوائر الانتخابية وتقسيم عدد مقاعد البرلمان وفقها، وكذا الإشراف على عملية الانتخابات البرلمانية أو التشريعية من البداية و إلى غاية انتهائها.

بالإضافة إلى ما تملكه السلطة التنفيذية في مواجهة البرلمان المشكل، كتمتعها بحق دعوة البرلمان للانعتاد أو تأجيل دوراته وفقا لما يحدده القانون. أما أخطر صور الرقابة أو التأثير الذي تمارسه السلطة التنفيذية على البرلمان، فهو ممارستها في بعض النظم لحق حل البرلمان والدعوة إلى انتخابات تشريعية جديدة.

وبخصوص السلطة القضائية، فإذا كانت علاقة التعاون بينها وبين باقي السلطات لا تظهر بنفس مستوى التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإن دورها في رقابة باقي السلطات وفقا لمبدأ الفصل المرن يعد دورا بارزا وبالأخص في رقابة أعمال السلطة التنفيذية من خلال تصديها لمراقبة أعمال الإدارة العامة وفحص مدى مشروعيتها قراراتها وأعمالها المادية والحكم بإبطالها إذا ما تبين مخالفتها للقانون أو عدم مشروعيتها.

وبعكس السلطة التنفيذية فإن رقابة السلطة القضائية على الهيئة التشريعية يعد محدودا نوعا ما، ماعدا النظم المكرسة لمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين والتي يكون للهيئات القضائية فيها صلاحية مراقبة ما تصدره السلطة التشريعية من قوانين والتأكد من دستورتها وعدم مخالفتها للدستور وفقا لما يقتضيه مبدأ سمو الدستور وقاعدة تدرج القواعد القانونية.

وهكذا أيد معظم رجال الفقه مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره ضرورة لمنع الاستبداد وضمان للحقوق والحريات وسيادة القانون، ووسيلة فعالة لكفالة احترام القوانين وتطبيقها تطبيقا عادلا وسليما⁽³⁾.

(1) إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية و القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 290 .

(2) محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دار الفكر العربي، طبعة 01، ص 371.

(3) حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 36 وما بعدها.

ومع أن مبدأ الفصل بين السلطات، يشكل ضماناً هامة وفعالة لخضوع الدولة للقانون وهذا هو الرأي الغالب، إلا أن عدم الأخذ بالمبدأ لا يعني عدم قيام دولة القانون كما يرى البعض الآخر من الفقهاء "فخضوع الدولة للقانون" يتم بمجرد احترام الهيئات الحاكمة لقواعد اختصاصها، وعدم خروجها على حدود سلطاتها، الأمر الذي يمكن أن يحدث دون الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾.

وبالرغم من ذلك يرى الباحث أن فصل السلطات ما هو إلا ضمانات من بين الضمانات الأخرى لإجبار السلطة على احترام قواعد اختصاصها وعدم الخروج عنها.

المطلب الثالث

تقدير مبدأ

الفصل بين السلطات

أولاً: الانتقادات الموجبة لمبدأ الفصل بين السلطات

لقد وجهت إلى مبدأ الفصل بين السلطات انتقادات تدور حول استحالة تطبيقه من ناحية، وأنه وهمي من ناحية ثانية ويتنافى مع مبدأ وحدة الدولة من ناحية ثالثة. غير أن هناك عدداً من الإشكاليات لعل أهمها:

- عدم قدرة النظام السياسي عادة على ضمان ممارسة آليات الرقابة والمساءلة المتبادلة والفعالة بغض النظر عما جاء في النصوص القانونية أو في التطبيق من قبل السلطات الثلاث، أو فيما بينها؛ فالنظام البرلماني يضع أسس واضحة للعلاقة بين السلطات وآليات الرقابة المتبادلة بينها، وكذلك الحال بالنسبة للنظام الرئاسي، حيث أن الصلاحيات الخاصة بكل سلطة وآليات الرقابة والمساءلة بينها واضحة ومحددة.

أما النظام المختلط الذي يجمع بين بعض أسس النظام الرئاسي وبعض أسس النظام البرلماني لا يساعد في بناء نظام مساءلة فعال، خاصة إذا كان النظام ناشئاً وغير مكتمل.

- غياب التوازن في توزيع الصلاحيات بين السلطات في النظام السياسي، حيث تهيمن السلطة التنفيذية بشقيها (الرئاسة والحكومة) على السلطتين التشريعية والقضائية وفقاً للنصوص القانونية أو بسبب التطبيق على حد سواء.

(1) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 182.

- حتمية الصراع بين السلطات الثلاث، فالغموض في النصوص وعدم الوضوح في توزيع الصلاحيات يسهم بشكل ملحوظ في تحول الصراع على الصلاحيات داخل السلطات الثلاث وفيما بينها إلى صراع حقيقي في الأمد الطويل.

وعليه فإن الكثير من المفكرين يرون ضرورة مراجعة طبيعة النظام السياسي المختلط، ليس فقط للتأكد من تضمين آليات المساءلة ومبادئ الشفافية بما يخلق بيئة تساعد على التصدي للفساد، وإنما أيضا لضمان استقرار النظام السياسي.

ثانياً: مبررات الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات

أيد معظم رجال الفقه مبدأ الفصل بين السلطات ودافعوا عنه، باعتباره ضرورة لمنع الاستبداد وضمان الحقوق والحريات وسيادة القانون، فضلا عن أنه يحقق للهيئات المنفصلة أسباب التخصص والخبرة والإجادة وعلى ذلك، فإن المبررات التي أدت إلى الأخذ بهذا المبدأ وتطبيقه تتلخص فيما يلي:

1 - منع الاستبداد وحماية الحريات

يؤدي تجميع السلطات في يد واحدة إلى إساءة استعمالها⁽¹⁾، وذلك لأن طبيعة النفس البشرية تبحر إلى الاستبداد إذا إستأثرت بالسلطة⁽²⁾ لهذا يقول Montesquieu "لقد أثبتت التجارب الأبدية أن كل إنسان يتمتع بسلطة يسيء إستعمالها. إذ يتمادى في هذا الإستعمال حتى يجد حدودا توقفه. إن الفضيلة نفسها بحاجة إلى حدود، وللوصول إلى عدم إساءة استعمال السلطة يجب أن يكون النظام قائما على أساس أن السلطة تحد السلطة".

2- تأكيد مبدأ المشروعية في الدولة

مبدأ المشروعية يقتضي خضوع الحاكم والمحكوم لسلطان القانون. فالسلطة بهذا المعنى تخضع للقانون⁽³⁾ الذي ينظمها ويرسم حدود عملها ويقرر بطلان تصرفاتها، إذا ما خالفته، أو خرجت عن قواعده. وبالتالي فالأجهزة العامة في الدولة طبقا لهذا المفهوم تبقى خاضعة للرقابة أي كانت صورها وطبيعتها⁽⁴⁾.

(1) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 19.

(2) يقول أحد السياسيين البريطانيين وهو اللورد آكتون Acton Lord أن السلطة مفسدة والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة. / أنظر في هذا المعنى: د. محسن خليل، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 283.

(3) وقد أوضح Montesquieu الصلة بين الحرية وبين صفة الشرعية في الدولة، وذلك على أساس أن وجود هذه مرهون بصيانة تلك. وبيان ذلك، أنه إذا جمع التشريع والتنفيذ بيد واحدة زالت عن القانون صفته الأساسية، وهي كونها قواعد عامة مجردة توضع للمستقبل دونما نظر إلى الحالات الخاصة التي قد تؤثر في حيادها وعموميتها، هذه الصفة في القانون لا تتحقق إن كان المنفذ في نفس الوقت مشرعا، إذ يستطيع أن يعدل القانون في لحظة تنفيذه على الحالات الفردية، ويخشى بصدها الجور أو المحاباة، وبهذا تنتفي عن القانون عمومته وحياده، وتنتفي عن الدولة تبعا لذلك صفة حكم القانون بمعناه الصحيح، ليسودها حكم الجور والأهواء، فيضع المشرع قوانين جائرة، وينفذها هو نفسه تنفيذا جائرا كذلك ذبيح ميلود، المرجع السابق، ص 11.

3- تحقيق الفوائد المترتبة على مبدأ تقسيم العمل

يتفق مبدأ الفصل بين السلطات مع مبدأ إداري مهم، ويعتبر تطبيقا سليما له، ألا وهو "مبدأ التخصص وتقسيم العمل"⁽²⁾، يؤدي هذا المبدأ إلى توزيع وظائف الدولة الثلاث على هيئات أو سلطات ثلاث، فتمارس الأولى وظيفة التشريع، والثانية وظيفة التنفيذ، في حين أن السلطة الثالثة تمارس وظيفة القضاء؛ وتقسيم الوظائف على هذا النحو يؤدي إلى تخصص كل سلطة من هذه السلطات بالمهام الموكلة إليها. وهذا يتفق ومبدأ التخصص في العمل الذي يحقق الإجدادة والإتقان .

و مع ما تقدم بيانه فإن مبدأ الفصل بين السلطات يبقى من أهم مقومات دولة القانون وضمانة هامة من ضمانات الحقوق والحريات.

المطلب الرابع

الفصل بين السلطات

في الدستور الجزائري

إذا كانت دول الديمقراطيات الغربية قد اختلفت بشأن تطبيق نظرية الفصل بين السلطات بإعتمادها الفصل الصارم من بعضها والفصل المرن من بعضها الآخر، فإن الوضع في الجزائر مختلف وهو وضع غير مستقر في مختلف دساتير الجمهورية.

فقد قام النظام الدستوري بعد استقلال الجزائر⁽³⁾ في 1962/07/05 - المجد والخلود لشهداء الجزائر الأبرار - على أساس عدم الفصل بين السلطات، لكون المؤسس الدستوري أنداك رأى فيه تجزئة للسيادة الوطنية، كما كان يعتقد أن النظامين الرئاسي والبرلماني لن يضمننا الاستقرار، إذ لا يمكن ضمانه بطريقة فعالة إلا بالنظام القائم على قاعدة تغلب الشعب صاحب السيادة والحزب الواحد⁽⁴⁾.

(1) = راجع: د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، مرجع سابق، ص 473.

(2) وإذا كان ذلك المبدأ يطبق في كافة المشروعات العامة والخاصة على حد سواء، ويعتبر شرطا أساسيا من شروط نجاحها، فإنه من باب أولى واجب التطبيق على الدولة، باعتبارها أكبر الأنشطة حجما، وأكثرها أهمية، وأشدّها تنوعا، وبالتالي أحوجها إلى التخصص وتقسيم العمل.

(3) بعد استرجاع الشعب الجزائري لسيادته تولت قيادة الحزب إعداد أول وثيقة دستورية للجمهورية الجزائرية، غير أنه في الأصل تعود صلاحية تحضيرها بحكم المؤسس الدستوري للمجلس الوطني التأسيسي، غير أنه أوكل تحضير الوثيقة إلى ندوة الإطارات ووافق عليها البرلمان في شكل قانون عرض عليه ثم عرض على الشعب لإقرارها، وتأسيسا على ذلك تحول نظام الحزب الواحد عن طريق "الاستفتاء الشعبي" إلى مبدأ دستوري. / عبد الله بوقفة، الوجيز في القانون الدستوري، نشأة. فقها. تشريعا، دراسة تحليلية نظرية وتطبيقية، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2010. ص 15.

(4) فريد علوش، نبيل قرقور، المرجع السابق، ص 231.

فرئيس الجمهورية هو في ذات الوقت رئيس الحكومة وهو الأمين العام للحزب، وعليه أصبح يجسد وحدة القيادة للحزب والأمة، وقد ترتب عن وحدوية القيادة للحزب والدولة خضوع جميع مؤسسات الدولة لإدارة الشخص المنفرد بالسلطة مما أثر سلبا على عمل الحزب والدولة، لأن الهيئات في هذه الحالة أصبحت مقيدة. فالدستور وإن كان ظاهريا أخذ بالفصل بين السلطات وذلك باعتباره، نص على السلطة التشريعية في المواد من 27/ إلى 38/، وعلى السلطة التنفيذية في المواد من 39/ إلى 59/، وعلى السلطة القضائية في المواد من 60/ إلى 62/، إلا أنه في حقيقة الأمر لم يعتمد الفصل بين السلطات.

أما دستور 1976 ضمن بابه الثاني، السلطة وتنظيمها، واعتبر السلط وظائف، حيث نص على كلا من الوظيفة السياسية في المواد من 94/ إلى 103/ وعلى الوظيفة التنفيذية في المواد من 104/ إلى 125/ وعلى الوظيفة التشريعية في المواد من 126/ إلى 163/ وعلى الوظيفة القضائية في المواد من 164/ إلى 182/. فقد أطلق تسمية الوظيفة وليس السلطة، أما ممارسة السلطة السياسية وتوزيعها بين أجهزة ومؤسسات الدولة المختلفة، فإنها تقوم على سيادة مؤسسة واحدة على مؤسسات الدولة الأخرى، وتمثل في شخص رئيس الجمهورية بوصفه المؤسسة التي تتحقق وحدة الدولة⁽¹⁾ ووحدة السلطة ووحدة القيادة⁽²⁾.

وبعد ذلك؛ عرفت الجزائر تحولات عميقة على نظامها السياسي، هذه التطورات بدأت بإرساء دستور 1989 الذي أقر التعددية الحزبية بعد التخلي عن نظام الحزب الواحد وإعادة توزيع وظائف الدولة المختلفة⁽³⁾، حيث تضمن في بابه الثاني تحت عنوان تنظيم السلطات، السلطة التنفيذية في المواد من 67/ إلى 91/ والسلطة التشريعية في المواد من 92/ إلى 128/ والسلطة القضائية في المواد من 129/ إلى 148/، كما أكد على ذلك من خلال ما أورده في المادة 129/ على أن السلطة القضائية مستقلة.

(1) النظام الدستوري الجزائري يقوم على فكرة التقسيم الوظيفي للسلطة في ظل وحدة القيادة، وهي فكرة لا ينتج عنها فصل للسلطات بل تساعد على عدم تفتت السلطة وإساءة تنظيمها وتوزيعها بين أجهزة مختلفة والمرج بين المركزية واللامركزية بمفهوم القانون الإداري، ولكن ذلك لا يفقد رئيس الجمهورية بوصفه المؤسسة الأساسية في النظام صلاحيات الحلول محل المؤسسات الأخرى في الدولة كلما ارتأى ذلك ضروريا، وحتى إن لم يحل محلها مباشرة فإنه يبقى الجهاز المكمل لها في أداء وظيفتها، فبدونه تكون غير قادرة على أداء مهامها فريد علوش، نبيل قرقور المرجع السابق، ص. 234.

(2) صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010. ص 103 وما بعدها.

(3) أنظر: أ.د. سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1990.

والملاحظ على دستور 1989 أنه ورغم عدم نصه صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أنه يفهم من خلال نصوصه أن المؤسس الدستوري أخذ به⁽¹⁾، واتجه كذلك نحو جعله فصلا مرنا أي يتخذ موقع وسط بين النظام الرئاسي والبرلماني بإحداث هيئات مستقلة ومتوازنة تتسم العلاقة بينها بالتعاون والتنسيق، بحيث لا يمكن لأي منهما أن تؤدي مهمتها إلا إذا تعاونت مع السلطات الأخرى، وكذلك لاستعماله مصطلح السلطات وتخصيص فصل مستقل لكل سلطة منها⁽²⁾.

وعلى الرغم من الأحداث المتسارعة التي شهدتها الجزائر في تلك الفترة، وفي ظل الأزمة السياسية والأمنية الخانقة التي عصفت بالجزائر فيما يسمى اليوم بالعيشية السوداء، صدر دستور 1996، وظل وفيها للمبدأ الذي اعتنقه⁽³⁾؛ حيث تضمنه في بابه الثاني تحت عنوان تنظيم السلطات.

وما يؤكد تبني المبدأ؛ موقف المجلس الدستوري، حين أخطر لرقابة دستورية المادة الثانية من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من قبل المجلس الوطني الانتقالي⁽⁴⁾، بتاريخ 1997/01/06 حيث أعلن على أن "المؤسس الدستوري بإعتماده مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد إختصاص كل منها والتي لا يمكن أن تمارسه إلا في المجالات ووفق الكيفيات التي حددها لها الدستور صراحة"⁽⁵⁾. وهذا ماسار عليه تعديل 2002 و 2008 و 2016.

(1) ونستنتج ذلك من خلال مظاهر عديدة منها ما تضمنته النصوص الدستورية من مبادئ وأفكار ومصطلحات دستورية تؤكد في مجملها على مبدأ الفصل بين السلطات، والتي نذكر منها على سبيل المثال ما جاء في الفقرة العاشرة من الديباجة " إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية..."، كما نصت المادة الرابعة عشر كذلك على أنه " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية..."، كما يظهر من خلال ما جاء في الباب الثاني من الدستور المعنون بـ " تنظيم السلطات " من تحديده لعمل كل سلطة ومهامها بشكل يؤكد استقلال كلا منها عن الأخرى، مع وجود مجال للتعاون فيما بينها، حيث أورد لكل سلطة من السلطات الثلاث في الدولة فصلا خاصا بها: السلطة التنفيذية: أهم المواد 78 - 79 - 85 - 78 - 76 - 72 /. السلطة التشريعية: أهم المواد 131 - 125 - 123 - 122 - 120 - 98 /. السلطة القضائية: أهم المواد 158 - 155 - 152 - 149 - 148 - 147 - 138 .

(2) صالح بلحاج، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها.

(3) جعل دستور 1996 مبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ العامة والأساسية للدولة الجزائرية والتي لا يمكن أن تكون محل أي تغيير أو تعديل إذ نصت المادة 176/ منه على أنه "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البنية المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن وحرتهما، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، وعلل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري".

(4) ذبيح ميلود، المرجع السابق، ص 70.

(5) أشار إليه: فريد علوش، المرجع السابق، ص 237 .

المبحث الثالث

الرقابة على دستورية القوانين

سنتطرق لهذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، ندرس في المطلب الأول مضمون الرقابة على دستورية القوانين، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث وسائل الرقابة على دستورية القوانين، أما المطلب الثالث فسيتم تخصيصه لبحث المجلس الدستوري الجزائري، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مضمون الرقابة

على دستورية القوانين

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول تعريف الرقابة على دستورية القوانين، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث تحديد القانون محل الرقابة، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مفهوم الرقابة

على دستورية القوانين

لا يكفي مجرد وجود نصوص دستورية لتجسيد دولة القانون وتأكيد الحقوق والحريات العامة لضمان أنها تطبق حقيقة ويأخذ كل ذي حق حقه، ذلك أن دساتير الحكومات الإستبدادية تنص على جميع الحقوق والحريات العامة المتاحة للأفراد⁽¹⁾، ولكنها عند التطبيق مجرد حبر على ورق؛ ولذلك أوجدت الأنظمة القانونية ضمانات لتطبيق قواعد القانون الدستوري وضمان عدم مخالفتها. ولكن كيف السبيل إلى ضمان احترام مبدأ سمو الدستور؟. إذ من الواضح أن تفوق وقدسية الدستور يفقدان معناهما إذا أمكن للسلطات وبصورة خاصة سلطة التشريع أن تخالف أحكامه⁽²⁾ بدون رادع. فلا بد من قيام سلطة تستهدف صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه، وذلك من خلال التحقق من التزام السلطة التشريعية بما يورده الدستور في مختلف

⁽¹⁾ الحاكم صاحب السلطة مادام يحترم العقد أما اذا تعدها فإن الشعب غير مجبر على احترامها، ولا يمكنه أن يجبر الأفراد على القيام بأشياء ليست من الواجبات فلا يوجد عمل من دون سبب، وما يأتي من لا شيء لا ينتج شيئا.

⁽²⁾ يراجع: عمر العبد لله، الرقابة على دستورية القوانين -دراسة مقارنة-، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 17، العدد الثاني، 2001.

نصوصه من ضوابط وقيود ومن ثم الحكم على مدى انطباق القوانين العادية على أحكام الدستور أو مخالفتها له. حتى يتم بذلك انتظام تطبيق الدستور بإعتباره المقيد للسلطة المكلفة بإصدار القوانين العادية؛ ومن هنا نشأت فكرة الرقابة على دستورية القوانين⁽¹⁾.

إلا أن كفالة الدستور للحقوق والحريات لا يجب أن تقف عند حد النص عليها، بل يلزم أن تتعداه إلى توفير ضمانات عملية تجبر السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية بمقتضيات بناء وتجسيد دولة القانون، وتتكفل بتحديد القواعد الدستورية وتفسيرها، من هنا يأتي دور الرقابة الدستورية كوسيلة لتفعيل الحماية الدستورية لمنظومة الحقوق والحريات، وجعل الدستور بمثابة ميثاق للحقوق والحريات⁽²⁾.

وبهذا الشكل ينعكس المفهوم الحديث لمبدأ الدستورية⁽³⁾ على دور ووظيفة الرقابة الدستورية، لتتجاوز دورها التقليدي بكونها مجرد تقنية لضمان مبدأ الفصل بين السلطات ومراقبة الحدود بين السلطات العامة⁽⁴⁾، وتلعب دوراً أكثر فعالية في تكريس دولة القانون، من خلال سهرها على إلزام السلطة بإحترام الحقوق والحريات العامة للأفراد، والحرص بشكل خاص على أن يكون مضمون القانون مجسداً لها في مواجهة الدولة، باعتبار أن وجودها سابق وأعلى من الدولة وسلطانها⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس؛ وبغرض تحديد المقصود من هذه الرقابة، ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالرقابة على دستورية القوانين هو "مراقبة مدى إيفاقها أو إختلافها مع أحكام الدستور، فإذا كانت مخالفة له وصفت بعدم الدستورية"، ويؤخذ على هذا التعريف أنه عرف الشيء بغايته والأصل أن يعرف بمهيته. أو أنها "عملية التحقق هذه، التي يجب أن تفضي عادة إلى الإلغاء أو عدم تطبيق القانون"⁽⁶⁾.

وعرف جانب آخر من الفقه الرقابة على دستورية القوانين على أنها "التحقق من تطابق القوانين العادية أو الأساسية التي تصدرها السلطة التشريعية مع أحكام الدستور ونصوصه، وعدم تعارض قانون عادي مع قانون

⁽¹⁾ أحمد كمال أبو الجهد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1960، 184، وما بعدها.

⁽²⁾ Voir : Dominique Rousseau, op-cit, p.p 491-492 .

⁽³⁾ إن مسألة دستورية القوانين لا تثار إلا في ظل الدساتير الجامدة. أما حيث نكون في ظل دستور مرن، فلا تثار هذه المسألة لأن الدستور المرن يتساوى في إجراءات تعديله مع القوانين العادية سواء بسواء. ولهذا لا تخضع القوانين التي يصدرها البرلمان الإنجليزي لبحث دستورية القوانين. / الدكتور على السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1982، ص 42.

⁽⁴⁾ هنالك بعض الدساتير لا تنص على مسألة الرقابة على دستورية القوانين، وقد تدفع بالقاضي إلى رفض القيام بالرقابة مما يسهل صدور قوانين مخالفة للدستور، وهنالك العديد من التبريرات مثل أن رئيس الجمهورية هو حامي الدستور، ولكن هذا لا يعني قبول مبدأ الرقابة على دستورية القانون لأن هذا النص الموجود حتى في الدساتير التي تنظم مسألة الرقابة.

⁽⁵⁾ Ibid, p.p 503-504

⁽⁶⁾ موريس دوفرجه، ترجمة جورج سعد، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992، ص 159.

أعلى منه⁽¹⁾، وإلا عد هذا القانون باطلاً، وهذا البطلان أمر طبيعي ونتيجة منطقية مترتبة على مبدأ علو الدستور. أو أنها " العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل أحكام القانون متفقة مع أحكام الدستور⁽²⁾".

كما أن المقصود بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين هو إلزام السلطات العامة في الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية أحكام الدستور ذلك أن مبدأ سمو الدستور يصبح غير ذي قيمة قانونية إذا لم تلتزم السلطات العامة باحترام أحكامه والإمتناع عن مخالفته.

وأن رقابة الدستورية هي نتيجة لمبدأ سمو الدستور وهي تعني وجود هيئة سياسة أو قضائية مهمتها النظر في مدى دستورية القوانين إذا وجدتها غير دستورية أعلنت بطلانها. فهي بشكل أساسي عمل قانوني يهدف إلى التأكد من تطابق القانون مع أحكام الدستور، والتعرف عما إذا كانت السلطة التشريعية قد التزمت حدود اختصاصاتها أو تجاوزتها.

كما أن الهدف أو الغاية الأساسية للرقابة على دستورية القوانين، تجسيد مفهوم دولة القانون، وذلك بإخضاع السلطات العامة في الدولة وخاصة السلطة التشريعية للرقابة على تصرفاتها للتأكد من إلتزامها حدود الدستور، وعدم إنتهاكها للحقوق والحريات المكفولة للأفراد، بمناسبة تشريعها للقوانين. خاصة إذا ما أصاب الفساد السلطة التشريعية نتيجة الصراعات السياسية والمحاصصات والتوازنات الحزبية، وما يترتب على ذلك من إصدار تشريعات لإرضاء هذا الطرف أو تلك الفئة على حساب المبادئ الدستورية.

وعليه فالرقابة على دستورية القوانين وإن كان لها بعض الآثار السياسية فإن طبيعتها بشكل أساسي تبقى قانونية، وموضوعها عمل قانوني يتطلب مؤهلات وكفاءات قانونية خاصة في من يتولاها، حتى يستطيع الوقوف على مدى موافقة القوانين لأحكام الدستور نصاً وروحاً. وبناء عليه فلا يجوز منح سلطة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة ذات طابع سياسي محض، لأن مثل هذا الجهاز بحكم تكوينه سيعمل على تغليب الاعتبارات السياسية على الإعتبارات القانونية⁽³⁾.

(1) سيادة الدستور أو علوه مبدأ مسلم به في الدول الديمقراطية، سواء كانت ملكية أم جمهورية. لذلك قيل أنه حتى يصح القول بأن هناك نظام دستوري ديمقراطي يجب أن يكون هناك قواعد عليا على الهيئة الحاكمة أن تحترمها وتراعها في كافة تصرفاتها تقريبا لمبدأ الشرعية، وإلا أصبحت الدولة بوليسية.

(2) أنظر: أحمد إسماعيل، حول تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا السورية - دراسة مقارنة-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 17، العدد الثاني، 2001.

(3) أنظر: د. ابراهيم شيحا، المبادئ الدستورية العامة، المرجع السابق، ص 229.

وبالتالي فإن الرقابة على دستورية القوانين تعد أساس مبدأ سمو الدستور، وأحد الضمانات الأساسية لتحقيق مبدأ المشروعية واحترام قواعد التدرج في التشريع، كما أنها الضمانة الفعلية لحماية الحقوق والحريات المكرسة دستوريا⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن إشكالا يثور حول تحديد القانون محل الرقابة، هل يقتصر على التشريع بمعناه الضيق⁽²⁾، أم يمتد إلى مجالات أخرى من لوائح لها قوة القانون أو لوائح عادية؟. هذا ما سيتم بيانه في الجزء الموالي من الدراسة.

الفرع الثاني

تحديد القانون محل الرقابة

لم يعد مقبولا القول بالفصل المطلق بين السلطات الثلاث، بحيث توضع فواصل جامدة لا يمكن تعديلها من جانب كل سلطة وأخرى، فمن المستقر عليه في الفقه أن المقصود بالفصل بين السلطات - كما تم بيان ذلك فيما سبق - هو الفصل المحدد وليس الفصل المطلق، مع التعاون والرقابة المتبادلة، بحيث تتداخل الاختصاصات بينهما أحيانا للصالح للعام.

وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يختص البرلمان وحده بالمهمة التشريعية، وأن يقتصر عمل الإدارة على تنفيذ القانون، بل أنه كثيرا ما تقوم سلطة ببعض الأعمال التي تدخل أصلا في المجال الوظيفي لسلطة أخرى وذلك إما بناء على نص دستوري أو استنادا إلى أحكام العرف، فقد تباشر السلطة التشريعية عملا داخلا في وظيفة السلطة التنفيذية كالتصديق على المعاهدات واعتماد الميزانية ومنح الإحتكار أو الإلتزام باستغلال مرفق عام. كما قد تباشر السلطة التنفيذية أعمالا تدخل أصلا في الوظيفة التشريعية كإصدار اللوائح.

وإزاء هذا التعاون والتداخل في الإختصاصات، لزم البحث عن معايير تميز بها القانون " المراد مراقبة دستوريته. لقد ظهر معياران تبنهما الفقه⁽³⁾ في موضوع التمييز بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن البرلمان ، وبين اللوائح كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التنفيذية، وذلك إما بإعمال المعيار الشكلي أو المعيار الموضوعي.

(1) Yves Poirmeu, Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Moflions, le Conseil Constitutionnel Protégé - II Véritablement les Droits de L'homme, la Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Economica, Paris, 1999, p.295.

(2) إنطلاقا من هذه الفكرة يفسر الفقهاء مشروعية مراقبة أعمال الكومة بمعناها الواسع ومدى مطابقتها للإرادة العامة وبالتالي يخضع القانون للدستور، وتخضع الأعمال الحكومية والإدارية بشكلها المتدرج للقانون في شكلها وموضوعها، فخرق القانون لإجراءات خاصة هو خرق للمساواة وبالتالي خرق للسيادة الشعبية. / موريس ديفرجيه، مرجع سابق، ص 147 .

(3) بالنسبة للاتجاه القضائي أنظر: عادل عمر شريف، قضاء الدستورية - القضاء للدستوري في مصر -، رسالة دكتوراه، - جامعة عين شمس، 1988. ص 104 وما بعدها. / مجموعة أحكام مجلس الدولة لأحكام القضاء - الإدارة - السنة السابعة - المجلس الثالث - قاعدة رقم 886 - ص 1825.

أولاً: المعيار الشكلي

وطبقا لهذا المعيار يجرى التمييز بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن البرلمان، وبين اللوائح كأعمال تشريعية تصدرها السلطة التنفيذية وذلك بالنظر إلى الجهة مصدرة العمل بصرف النظر عن مضمونه الذي قد يتفق من حيث طبيعته وذاته وجوهره وفحواه، ومع ذلك يختلفان لاختلاف سلطتي إصدارهما⁽¹⁾.

والمعيار الشكلي بمعناه الواسع ليس معيارا عضويا فقط، يقتصر على النظر إلى الجهة التي أصدرت العمل، وإنما يهتم كذلك بالشكل الذي يصدر فيه هذا العمل، والإجراءات التي تتبع عند إصداره، وتتجلى أهمية هذا المعنى الواسع في النطاق الذي تندمج فيه السلطات، وبذلك يمكن الاعتماد على قواعد الشكل والإجراءات للتمييز بين مختلف الأعمال بعد أن اتحدت سلطة إصدارها⁽²⁾.

ومن أشد أنصار هذا المعيار الفقيه الفرنسي Carre de Malberg رمع بساطة هذا المعيار وسهولته ويسره في تمييز العمل التشريعي عن غيره من الأعمال، إلا أنه لم يسلم من النقد ووجهت إليه العديد من الانتقادات منها: - أنه يقوم على مغالطة غير منطقية، إذ يفترض لإمكانية تطبيقه فصلا تاما بين السلطات وهذا أمر غير متصور وفقا للمقرر من لزوم قيام التعاون وإستمراره بين السلطات العامة في الدولة، وفي ظل هذا التداخل يصعب معه الإعتماد على المعيار الشكلي كوسيلة لتمييز الأعمال التشريعية.

- أن هذا المعيار قد يتعذر، أو يستحيل إتباعه في الفترات الإنتقالية التي تتركز فيها السلطات، وتندمج فيها وظيفة التشريع مع وظيفة التنفيذ في أيدي سلطة التنفيذ، فهنا لا يتأتى تطبيق هذا المعيار الذي يستند أساسا إلى فصل السلطات عن بعضها⁽³⁾.

- أن المعيار الشكلي هو معيار سطحي، لا يغوص في أعماق العمل، بل يقف عند شكله الخارجي، ويكتفي بصدوره، ولا يتناول موضوعه وجوهره في حين أن صحة التمييز تتطلب البحث في موضوع العمل وفحواه وأمام تلك الإنتقادات ظهر فريق من الفقهاء نادى بمعيار آخر للتمييز ألا وهو المعيار للموضوعي.

ثانياً: المعيار الموضوعي

ويرى أنصار هذا المعيار بأن تمييز الأعمال التشريعية عن غيره من الأعمال، يعتمد على طبيعة العمل ذاته وجوهره وفحواه، بصرف النظر عن السلطة التي أصدرته، وعن الشكليات والإجراءات التي أتبع في إصداره.

(1) راجع على الخصوص: محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، (الرقابة القضائية)، المرجع السابق، ص 878.

(2) محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، مارس /يونيو 1978. ص 138 .

(3) محمود حافظ، القرار الإداري- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر. ص 17.

وقد نادى بهذا المعيار المدرسة الواقعية بزعامة Duguít وضمت Jeez و Bonnard. ويؤمن أنصار هذه المدرسة بأن القانون يدور باستمرار حول فكرتين رئيسيتين المراكز القانونية، والأعمال القانونية⁽¹⁾.

أما المراكز القانونية فهي الحالات التي يوجد فيها الأفراد إزاء القانون وهي إما مراكز قانونية عامة أو موضوعية، بمعنى أن مضمونها تحدده قواعد عامة مجردة، يستوي أمامها جميع شاغلي هذه المراكز، ومثال ذلك نظام الزواج في القانون الخاص ونظام الوظيفة العامة في القانون العام.

أو مراكز قانونية شخصية أو فردية، بمعنى أن يتحدد مضمونها بصدد كل شخص على حدة، ومن ثم يكون هذا المضمون مختلفاً من شخص لآخر، ومثال ذلك حالة الممول الذي حددت له مقدار الضريبة المستحقة عليه في القانون العام وحالة الدائن أو المدين في القانون الخاص، وهذه المراكز لا يمكن المساس بها إلا برضا شاغلها.

وأما الأعمال القانونية فهي التي عن طريقها يتم تغيير المراكز القانونية عن طريق إنشائها أو تعديلها أو إلغائها من جانب المشرع، وكذا تنقلها بين الأفراد وتنقسم هذه الأعمال إلى ثلاثة أنواع:

- العمل المشرع: وهو عمل يتضمن وضع قاعدة عامة يترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني عام أو موضوعي، ومثاله نظم الشركات في للقانون الخاص والقوانين واللوائح في القانون العام.

- العمل الشخصي الذاتي: وهو عمل يترتب عليه إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني شخصي، ومثال ذلك العقد فهو لا يتم إلا برضاء وقبول من الطرفين.

- العمل الشرطي: وهو العمل الذي يستند إلى فرد أو أفراد معينين ويترتب عليه إلحاقه بمركز قانوني عام أو موضوعي ومن ثم، فإنه ينقل الشخص إلى حالة قانونية لم تكن تنطبق عليه من قبل، ومثال ذلك في القانون الخاص عقد الزواج وفي القانون العام قرار التعيين في وظيفة عامة⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، ووفتاً لهذا المعيار، عرفت المدرسة الواقعية القانون بأنه " قاعدة عامة موضوعية ولا يهم بعد ذلك صفة من أصدر هذه القاعدة، ولا الإجراءات التي تتبع في إصدارها فلا فرق في هذا الرأي بين القانون البرلماني واللائحة، من حيث أن كل منهما يتضمن قاعدة عامة ملزمة⁽³⁾.

ويرى جانب من الفقه أن هذا المعيار هو الأقرب إلى حقائق الأمور والأكثر إتفاقاً مع طبيعة الأشياء، لأنه يستند إلى تطبيق المسائل الجوهرية للأعمال القانونية، بالنظر إلى طبيعتها الداخلية، فيهتم بجوهرها لا بمظهرها، ولا يقف عند صفة القائم⁽⁴⁾.

(1) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 165 .

(2) محمود حافظ، القرار الإداري - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 20.

(3) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، نفس المرجع، ص 166.

(4) محمود حافظ، القرار الإداري - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 23 .

من هذا المنطلق، وإذا كان من المسلم به أن القانون الذي يتعارض مع أحكام الدستور يعتبر باطلاً⁽¹⁾، فإن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو من هذه الجهة التي يحق لها الحكم بطلان قانون ما جاء مخالفاً للدستور أو جاء متفقاً معه؟ وما هي الإجراءات التي تتخذ في ذلك وأثر ذلك القرار أو الحكم؟.

المطلب الثاني

وسائل الرقابة على

دستورية القوانين

إذا كان من المتفق عليه ضرورة إلزام السلطة التشريعية باحترام أحكام الدستور فإن الدساتير المختلفة تقدم حلولاً وعدة وسائل مختلفة للتحقق من دستورية القوانين التي تضعها السلطة التشريعية، فقد تختلف الوسائل إلا أنها في النهاية تعمل على كفالة احترام نصوص الدستور⁽²⁾.

وإذا ما رجعنا إلى الأنظمة الدستورية المقارنة نجد أن طرق الرقابة على دستورية القوانين قد اختلفت باختلاف هذه الأنظمة وتعدد اتجاهاتها. فتسلك النظم الدستورية سبلاً متعددة في هذا الصدد، فمنها ما يجعل مهمة رقابة الدستورية⁽³⁾ منوطة بهيئة سياسية ومنها ما يوكل تلك المهمة إلى هيئة قضائية وهو الأمر الذي يدعونا إلى القول بأن الرقابة على دستورية القوانين قد تكون رقابة سياسية أو رقابة قضائية وذلك تبعاً لاختلاف طبيعة الجهة القائمة بالرقابة⁽⁴⁾.

غير أن التجارب قد أثبتت بأن إعطاء هذه المهمة لجهة قضائية قد يشكل ضماناً فعالة لضمان سيادة الدستور وسمو أحكامه أو قواعده وحمايتها من أي اعتداء من قبل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، كما أن الرقابة القضائية بما تقوم عليه من حياد وموضوعية واستقلالية تعتبر أحسن وسيلة لضمان احترام المشرع لأحكام ونصوص الدستور. وبناء عليه سنتناول بالدراسة فيما يلي كلا من الرقابة السياسية والرقابة القضائية على دستورية القوانين.

(1) حسني يوديار، المرجع السابق، ص 104 .

(2) أهم ما يراجع في هذا الموضوع: د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1982.

(3) أنظر: علوان عبد الكريم، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999. ص 309 .

(4) وقبل أن نقوم بشرح كل اتجاه نود أن نلفت النظر إلى ملاحظة هامة وهي أن مشكلة الرقابة لا تنور أصلاً إلا في الدول ذات الدساتير الجامدة فالدول ذات الدساتير المرنة لا تعرف رقابة دستورية القوانين، لأن القوانين الدستورية توضع وتعديل بذات الإجراءات التي تتبع في القوانين العادية.

الفرع الأول

الرقابة السياسية

أولاً: مفهوم الرقابة السياسية

تعهد دساتير بعض الدول مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية تتولى التحقق من إلتزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود، ومن ثم الحكم على مدى إنطباق القوانين العادية على أحكام الدستور أو مخالفتها لها، وتنظم الدساتير عادة كيفية تشكيل هذه الهيئة السياسية.

حيث عرف جانب من الفقه الرقابة السياسية على دستورية القوانين بأنها "رقابة تتولاها هيئة سياسية يتم إختيار أعضائها بواسطة السلطة التشريعية بالإشتراك مع السلطة التنفيذية"⁽¹⁾، أو أنها "الرقابة التي تتولاها هيئة ينشئها الدستور بنص صريح، وتكون رقابتها سابقة على صدور القانون، ويتم إختيار أعضائها من جانب سلطات سياسية"⁽²⁾.

ومن خلال هذين التعريفين؛ يمكننا إستخلاص مجموعة من الخصائص المميزة للرقابة السياسية على دستورية القوانين، فهي رقابة وقائية تمارس على القانون قبل صدوره، كما أنها تتطلب ضرورة وجود نص صريح في الدستور يحدد للهيئة التي تمارس هذه الرقابة أسلوب تشكيلها وإختصاصاتها، وأن هذه الرقابة تتولاها هيئة سياسية يتم إختيار أعضائها عادة بواسطة سلطات سياسية.

وعلى هذا الأساس؛ تضطلع بممارسة هذه الرقابة هيئة ذات طبيعة سياسية مستقلة⁽³⁾ عن باقي السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية مهمتها التحقق من مدى مطابقة التشريعات الصادرة عن المشرع لأحكام الدستور، وتحول دون إصدار القوانين المخالفة لأحكام الدستور، ولا يحق للأفراد رفع طلبات إليها بل تقتصر فقط على أعضاء الحكومة في الغالب⁽⁴⁾، إلا أنها الدساتير تختلف في تشكيل هذه الهيئة وذلك حسب ما يأتي به الدستور من تنظيم لذلك، فقد يتم تشكيل هذه الهيئة بالتعيين من جانب البرلمان أو من جانب السلطة التنفيذية، وإما بطريق الإلتخاب.

(1) أنظر: فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 197.

(2) أنظر: محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين - المبادئ النظرية والتطبيقية الجوهرية-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008. ص 135.

(3) لأكثر تفصيل حول طبيعة الهيئة وعملها، أنظر: علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر-دراسة مقارنة-، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1982. ص 76.

Burdeau-George, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op.cit, p.122.
Giquel . J et Hauriou.A, op.cit, P926..

(4) راجع: الدكتور أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 50 .

فإذا تم تشكيل هذه الهيئة بواسطة السلطة التنفيذية فإنها تبقى تابعة وخاضعة للسلطة التنفيذية، بسبب شعورها بأنها مدينة لها في تشكيلها والقيام بواجبها، مما يخلق إنطباعا سلبيا لدى البرلمان في تعامله معها واحتمال حدوث أزمة مستمرة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية مما قد يؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي في الدولة⁽¹⁾.

وإذا تم تشكيل هذه الهيئة بواسطة الشعب عن طريق الانتخاب المباشر فإن هذا الوضع -في الغالب- سيؤدي إلى شعور فوقي لدى هيئة الرقابة التي تحاول الهيمنة على بقية السلطات مما يؤدي إلى نزاع مستمر فيما بينها⁽²⁾.

وفي كل الأحوال فإن النص القانوني الذي تقرر هذه الهيئة عدم دستوريته⁽³⁾ -خاصة إذا ما إتفقنا مع الرأي القائل بأن الرقابة السياسية أو الوقائية هي رقابة على مشروعات القوانين وليس على دستورية القوانين- لا يجوز إصداره أو تطبيقه. أي يمتنع عن استيفاء بقية إجراءات إصداره، وغالبا ما تنصب على تصديق رئيس الدولة، وتكون قراراتها قطعية لا تقبل الطعن بأي وجه من أوجه الطعن وملزمة لجميع السلطات العامة⁽⁴⁾.

وقد أخذ بالرقابة الوقائية أو السياسية في كل من ألمانيا الشرقية، والاتحاد السوفياتي سابقا، وبلغاريا، ويوغسلافيا إلا أن أهم مثال يضرب على ذلك ما تبنته فرنسا⁽⁵⁾ في هذا المجال بإنشاء مجلس متخصص ذي طبيعة سياسية يشرف على هذه الرقابة يدعى "المجلس الدستوري".

كما يعتبر النموذج البارز للرقابة السياسية هو النموذج الفرنسي⁽⁶⁾ حيث تبنت الرقابة السياسية في دساتيرها وخاصة دستوري سنتي 1946 و1958. ومن الدول العربية التي سارت على نهج النظام الفرنسي دول المغرب

(1) د. أحمد كمال أبو الجهد، المرجع السابق، ص 76.

(2) Burdeau-George, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op.cit p125.

(3) Ibid, p117.

Giquel . J et Hauriou.A, op.cit, P.926.

(4) علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر- دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 116.

(5) أخذت فرنسا بأسلوب الرقابة السياسية منذ دستور 1799 حيث أنشئ المجلس الحامي للدستور. والذي أخذ به دستور 1852 بالإضافة لاختصاصاته والذي ما لبث أن تحول إلى لجنة دستورية مكونة من الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الدولة وسبعة أعضاء مختارهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها، وثلاثة أعضاء يختارهم مجلس الدولة من غير أعضائه وهو نفس الأسلوب الذي أخذ به دستور 1946. وفيما يخص تشكيل المجلس الدستوري. الفرنسي نصت المادة 56/ من الدستور الفرنسي الحالي على كيفية تشكيل المجلس الدستوري وبينت أنه يتكون من نوعين من الأعضاء:

- أعضاء معينون بحكم الدستور ومدى الحياة، وهم رؤساء الجمهورية السابقون والحكمة من تعيينهم هي للاستفادة من خبراتهم السياسية التي اكتسبوها.

- تسعة أعضاء آخرون مدة عضويتهم في المجلس الدستوري 9 سنوات غير قابلة للتجديد، ثلاثة منهم يعينهم رئيس الجمهورية، وثلاثة يعينهم رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة يعينهم رئيس مجلس الشيوخ ويجري تجديد ثلث الأعضاء كل ثلاث سنوات.

- أما رئيس المجلس فيتم اختياره من قبل رئيس الجمهورية من بين أعضاء المجلس وله صوت مرجع عند تساوي الأصوات.

(6) لكن المجلس الدستوري الفرنسي لم يسلم من الإنتقادات التي وجهت إليه بشكل خاص؛ من حيث:

- تشكيله: أن صفة التعيين لأعضاء المجلس وغلبة الصفة السياسية فيهم يؤدي إلى عدم تحقق الإستقلال الكافي لتقرير المدة اللازمة لأداء مهمته الرقابية.

- الإختصاصات: إن طبيعة اختصاصات المجلس واجراءات عمله ترحمان الأفراد من حق اللجوء إلى المجلس للطعن بعدم دستورية أي مشروع قانون. بل أن المجلس نفسه لا يستطيع النظر من تلقاء نفسه في عدم دستورية القوانين فبالإضافة إلى الرقابة الوجوبية التي يمارسها على دستورية القوانين الأساسية ولوائح المجالس البرلمانية، لا يمارس الرقابة الجوازية الا بناء على رغبة رئيس الجمهورية أو الوزير الأول (رئيس الوزراء) أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ، وأخيرا بموجب التعديل الدستوري لعام 1974 اعطى هذا الحق إلى (60) عضو في كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. /أنظر:

Burdeau-George, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op.cit p123.=

العربي، فالدستور المغربي 1996 أسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين لمجلس دستوري، والدستور الجزائري 1996 نص أيضا على إنشاء مجلس دستوري، والدستور التونسي 1995 نص على إنشاء مجلس دستوري يتولى النظر في مشاريع القوانين التي يعرضها على رئيس الجمهورية من حيث مطابقتها للدستور.

ثانياً: تقدير الرقابة السياسية

1- المزايا

- إعدام القانون غير الدستوري في مرحلة ولادته دونما تحمل أعباء المطالبة بإلغائه في المستقبل. هذا الأسلوب يمنع صدور أي قانون مخالف للدستور، وبالتالي تبدو هذه الرقابة أكثر فاعلية وفائدة من الرقابة اللاحقة التي تشغل الكثير من الأجهزة القضائية وتؤخر مسيرة العدالة في كثير من الأحيان. ولذلك فإن الرقابة السياسية الوقائية تنسجم وتتمشى مع مبدأ " الوقاية خير من العلاج" (1).
- تهدف إلى الحيلولة دون صدور القانون المخالف للدستور (2).
- تمتاز الرقابة السياسية ببساطتها إذا ما قورنت بالرقابة القضائية فتطبيقها لا يستدعي غير إجتماع الهيئة التي تمارس الرقابة، والنظر في مشروع القانون المزمع إصداره وتقرير مدى إتفاقه مع الدستور من عدمه. أما الرقابة القضائية فهي تنظم بإجراءات معقدة تتطلب جهداً وتكلفة (3).
- تعتبر الرقابة السياسية أكثر اتساقاً مع وظيفة السلطة التشريعية. فالبرلمان عندما يصدر قانوناً، فإنه يراعي الاعتبارات السياسية بجوار الاعتبارات القانونية، ومن ثم يكون من الأولى إسناد هذه الرقابة إلى هيئة سياسية (4).

2- العيوب

- غير أن هذه الصورة من الرقابة تعرضت لانتقادات شديدة من جانب رجال الفقه الدستوري، باعتبار أن نظام الرقابة السياسية لم ينجح في توفير رقابة فعالة على دستورية القوانين في أغلب الدول التي أخذت به (5)، لأن أهم ما يجب أن تتميز به الجهة التي تتولى الرقابة على دستورية القوانين هو الحرية والاستقلال (6).

(6) =Giquel . J et Hauriou.A, op.cit, P.926.

(1) لأكثر توضيح أنظر: د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 49.

Ibid, p. 921.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور إبراهيم عبد العزيز الشيخ، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعة الجامعية، 1998، ص 516.

(3) د. كمال الغالي، المرجع السابق، ص 154.

(4) جابر جاد ناصر، المرجع السابق، ص 147.

(5) أنظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص 37.

(6) أنظر في ذلك: د. نوري لطيف، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة علاء، الطبعة الأولى، بغداد، 1979، ص 213.

- تعنى الرقابة السياسية على دستورية القوانين بإسناد مهمة الرقابة إلى هيئة سياسية. يكون إختصاصها محدودا بمراجعة القانون قبل صدوره حتى لا يصدر مخالفا للدستور.
- إن الهيئة السياسية التي تقوم بمهمة الرقابة على دستورية القوانين ليست بمنأى من الخضوع للنزوات السياسية وهذا يفسد الغاية من تقرير الرقابة. فكأننا في الرقابة السياسية نضع حدا لإنحراف السلطة التشريعية ونفتح المجال للهيئة السياسية التي تتولى الرقابة على السلطة التشريعية⁽¹⁾.
- إن تشكيل هذه الهيئة قد يتم بالتعيين من جانب البرلمان، أو من جانب السلطة التنفيذية وبلا شك الأخذ بهذه الطريقة في تشكيل هذه الهيئة يشكل خطورة على استقلال هذه الهيئة. وبالتالي حيادها ونزاهتها، فالهيئة التي يتم تشكيلها بالتعيين من قبل البرلمان تكون عرضة لأن تكون تابعة لها، وبالتالي تفقد السبب من وجودها وهو الرقابة على نشاطه وأما إذا كان تعيينها بواسطة السلطة التنفيذية تصبح ملتزمة لتلك السلطة في تعليماتها وبالتالي فان رقابتها لأعمال السلطة التشريعية قد ينشأ عنه تصادم مستمر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية⁽²⁾.
- وأما اذا كان تشكيل الهيئة بطريق الانتخاب من قبل الشعب فإن ذلك يؤدي الى سيطرة الاتجاهات السياسية ذاتها التي تسيطر على البرلمان وبالتالي تنعدم القيمة من إنشائها.
- إفتقار القائمين على أمر هذه الهيئة للقدرة الفنية على بحث ودراسة المشاكل القانونية حيث أن هذه الرقابة تتميز بطبيعة قانونية خاصة تفترض في القائمين بها ضرورة توافر الكفاءة القانونية لإمكان تحديد مدى تطابق القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية مع أحكام الدستور.
- يؤدي أسلوب الرقابة السياسية إلى حرمان الأفراد⁽³⁾ من حق الطعن بعدم دستورية القوانين أمام جهة محايدة ومستقلة الأمر الذي يقلل من ضمانات إحترام الدستور وبشكل خاص الحقوق والحريات الفردية الواردة فيه⁽⁴⁾.

(1) نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 552.

(2) أنظر: د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1965، ص 542.

(3) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 105.

(4) وفي كل هذه الأحوال لا يمكن أن نضمن استقلال هذه الهيئة عمن شكلها، أو بملك دعوتها إلى الإجتماع، ولعل هذا العيب يفسر لنا فشل التنظيمات السياسية السياسية التي أنيط بها كفالة الرقابة على دستورية القوانين. فباستثناء التجربة الفرنسية -المجلس الدستوري- فإن الرقابة السياسية على دستورية القوانين -وقد فشل تطبيقها في البلاد الاشتراكية سابقا- لم تنجح في كبح جماح السلطة التشريعية في إصدار القوانين المخالفة للدستور. بل إن المجلس الدستوري الفرنسي في بعض الأحيان لم يستطع أن يمنع مخالفة الدستور في أحيان كثيرة لاسيما في فترة حكم الجنرال ديغول. وتحديدًا في استخدام المادة 11/ لتعديل الدستور. / جابر جاد ناصر، المرجع السابق، ص 147.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية

تعهد أغلب دساتير دول الديمقراطيات إلى القضاء بمهمة الرقابة على دستورية القوانين بحيث يصبح عمل القاضي في هذه الحالة ليس فقط مجرد تطبيق القانون وإنما أيضا التحقق من مطابقتها مخالفة هذا القانون للأحكام والقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية.

أولاً: مفهوم الرقابة القضائية

نظرا للإنتقادات التي ساقها جانب من الفقه للرقابة السياسية، والتي أثبتتها الواقع العملي، إتجه جانب آخر من الفقه إلى إعمال الرقابة القضائية⁽¹⁾، كما لا بد لضمأن دستورية القوانين، من خلال ما تتصف به هذه الرقابة من الحيطة والاستقلالية، وعدم تأثر أعضائها بالأهواء السياسية، ومما يتصفون به من التكوين القانوني الذي يؤهلهم لممارسة دورهم على أكمل وجه.

وعليه، فالرقابة القضائية هي تلك الرقابة التي تمارسها هيئة قضائية⁽²⁾ تختص بالفصل في مدى دستورية أي نص قانوني تصدره السلطة التشريعية، فهي تعتبر رقابة قانونية، يباشرها قاضي مهمته البحث في مدى إتفاق هذا القانون مع الأحكام الدستورية باعتباره القانون الأسمى في الدولة، ومعرفة ما إذا كان البرلمان المخول بسن القوانين قد إلتزم الحدود التي رسمها الدستور، أم أنه قد جاوزها وخرج عليها. كما عرفها جانب من الفقه بقولهم " أن يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان، للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور"⁽³⁾.

ومما لا ريب فيه أن إسناد مهمة التحقق من مدى مطابقتها أو موافقة القوانين المختلفة لأحكام الدستور إلى القضاء يحقق مزايا عديدة لم تتوافر من قبل، في حالة إضطلاع هيئة سياسية بهذه المهمة إذ تتوافر عادة في رجال القضاء ضمانات الحيطة والموضوعية والإستقلال في مباشرة وظيفتهم من ناحية.

كما أنهم من ناحية أخرى مؤهلين بحكم تكوينهم القانوني للإضطلاع بمهمة فحص القوانين للتعرف على مدى موافقتها لأحكام الدستور؛ فضلا عن أن الإجراءات التي تتبع أمام القضاء تنطوي على كثير من الضمانات

(1) الرقابة القضائية تعتبر إحدى الوسائل الفنية الحديثة لضمان حسن نفاذ القواعد الدستورية؛ ومن ناحية ثانية، تمنح بعض الدساتير المقارنة القضاء الحق في التأكد من مدى مخالفة القوانين للدستور تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر أو إلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كانت قد صدرت.

(2) وأبرز مثال على هذا النوع من الرقابة هو الرقابة القضائية في ظل دستور الولايات المتحدة الأمريكية. وفي البلدان العربية يأخذ كل من الدستور المصري والدستور الكويتي ودستور جمهورية العراق يمثل هذا النوع من الرقابة.

(3) د. محمد رفعت عبدالوهاب والدكتور إبراهيم عبدالعزيز شيخا، المرجع السابق، ص 522.

التي تكفل العدالة (مثل العلانية وحرية الدفاع ومناقشة الشهود والخصوم وضرورة تسبب الأحكام القضائية) وتبعث الثقة والإطمئنان لأحكامه مما يكفل بالتالي للرقابة الدستورية الموضوعية والسلامة⁽¹⁾.

لذا كان من المنطقي أن يعهد بالرقابة على دستورية القوانين لهيئة قضائية، يتوافر في أعضائها التكوين القانوني السليم والعميق، وكذا النزاهة والحيدة والاستقلال والتجرد، إضافة إلى ما يقدمه القضاء من ضمانات لتحقيق احترام نصوص الدستور، وعدم المساس بالحقوق والحريات.

وعلى هذا الأساس فإن الرقابة القانونية، تعتبر أكثر تطبيقاً في دول العالم من الرقابة السياسية وهي تقوم على أساس تدخل جهاز قضائي لإصدار حكم بمدى توافق أو عدم توافق تشريع ما مع القانون الأسمى وهو الدستور. هذا ما أدى إلى إعتناق هذا الأسلوب من الرقابة من طرف جانب من الفقه الفرنسي. فكما أنه ينظر لفرنسا بأنها المثال البارز للرقابة السياسية في المقابل فإن الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر مهداً لنشأة النظام القضائي للرقابة على دستورية القوانين.

وبهذا المنطق فإن عملية الرقابة القضائية على دستورية القوانين، تدخل بصورة طبيعية في إختصاص القضاء، فما وظيفة القاضي إلا تطبيق القوانين على ما يعرض أمامه من نزاع، وهو يفصل فيها وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية بمعنى أنه إذا وجد أن النص التشريعي الذي يحتج به أمامه يتعارض مع قاعدة أعلى منه في الدستور، فإنه ملزم بإعمال الرقابة على هذا النص.

وفي هذا، يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري "... مهما يكن من أمر الخلاف في شأن رقابة القضاء لدستورية القوانين فمن الواضح أن تشريعاً يصدر من جهة غير مختصة أو دون مراعاة الأوضاع الدستورية لا يستطيع القضاء أن يصبر عليه ولا يستسيغ لنفسه أن يطبقه فيما يعرض له من الأفضية...".

ومنه، فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تقوم على أساس قانوني سليم، وأصبحت ضرورة لازمة لضمان القواعد الدستورية، ومما لا ريب فيه أن إسناد مهمة التحقق من مدى مطابقت القوانين المختلفة للدستور إلى القضاء يحقق مزايا عديدة لم تتوفر من قبل في حالة تولي هيئة سياسية لهذه المهمة.

ثانياً: تنظيم الرقابة القضائية

وإذا كانت أغلب الدول في عالمنا المعاصر تأخذ بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين فإن تنظيم هذه الرقابة يثير نقاطاً أربعة جديرة بالبحث:

– تحديد الجهات القضائية التي يعهد إليها برقابة الدستورية.

(1) أنظر في ذلك: محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف، طبعة 02، الإسكندرية، 1990. ص. 137-138.

- من له الحق في الطعن بعدم الدستورية.
- كيفية الإدعاء أمام المحاكم بعدم الدستورية.
- تحديد السلطات المخولة للهيئة القضائية في حالة مخالفة القانون العادي لأحكام الدستور.

1 - تحديد الجهات القضائية التي يعهد إليها برقابة الدستورية

يوجد اتجاهان رئيسيان في هذا الصدد، إتجاه يعهد بمهمة الرقابة إلى جميع المحاكم في الدولة وهو الذي يطلق عليه "أسلوب لا مركزية الرقابة" واتجاه آخر يعهد بالرقابة إلى جهة قضائية واحدة وهو الذي يطلق عليه "أسلوب مركزية الرقابة".

فقد يكون الأسلوب المتبع هو لا مركزية الرقابة، حين تذهب دساتير بعض الدول إلى تبني فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين و إعطائها الحق لكل أنواع المحاكم في القيام بهذا النوع من الرقابة. بحيث تستطيع أي محكمة في السلم القضائي مهما كانت درجتها أن تنظر في دستورية القوانين؛ ومن أمثلة ذلك النظام الدستوري الأمريكي فلا تختص المحكمة العليا في هذا النظام كما يتوهم الكثيرون بنظر الطعن في دستورية القوانين وإنما تملك هذه السلطة في الولايات المتحدة جميع الجهات القضائية على إختلاف درجاتها سواء في الولايات المختلفة أو في الحكومة المركزية؛ ومرد ذلك أن هذه المحاكم لا ترى في الرقابة إلا جزءا طبيعيا من وظيفتها الأصلية في نظر خصومات الأفراد ومنازعاتهم⁽¹⁾.

وقد يكون الأسلوب المتبع هو مركزية⁽²⁾ الرقابة، حالة قصر الإدعاء بعدم الدستورية أمام جهة قضائية⁽³⁾ واحدة بحيث لا يجوز لغير هذه الجهة أن تتصدى لبحث مدى دستورية النص كما لا يجوز لمن يمنحهم الدستور حق الطعن بعدم الدستورية؛ الادعاء بعدم مطابقة القانون العادي للدستور حصرا أمام هذه الجهة. كما يقصد

(1) أنظر في ذلك: أحمد كمال أبو الجهد، المرجع السابق، ص 280.

(2) وقد كانت المفاضلة بين المركزية واللامركزية في الرقابة الموضوع الرئيسي للمؤتمر عام 1928. وقد اشترك في ذلك المؤتمر الدولي للقانون العام الذي انعقد في باريس من كبار فقهاء القانون نذكر منهم العميد Duguit و Jeze والذين أيدوا نظام لا مركزية الرقابة، مشيرين إلى خطورة نظام المحكمة الواحدة لأنها غالبا ما تتحول إلى مؤسسة سياسية تضاف إلى المؤسسات السياسية الأخرى. / أنظر: الدكتور رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 464.

(3) تختلف الدساتير التي تأخذ بهذا الأسلوب في تحديد الجهة التي يعهد إليها بالرقابة على دستورية القوانين ويمكن حصرها في اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: تسند دساتير بعض الدول مهمة الفصل في مدى مطابقة القانون العادي لأحكام الدستور إلى المحكمة العليا في النظام القضائي العادي (محكمة النقض أو التمييز مثلا) بحيث تقوم هذه المحكمة برقابة الدستورية إلى جانب اختصاصاتها القضائية الأخرى؛ وتعد سويسرا من أبرز الدول التي أخذت بهذه الطريقة حيث جعل دستور الاتحاد السويسري لسنة 1874 للمحكمة الاتحادية العليا وحدها وبناء على طلب ذوي الشأن الحق في أن تمتنع عن تطبيق القوانين لمخالفتها للدستور الاتحادي أو لدساتير الولايات المختلفة، وهي تباشر ذلك الاختصاص إلى جانب ولايتها القضائية في المسائل المدنية والجنائية.

الاتجاه الثاني: أغلب دساتير الدول التي أخذت بأسلوب مركزية الرقابة قد جعلت الاختصاص بالرقابة الدستورية موكولا إلى محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض؛ ومن هذه الدساتير على سبيل المثال دستور جمهورية مصر العربية الحالي لسنة 1971 ودستور الجمهورية العربية السورية لسنة 1973. / أنظر: رمزي طه الشاعر، الوجيز في القانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص 146.

مركزية الرقابة أن يعهد بالرقابة إلى محكمة واحدة. قد تكون هذه المحكمة العليا في النظام القضائي العادي وقد تكون محكمة دستورية متخصصة.

2- الجهات التي تملك حق الطعن بعدم الدستورية

سواء أوكل أمر الرقابة على الدستورية إلى جميع الجهات القضائية على اختلاف درجاتها في السلم القضائي أو إلى محكمة خاصة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، فإن الهيئة القضائية التي يعهد إليها بتلك الرقابة لا تملك من تلقاء نفسها فحص دستورية القوانين للتأكد من دستورتها بل لا بد من رفع نزاع أمامها متعلق بالقانون الذي ثار الشك حول دستوريته.

وتختلف تشريعات الدول في تحديد الأشخاص الذين يحق لهم الطعن بعدم الدستورية، فقد تكون من الهيئات أو الأفراد بينما تقصر تشريعات بعضها إلى إعطاء هذا الحق لكل ذي مصلحة أخرى حق الطعن بعدم الدستورية على بعض الهيئات دون الأفراد.

ففي حالة إعطاء الحق في الطعن لكل ذي مصلحة، نجد أن تشريعات بعض الدول التي تعتنق فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعطي حق الطعن بعدم الدستورية لكل ذي مصلحة في هذا الطعن سواء من الهيئات العامة أو الأفراد ومن ذلك الدستور السويسري الصادر 1874، حيث أعطى لكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلية أن يطعن أمام المحكمة العليا الاتحادية بعدم دستورية القوانين الصادرة من الولايات، ومن ذلك أيضاً دستور جمهورية السودان الصادر 1973 حيث نص في المادة /58/ منه على أنه "يجوز لأي شخص أضرار من جراء أي تشريع أصدرته أية سلطة ذات إختصاص تشريعي أن يرفع دعوى أمام المحكمة العليا لإعلان بطلانه بسبب إهداره للحريات والحقوق التي كفلها الدستور".

وقد يكون حق الطعن مقصوراً على بعض الهيئات، والحالة هذه تنص بعض الدساتير على تحديد الهيئات التي يحق لها الطعن بعدم دستورية القوانين، ومن تلك الدساتير على سبيل المثال الدستور السوري 1950 إذ كان يقضي باقتصار حق الطعن -أمام المحكمة العليا في القوانين غير الدستورية- على رئيس الجمهورية وربع أعضاء مجلس النواب⁽¹⁾.

(1) أنظر: المادتين /63/ و /122/ من الدستور السوري.

3- كيفية الإيداع أمام المحاكم بعدم الدستورية

على الرغم من أن كثيرا من الدول قد أخذت بطريقة الرقابة القضائية على دستورية القوانين غير أن هذه الدول لم تتفق على أسلوب واحد فيما يتعلق بكيفية الإيداع أمام المحاكم بعدم الدستورية ، فمنها ما يجعل الرقابة تتم عن طريق دعوى أصلية (رقابة الإلغاء) ومنها ما يسمح بهذه الرقابة بواسطة الدفع (رقابة الامتناع).

-الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية: يقصد برقابة الإلغاء أو الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية أن يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون ما بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة، عن طريق رفع دعوى أصلية يطلب فيها إبطال النص محل الرقابة لمخالفته لأحكام الدستور، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية⁽¹⁾.

فإذا ما ثبت للمحكمة المختصة بعد فحصها للقانون المطعون فيه أنه مخالف للدستور حكمت بطلان هذا القانون وإلغائه ولذلك تسمى هذه الرقابة أيضا برقابة الإلغاء. و الحكم الصادر في هذه الحالة يكون ذو حجية عامة ومطلقة أي أنه يسري في مواجهة الكافة واعتبار القانون المحكوم بإلغائه كأن لم يكن سواء من تاريخ صدوره أو بالنسبة للمستقبل.

كما تكون الرقابة مركزية؛ يعهد بها إلى جهة قضائية واحدة يكون الحق للمواطن رفع دعوى أصلية⁽²⁾، مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا أو المحكمة العليا، ففي هذه الصورة يقوم صاحب الشأن⁽³⁾ بمهاجمة القانون الذي يدعي عدم دستوريته طالبا إلغاءه لمخالفته نصوص الدستور. مما يفضي إلى اعتبارها طريقة هجومية وليست دفاعية⁽⁴⁾. بمعنى أن صاحب الشأن لا ينتظر حين تطبيق ذلك القانون الذي يرى بأنه غير دستوري بل يبادر بالطعن فيه⁽⁵⁾، ثم إنهما طريقة مباشرة إذ أن النزاع حول دستورية القانون يرفع مباشرة إلى المحكمة دون أية إجراءات أخرى. مما يقتضي أن الحكم الصادر في هذه الحالة يكون ذو حجية عامة ومطلقة أي أنه يسري في مواجهة الكافة واعتبار القانون المحكوم بإلغائه كأن لم يكن. سواء من تاريخ صدوره أو بالنسبة للمستقبل فقط؛ ولذلك فإن هذا

(1) في الجزائر صدر القانون 16/18 في 2018/09/05 يحدد شروط وكيفية الدفع بعدم الدستورية، ج.ر رقم 54.

(2) سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 226.

(3) الحق في رفعها لا يكون لجميع الأفراد دون قيد و إلا أضحت دعوى أصلية بحتة، بل يجب أن تتوفر في رافع هذه الدعوى شرط المصلحة، أي أن يكون قد أصابه ضرر أو يخطر ذلك فيما لو طبق عليه. وللحكم الذي تصدره المحكمة بإلغاء القانون أو رفض الدعوى حجية مطلقة، ويسري على الكافة بلا استثناء، ولا يجوز أن يثار موضوع الدعوى من جديد أمام أي محكمة أخرى في المستقبل. وبناء عليه لا يجوز اللجوء إلى مثل هذا الأسلوب في الرقابة على دستورية القوانين إلا بناء على نص صريح في الدستور يحدد المحكمة المختصة بهذا الدور والنتائج المترتبة عليه.

(4) سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، نفس المرجع، ص 226 وما بعدها.

(5) رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، نفس المرجع، ص 359.

الحكم يحسم النزاع حول دستورية القانون المطعون فيه بصفة نهائية بحيث لا يجوز إثارة المشكلة في المستقبل بصدد مسائل فرعية يحكمها هذا القانون⁽¹⁾.

لهذا فإن رقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية تفترض أن هناك قانونا قد صدر وأصبح نافذا أو مطبقا على الأشخاص، وأن تطبيق هذا القانون سيلحق ضررا بهم، إذا لم يهاجموه ويطعنوا بصحته استقلالا عن أي نزاع آخر⁽²⁾. وعلى هذا الأساس توكل دساتير⁽³⁾ بعض الدول، مهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى أعلى محكمة في النظام القضائي في الدولة⁽⁴⁾. وبعضها الآخر يوكلها إلى محكمة دستورية خاصة تنشأ لهذه الغاية. وفي صورتين تبقى الرقابة على دستورية القوانين رقابة مركزية. بمعنى آخر لا تعطى هذه الرقابة إلا لنوع معين من جهات القضاء في الدولة وليس إلى جميع المحاكم فيها.

ورقابة الإلغاء قد تكون سابقة⁽⁵⁾ على صدور القانون إذا اشترط عرضها على هيئة قضائية معينة للتحقق من مدى مطابقتها للدستور، وعادة ما يوكل أمر تحريك هذه الرقابة إلى بعض الهيئات العامة دون الأفراد وذلك لإندعام المصلحة.

وكذلك قد تكون رقابة الإلغاء لاحقة، إذا تقرر أن تكون بعد إصدار القانون فعلا بحيث يجوز الطعن في عدم دستورية القانون أمام هيئة قضائية لإلغائه وتفاديا لبعض النقد فإن الدساتير التي تأخذ بهذه الطريقة عادة ما تنص على إنشاء محكمة⁽⁶⁾ قضائية خاصة كالمحكمة الدستورية في إيطاليا.

(1) أنظر: عبد الغني بسويبي عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 420.

(2) ينتقد الدكتور سعد عصفور وصف بعض المؤلفين لهذه الدعوى بأنها دعوى أصلية لا مبرر له، ذلك أن اصطلاح الدعوى يفيد بذاته أنها دعوى أصلية. ذلك أن المؤلفين إنما أرادوا التفرقة بين الدفع والدعوى لا بين الدعوى الفرعية والدعوى الأصلية..

(3) ومن الدساتير التي أخذت بهذا النوع من الرقابة الدستور السويسري الحالي، حيث خول دستورها المحكمة الاتحادية وحدها سلطة فحص مدى توافق القوانين مع أحكام الدستور أو عدم تطابقها، والغاء ما يكون مخالفا للدستور الاتحادي أو لدساتير الولايات وكذلك دستور كولومبيا، ودستور فنزويلا ودستور جمهورية الصومال ودستور السودان.

(4) ومن الأمثلة على بعض النصوص الدستورية التي تعطي المحكمة العليا حق الرقابة على دستورية القوانين، ما ورد في المادة 82/ من دستور جمهورية السنغال حيث جاء فيها "تختص المحكمة العليا بالنظر في دستورية القوانين والاتفاقيات الدولية وتنازع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. كما تنظر في الحالات التي تتعسف فيها السلطة التنفيذية في ممارسة سلطتها". أما الدستور الصومالي فبعد أن بين أن المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص في الرقابة على دستورية القوانين، بين أيضا أن هذه المحكمة تنعقد باعتبارها محكمة دستورية بإضافة عضوين إضافيين يعينهما رئيس الجمهورية من مجلس الوزراء وعضوين آخرين ينتخبهم المجلس.

(5) ومن الدول التي أخذت برقابة الإلغاء السابقة إيرلندا في دستورها لسنة 1937 الذي نص على أن القوانين التي يقرها البرلمان وقبل المصادقة عليها من قبل رئيس رئيس الجمهورية يجوز له إحالتها على المحكمة العليا للنظر في مدى دستورتها وعليها أن تصدر حكما خلال 60 يوما من تاريخ إحالتها القوانين عليها، وإن قضت بعدم دستورتها إمتنع عن إصدارها .

(6) وفي حالة عدم وجود هذه المحكمة فإنه لا يسمح برفع دعوى الإلغاء إلا أمام أعلى محكمة في الدولة، ولاستقرار المعاملات فإن الحق في رفع دعوى الإلغاء يقيد بمدة محددة كأن تكون 60 يوما مثلا .

ويترتب على الأخذ بطريق الدعوى تقرير بطلان القانون الذى يقضى بعدم دستوريته. ويتقرر هذا البطلان في مواجهة الكافة. إذ أنه من غير المنطقي أن يكون القانون غير دستوري بالنسبة للبعض دون البعض الآخر. ومن ثم فإن الحكم بعدم الدستورية في هذه الحالة له حجية مطلقة. وتسري آثاره في حق الجميع⁽¹⁾.
ومن الدول⁽²⁾ التي تأخذ دساتيرها بطريقة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية دستور سويسرا ودستور إسبانيا وتأخذ هذه الدساتير بنظام المحكمة الدستورية العليا المختصة في رقابة دستورية القوانين⁽³⁾.
وتتميز هذه الطريقة التي تكون الرقابة فيها مركزية بأنها تتجنب ما قد تثيره لامركزية الرقابة من إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية، وذلك من خلال تضارب أحكام المحاكم في دستورية أو عدم دستورية قانون بعينه.

فضلا عن ذلك فإن أخذ الدولة بمركزية الرقابة على دستورية القوانين من خلال محكمة خاصة ينشئها الدستور خارج نطاق السلم القضائي من شأنه أن يؤدي إلى رفع شبهة الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات التي يثيرها عادة تعرض المحاكم العادية لأعمال السلطة التشريعية، خصوصا في ظل النظم الدستورية التي تقوم على ذلك المبدأ⁽⁴⁾.
- الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية : يقصد برقابة الإمتناع أو كما تسمى أحيانا بالرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية⁽⁵⁾ امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة أو بمبادرة منها، في قضية منظورة أمامها.
وإذا كانت رقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية توصف بأنها هجومية، فإن رقابة الامتناع أو الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية، الهدف منها ليس إلغاء القانون المخالف للدستور، وإنما الهدف هو عدم تطبيق القانون المخالف للدستور على موضوع النزاع المنظور أمام محكمة معينة.

فحيث تتحقق المحكمة من صحة دفع صاحب الشأن بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في نزاع معين، فإنها تمتنع عن تطبيقه في الدعوى بناء على تغليب القاعدة الدستورية على القاعدة العادية⁽⁶⁾. أي بتغليب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة⁽¹⁾.

(1) سامى جمال الدين، لوائح الضرورة، المرجع السابق، ص 227.

(2) ومن الدساتير التي أخذت أيضا بهذه الصورة من صور تحريك الطعن ألمانيا الاتحادية في دستور 1951 المعدل سنة 1969 وسنة 1975 ودستور الكويت 1962 ودستور إيطاليا 1947 ودستور السودان 1964 على أن هذه الدساتير قد اختلفت في تحديد الجهة التي تستطيع أن تحرك الطعن بعدم الدستورية.

(3) د. محمد رفعت عبدالوهاب والدكتور ابراهيم شيخا، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 526.

(4) عثمان عبد الملك الصالح - الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، مجلة الحقوق تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1986، ص 20.

(5) د. ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، المرجع السابق، ص 136.

(6) يذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تتعرض لأمر دستورية قانون معين من تلقاء نفسها، بل أن حقها في الامتناع عن تطبيق قانون مخالف لدستور لدستور يتقرر بمناسبة إثارة مثل هذا الدفع. أما نحن فإنا نعارض مثل هذا الرأي ونقول بأن للمحكمة أن تتعرض لبث دستورية قانون معين من تلقاء نفسها وهي بصدد نزاع معروض أمامها، ولا يشترط انتظار أحد الخصوم للدفع بذلك حتى يتقرر لها مثل هذا الحق. =

هذه الطريقة القضائية لا ترفع دعوى أصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم دستورية، وإنما تثار مسألة دستورية القانون بطريقة فرعية أثناء نظر قضية أصلية معروضه أمام إحدى المحاكم. ولا يتوفر في هذه الصورة الحق لأي مواطن للطعن بعدم دستورية القوانين بصورة أصلية.

بمعنى آخر إذا رأى الشخص أن قانونا ما يخالف الدستور فلا يحق له أن يتقدم للمحكمة للطعن بهذا القانون، ولكن إذا أصبح طرفا في دعوى قضائية يطبق عليه فيها القانون الذي يعتقد أنه مخالف للدستور عندئذ يبادر للطعن فيه.

ويتعين على القاضي النظر في صحة هذا الطعن فإذا تبين له صحته يتوقف عن تطبيق القانون فحسب؛ ويطبق محله النص الدستوري. ويكون قرار الحكم هنا خاصا بالقضية المعروضة عليه فقط، لذلك قيل بأن هذا الحكم حجته نسبية أو قاصرة. ومعنى ذلك أن المحاكم الأخرى وحتى المحكمة⁽²⁾ نفسها غير ملزمة بالحكم الصادر في هذه القضية في قضايا أخرى ولو مشاهجة إذا لم يتم الطعن فيه⁽³⁾.

بحيث أن في هذه الطريقة يفترض وجود دعوى أمام محكمة جنائية أو مدنية أو إدارية وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع حينئذ يقوم الخصم المطلوب تطبيق القانون عليه بالدفع بعدم دستورية ذلك القانون. فإذا ما تأكد قاضي الموضوع من جدية ذلك الدفع وأنه يخالف الدستور، فلا يقوم بإلغاء ذلك القانون، وإنما فقط يمتنع عن تطبيقه في القضية المطروحة⁽⁴⁾ أمامه. وهذا لا يمنع تطبيق القاضي لنفس القانون في حالات أخرى، وعلى كل حال فإن القانون يظل قائما إلى أن يلغي بقانون آخر⁽⁵⁾.

كما يمكن لمحكمة أخرى أن تطبق ذات القانون في قضية أخرى إذا لم يدفع بعدم دستوريته (من الناحية النظرية) ولكن من الناحية الواقعية فإن المحكمة التي قضت بعدم دستوريته تمتنع عن تطبيقه في النزاع وكذلك في المنازعات الأخرى، وقد تمتنع أيضا المحاكم الأخرى عن تطبيقه إذا كان الحكم صادر من محكمة عليا.

(1) =Burdeau-George, Droit Constitutionnel et Institution Politiques, op.cit, p 107.

(2) وفي هذا الشأن يضيف الدكتور علي السيد الباز، حالة "ما لم تكن هذه محكمة في دولة تأخذ بنظام السوابق القضائية" / علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، المرجع السابق، ص 232.

(3) أنظر: أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 320 وما يليها.

(4) حيث أبرز مجلس الدولة المصري كثيرا من الحجج الدستورية التي تبرر لمختلف المحاكم الحق في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور. ومن أهم هذه الحجج ما أورده في حكم له بتاريخ 10 فبراير 1948 حيث قال " ... حين جعل الدستور نفاذ أحكام القوانين السابقة عليه رهينا بأن تكون متفقة مع أحكامه. وغنى عن البيان أن الخطاب في هذه المادة موجه إلى المحاكم التي يقوم لديها مثل هذا التعارض في التطبيق بين تلك القوانين وبين الدستور، فقد اعتبر أن حقها في هذا البحث من المسلمات"، كما أنه أكد سيادة الدستور العليا إذا ما تعارض مع القوانين العادية. / أنظر: الدكتور سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 391.

(5) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 110.

وبمعنى آخر فإن الحكم الصادر في حالة الدفع الفرعي تكون له حجية نسبية⁽¹⁾ تقتصر على موضوع النزاع وأطرافه، ومثل هذا الوضع الذي تسير عليه المحاكم من شأنه أن تظل القوانين مدة طويلة مزعجة يحيط بها الشك حتى يقضى بصفة قاطعة بدستوريتها أو عدم دستوريتها. ولذلك فإن طريقة الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في قضية ما ولا تستهدف إلغاءه.

والرقابة عن طريق الدفع الفرعي بما تتضمنه من امتناع القاضي عن تطبيق القانون المخالف للدستور، يمكن أن يأخذ بها كل قاضي أو أية محكمة؛ حيث أنه بعكس الحال عما هو معمول به في الطريقة الأولى؛ كما لاحظنا بأن الأمر مقصور على محكمة دستورية أو المحكمة العليا، ولذلك فإن الدفع الفرعي لا يحتاج قيام المحكمة بذلك الدور في الرقابة إلى وجود نص دستوري، لأن من جوهر وطبيعة القاضي أن يرحح كفة الدستور باعتباره التشريع الأعلى عند تعارضه مع قانون أدنى، لأن النص الأعلى يقدم على النص الأدنى حالة تعارضهما⁽²⁾.

وغنى عن البيان؛ بأن الولايات المتحدة الأمريكية مهد ومنشأ طريق الدفع الفرعي في الرقابة على دستورية القوانين. وما يلاحظ بأن قضاء الإمتناع⁽³⁾ يزداد قوة بفضل نظام السوابق القضائية الذي تأخذ به المحاكم الأمريكية، كما أن المحاكم الأمريكية تتخذ أسلوبين آخرين⁽⁴⁾ أسلوب الأمر القضائي⁽⁵⁾ والحكم التقريري⁽⁶⁾. وهذه الرقابة كما تشير تسميتها تنور بمناسبة دعوى (مدنية تجارية جنائية إدارية... الخ)، مطروحة أمام القضاء حيث يدفع أحد أطراف النزاع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه فإذا تبين للقاضي صحة الدفع فإنه يستبعد تطبيق القانون غير الدستوري في القضية المثارة أمامه⁽⁷⁾.

(1) أنظر في ذلك: محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 140. / رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، المرجع السابق، ص. 364-395.

(2) ولذلك أخذت المحاكم الأمريكية في الولايات المتحدة بهذه الطريقة رغم عدم نص الدستور الأمريكي عليها إلا أن المحكمة الاتحادية أقرت لنفسها هذه الصلاحية ابتداء من قضية ماربري ضد ماديزون سنة 1830.

(3) رغم سكوت دستور مصر لسنة 1923 عن مسألة الرقابة فقد أقر القضاء الإداري لنفسه هذه الصلاحية في حكم محكمة النقض صادر في 10/02/1948، في رقابة الإمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور. وبحلول سنة 1969 أصبحت المحكمة العليا الجهة الوحيدة التي لها الحق في الرقابة على دستورية القانون عن طريق الدفع. أما دستور 1971 نص على إنشاء محكمة دستورية لممارسة هذه الصلاحية، ولقد أنشأت هذه المحكمة فعلاً بمقتضى قانون صدر سنة 1978.

(4) أخذت المحاكم الأمريكية بأسلوب الأمر القضائي والحكم التقريري:

- الأمر القضائي: مؤداه أنه يجوز لأي فرد أن يلجأ إلى المحكمة ليطالب بوقف تنفيذ قانون على أساس أنه غير دستوري وأن من شأنه أن يلحق به أضراراً، وإذا رأته المحكمة ذلك تصدر أمراً قضائياً إلى الموظف المختص بعدم التنفيذ.

- الحكم التقريري: هو أن يلجأ الفرد إلى المحكمة بطلب إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون المراد تطبيقه عليه يعد دستورياً أم لا، وينتظر الموظف صدور حكم في هذا الشأن ثم يشرع في تطبيقه إن كان دستورياً.

(5) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 480.

(6) نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 578.

(7) أنظر: فتحي فكري، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة دستور 1971)، الكتاب الأول المبادئ الدستورية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997. ص 187.

وقد يترتب أحيانا على هذا الوضع أن تختلف أحكام القضاء بصدد دستورية قانون ما فتري بعض المحاكم أنه قانون غير دستوري ويمتنع عن تطبيقه؛ بينما يرى البعض الآخر أنه متفق مع أحكام الدستور. وقد يحدث أن تغير المحكمة الواحدة رأيها بخصوص القانون، فبعد أن تحكم بعدم دستوريته تعود فتعدل عن رأيها وتقضي بدستورية القانون في دعوى أخرى معروضة أمامها؛ ومثل هذا الوضع الذي تسير عليه المحاكم من شأنه أن تظل القوانين مدة طويلة مزعزعة يحيط بها الشك حتى يقضى بصفة قاطعة بدستوريتها أو عدم دستوريته.

كما تتلاءم هذه الطريقة مع أسلوب لا مركزية الرقابة وتفسير ذلك أن امتناع القاضي عن تنفيذ القانون الذي يقدر عدم دستوريته هو أحد الالتزامات التي تقع على عاتقه لأنها تنبثق مباشرة من وظيفته بتطبيق القانون حيث يتعين عليه إزالة عوائق التطبيق وحل مشاكل التنازع بين القوانين لكي يتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق في النزاع المعروض عليه؛ ولما كان هذا هو واجب القضاء بصفة عامة فإنه من المنطقي أن يعترف بهذا الحق لجميع المحاكم على اختلاف درجاتها.

- الرقابة عن طريق الدفع المقدم بدعوى عدم الدستورية: هناك دساتير تبنت الجمع بين الطريقتين الإلغاء والإمتناع، على أساس أنه يمكن أثناء نظر دعوى قضائية يراد فيها تطبيق قانون معين أن يدفع أحد أفراد الدعوى بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في هذه الدعوى أمام ذات المحكمة التي تنظر فيها، فلا تتعرض المحكمة للفصل في هذا الدفع بل توقف نظر الدعوى، ويحال الطعن بعدم دستورية القانون إلى محكمة أخرى تختص بالفصل في دستورية هذا النص من عدمها، ويكون للحكم الصادر حجية مطلقة عامة.

ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب مصر حيث تنفرد المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ويمكن الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا بأحد الأساليب التالية:

- دفع أحد الخصوم بعدم دستورية قانون معين، فإذا تبادر للمحكمة أن الدفع جدي تؤجل نظر الدعوى وتحدد لمن أثار الدفع مدة معينة لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا.
- الإحالة من المحكمة المنظور أمامها النزاع، ويكون ذلك في حالة ما إذا إتسعت المحكمة أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في الدعوى يتوقف نظر الدعوى وتحال الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها .

تتصدى المحكمة الدستورية العليا مباشرة فقد ترى المحكمة أثناء ممارسة اختصاصها أن القانون المتصل بالنزاع غير دستوري وتتصد له وتفحصه⁽¹⁾.

(1) د. محمد رفعت عبدالوهاب والدكتور ابراهيم شيخا، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص528.

ثالثاً: تقدير الرقابة القضائية

1 - المزايا

- ضمان أن تكون كافة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والأنظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية متوافقة مع الدستور.
- الحياد والبعد عن التيارات السياسية والمؤثرات الحزبية التي تسعى إلى التدخل.
- وجود قاض متخصص في تطبيق القوانين وله تكوينه القانوني وهو أمر لازم لمباشرة هذه المهمة، فالرقابة على الدستورية في التشريع مهمة ذات طابع فني متميز ينبغي أن يتوافر في من يتولاها معرفة ودراية بالدستور واتجاهاته وقدرة على تفسيره وأيضاً معرفة بالقانون وإختصاصات السلطة ومداهها فهي تعتبر أمور قانونية بحتة.
- هدفها في النهاية الوصول إلى الحقيقة المجردة وهو ما يكفله نظام الإجراءات القضائية التي تكفل حق الدفاع ومواجهة الخصوم وتحديد طرق الإثبات فضلاً عن تسبب الأحكام بما يحمي المصالح المختلفة في النزاع المطروح.
- ونظراً لما تتمتع به السلطة القضائية⁽¹⁾ من مؤهلات قانونية وما تمتاز به من ضمانات الحيادة والإستقلال والثقة المتبادلة بينها وبين الأفراد، وما تحمله من رغبة شديدة في تأكيد إحترام الدستور وتغليب الأسمى من القواعد، فإن هذه السلطة -أي السلطة القضائية- هي خير من يقوم بدور الرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾.

2 - العيوب

- يثور في وجه الرقابة القضائية على دستورية القوانين، اعتراض قائم على الإدعاء بأن تقرير هذه الرقابة يؤدي إلى إهدار مبدأ الفصل بين السلطات، وهو يعد من أهم المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون، فهذه الرقابة تعطي القاضي الحق في إبطال القانون الذي شرعه البرلمان. وهو في أصل وظيفته لا يملك غير تطبيق هذا القانون لا البحث عن دستوريته⁽³⁾.

(1) أنظر في هذا: د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 454. / عبد الغني عبد الله بسيوني، المبادئ العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 188.

(2) لم يستعمل هنا اصطلاح الرقابة اللاحقة على صدور القوانين، لأن الرقابة اللاحقة قد تكون رقابة سياسية كما أخذ بها الدستور الجزائري والدستور التشيكوسلوفاكي.

(3) أنظر: سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.د.ن)، ص 101. / ثروت بدوي، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 109.

ثم أن تقرير حق القاضي في إبطال القانون يعلي من سلطة القاضي ويجعله سلطة أعلى من السلطات الأخرى وهو أمر لا يصح. ذلك أنه يخل بالتوازن الواجب توافره بين سلطات الدولة حين تمارس مهامها. ومن ذلك ما حدث في أمريكا حيث تحول النظام فيها إلى ما يسمى بحكومة القضاة⁽¹⁾.

قد توجه بإتجاه محافظ، إذ أن غالبية القضاة ينزعون طبيعيا لهذا الإتجاه من حيث ثقافتهم القانونية، وعقليتهم، والطبقات الإجتماعية التي ينبتون منها، ومن حيث مهنتهم بالذات لا يسع إبعاد هذا الإعتراض كليا، ولكن لا يجب تضخيمه⁽²⁾.

إن مراقبة القضاء لدستورية القوانين فيه مخالفة لمبدأ سيادة الأمة باعتبار أن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة والتي لا يجوز مراقبتها الأمر الذي يوجب أن لا يراقب أعمال البرلمان أحد غير ضمير أعضائه ما دام أنه هو الذي يباشر السيادة نيابة عن الأمة.

إن قيام القضاء بالرقابة الدستورية القوانين يعتبر اعتداء على وظيفة السلطة التنفيذية المتمثلة في رئيس الدولة وحقه في إصدار القوانين، فالدساتير تعطي في معظم الدول حق إصدار القوانين لرئيس الدولة، هذا يعني إعطاءه حق الرقابة، لذلك فإن إصدار رئيس الدولة للقانون يعتبر علامة على دستوريته، فإن تعرض القضاء لهذه المهمة بعد ذلك كان متعديا على اختصاص السلطة التنفيذية.

المطلب الثالث

المجلس الدستوري الجزائري

عرفت الرقابة على دستورية القوانين تطورا منذ الإستقلال إلى يومنا هذا، وقد مرت بمراحل عدة، حيث يعود أول ظهر للمجلس الدستوري بعد الإستقلال إلى دستور 1963 إذ نص في المادة 63/، على إنشاء المجلس الدستوري بتشكيلة من سبعة أعضاء، وهم الرئيس الأول للمحكمة العليا ورئيسا الغرفتين المدنية والإدارية الذين يمثلون السلطة القضائية، ومن ثلاثة نواب يعينهم المجلس الوطني يمثلون السلطة التشريعية وأخيرا عضوا واحدا يعينه رئيس الجمهورية وينتخب رئيس المجلس من بين الأعضاء⁽³⁾.

⁽¹⁾ مما يؤدي إلى حكومة القضاة، لأنها تنقل القرار الأعلى إلى هؤلاء، آخذة إياه من البرلمان والحكومة هذا الاعتراض ليس صحيحا إذا التزم القضاء بتطبيق النصوص الدستورية الواضحة نسيبا. ولكن إذا ذهب القضاء بعيدا، فيمكنهم بالتأكيد أن يلعبوا دورا تشريعا حقيقيا.

⁽²⁾ موريس دوفرجيه، ترجمة جورج سعد، المرجع السابق، ص 157.

⁽³⁾ الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، المرجع السابق، ص 152.

بعدها جاء دستور 1976 ولم يظهر للمجلس الدستوري أي أثر من بين المؤسسات الدستورية المكونة للسلطة في البلاد، إذ لم يكن هناك نص صريح في الرقابة على دستورية القوانين كون الدولة أنداك تبنت النظام الاشتراكي ونظام الحزب الواحد الذي كان مبتعدا عن مبدأ الفصل بين السلطات. واكتفى المشرع بإسناد مهمة المحافظة على الحريات والحقوق للقضاء حسب المادة /164/.

وبعد التعديل الدستوري لسنة 1989 والإصلاحات التي عرفها النظام في الجزائر بما فيها إقرار التعددية الحزبية، وتبني مبدأ الفصل بين السلطات، تم إنشاء المجلس الدستوري بمقتضى المادة /153/، تكون من سبعة أعضاء إثنان منهم يعينهم رئيس الجمهورية، وإثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، وإثنان تنتخبهما المحكمة العليا من بين أعضائها، على أن يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري، وتكون مدة العضوية ست سنوات غير قابلة للتجديد طبقا للمادة /154/.

تمتعا بصلاحيات عدة في مقدمتها الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات حسب المادة /158/ و/159/ من الدستور، والتنظيمات ورقابة صحة الاستشارات السياسية الوطنية، بموجب قرار أو رأي بناء على إخطار من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني حسب المادة /156/ بالإضافة إلى صلاحيات إستشارية". وقد عدل وتمم في 28 نوفمبر 1996، بحيث حاول المشرع تدارك النقائص التي جاءت في دستور 1989؛ فأصبح عدد أعضائه تسعة بموجب المادة /164/ وأقر فكرة القوانين العضوية ونظم العلاقة بين البرلمان والحكومة وسير غرقتي البرلمان وقوانين الأحزاب، برقابة سابقة على إصدارها بناء على إخطار من رئيس مجلس الأمة أيضا. بالإضافة إلى رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي حسب المادة /165/.

وعلى إثر تعديل الدستور لسنة 2016 جاء في المادة /183/ على أنه "يتكون المجلس الدستوري من اثني عشر عضوا أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، وإثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، وإثنان ينتخبهما مجلس الأمة، وإثنان تنتخبهما المحكمة العليا، وإثنان ينتخبهما مجلس الدولة. ويعين رئيس الجمهورية رئيس ونائب المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ثماني سنوات".

فمن خلال نص الفقرتين السابقتين، يتبين لنا أن عدد أعضاء المجلس الدستوري قد ارتفع، حيث وصل إلى إثني عشر عضوا، فقد نص تعديل الدستور على السلطة التنفيذية يمثلها أربعة أعضاء بما فيهم رئيس المجلس ونائبه، بدل من ثلاثة أعضاء في ظل دستور 1996⁽¹⁾؛ أما البرلمان فبقي بنفس عدد ممثليه، في حين السلطة القضائية

(1) أنظر: المادة /164/ من دستور 1996 والتي تنص على أنه "يتكون المجلس الدستوري من تسعة أعضاء؛ ثلاثة أعضاء من بينهم رئيس المجلس الدستوري يعينهم رئيس الجمهورية، وإثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، وإثنان ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا، وعضو واحد..."

تمثل بأربعة أعضاء، عضوين عن كل جهة قضائية، وذلك بقصد خلق التوازن بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة، وتدعيم المجلس الدستوري بالعنصر المتخصص في المجال القضائي.

وعمقتضى نص المادة /184/ التي تضمنت شروط العضوية والخبرة المهنية في المجال القانوني، يكون رئيس الجمهورية ملزم بالتقيد بالشروط السابقة في التعيين، وهذا خلافا لما كان سائدا من قبل، حيث كان لرئيس الجمهورية الحرية المطلقة في اختيار أعضاء المجلس⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس؛ يتولى أعضاء المجلس الدستوري مهامهم مرة واحدة مدتها ثماني سنوات غير قابلة للتجديد، ويجدد نصف عدد أعضائه كل أربعة سنوات، وهي مدة كافية تسمح للعضو باكتساب الخبرة المطلوبة لأداء مهامه.

كما أن عدم تجديد المدة يوفر للأعضاء استقلالية حقيقية للعمل في مواجهة السلطات ويجعلهم في غنى عن مسانقتها طمعا في ولاية أخرى، أما الحكمة من التجديد النصفى للمجلس فهي تأمين استمراريته وتدعيمه بكفاءات جديدة قد ترفع من مستوى أداء عمله الرقابي⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بتوسيع الإخطار⁽³⁾ وإمكانية اللجوء إلى المجلس الدستوري⁽⁴⁾، فقد نصت المادة /186/ من تعديل الدستور على أنه "يتم اللجوء المباشر إلى المجلس الدستوري لمعرفة موقفه حول مدى دستورية نص تشريعي أو تنظيمي أو معاهدة عن طريق الإخطار، من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني"، وأضاف أيضا حق كل من الوزير الأول وخمسين نائبا أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة.

في حين ذهبت المادة /188/ إعطاء إمكانية اللجوء غير المباشر عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين إلى الأفراد متى كانت القوانين الصادرة قد أهدرت الحقوق الأساسية والحريات المعترف بها بموجب دستور 1996.

(1) رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006. ص.128.

(2) محمد المجدوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان وأهم الأنظمة الدستورية والسياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002. ص.47.

(3) عرف الدكتور سعيد بو الشعير الإخطار بأنه "الإجراء الذي تقوم به الجهة المخولة دستوريا بطلب موقف المجلس الدستوري حول مدى دستورية نص تشريعي أو تنظيمي أو معاهدة، ويكون ذلك بتوجيه رسالة من الجهة المخولة بالإخطار إلى رئيس المجلس الدستوري بغرض إبداء المجلس الدستوري لرأيه أو قراره بشأن مدى مطابقة أو دستورية النص المعروض للدستور كليا أو جزئيا." /أنظر بالتفصيل: د. سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996- السلطة التشريعية والمراقبة -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.249.

(4) لأكثر تفصيل عن توسيع الإخطار أنظر على الخصوص: يحيى الجمل، رقابة دستورية القوانين-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.53. عثمان الزباني، المواطن والعدالة الدستورية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، المغرب، عدد 21 يناير 2014 ص.81.

الباب الثاني

مبدأ المشروعية

أساس دولة القانون

دولة القانون يحكمها مبدأ المشروعية الذي يجعل من قراراتها وأعمالها معيبة ما لم تكن قد صدرت وفق القانون، كما يعتبر كذلك خضوع الإدارة العامة للقانون محركاً للنشاط الإداري وقيداً عليه، فهو يوزع الإختصاصات والصلاحيات القانونية بين مختلف الموظفين العموميين ويمنحهم التأهيل القانوني للقيام بالأعمال الإدارية ويحدد لهم الأهداف والغايات التي يتعين عليهم إستهدافها، ويقيد هذا النشاط بأن يتم وفق قواعد قانونية موضوعة مسبقاً⁽¹⁾.

دولة القانون تبدأ بتكريس مبدأ المشروعية في أرض الواقع على نحو يلزم كل هيئات الدولة بمراعاة حكم القانون في نشاطاتها وتصرفاتها وفي علاقاتها المختلفة. إذ ما الفائدة أن ينظم القانون علاقات وروابط الأفراد وتحرر هيئات الدولة من الخضوع إليه. إن مثل هذا الأمر إذا كرس في أرض الواقع لنجم عنه العودة بالمجتمع البشري إلى مراحل الأولى والتي سادت فيها الدولة البوليسية. من أجل ذلك ذهبت الدراسات الدستورية إلى تقسيم الدول من حيث خضوعها لمبدأ المشروعية إلى حكومات ودول إستبدادية وأخرى قانونية⁽²⁾.

مبدأ المشروعية يتنازعه تياران متعاكسان، فإذا كان الإتجاه إلى حماية حقوق وحرية الأفراد يدفع إلى التوسع قدر الإمكان في مفهوم مبدأ المشروعية، فإن هناك إتجاه معاكس يرى بأن السلطة الإدارية بحاجة إلى حرية التصرف من أجل تحقيق أهدافها.

فالدولة القانونية تقوم على مبدأ المشروعية الذي يعتبر الإلتزام به أساساً لحماية حقوق الأفراد وحريةهم من تعسف السلطات الإدارية، غير أن هذا المبدأ يحتاج في تطبيقه إلى شيء من المرونة تأخذ بعين الإعتبار رسالة الإدارة العامة ومهامها التي تتلخص في تحقيق الصالح العام في حدود القواعد القانونية المرعية. ويترتب على ذلك إعطاء الإدارة قدراً من حرية التصرف طبقاً لإحتياجات العمل ومتطلباته وطبيعة العمل نفسه والظروف المتغيرة من حيث الزمان والمكان.

(1) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ط 1، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 24.

(2) عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري طلبة الدراسات العليا، المرجع السابق، ص 05.

ولما كان مبدأ المشروعية من الأهمية بمكان، إذ هو الأساس الذي تركز عليه دولة القانون، والمحور الذي يدور حوله موضوع بحثنا. وعلى هذا الأساس؛ ستكون دراسة هذا الباب في فصلين كما يلي:

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية

الفصل الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية

الفصل الأول

ماهية مبدأ المشروعية

يتعلق مبدأ المشروعية بحدود سلطة الدولة وخضوع جميع سلطاتها العامة لقواعد ملزمة، لذلك فهو يعتبر الضمانة الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جور الدولة وتعسفها، وهو الذي يميز دولة القانون عن الدولة البوليسية، كما أنه يعد عصب الحياة القانونية والعمود الفقري لبناء النظام القانوني في الدولة.

وعليه، سيتم التطرق في هذا الفصل إلى ماهية مبدأ المشروعية، من خلال مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: المدلول العام لمبدأ المشروعية.

المبحث الثاني: مشروعية أعمال الإدارة العامة.

المبحث الأول

المدلول العام لمبدأ المشروعية

ستتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى مدلول مبدأ المشروعية ، أما المطلب

الثاني نتطرق إلى بحث مصادر مبدأ المشروعية وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مدلول مبدأ المشروعية

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين ، ندرس في الفرع الأول مضمون مبدأ المشروعية ، أما الفرع

الثاني نتطرق إلى بحث مجال ونطاق مبدأ المشروعية وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مضمون مبدأ المشروعية

أولاً: تعريف مبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية كما عرفه الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيجا على أنه "مبدأ يتصل بفكرة دولة القانون، والتي تعني خضوع الدولة للقانون في كل صور نشاطها وجميع الأعمال والتصرفات الصادرة عنها، وتبعاً لذلك يكون على جميع السلطات العامة في الدولة، التشريعية والتنفيذية والقضائية، الخضوع للقانون والرضوخ لأحكامه، فلا تكون أعمال وتصرفات هذه السلطات صحيحة ومنتجة لآثار قانونية في مواجهة المخاطبين بها، إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون، فإن هي صدرت بالمخالفة لها أصبحت غير مشروعة"⁽¹⁾.

وكما عرفه الدكتور عمر محمد الشوبكي على أنه "سيادة حكم القانون أو مبدأ الخضوع للقانون. ولما كانت الدولة في الوقت الحاضر دولة قانونية فهو يعني خضوع كل من الحكام والمحكومون للقانون"⁽²⁾، أو كما عرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بقوله "يقصد بمبدأ المشروعية، بمعناه الواسع"⁽³⁾ سيادة القانون، أي خضوع جميع الأشخاص، بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول بالدولة. أما المشروعية الإدارية، فمعناها خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) للنظام القانوني السائد بالدولة"⁽⁴⁾.

كما ويذهب جانب آخر من الفقه للقول بأن مبدأ المشروعية هو "مبدأ سيادة القانون أو مبدأ الدولة القانونية، والمشروعية la Légalité في معناه العام لا يعني أكثر من سيادة حكم القانون"⁽⁵⁾، بمعنى أن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون، ويؤخذ القانون هنا بالمعنى الشامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة

(1) إبراهيم عبد العزيز شيجا، القضاء الإداري- مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري-، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003. ص 07.

(2) الشوبكي، عمر محمد القضاء الإداري -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 17.

(3) كما لا يقصد بمبدأ المشروعية خضوع الدولة للقانون بمعناه الضيق كمجموعة نصوص رسمية صادرة عن السلطة التشريعية، وإنما المقصود به خضوعها للقانون بالمفهوم العام والشامل والواسع الذي يضم مختلف القواعد القانونية في الدولة، بدءاً بالقواعد الدستورية والقواعد الواردة في المعاهدات والاتفاقيات الدولية وقواعد القانون العادي بل ونصوص التنظيم أو ما يطلق عليه باللوائح ويمتد سريان مبدأ المشروعية ليشمل كل مصادر المشروعية من قواعد مكتوبة و غير مكتوبة.

(4) تنص المادة 04/ من المرسوم رقم 88- 131 المؤرخ في 4 يوليو سنة 1988، الذي يظم العلاقات بين الإدارة والمواطن على ما يلي "يجب أن يندرج عمل السلطة الادارية في إطار القوانين والتنظيمات المعمول ما، وبهذه الصفة. يجب أن تصدر التعليمات والمنشورات والمذكرات والآراء ضمن احترام النصوص التي تفتضيها"

(5) ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2010 .

سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة وأيا كان مصدرها، مع مراعاة التدرج في قوتها". كما عرف على أنه "خضوع الجميع لحكام ومحكومين للقانون ولسيادة القانون"⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن مبدأ المشروعية⁽²⁾ يعتبر تفرعا عن مبدأ أعلى هو مبدأ سيادة القانون. ذلك أن الدولة الحديثة تلتزم به، فإنه يتعين لذلك أن تكون هيئاتها العامة وقراراتها النهائية ملتزمة بهذا القانون⁽³⁾. بما يعني خضوع الدولة بكافة سلطاتها للقانون، أي أن تتوافق كل التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة مع أحكام القانون⁽⁴⁾. كما أن فكرة سيادة القانون⁽⁵⁾ تقوم على عدة مبادئ أساسية هي:

- ضرورة تقييد الحكام والمحكومين على السواء بالنظام القانوني القائم والذي يستند بدوره إلى قيم ومثل عليا كاحترام كرامة الإنسان وحرّياتها .

- أن سلطة الحاكم غير المقيدة تعد خطرا على كيان الفرد وحرّياته. وسيادة القانون ضمانتها لها.

- أن سيادة القانون مرتبطة بالنظام الديمقراطي ولا يمكن فصلها عنه وهي بهذا المعنى تعتبر ضمانا لخضوع الدولة للقانون، فيقع على عاتق السلطة التنفيذية أن تحترم هذا المبدأ في كل ما تتخذه من أعمال بالقانون.

- وضع ضمانات للمحكومين في كافة المجالات سواء في مجال تعاملهم مع الإدارة أو فيما يرتكبونه من جرائم، أو فيما يثور بينهم من نزاعات.

وهذا المبدأ يثير لنا فكرة دولة القانون، والتي تعني - كما سبق بيانه - خضوع الدولة للقانون في كل صور نشاطاتها ومختلف تصرفاتها وكافة الأعمال التي تصدر عنها، فجميع سلطاتها يجب أن تخضع لحكم القانون عند مباشرتها للاختصاصات المخولة لها، والإدارة باعتبارها إحدى سلطات الدولة يتعين عليها كغيرها من السلطات أن تحترم مجموعة القواعد القانونية المقررة للدولة و أن تمارس نشاطها في نطاقه⁽⁶⁾.

(1) عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 161.

(2) أنظر: أحمد رجب محمود، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005. ص 09. / محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009. ص 08.

Patrick Janin, Cours de Droit Administratif, Presses Universitaires de Lyon, 1994, p.10./ René Chapus, Droit Administratif General, Tome 01, 9^{ème} Edition, Montchrestien, 1995, P. 888 et suiv.

(3) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 03.

(4) أنظر: عبد الغني عبد الله بسويبي، القضاء الإداري اللبناني، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 33. / سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري وراقبته لأعمال الإدارة - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1955، ص 21. / سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 9.

(5) حول دلالات سيادة القانون أنظر: عمار عوابدي، القانون الإداري "النشاط الإداري"، الجزء الثاني، د.م.ط، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2008، ص 78. / عبد عبد العظيم عبد السلام، العلاقة بين القانون واللائحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1985، ص 185 وما يليها.

(6) وزارة العدل أعمال ملتقى الغرف الإدارية، 22-24/12/1990، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص 140.

من خلال ما سبق ذكره، نلاحظ بأن الفقه أجمع على أن مبدأ المشروعية يعني خضوع كل من الحاكم والمحكوم لسيادة القانون⁽¹⁾، وعليه فإن ما يراه الباحث، أن مفهوم مبدأ المشروعية بمعناه الواسع يعني خضوع جميع من في الدولة لسلطان القانون.

وضمن هذا السياق وفيما ذهب إليه الدكتور محمد كامل ليلة، بأن مبدأ المشروعية له جانبان أو مظهران "مادي وشكلي"، ففي مظهره المادي والذي يتعلق بتطبيق القواعد القانونية، يوجب أن يكون كل تصرف أو قرار تتخذه الإدارة أيا كان موضوعه مطابقاً لمبدأ المشروعية، أي للقواعد والمبادئ القانونية القائمة وقت تصرف الإدارة⁽²⁾. وأن أساس التزام الإدارة يرجع إلى قوة الإلزام الذي تفرضه القواعد القانونية التي يتكون منها مبدأ المشروعية، بحيث إذا خرجت عليها وخالفته في تصرفاتها فهي بذلك تهدر كل قيمة للقوة الإلزامية التي تتمتع بها القواعد القانونية.

يضاف إلى ذلك إعتبار آخر يحتم على الإدارة إحترام مبدأ المشروعية⁽³⁾، يتمثل في الضرورة العلمية النابعة من كون القواعد القانونية عامة ومجردة، فهي بهذه المثابة تؤدي عند تطبيقها إلى تحقيق العدالة والمساواة وتوفير الطمأنينة للجميع، فإذا تجاهلت الإدارة أحكام تلك القواعد وأهملت تطبيقها وتجاوزت حدودها كان معنى ذلك سيادة الفوضى واختيار مبدأ المشروعية⁽⁴⁾.

وفي مظهره الشكلي الذي يتمثل في فكرة ترج القواعد القانونية وما يتعلق بكيفية تعديلها أو إلغائها إذ يجب على كل سلطة تقدم على وضع وإصدار قاعدة قانونية أن تراعى حكم القواعد القانونية التي صدرت من سلطات أعلى منها في الدرجة⁽⁵⁾.

وتأسيساً على ذلك يتعين على السلطة التشريعية أن تزاوّل اختصاصاتها في النطاق الذي رسمه وحدده الدستور لها، ويتعين على السلطة التنفيذية المكلفة بالسهر على تنفيذ القوانين وإشباع الحاجات العامة أن تزاوّل

(1) لأكثر توضيح من طرف الفقه الفرنسي، أنظر:

Carré de Malberg La Theorie de la Formation du Droit par Degrés, op.cit, p.165./ C.Esenmann, le Droit Administratif et le Principe de Légalité, E.D.C.E, n° 11 . P25./ J.Chevallier, la Dimension Symbolique du Principe de Légalité, RDP, 1990, p.1651.

(2) مع ملاحظة أن التزام الإدارة بالخضوع لما تقتضيه القواعد القانونية من أحكام لا ينصرف فقط إلى تصرفاتها الإيجابية وإنما ينصرف أيضاً إلى تصرفاتها السلبية التي يتعين عليها القيام بها، فإن هي حادت عن هذا الإلتزام في الحالتين كان ذلك خروجاً على مبدأ المشروعية مع ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية./ رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، بدون طبعة، جامعة عين شمس، الرباط، 2005، ص 07.

(3) أحمد رجب محمود، المرجع السابق، ص 09.

(4) وبذات المعنى وضحتها: د.ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 15.

(5) أنظر في هذا المعنى: د.سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، 1966، ص 11.

صلاحياتها وتتخذ أعمالها في الحدود التي قررها القانون، وينطبق القول نفسه على السلطة القضائية التي تتمثل وظيفتها في تطبيق القانون على المنازعات التي تعرض عليها في صورة أحكام قضائية تحوز حجية الأمر المقضي به⁽¹⁾. ومتطلب ذلك وجود نظام قانوني رقابي على أعمال السلطات العامة يمثل الضمانة التي تحمل على تحقيق مبدأ المشروعية ويعمل على تمكين الجهات والمؤسسات على احترام مبدأ سيادة القانون ومن ثم فإن فكرة الرقابة على أعمال الإدارة إنما تضمن خلو النظام القانوني من أية مخالفة لمبدأ المشروعية⁽²⁾، وعادة ما تمارس الرقابة من قبل جهات متعددة كلها تحرص على أن لا تخالف الإدارة مبدأ المشروعية⁽³⁾.

كما تبدو أهمية مبدأ المشروعية، في أنه يحقق حماية خاصة لحقوق الأفراد وحررياتهم⁽⁴⁾ ومواجهة السلطات العامة، إذ أن مبدأ المشروعية يرتكز على قاعدة جوهرية وأساسية، وهي عزل السيادة والسلطة العامة عن رغبات وأهواء الحكام، وتقييدهم في ممارسة ظاهرة السيادة، والسلطة العامة بقواعد وأحكام نظرية اشتراكية، أو نظرية قانونية بوجازية ليبرالية، وفقا للإيديولوجية السائدة بواسطة الإدارة العامة، ومن هنا يتحتم على أعوان الدولة وخاصة ممثلي السلطة، أن يكونوا في مقدمة من يتصدى للدفاع عن القانون.

وأن ممارسة السلطة داخل جهاز الدولة يجب أن يتدرج في إطار الصلاحيات والمهام الواضحة والمحددة بالقانون، كما ينبغي أن يكون موضوعا لمراقبة منتظمة ودائمة، فعلى أعوان الدولة أن يقوموا بوظائفهم في ظل الاحترام الصادق لحقوق المواطنين، ومصالح الدولة، كما يجب على الدولة أن تعاقب بشدة أي تعسف في استعمال السلطة، سواء كان خرقا أو إنكارا لحقوق المواطنين⁽⁵⁾.

كما أن مبدأ المشروعية يحقق ويقدم للسلطات العامة في الدولة الوضوح والتحديد في الاختصاصات القانونية، والأهداف السياسية والإقتصادية والإجتماعية والإيديولوجية للوظيفة العامة للدولة، مما يقي السلطات والهيئات العامة في الدولة من الانزلاق في متاهات الفوضى والبيروقراطية.

فمبدأ المشروعية من هذه الزاوية يرتكز على ضرورة التحديد القانوني للاختصاصات والاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والفكرية التي تكون الإطار العام للعمل، وأن التحديد القانوني للأجهزة والأشخاص

(1) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 30.

(2) عثمان حسن عثمان محمد، دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص 41.

(3) الذنيبات محمد جمال مطلق، موجز في القضاء الإداري الأردني، الطبعة الأولى، دار العلوم، عمان، 2005، ص 47.

(4) لقد تضمن الدستور الجزائري الحالي العديد من الأحكام التي تخص مبدأ المشروعية، ومثال ذلك ما جاء في المادة 32/ منه "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يعتذر بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي". كما أكدت المادة 34/ منه على ذات المبدأ بنصها "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية

(5) عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص 161.

العامة التي لها الصفة القانونية في التصرف بإسم ولحساب الدولة، تحدد الضوابط القانونية والمبادئ العامة التي تقيم التوازن والتوافق العام بين فكرة السلطة، وفكرة الحرية، وبين المصلحة العامة، والمصلحة الخاصة⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يتحقق إحترام مبدأ المشروعية إلا بتوافر العديد من الضمانات التي تكفل إحترامه، فلا يكفي أن نعلن مبدأ سيادة القانون كأساس للدولة القانونية، بل يتعين علينا توفير الضمانات الكافية، لاسيما الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وعدم تركيز السلطة في يد هيئة واحدة، لأن ذلك يشكل خطرا على الحريات، إذ أنه لا وجود للحرية إذا اجتمعت وظيفة التشريع والتنفيذ في يد هيئة واحدة أو جهة واحدة⁽²⁾.

ومن جانب آخر ضمان تدرج القواعد القانونية وإرتباطها ببعضها، وإحترام الحقوق والحريات الفردية وحمايتها، والتي تمثل الغاية لقيام دولة القانون، حيث تختلف غاية الحكومة القانونية عن الحكومة الإستبدادية، في حين حكومة القانون تسعى دائما إلى تحقيق المصلحة العامة وتهدف إلى إحترام حقوق الأفراد من أي إعتداء ولو كان من أعلى السلطات في الدولة.

وفرض وتنظيم رقابة على مشروعية السلطات الثلاث، وتتضمن حماية فعالة للقواعد القانونية المقيدة في الدولة، حتى تصبح تلك القواعد قيда على نشاط السلطات المختلفة، بحيث إذا خولفت تلك القواعد يوقع القضاء الجزاء المقرر في القانون بخصوص التصرف المخالف، وبهذه الوسيلة تسلم القواعد القانونية من محاولة العبث بأحكامها، ويستقيم أمر النظام القانوني في الدولة، ونصل بذلك إلى حماية حقوق الأفراد وحررياتهم. إذ يضمن هذا النوع من الرقابة لكل شخص تأثرت مصالحه من قرارات الإدارة سلامتها بل وإعادةها إليه إذا ما أعتدي عليها⁽³⁾.

ثانياً: الشرعية والمشروعية

يرى جانب من الفقه أن الشرعية والمشروعية لفضان مشتقان من أصل واحد هو الشرع أو الشريعة، غير أنهما يختلفان من حيث مفهوم الدقيق كل منهما. فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية وتعني موافقة الشرع، والمشروعية مشتقة من الشرع أيضا لكن بصيغة المفعولية وتنفيذ محاولة موافقة الشرع، والمحاولة قد تصيب وقد تخفق، فالصورة الفعلية تصور الشيء تصويرا حقيقيا، بينما الصورة المفعولة تصوره من وجهة نظر فاعلها وتختلف عن الأصل في حدود معينة.

(1) عمار عوادي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص 162.

(2) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 31.

(3) ثروت بدري، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 17.

ومعناها إحترام قواعد القانون القائمة فعلا في المجتمع وبين الشرعية وهي فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، فمفهومها أوسع من مجرد إحترام قواعد القانون الوضعي العادلة. ومعنى ذلك أن مفهوم الشرعية لا يعني مجرد إحترام قواعد القانون الوضعي العادلة، وإنما يتسع ليشمل قواعد أخرى يستطيع العقل أن يكشفها، ويجب أن تكون المثل الأعلى الذي يتوخاه المشرع في الدولة ويعمل على تحقيقه.⁽¹⁾ كما ويتفق الباحث مع هذا التفسير لأنه يرى فيه دقة لغوية بليغة في فهم معاني المصطلحات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن التفسير الذي بين أيدينا يعبر بوضوح عن ما هو موجود من قواعد -المشروعية- وما يجب على العقل البشري أن يستنبطه -الشرعية-، حتى يتمكن من عقل المثل العليا للعدالة ومن ثم تتم صياغتها إلى قواعد قانونية تسمو عما سواها وهو ما يراه الباحث سيادة القانون.

كما يرى العميد Duguit أن جوهر المشروعية هو خضوع كل تصرف لقاعدة القانون. وإذا كانت تصرفات الأفراد وخضوعها للقانون لا تثير جدلا فان تصرفات السلطات العامة ووجود ما يلزمها على إتباع قاعدة القانون هو القضية الأساسية بالنسبة لمبدأ المشروعية، أي مدى توافق تلك التصرفات والأعمال الصادرة من السلطات العامة مع القواعد القانونية⁽²⁾.

وبهذا المعنى لم يعد مبدأ المشروعية يعني مجرد إحترام القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء أكان مصدر هذه القواعد لوائح عامة أم قرارات فردية، بل يكاد يكون هناك إجماع على تفسير المشروعية بهذا المدلول الواسع الذي يدخل ضمن عناصرها أو مصادرها إلى جانب الدستور والقانون القرارات الإدارية بنوعها التنظيمية والفردية⁽³⁾.

مع هذا فإنه من الضروري التمييز بين "المشروعية" بمعنى الخضوع للقانون و"الشرعية" أي مشروعية السلطة بمعنى تحديد الأساس الفلسفي لقيام السلطة ومبرر قبولها، بالرغم من أن أغلب الفقهاء يعبرون عن معنى الخضوع للقانون بإصطلاح "المشروعية"⁽⁴⁾.

وإن كان المقصود بمبدأ المشروعية خضوع الإدارة للقانون⁽⁵⁾، فإن الفقه لم يتفق على تحديد المعنى الدقيق لمصطلح الخضوع للقانون. حيث يستخدم بعض الفقه تعبير المشروعية والشرعية كمترادفين، إلا أن إستخدام

(1) صدارتي صدارتي، مطبوعة جامعية في مقياس المنازعات الإدارية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 05.

(2) أنظر: د. يحيى الحمل، القضاء الدستوري في مصر - الإيمان بمبدأ المشروعية وسيادة القانون-، مجلة البوابة القانونية الإلكترونية.

(3) لقد أشارت إلى هذا الوصف المحكمة العليا المصرية. / أنظر: طعن رقم 3892 لسنة 41 قضائية عليا- جلسة 2001-11-24 مشار إليه في مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، لسنة 2002.

(4) د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، 1992. ص 422.

(5) في الحقيقة أن القانون الذي تخضع له الإدارة لا يقتصر على القواعد التي تضعها السلطة التشريعية، بل تشمل كل قواعد القانون الوضعي أيا كان مصدره، أو شكله، سواء كان مكتوبا أو غير مكتوب، ومن تلك القواعد ما يصدر عن هيئات مثل السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، ومنها ما =

التعبيرين كمترادفين ليس منضبطاً، فمبدأ الشرعية يشير إلى خضوع الإدارة للقانون ، بينما يشير مبدأ المشروعية إلى معنى أوسع من ذلك ، بما يعنيه من خضوع الإدارة للقانون الوضعي (أي مبادئ القانون الطبيعي). بينما أشار البعض إلى أن لمبدأ المشروعية معنيان أحدهما واسع يعني خضوع الدولة بكافة سلطاتها للقانون، والآخر يشير إلى خضوع الإدارة فقط للقانون⁽¹⁾.

فالمشروعية والسلطة الشرعية مصطلحان يكثر إستخدامهما، فالمشروعية هي صفة تطلق على سلطة؛ إعتقاداً أنها أصح فكرة من حيث تطابقها مع آمال المجتمع والأمة، والمشروعية تمنح للسلطات صلاحية إعطاء الأوامر، أما الشرعية فهي صفة تكنى بها الدولة في أعمالها؛ إذا تطابقت مع الدستور⁽²⁾.

وقد أصبح إعتقاد مفهوم المشروعية واضح في ظل مذهب التدخل واتساع نطاق وظائف الإدارة وتشعب أعمالها وازدياد احتكاك السلطة الإدارية بالأفراد، وما ينجم عنه بالنتيجة من اعتداء على حقوقهم وحررياتهم، بإعتبار أن الإدارة طرف في تلك الرابطة تتمتع بسلطات وإمميزات تستطيع عن طريقها أن تفرض إرادتها وتتخذ الإجراءات طبقاً لقواعد تكفل الاعتراف بحماية تلك الحقوق والحریات، وذلك من أجل تحقيق غاية الإدارة أثناء أداء وظيفتها، بهدف تحقيق المصلحة العامة⁽³⁾.

ولما كانت المشروعية تستمد وجودها من عدة مصادر، فإنه من الأولى تحديد هذه المصادر قبل أن نتناول نطاق ومجال هذه المشروعية.

الفرع الثاني

مجال ونطاق مبدأ المشروعية

أولاً: من حيث السلطات

أما عن سريان المبدأ من حيث سلطات وهيئات الدولة فهو ملزم لكل هيئات وهياكل الدولة، وما انعقد عليه إجماع الفقهاء؛ هو أن الدولة إذ أن لها دستور مكتوب، وجب عليها التزامه في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات إدارية، وأن تخضع لأحكام الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص، وفيما ينطوي عليه من مبادئ.

=تضعها جهة الإدارة بنفسها، وهذا يعني أن إنشاء القواعد القانونية لا يقتصر على سلطة واحدة في الدولة. كما وتظهر القواعد القانونية في المصادر المكتوبة والملمزة للإدارة من خلال النصوص الدستورية أو القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أو المعاهدات واللوائح، بالإضافة إلى الأحكام القضائية وعقود الإدارة، أو بالمصادر غير المكتوبة كالأعراف والمبادئ القانونية العامة.

(1) أحمد رجب محمود، المرجع السابق، ص 09.

(2) رمزي طه الشاعر، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1982، ص 192.

(3) أنظر: د.هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 37.

فهو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين، والدولة في ذلك تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة القانون.

يستتبع ذلك أن الدستور يمثل أسمى القواعد القانونية في الدولة ونتيجة لسمو القواعد الدستورية على بقية القواعد القانونية في الدولة، فإن الهيئات كافة تلتزم وتقيّد تصرفاتها ضمن النطاق الذي ترسمه تلك القواعد. وبالتالي يغدو واجباً على جميع سلطات الحكم في الدولة الالتزام به ومن ثمّ عدم الخروج على ما يقرره من أحكام وذلك فيما تباشره من اختصاصات، ومعنى ذلك أنه يجب على السلطة التشريعية أن تحترمه وتتقيّد به فيما تصدره من تشريعات ويجب على السلطة القضائية⁽¹⁾ أن تحترم نصوصه وأن تطبق أحكامه إذا ما عرضت في مجال دعوى تطرح أمامها كما يتعين على السلطة الإدارية فيما تتخذه من أعمال وتصرفات ألا تخالف نصوص الدستور وإلا عدت هذه الأعمال وتلك التصرفات غير مشروعة⁽²⁾.

1 - السلطة التشريعية

السلطة التشريعية في كل الدول منوط بها اقتراح القوانين ومناقشتها والمصادقة عليها بحسب ما تقره القواعد الواردة في الدستور وفي قوانين الدولة. فهي إذن محكمة حال قيامها بالعملية التشريعية بمبدأ المشروعية. فإذا حدد لها الدستور مجالاً للتشريع فليس لها أن تتجاوزه. وإذا حدد لها نصاً معيناً لاقتراح القوانين فوجب الخضوع له. وإذا حدد لها جهة داخلية معينة تمارس سلطة تسيير الهيئة التشريعية وتبين قواعد عملها والعلاقة فيما بينها وبين الحكومة و رسم الجوانب الإجرائية للعملية التشريعية و جب عليها في كل تلك الحالات الخضوع لهذه القواعد سواء كان مصدرها الدستور أو القانون⁽³⁾.

وانطلاقاً من ذلك المفهوم، ووجب عليها أن تمارس اختصاصاتها ضمن الحدود المرسومة لها في الدستور. وعلى هذا إذا اصطدم قانون أو تشريع بنص دستوري فإنها تكون قد خالفت مبدأ المشروعية لأنها عارضت في تصرفها

(1) وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1952/06/30 بقولها " إن ما انعقد عليه الإجماع هو أن الدولة إذا كان لها دستور مكتوب وجب عليها التزامه في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات إدارية وتعين اعتبار الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص وفيما ينطوي عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين. والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور"، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1958/07/12، بقولها " أن القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومرد ذلك إلى أن الدستور وهو القانون الأعلى فيما يقرره لا يجوز أن تهدر أداة أدنى". / أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الفضية رقم 568 لسنة 3 قضائية، مجموعة مجلس الدولة المصري السنة السادسة ص1266 حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الفضية رقم 173 مجموعة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة " قضائية" ص1691.

(2) حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 217.

(3) عمار بوضياف، مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، المرجع السابق، ص 05.

هذا القانون الأسمى في الدولة. ما يقتضي على السلطة المكلفة بالتشريع أن تلتزم هي أيضا مبدأ سيادة القانون، ولكن هل يجوز أن تخضع أعمال هذه السلطة إلى رقابة معينة من أجل احترام مبدأ المشروعية⁽¹⁾.

وفي حال الإيجاب هل يجوز منح القضاء هذا الحق في الرقابة؟ تلك مسألة من أدق المسائل وأهمها، فإذا كان لا يجوز أن يسمح للسلطة التنفيذية أو القضائية أن تهيمن أو تتدخل في أعمالها. وبالمثل فإنه كذلك لا يجوز أن يسمح لها بخرق الدستور أو مخالفته.

2- السلطة التنفيذية

السلطة التنفيذية في كل الدول هي السلطة الأكثر إمتلاكاً للهيكل والأكثر إستخداماً للأعوان العموميين، وهي سلطة مكلفة بتنفيذ القوانين وإشباع حاجات الأفراد والمحافظة على النظام العام. وهي الأخرى ملزمة في عملها بمراعاة مبدأ المشروعية.

كما يترتب على الالتزام بمبدأ المشروعية سيادة حكم القانون في علاقة الحاكم بالمحكوم - كما تم بيانه فيما سبق - وبالتالي صيانة وضمان حقوق الأفراد وحرياتهم العامة، ولهذا توصف الدولة التي يسودها هذا المبدأ بالدولة القانونية مقابلة - بطبيعته الحال - بالدولة البوليسية لأن لا مكان ولا وجود لهذا المبدأ...

و يعد خضوع الإدارة - باعتبارها الجهاز الفني للحكومة - للقانون من العناصر المهمة لدولة القانون، حيث يجب على الإدارة ألا تتخذ إجراء قانونيا أو تقوم بعمل مادي إلا بمقتضى القانون وتنفيذا لأحكامه، ويتم ذلك من خلال خضوع الإدارة لمجموعة القواعد القانونية المختلفة في شكلها ودرجتها وقوتها وفي جميع تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي يتعين القيام بها.

وإن هي خالفت هذه القواعد بصددها ممارستها لنشاطها اتسم تصرفها بعدم المشروعية⁽²⁾ وأصبح محلا للجزاء في القانون إلغاء أو تعويضا وبحسب ظروف الحال ونوع التصرف الذي صدر عن الإدارة، وإن هذا الجزاء تقوم

⁽¹⁾ وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه خلال فترة طويلة في فرنسا خاصة مطلع الثورة الفرنسية وما بعدها؛ كان البرلمان يعتبر كأفضل حام للحريات استنادا لمنطق يقول " إن القانون بصفته تعبيراً عن الإرادة العامة لا يمكن أن يكون ظلماً إلا إذا كانت الأغلبية البرلمانية حائرة". أنظر:

J.M. Auby, Sur l'Etat de Hiérarchie des Normes en Droit Public, Elément de Problématique, un Mélangé Dédiés à Robert Pelouse, Ed, l'Hermès Lyon, 1980, p. 23.

⁽²⁾ وما يسجل للقضاء المصري في هذا الصدد قرار لم يلتزم فيه بتطبيق القانون فقط، بل ذهب باتجاه الدعوة لتصويب النصوص الدستورية. ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في جلسة 2005/9/6 والتي أرسيت من خلاله مبدأ عاما أن القاضي الإداري هو الحارس الأمين على مبدأ المشروعية. وقالت المحكمة في ذات القرار " إن مبدأ المشروعية لا يتفق وتحصين قرارات لجنة الانتخابات المشرفة على انتخاب رئيس الجمهورية من رقابة القضاء باعتبارها قرارات إدارية مما يختص القضاء الإداري بفحص مشروعيته، إلا أن القاضي الإداري التزاما منه بمبدأ المشروعية أعلن التزامه النص الدستوري الذي حصن قرارات تلك اللجنة ". وذهبت المحكمة للدعوة لتصويب النص الدستوري وتعديله بما يجعل للقضاء الإداري ولاية كاملة تشمل كل القرارات الإدارية تطبيقا لمبدأ المشروعية وحفاظا على حقوق الأفراد.

بتوقيعه هيئة مختصة بحسب التنظيم القانوني للدولة وعليه يجب على الإدارة بوصفها إحدى السلطات العامة أن تلتزم باحترام القانون عند القيام بأعمالها⁽¹⁾.

وعلى سبيل المثال إذا كان القانون يميز لها مثلا نزع الملكية للأفراد لمقاصد عامة، أو اتخاذ إجراءات الضبط، أو الإشراف على العمليات الانتخابية وتنظيمها أو تقديم الرخص وغيرها، فإنها في كل هذا النوع من الأعمال وجب أن تخضع لمبدأ المشروعية. وأن أي خروج و انتهاك لقاعدة قانونية من جانبها ينجم عنه بطلان التصرف.

3- السلطة القضائية.

إذا كان منوط بالسلطة القضائية في كل الدول الفصل في الخصومات والمنازعات المعروضة عليها طبقا للإجراءات وبالكيفية التي حددها القانون، فهذه السلطة هي الأخرى ملزمة بالخضوع لمبدأ المشروعية في أعمالها، فإذا كان القانون قد رسم قواعد الاختصاص النوعي ونظم عمل جهات قضائية معينة كأن وزع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري، فإنه لا يجوز لجهة قضائية ذات طبيعة إدارية مثلا أن تفصل في خصومة مدنية هي من اختصاص المحاكم المدنية⁽²⁾.

حيث يقتضي مبدأ المشروعية التزام كل سلطة من السلطات بأن تعمل في إطار قانوني محدد فإن حادت عنه، عد عملها غير مشروع و نجم عنه البطلان.

ثانيا: من حيث تدرج القواعد القانونية

إن العنصر الأساسي لدولة القانون خضوعها أولا وقبل كل شيء للقانون، ومن أهم خصائص الخضوع للقانون تدرج هذا الخضوع، أو مبدأ تدرج القواعد القانونية⁽³⁾، لأن التدرج هو الذي يكفل بناء القواعد القانونية على أسس متينة محددة، وهو الذي يضمن تنظيمها وترتيبها والتنسيق فيما بينها وتحديد مصادرها، ويحقق وحدتها وارتباطها⁽⁴⁾.

فتدرج الأعمال القانونية؛ يعني أن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ترتبط مع بعضها إرتباطا تسلسليا، وإنما ليست جميعها في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوة القانونية، بل تتدرج فيما

(1) أنظر: الدكتور محمد مرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة الجزء الأول مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، بدون دار نشر، 1989، ص 08.

(2) أوصديق فوزي، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004، ص 153.

(3) يرجع الفضل في ابتداعه إلى الفقيه النمساوي Kelsen Hans العالم الحقوقي النمساوي وزعيم مدرسة فيينا عاش في الفترة ما بين عامي 1881 و 1973 طرح أفكاره في دراسة نشرت له في مجلة القانون العام الفرنسية عام 1926 ثم في كتاب ترجم إلى الفرنسية عام 1962 تحت عنوان النظرة الخالصة للقانون " la théorie pure du droit". أنظر:

Dominique Rousseau, op.cit, p.16.

(4) هذا الارتباط عبر عنه الفقيه النمساوي Kelsen Hans رائد فكرة تدرج القواعد القانونية وتوالدها من بعضها، تقوم نظريته على أن القانون يتوالد من الأعلى إلى الأدنى وكل درجة قانونية مرتبطة بالدرجة التي تعلوها باعتبارها نتاج لها وبالدرجة التي تدونها باعتبارها منتجة لها.

بينها بما يجعل بعضها أسمى مرتبة من البعض الآخر، ويترتب على ذلك وجوب خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى من حيث الشكل والموضوع، أي صدورهما من السلطة التي حددتها القاعدة الأسمى وبتابع الإجراءات التي بينتها، كما يجب أن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى لتحقيق رابطا تسلسليا تنفذ خلاله أحكام القانون من القمة إلى القاعدة.

وتبرز القيمة القانونية على أساس ترتيب البناء الهرمي للقاعدة ووضع كل منها في المرتبة أو الدرجة التي يحتلها وصولا إلى قمة الهرم وحسب المكانة أو القوة التي يقررها النظام القانوني داخل الدولة⁽¹⁾. حيث توجد القواعد الدستورية في قمة الهرم، ثم يليها القانون العادي، ثم اللوائح والقرارات والتنظيمية، وأخيرا القرارات الإدارية الفردية. ويترتب على هذا التدرج عدة نتائج منها:

- ضرورة تماشي القانون الأدنى مع القانون الأعلى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل⁽²⁾.
- أن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى⁽³⁾.

من هنا بدت ضرورة التوصل إلى قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة وحل إشكالات واحتمالات وقوع التعارض أو التناقض فيما بين هذه القواعد. وقد تحقق ذلك فعلا عن طريق تقرير "مبدأ تدرج القواعد القانونية" الذي تمسك به منظرو دولة القانون.

ووفقا لتصوير Kelsen Hans لا يتشكل النظام القانوني من قواعد قانونية موضوعة في مرتبة واحدة، كما أنها لا تمثل في ذات قيمة قانونية، وإنما تحصل على هذه القيمة بدخولها في علاقة مع مجموعة أخرى من القواعد الأعلى منها في المرتبة، وهكذا إلى أن تصل إلى أعلى مجموعة من القواعد في النظام القانوني وهي مجموعة القواعد الدستورية أو الدستور. لذا يرى أن النظام القانوني يكون في مجمله شكلا هرميا واحدا في الدولة.

وعلى هذا الأساس؛ فإن قاعدة تدرج القواعد القانونية تعني العلاقة الصحيحة بين القواعد، وبالتالي فإذا ما كان هناك تدرج بين قاعدتين فإن هذا يعني أن القاعدة من الدرجة الأولى تستقي صحتها من القاعدة ذات الدرجة الأسمى، وعلى ذلك لا تعد القاعدة الأدنى صحيحة إذا لم تكن مطابقة للقاعدة الأعلى.

(1) وفي هذا الإطار قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر القضية رقم 116 لسنة 18 على إن "علو بعض النصوص القانونية على بعضها، يفيد بالضرورة تدرجها فيما بينها وفق ترتيبها، فلا يكون أدناها مقيدا لأغلاها، بل دائرا في إطاره، وكذلك النصوص التي ينظمها الدستور، إذ تتحد جميعها في قوتها ومنزلتها ومدرجها، وتتساند كذلك فيما بينها، منشئة من مجموعها تلك الوحدة العضوية التي تضمها، وتحقق تماسكها، وتكفل انصرافها إلى الأغراض التي ربطها الدستور بها. فلا تتنافر توجهاتها، وإنما تعمل جميعها في إطار منظومة واحدة تتناغم قيمها وثوابتها، فلا يكون بعضها لبعض نكيرا .

(2) حسني بوديار، المرجع السابق، ص 76

(3) الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص.ص 176 - 177.

فالقرار يحترم النظام والنظام يجب أن لا يخالف القانون، والقانون يتعين أن يتوافق مع الدستور نصا وروحا، لذلك ينبغي أن تحترم الإدارة القانون في تصرفاتها القانونية سواء الأعمال القانونية كالقرارات الإدارية والعقود الإدارية، أو الأعمال المادية⁽¹⁾.

1 - التدرج الشكلي للقواعد القانونية

لا تعتبر مصادر المشروعية جميعها في ذات المرتبة والدرجة من حيث قوتها⁽²⁾، ذلك أن مجموعة القواعد القانونية تختلف بعضها عن بعض من ناحية قوتها القانونية⁽³⁾، لذلك يجب تغليب القاعدة القانونية الأكثر قوة إذا ما تراحت فيما بينها عند التطبيق، ويكون ذلك عن طريق إتباع المعيار الشكلي أو العضوي، والذي يستند إلى المفاضلة بين القواعد القانونية إلى السلطة التي صدرت عنها القاعدة، وإلى الإجراءات التي تتبع في إصدار هذه القاعدة.

فكل قاعدة قانونية تصدر عن سلطة أعلى تعتبر أكثر قوة من القاعدة التي تصدر عن سلطة أدنى منها⁽⁴⁾، وكل قاعدة قانونية تصدر طبقا لإجراءات تفوق في شدتها إجراءات إصدار قاعدة أخرى تعتبر أكثر قوة من هذه القاعدة الأخيرة⁽⁵⁾.

ويتحدد مدلول التدرج الشكلي للقواعد القانونية على أساسين، مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية ثم الإجراءات المتبعة في ذلك، حيث أنه تعتبر القاعدة الصادرة عن سلطة أعلى في مرتبة أعلى عن القاعدة التي صدرت عن سلطة أدنى، فإذا صدرت القاعدتان من نفس السلطة نظرنا إلى الإجراءات المتبعة، إذ تميزت إحدهما بإجراءات مشددة كانت أعلى مرتبة عن الثانية التي صدرت بإجراءات عادية والتي لا تحتاج إلى أي إجراء وهكذا.

(1) الذنبيات محمد جمال مطلق، المرجع السابق، ص. 7

(2) منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية، المرجع السابق، ص. 84.

(3) ومما تجدر الإشارة إليه أن نظرية Kelsen Hans في التدرج لا تقتصر على القواعد القانونية، وإنما هي شاملة لكافة الأعمال القانونية سواء ما كان منها من القواعد العامة المجردة أو كانت من الأعمال القانونية الفردية كالقرارات الإدارية الفردية والأحكام القضائية والعقود المبرمة بين الأفراد ولذلك يؤخذ على نظريته أنها تخلط بين القواعد القانونية والالتزامات القانونية، كما أنها تدخل القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخاصة في بناء واحد، فمن ناحية يصعب قبول أن مصادر الالتزام هي مصادر للقانون في نفس الوقت وإلا أدخلنا العمل غير المشروع الذي يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير مصدرا من مصادر القانون، ومن ناحية أخرى فإنه من غير المقبول إدخال القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخاصة في بناء واحد، ذلك أن هناك فارق في الطبيعة بين القاعدة والتطبيق وليس فارقا في الدرجة فحسب، وعليه يصعب اعتبار القواعد القانونية الفردية والالتزامات الخاصة جزء من القوانين، لأن هذه القواعد الفردية وتلك الالتزامات الخاصة تختلف من حيث الطبيعة عن القانون الذي يمثل أساسا في مجموعة القواعد العامة المجردة، سواء ما كان من هذه القواعد مدونا أي تشريعات أو ما كان غير مشروع وليس مدونا مثل القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون.

(4) في هذا المعنى أنظر: فوزي أوصديق، الوائي في شرح القانون الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص. 150.

(5) الشويكي عمر محمد، القضاء الإداري - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص. 24.

فبناء على هذا تعتبر السلطة التأسيسية في درجة أعلى من باقي السلطات باعتبارها هي المنشئة، كما تعلق السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية كون التشريع وظيفة أصلية لها، بينما تتولاه السلطة التنفيذية بصفة إستثنائية (الأوامر والمراسيم التشريعية).

لذا يعلو الدستور القانون (التشريع) الذي يسنه البرلمان، وتعلو القوانين اللوائح الصادرة عن الإدارة والتي تنفرع عنها الهيئات والمصالح الإدارية لتتدرج فيما بينها في شكل سلم إداري.

أما من حيث الإجراءات فمن الملاحظ في بعض الدساتير مثل الدستور الفرنسي الحالي أن بعض القوانين يلزم لإقرارها أغلبية خاصة وإجراءات أشد تختلف عن الإجراءات العادية لسن القوانين وهو نفس الشيء الذي أقره الدستور الجزائري بالنسبة للقوانين العضوية⁽¹⁾ التي تسمى بفرنسا بالقوانين الأساسية وتتبوأ مرتبة أعلى من القوانين العادية⁽²⁾ كونها تستمد سموها من الدستور مباشرة لا من التشريع، فهي ذات قيمة دستورية نسبية لأنها تسمو على التشريع العادي، من حيث مصدرها، من حيث الإجراءات التي تتم بواسطتها ومن حيث تخصيصها لموضوعات معينة بالذات.

2- التدرج الموضوعي للقواعد القانونية

إن أعمال المعيار الموضوعي أو المادي الذي يستند في تحديد قوة القواعد القانونية إلى مادة القاعدة وموضوعها، فتتدرج القواعد القانونية والحالة هذه، في قوتها تبعا لمدى عمومية وتجريد كل منها. فالقاعدة الأكثر عمومية وتجريد تفوق في قوتها عما عداها من القواعد التي تقل عنها في ذلك. بمعنى أن القواعد القانونية تختلف في قوة تدرجها تبعا لدرجة العمومية والتجريد التي تتصف بها كل منها، وبغض النظر عن السلطة التي أصدرت القاعدة أو الإجراءات التي اتبعت في شأنها⁽³⁾.

وبالرغم من وجود معيارين لإمكان بحث مبدأ تدرج القواعد القانونية، فإن الأفضلية والصدارة في هذا المجال إنما تعطى دائما للمعيار الشكلي لأنه أكثر وضوحا وتحديدا من المعيار الموضوعي. إلا أن ذلك لا يعني إختفاء المعيار الموضوعي تماما إذ يمكن إعتبار هذا المعيار مكملا بالنسبة للمعيار الأصيل بحيث يمكن إعتباره معيارا تكميليا للمعيار الشكلي.

وينتج عن هذا التدرج عدة نتائج، تتمثل في خضوع القاعدة القانونية السفلى للقاعدة القانونية الأعلى منها في سلم التدرج، سواء من حيث الموضوع أو الشكل، كما يجب أن تصدر القرارات الفردية بالإستناد إلى قواعد

⁽¹⁾ منها تنظيم بعض مجالات التشريع التي حددتها المادة 140/ و 141/ من الدستور الجزائري الحالي، مثل القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية.

⁽²⁾ د. سامي جمال الدين، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة اللائحية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الإسكندرية، 1981. ص 132.

⁽³⁾ علي حطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 35.

عامة مجردة سارية المفعول من ناحية أخرى. ولا بد أن يصدر العمل المادي تنفيذًا لقرار إداري فردي سابق، ومما لا ريب فيه أن قيام النظام القانوني للدولة على أساس التسلسل والإرتباط بين القواعد القانونية يمثل عنصرا هاما من عناصر دولة القانون⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مصادر مبدأ المشروعية

يجد مبدأ المشروعية قواعده وأحكامه في مصادر⁽²⁾ متنوعة ومتعددة. تترد إلى مصادر مكتوبة وأخرى غير مكتوبة⁽³⁾، كما أننا إنتهينا فيما سبق إلى أن المشروعية الإدارية تعني خضوع الإدارة للقانون⁽⁴⁾ في تصرفاتها القانونية والمادية. لكن السؤال الذي يثور في هذا الصدد هو تحديد المقصود بالقانون الذي تخضع له الإدارة، هل يقصد بالقانون النص التشريعي الصادر عن السلطة التشريعية أي القانون بالمعنى الضيق؟ أم هل يمكن أن نضيف إلى النص التشريعي أيضا النص الدستوري والنص اللائحي بإعتبارهما يدخلان في معنى القانون؟ وهل يمكن إعتبار المعاهدات هي الأخرى من مصادر الشرعية؟ ثم هل يدخل في مصادر المشروعية مصادر أخرى غير مكتوبة وأخرى قضائية؟.

وإذا كان مبدأ المشروعية يملي على الإدارة واجب العمل طبقا لما تقضي به مجموعة القواعد القانونية تبعا لإختلاف تدرجها، فإن هذه القواعد تعتبر والحالة هذه مصادر مبدأ المشروعية مما يدعونا إلى القول بأن هذا المبدأ هو حاصل على جميع القواعد القانونية التي تفرض على الإدارة وتقيده أعمالها. وعلى هذا الأساس، سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول المصادر المكتوبة، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث المصادر غير مكتوبة وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) عبد الغني بسيوني، النظم السياسية النظرية العامة للدولة، المرجع السابق، ص 167.

(2) يقصد بداية بكلمة مصدر في اللغة القانونية معنيان رئيسيان. أولهما مجموع الوقائع أو الأفكار أو حتى كل علم تأثر به القانون الوضعي، ويقصد به أيضا الطرق والأساليب المختلفة التي وضعت وسنت بمقتضاها القواعد القانونية.

(3) يراجع: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار النشر العربي، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 35 ومابعداها.

(4) André De laubadère et Venezia. J et Gaudement. Y, Traité de Droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1999, 221. رغم اتفاق معظم رجال الفقه على أن المقصود بالقانون الواجب الاحترام من قبل الإدارة هو القانون بمعناه أو بمدلوله الواسع السابق الإشارة إليه، إلا أن بعضا من الفقه ذهب إلى عكس ذلك، إذ يرى أن المقصود بالقانون هنا، هو القانون بمعناه الضيق، مستندا في ذلك من ناحية، إلى اعتبارات تاريخية ترجع إلى الأفكار التي صاحبت الثورة الفرنسية والتي من مقتضاها أن القانون البرلماني - باعتباره تعبيراً عن الإرادة العامة للأمة - إنما يتسم بالسمو والعلو. ومن ثم يجب أن يرتبط به مبدأ المشروعية ويفسر على أساسه، كما أنه استند من ناحية أخرى إلى أن القانون يجب أن يعطي فقط المعنى المحدد به في الدستور وهو مجموعة القواعد التي يضعها البرلمان أو يشترك في إصدارها مع رئيس الدولة طبقا للقواعد التشريعية، وتصاغ في قالب شكلي ويحمل اسم قانون. من هنا فقد أصبح الاتجاه الغالب في الفقه هو الاعتراف بأن القانون في مفهوم مبدأ المشروعية - كما بينا من قبل - هو القانون بمفهومه الواسع، وليس فقط الصادر عن السلطة التشريعية.

الفرع الأول

المصادر المكتوبة

تشمل القواعد القانونية جميع قواعد القانون المكتوب بصرف النظر عن قيمتها القانونية. فالقواعد القانونية المكتوبة هي تلك القواعد التي وضعتها السلطة التشريعية وصاغتها بوثيقة مكتوبة، ولكن هذه القواعد القانونية المكتوبة لا تتمتع بذات القيمة القانونية، بل أن قيمتها متفاوتة ومختلفة. فتترتب القواعد القانونية على شكل هرم كما سبق الحديث عن ذلك ويسمى هذا الهرم تدرج القواعد القانونية⁽¹⁾.

كما؛ وتحتل القواعد الدستورية قمته، فهي أعلى القواعد المكتوبة ثم يليها قواعد القانون العادي بالمعنى المتعارف عليه أي التشريعات التي يصدرها البرلمان، ثم يلي قواعد القانون العادي الأنظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية "التشريع الفرعي"، فهي ذات قيمة متفاوتة، فليس لقواعد التشريع الفرعي القيمة القانونية نفسها فمنها ما يتمتع بقيمة القانون العادي كالقوانين المؤقتة "لوائح الضرورة" و "الأنظمة التفويضية" ومنها ما يتمتع بقيمة أدنى من قيمة القانون العادي كالأنظمة التنفيذية⁽²⁾.

لهذا فالمصادر المكتوبة للمشروعية هي عبارة عن مجموعات مدونة تحتوي على قواعد قانونية ملزمة تتفاوت في درجة قوتها القانونية، وصادرة عن سلطات رسمية لها حق التشريع في الدولة.

والمصادر المكتوبة هي الدستور والتشريع العادي والتشريع الفرعي والمعاهدات، سنتناولها وفق ما يلي:

أولاً: الدستور

تمثل هذه التشريعات بصفة أساسية في الدستور، باعتباره القانون الأساسي في الدولة الذي يتمتع بالسمو والعلو فوق كافة التشريعات الأخرى نظراً لصدوره عن السلطة التأسيسية الأصلية⁽³⁾، ويقصد بالقواعد الدستورية "مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرر الأسس والأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة"⁽⁴⁾.

فالدستور إذن هو "مجموعة من القواعد القانونية المحتواة في وثيقة أو عدة وثائق رسمية، التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ومدى سلطاتها إزاء الأفراد تتبع في إعدادها وتعديلها إجراءات تختلف عن تلك المتبعة لإعداد

(1) العبادي، محمد وليد، الموسوعة الإدارية، القضاء الإداري، الجزء الأول، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، ط01، عمان، 2008. ص 44.

(2) شطناوي علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 36.

(3) عبد الله، عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 14

(4) دويكات غازي، القانون الدستوري، مكتبة الشروق، ب ط، نابلس، ب.ن، ص 02. وللمزيد أنظر: محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 452. / محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 07.

وتعديل القواعد القانونية العادية. حيث تعتبر من قبيل الدستور القواعد القانونية ذات الطبيعة الدستورية سواء تواجدت في الدستور بمفهومه الشكلي، أو في أي مصدر من مصادر القانون الدستوري، حتى ولو كانت قواعد قانونية عرفية"⁽¹⁾.

والدستور إما أن يكون مكتوباً أو عرفياً فالمكتوب هو ما دونت قواعده في وثيقة واحدة صادرة في تاريخ معين وهو ما نجده عند غالبية الدول مثل الجزائر بينما تترك الدساتير العرفية⁽²⁾ بدون كتابة مثل الدستور الإنجليزي⁽³⁾.

ولما كان الدستور يتربع على قمة النظام القانوني في الدولة؛ فإن القواعد القانونية المنصوص عليها في صلب الدستور تعتبر أول مصدر من مصادر المشروعية، كما أنها أسمى القواعد القانونية في مدرج النصوص التشريعية في الدولة لأنها تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها⁽⁴⁾، وتحدد دائرة اختصاص كل منها، وتبين كيفية ممارسة هذه الاختصاصات.

فجميع السلطات ملزمة باحترام هذه القواعد وممارسة وظائفها في الحدود المرسومة على الوجه المبين في الدستور⁽⁵⁾؛ فإذا أصدرت الإدارة قراراً في أمر جعله الدستور من اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية كان القرار الإداري منعماً، وإذا خالف القرار الإداري أي مبدأ من المبادئ المنصوص عليها في الدستور كان القرار الإداري باطلاً.

وإن كان الأصل أن ترد هذه القواعد في وثيقة تسمى الدستور، الذي يعد مصدراً من مصادر المشروعية، إلا أنها قد ترد في وثائق أخرى يطلق عليها إعلانات الحقوق أو المواثيق أو مقدمات الدساتير نفسها، الأمر الذي يجب أن يكون محل تقيد سواء في القواعد الدستورية المدونة أو غير المدونة، سواء في الدول التي يسود فيها نظام الدستور المدون أو غير المدون⁽⁶⁾.

(1) أوصديق فوزي، المرجع السابق، ص 11.

(2) لا فرق عند فقهاء القانون الدستوري بين أن يكون الدستور عرفياً أو مكتوباً من حيث التأثير على إقامة نظام الدولة القانونية إذ المهم هو وجود تلك القواعد الدستورية التي تقيم الكيان القانوني للهيئات الحاكمة وتحدد لها قواعد ممارستها للسلطة وتلزمها بأن تمارس نشاطها في إطار قانوني محدد ليس لها أن تخرج عليه، وما دامت تلك القواعد الدستورية عرفية كانت أم مكتوبة تسمو على السلطات الحاكمة فإن تلك السلطات تكون مقيدة بالضرورة لأنها سلطات منشأة بموجب تلك القواعد الدستورية، غير أنه تعتبر الدساتير المكتوبة أكثر وضوحاً وأسهل تناولاً لدى المواطنين من الدساتير العرفية كما أنها أكثر ضماناً لحرية الفرد وحقه في مواجهة السلطة. / أنظر: -د/ عبد الحميد متولي والدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص 74.

(3) **Pour plus de détails, Voir : Xavier Philippe, le Rôle Constitutionnalisme Dans la Construction des Nouveau SC Etats de Droit, in Etude en L'honneur de Loic Philippe Constitution et Finances Publiques Economica , Paris 2005, p.198.**

(4) أنظر: سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، "مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري" -دراسة مقارنة-، ص 25.

(5) أنظر في ذلك: محمود حافظ، القضاء الإداري -دراسة مقارنة-، القاهرة، 1966. ص. 24

(6) محسن خليل، القضاء الإداري "تنظيم القضاء الإداري في لبنان دعوى القضاء الشامل"، الدار الجامعية، بدون تاريخ للنشر، ص 18.

وإن كانت هناك قواعد دستورية غير مدونة متمثلة في إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير والتي تؤخذ بعين الاعتبار كأحد مصادر المشروعية وملزمة في الدول ذات النظام المدون للدستور وذات النظام غير المدون، إلا أنه يبقى هناك تساؤل عن القيمة القانونية لإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير؟.

ومن أجل الإجابة عن هذا التساؤل سنتعرض لهما وفق ما يلي:

1 - إعلانات الحقوق والمواثيق

إن أهم ما يدعونا إلى تناول إعلانات الحقوق في هذا المقام هو إنتشارها في العالم من جهة، وأهمية ما تتضمنه هذه الإعلانات من حقوق وحریات من جهة ثانية، والقيمة القانونية لهذه الإعلانات من جهة ثالثة. حيث كان مبعث إهتمام الفقهاء بإعلانات حقوق الإنسان، هو ما تضمنته هذه الإعلانات من حقوق وحریات للأفراد، وما حاولت توفيره من ضمانات، وما وجهته إلى الدول كافة من نداءات بضرورة الإهتمام بحقوق الإنسان وحمايتها. بعضها موجز وبعضها جاء مفصلاً، بعضها دخل حيز التنفيذ والبعض لم يدخل حتى الآن. حتى الإعلانات التي دخلت حيز التنفيذ منها ما طبقته بعض الدول وأذعنت لأحكامه، ومنها ما وضع جانبا دون إهتمام. الأمر الذي دعا الفقه في النهاية إلى بحث جوانب متعددة لهذه الإعلانات أهمها القيمة القانونية لهذه الإعلانات.

فقد يوجد بجانب النصوص الدستورية مبادئ عامة ترد في وثيقة تعلنها الدولة وتبين فيها فلسفة المجتمع والأسس التي يجب أن يقوم عليها تنظيمه، ومن الوثائق الشهيرة في هذا المجال إعلان حقوق الإنسان الأمريكي الذي أصدرته جمعية فرجينيا عام 1776، والفرنسي عام 1789، والميثاق الوطني في مصر عام 1962.

فإعلانات الحقوق والمواثيق هي وثائق سياسية منفصلة عن الدستور تنص في الغالب على الحقوق والحریات الفردية التي يتعين على الدولة احترامها علاوة على بعض الأسس التي يجب أن يقوم المجتمع على مقتضاها⁽¹⁾. كما وتتمثل المبادئ الواردة في إعلانات الحقوق والمواثيق تجسيدا وترجمة واضحة ومباشرة لفلسفة القرن الثامن عشر والحركة الفكرية التي صاحبت تلك الفلسفة، فهي مبادئ أساسية وبديهية استخلصها الفلاسفة ورجال القانون العام باعتبارها أسس عادلة ومعقولة للتنظيم السياسي، ويتعين على واضعي الدساتير الإستهداء بها ووضعها موضع التطبيق⁽²⁾.

(1) سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، "مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري" - دراسة مقارنة-، ص 26.

(2) شظناوي علي حطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 36.

وقد ثار النقاش حول التكييف القانوني لطبيعة القواعد والمبادئ الواردة في هذه الوثائق، وقيمتها القانونية⁽¹⁾، وذلك بصدد تحديد مدى التزام السلطات العامة في الدولة باحترام هذه القواعد وتلك المبادئ. ويمكن أن نقسم الآراء إلى إبتهاين:

أنكر هذا الاتجاه القيمة الإلزامية لهذه المبادئ فاعتبرها مجرد عرض أو إعلان لمبادئ مذهبية وفلسفية معينة تخلو من أي قيمة إلزامية⁽²⁾. لذا لا يمكن اعتبار هذه الإعلانات مصدرا من مصادر المشروعية، لهذا قيل أن المبادئ الواردة في إعلانات الحقوق لا تعتبر قاعدة قانونية واضحة وتتقيد به فهي مجرد إعلانات مبادئ فقط، ويبنى هذا الرأي على أن الإدارة تتحرر من الالتزام بالمبادئ الواردة في إعلانات الحقوق، فيمكنها اتخاذ إجراءات إدارية أو القيام بأعمال مادية مخالفة لتلك المبادئ⁽³⁾.

وذهب الاتجاه الآخر إلى الإقرار بقيمة المواثيق والإعلانات وإن اختلف بمدى القيمة القانونية على النحو التالي:

- قيمة هذه الإعلانات تسمو على الدستور ذلك لأن الدستور يسير على هديها⁽⁴⁾.
- قيمة هذه الإعلانات تعادل ذات قيمة نصوص الدستور، لأنها صادرة عن ذات الجهة التأسيسية التي تقوم بوضع الدساتير عادة⁽⁵⁾.
- قيمة هذه الإعلانات تعادل قيمة التشريع العادي الصادر عن البرلمان، لأن السلطة التي وضعتها لو ربت في دستوريته عملت على ذلك، لكنها لم تضعها في الدستور⁽⁶⁾.

(1) القيمة القانونية لإعلانات الحقوق ومرتبها إما تحدد بناء على عدة معايير وثوابت. فقد يكون السبب دستوريا حين يعتبر الدستور ما تضمنته هذه الاعلانات جزءا لا يتجزأ منه، كما أشار إلى ذلك الدستوران الفرنسيان 1946 و 1958 في مقدمتهما. وقد يكون السبب دستوريا اجرائيا عندما يعطى الدستور بعض السلطات في الدولة الحق باتباع إجراءات معينة للتصديق على هذه الاعلانات أو الاتفاقيات. فأى سلطة تعطى الحق في التصديق على هذه الاعلانات إنما هي التي تضفي عليها الوصف القانوني وترتب لها القيمة القانونية التي تستحقها. / أنظر: نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 545.

Giquel.J et Hauriou.A, op.cit, P.154.

(2) موريس دوفرجيه، ترجمة جورج سعد، المرجع السابق، ص 158 .

(3) العبادي محمد وليد، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص 46.

(4) من أهم أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي Duguit الذي قسم القواعد القانونية إلى ثلاث درجات. تأتي في الدرجة الأولى القواعد التي تتضمنها اعلانات الحقوق. ثم في الدرجة الثانية تأتي القواعد الدستورية، ثم في الدرجة الثالثة القوانين العادية .

(5) فالدساتير التي تشير إليها وتبينها تبقى هي المصدر الرسمي للإلزام وتأخذ القاعدة القانونية صفتها وقوتها من الدستور وليس من الإعلان. باعتبار أن هذه القواعد جزء لا يتجزأ من الدستور. أنظر:

Burdeau .G, Droit Constitutionnel et Institution Politiques, op.cit, p.74.

Giquel . J et Hauriou . A, op.cit, P.153.

(6) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010. ص 26 .

2- مقدمات الدساتير

مقدمات الدساتير هي تلك المبادئ والقواعد الفلسفية التي تصدر الدساتير عادة بخلاف المواد القانونية التي تتضمنها هذه الدساتير، ومثالها مقدمة الدستور الجزائري و مقدمة⁽¹⁾ الدستور الفرنسي لعام 1958⁽²⁾.

عادة ما يثور التساؤل حول قيمة مقدمة أو ديباجة الدستور، ومدى إعتبارها جزءا يدخل في تكوين مبدأ المشروع والرأي الراجح، يقوم على التمييز بين المبادئ والأحكام القانونية، التي تتضمنها تلك المقدمة، حيث لا تختلف -من الناحية القانونية- عن باقي أحكام (مواد) الدستور، وبالتالي يجب على السلطات العامة، ومنها السلطة التنفيذية، ضرورة الالتزام بها، تحت رقابة القضاء. وما تتضمنه من توجيهات وأبعاد فلسفية كمجرد إرشادات للمشرع فيما يسنه من قوانين، حيث تختلف طبيعتها عن الأولى⁽³⁾.

وعلى هذا فإذا تضمنت المقدمة العديد من المبادئ والتوجيهات، فقد يثور تساؤل مهم حول مدى إعتبار هذه المبادئ مصدرا من مصادر المشروعية؟، ومدى إلزامية المبادئ الواردة فيها؟.

إختلف الفقه حول مدى القيمة القانونية لمقدمة الدستور، لذلك تم الرجوع إلى التفرقة بين الأحكام الملزمة وغيرها التوجيهية والتي سبق الحديث عنها في إعلانات الحقوق، ومع هذا فان الفقه يتجه في هذا المجال إلى أحد الإتجاهين وهما:

- **النصوص التفسيرية أو القانونية:** وتتميز هذه القواعد بأنها محددة وقابلة للتطبيق الفوري إذ يستطيع الفرد أن يطالب بتطبيقها دون الحاجة لتدخل المشرع لتنظيم كيفية التطبيق، وتشكل قيادا على المشرع العادي بضرورة إحترامها لأنها تقرر مراكز قانونية يتعين احترامها وإلا اتسمت بعدم الدستورية، كحرية العقيدة والفكر والرأي والملكية.

وعليه؛ فإذا ما إحتوت مقدمة⁽⁴⁾ الدستور على نصوص وصفية محددة تكون لهذه النصوص الصفة الإلزامية التي تعادل قوة مواد الدستور ذاتها⁽¹⁾، ذلك أن قوة الدستور لا تبدأ بمواده الأصلية الواردة فيه بل تبدأ بما يحتويه الدستور بأكمله من مواد وأحكام، سواء ورد ذلك في مواد الدستور نفسه أو في مقدمته التي تعتبر جزءا لا يتجزأ منه⁽²⁾.

(1) ولقد تضمنت هاتين المقدمتين بعض الأحكام والمبادئ الدستورية الهامة كما اشتملت على بعض التوجيهات ذات الطابع الفلسفي، وكانت المبادئ القانونية العامة التي احتوت عليها هاتين المقدمتين أساسا استند إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه كمبدأ المساواة وحق الدفاع والحريات الفردية. / أنظر: عبد الله عبد الغني بسويبي، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 17.

(2) سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، "مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري" - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 25.

(3) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، طبعة مزيّدة ومنقحة، 2005. ص 10.

(4) ويرى الدكتور عمار بوضياف أن المبادئ العامة الواردة في ديباجة الدستور لا يمكن فصلها عن القواعد الموضوعية، أو القواعد الدستورية فهي جزء أساسي في الوثيقة الدستورية وتمتع بذات الحجية. ولا يصح أن تضافى عليها قيمة قانونية أعلى من الدستور و هذا لسبب بسيط أن قواعد الدستور تحتل قمة هرم النصوص الرسمية. و لا يصح من جهة أخرى إعتبارها في موضع القانون العادي لأن في ذلك إسقاط من قيمتها القانونية و تنزيل من مرتبتها. / عمار بوضياف، مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، المرجع السابق ص 11 =

- **النصوص التوجيهية:** وهي تختلف عن سابقتها بأنها غير محددة وتمثل غايات وتمنيات يعمل النظام السياسي على تحقيقها، أو تعمل على توضيح معالم النظام الذي يجب أن يسود في الدولة. ولتطبيقها يجب أن يتدخل المشرع لبيان كيفية وضعها موضع التطبيق.

ولا يستطيع الأفراد المطالبة بتطبيقها من تلقاء أنفسهم، ومثالها النصوص المتعلقة بالعمل والضمان الاجتماعي، والتي يتمتع البرلمان بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الوقت الملائم لإصدار هذه التشريعات، علما أنه لا يستطيع أن يشرع فيما يخالفها مخالفة صريحة⁽³⁾.

والجدير بالذكر فيما يتعلق بالترقية بين القواعد الدستورية والعادية، فمن حيث الموضوع يختلف مضمون قواعد الدستور عن مضمون قواعد القانون العادي، في أن الأولى تبين نظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها وتحدد اختصاصاتها وعلاقاتها ببعض وبالأفراد.

أما القواعد العادية فهي التي لا تعالج مثل تلك الموضوعات الأساسية في الدولة، وإنما تلك التي تتناول موضوعات أقل أهمية منها مثل قواعد البيع والايجار والرهن والموظفين وبعض العمال والتجارة والتنظيم الإداري والمالي وغيرها⁽⁴⁾، ومن حيث الشكل فهي تختلف عن القواعد العادية من حيث إجراءات تعديلها، حيث يتطلب الدستور الجامد إجراءات أكثر شدة وتعقيدا لتعديل القواعد الدستورية من تلك الإجراءات المطلوبة لتعديل القواعد العادية الأخرى .

هذه التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية يترتب عليها أن:

- القواعد الدستورية لا تلغى ولا تعدل الا بقواعد دستورية أخرى.
- القواعد العادية لا يجوز أن تتعارض مع القواعد الدستورية.
- ثبات القواعد الدستورية.

ثانياً: المعاهدات

يقصد بالمعاهدات تلك الإتفاقات التي تبرمها الدولة مع الدول أو المنظمات الدولية بقصد تنظيم الموضوعات ذات الإهتمام المشترك⁽⁵⁾. فالمعاهدات الدولية تعتبر مصدرا من مصادر المشروعية في الدول، وذلك بعد التصديق

(1) = Christine Rouault, Droit Administratif, Gualino Editeur, 4^{me} Edition, Paris, 2007, p.30.

(2) محمد عبده إمام، القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 22.

(3) أنظر: شطناوي علي حطار، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 49. / محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 24.

(4) ذهب رأي إلى القول بأنه ورغم أن الوثيقة الدستورية تمثل أهم مصدر للقوانين الدستورية في الدول التي تبني نظام الدساتير المكتوبة، إلا أنه يوجد بعض الأحيان موضوعات تتعلق بالقوانين الأساسية Les lois organiques ، تلك القوانين المتعلقة بنظام الحكم وسلطاته الثلاث وبعض الحقوق والحريات، هذه القواعد تتمتع بمكانة خاصة تشابه فيها مع القواعد الدستورية.

(5) أنظر: عمار بوضياف، مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، المرجع السابق، ص 12.

عليها من السلطة المختصة ووفقا لإجراءات قانونية محددة. إذ أنها بعد التصديق تصبح جزءا من القانون الداخلي للدولة، ومن ثم يلتزم الأفراد كما تلتزم السلطات العامة جميعها باحترامها والنزول على أحكامها. وإن كان الأمر كذلك فإنه تثار مشكلة حول القيمة القانونية التي تتمتع بها المعاهدات عند التطبيق؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل يدفعنا إلى النظر في الدساتير الخاصة بكل دولة، فالدستور الفرنسي⁽¹⁾ مثلا يعطي المعاهدات مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية. أما الدستور الأردني⁽²⁾ فهو يجعلها في مرتبة القوانين العادية. أما الدستور الجزائري⁽³⁾ فهو يعترف لها بطابع السمو على القانون⁽⁴⁾.

ثالثا: التهرج العادي

يختلف تعريف التشريع باختلاف الزاوية التي ينطلق منها التعريف، فيعرفه الفقهاء من الزاوية الموضوعية بأنه "القواعد العامة المجردة والقواعد التي يسيطر عليها الطابع العمومي وذلك على عكس القرار الإداري ذي الطابع الفردي". أو قد يعرف بالنظر إلى الناحية الشكلية⁽⁵⁾، والذي يعتمد على العضو مصدر القاعدة. فالعمل تشريع إذا صدر عن سلطة حول لها الدستور حق إصداره. وصدوره طبقا للقواعد والإجراءات والأشكال التي بينها الدستور والقضاء⁽⁶⁾.

فالقوانين هي تشريعات تصدرها السلطة التشريعية في الدولة، وهي صاحبة الاختصاص في ذلك، وتأتي في المرتبة الثانية بعد الدستور من حيث التدرج القانوني، وتعد المصدر الثاني من مصادر المشروعية، والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القانون فإذا خالفت حكم القانون أو صدر عمل إداري استنادا إلى قانون غير دستوري وجب إلغاء ذلك العمل⁽⁷⁾.

(1) حيث نص دستور 1958 في المادة /55/ منه على أن " المعاهدات والاتفاقات المصادق عليها وفق القانون يكون لها اعتبار من وقت نشرها قوة أعلى من قوة القانون. الشويكي عمر محمد، القضاء الإداري -دراسة مقارنة- المرجع السابق، ص36.

(2) نصت المادة /23/ ف2/ من الدستور الأردني على أن " المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل الدولة شيئا من الإنفاق أو مساس بحقوق الأردنيين العامة أو الخاصة، لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة، ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلية".

(3) إذ نص الدستور الجزائري الحالي على أن " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون". وعليه فإنها تعتبر جزءا من النظام القانوني للدولة. مع سموها على القوانين، لكنها تخضع للرقابة الدستورية أيضا.

(4) يأخذ الباحث بالرأي الذي ذهب إلى اعتبار أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية المستوفية لمراحلها القانونية تتمتع بمرتبة مساوية للقانون العادي بحيث يتعين على الإدارة العامة تنفيذ واحترام أحكامها، ووضعها صوب أعينها في ما تقوم به من أعمال وتصرفات سواء كانت قانونية أو مادية، ولهذا تعتبر القرارات الإدارية المخالفة لأحكامها غير مشروعة.

(5) ويستند المعيار الشكلي إلى نظرية الفصل بين السلطات ذلك أن السلطة في دولة القانون، وعلى هذا تتميز السلطة التشريعية بمكانة مرموقة بين الهيئات لأنها منتخبة من طرف الشعب، إلا أن هذا لا يمنحها التماهي على الدستور باعتبارها سلطة أسسها الدستور ويلزمها عدم مخالفتها.

(6) إبراهيم عبد العزيز شيبان، القانون الإداري، دار الثقافة، بدون طبعة، عمان، 1994، ص114.

(7) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص28.

وعلى هذا فعملية التشريع تتمثل في وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة العامة المختصة، فتكون القاعدة التشريعية لها صبغة الإلزام، واجبة الاحترام بواسطة السلطة العامة المختصة بالقوة عند الضرورة. ومن المفروض في التشريع الذي تجري عليه عملية إثبات دستوريته من عدمها أنه تشريع قد صدر من جهة أعطاها الدستور هذا الحق وأنه صدر مستوفيا لكافة الشروط والأوضاع. وللقضاء أن يبحث في ما إذا صدر القانون عن الجهة التي حددها الدستور أو لا، وهل استوفى شكله وإجراءاته الدستورية⁽¹⁾.

فالمهمة الأساسية التي يقوم بها الدستور في البناء القانوني، هي تحديده للهيئات القائمة على إنشاء القانون، وبيان الوسائل والإجراءات التي يتم عن طريقها ذلك الإنشاء. على أن يلي الدستور درجة، تلك القواعد القانونية العامة التي نظم الدستور إصدارها والمسماة بالتشريع. وفي قاعدة هذا البناء تقوم القواعد القانونية الفردية، المسماة بالقرارات الإدارية، وهذه القواعد تتم عملية بناء الهرم القانوني في الدولة.

وعلى ذلك الأساس، إنصرف مفهوم التشريع إلى كل قاعدة عامة مكتوبة، صدرت بواسطة السلطات العامة بعد الحصول على الموافقة المباشرة، أو غير المباشرة للشعب. ويقصد بالأولى الموافقة بطريق الإستفتاء الشعبي، وبالثانية موافقة ممثلي الشعب، أي البرلمان⁽²⁾.

والمقصود بصحة التشريع أن يكون التشريع العادي سليما من الناحية الشكلية وكذلك من الناحية الموضوعية⁽³⁾، ويكون صحيحا من الشكل إذا صدر وفقا للشروط والاجراءات المقررة في الدستور⁽⁴⁾. فالدستور هو الذي يبين السلطة المختصة بوضع القواعد العادية وإقرارها وإصدارها ونشرها⁽⁵⁾.

فإن لم يستوف التشريع هذه الإجراءات والشروط كان باطلا. كما يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إذا صدر موافقا لأحكام الدستور نصا وروحا. فإن خالف أحكام الدستور اعتبر باطلا وغير دستوري⁽⁶⁾. لأن في ذلك تفضيلا لإرادة الشعب واضع الدستور على إرادة نوابه واضعي التشريع⁽¹⁾.

(1) وفي جميع الأحوال للقضاء أن يمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري في معرض النزاع المعروض أمامه. / أنظر: نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2003. ص 02.

(2) ينظر في ذلك: سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، تحديات وتحولات، دار النهضة العربية، 2002. ص 86. / عبد الحميد متولي، الشورى والديمقراطية النيابية، دراسة تحليلية وتأصيلية لجوهر النظام النيابي (البرلمان) مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 163.

(3) أنظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 377.

(4) أنظر: الدكتور محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 13.

(5) د. كمال الغالي، المرجع السابق، ص 153.

(6) يذهب بعض الفقه إلى قصر الحديث في الرقابة على دستورية القوانين على مخالفة التشريع للدستور مخالفة موضوعية لأن القانون العادي الذي لا يستوفي الشروط والاجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور لا يكون قانونا بالمعنى الصحيح لأنه ولد ميتا، وبالتالي يلزم القاضي بعدم تطبيقه. =

لقد نصت بعض الدساتير على بطلان القوانين التي تصدر مخالفة لأحكام الدستور. إلا أن عدم ورود نص في الدستور يقرر بطلان القانون المخالف للدستور لا يؤثر في بطلان ذلك القانون لأن البطلان نتيجة حتمية لجمود الدستور وسموه⁽²⁾.

وثمة صورة أثار جدلا كثيرا، تلك هي صورة التفويض في التشريع الذي يصدر عن السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية. وهناك شبه إجماع على أن البرلمان لا يستطيع أن ينقل سلطة التشريع كاملة إلى السلطة التنفيذية وإلا كان معنى ذلك هدم دستور الدولة. ولكن يستطيع البرلمان أن يفوض⁽³⁾ السلطة التنفيذية في إصدار قوانين معينة في موضوعات معينة⁽⁴⁾.

ولعل أهم مصادر مبدأ المشروعية وفترة من حيث القواعد هي القوانين بحكم كثرتها واختلاف موضوعاتها، فالنصوص القانونية التي تضعها السلطة التشريعية، قد تخاطب جهة الإدارة أو تنظم علاقاتها مع الأفراد، كقانون نزع الملكية للمنفعة العامة، والقانون المنظم لرخص البناء وغيرها.

فهذه المنظومات القانونية أيا كان موضوعها متى صدرت وتم نشرها أصبحت ملزمة للجهات الإدارية المختصة وملزمة أيضا للأفراد فيما يتعلق بوظيفتهم ومركزهم. والقانون إذا صدر لا يجوز إلغائه أو تعديله إلا بقانون يمثله في الرتبة. فلا يجوز للسلطة التنفيذية إلغاء أو تعديل نص قانوني. وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها "مما لا جدال فيه أن القانون لا يعدل إلا بقانون، وأنه لا يجوز تعديل قانون بقرار من مجلس الوزراء"⁽⁵⁾.

فالتشريع العادي يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تقرها السلطة التشريعية في البلاد، لذلك تلتزم السلطات العامة في الدولة باحترام أحكامه ما لم يعدل بالكيفية التي يعينها الدستور. وقد بين الدستور الجزائري اختصاصات السلطة التشريعية في سن مثل هذه القوانين⁽⁶⁾.

(1) = غير أن هذا التحول الدستوري لم يعرفه النظام الإنجليزي بحكم دستوره العرفي المن وتقاليد الدستورية التاريخية الراسخة، حيث ظل مبدأ "سيادة البرلمان" هو المبدأ الدستوري الأصيل لتجسيد السيادة الشعبية وحماية الحقوق والحريات. / أنظر: نعيم عطية، المرجع السابق، ص 174. / أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 03.

(2) نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 545.

(3) حدث في إنجلترا أن أعطى البرلمان سنة 1914 تفويضا للحكومة تواجه به الطوارئ الناجمة عن الحرب عن طريق اللوائح التشريعية العامة التي تصدرها وفي عام 1920 أصدر البرلمان قانون سلطة الطوارئ الذي يوسع سلطات الحكومة التي منحها لها عام 1914 بالرغم من أن الحرب كانت قد إنتهت.

(4) ويذهب الفقيه الفرنسي Georges Purdue الذي يقف ضد التفويض في السلطة ويراه خروجاً على مبدأ السمو الموضوعي للدستور إلى أن ذلك التفويض الذي حدث في إنجلترا فيه جور على القواعد الدستورية الموضوعية، وذلك رغم ما يمتاز به الدستور البريطاني من مرونة، اللهم إلا أن يقال أن هذه القوانين التفويضية تحمل معنى التعديل الدستوري.

(5) أنظر: عمار بوضياف، مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، المرجع السابق، ص 14.

(6) الدستور الجزائري، الباب الرابع، المواد من /208/ إلى /212/.

فالعملية التشريعية إذن؛ تقوم على أساس وضع القواعد القانونية التي تنظم الأوضاع والعلاقات المستقبلية، وبيان المبادئ والأحكام العامة الكلية وترك الأمور التفصيلية للقواعد القانونية الأدنى مرتبة. فالمشرع الدستوري⁽¹⁾ يحيل أمر تنظيم الأمور التفصيلية للمشرع العادي "قوانين عادية"، والمقصود من الأحكام الدستورية هو الإحالة إلى المشرع العادي -عزفتي البرلمان في النظام الدستوري الجزائري- لبيان الحدود والشروط والقيود والكيفية التي تنظم ممارسة الحريات الفردية والعامة⁽²⁾.

إن تفوق القانون على أعمال الحكومة والسلطة الإدارية يجعل هذه الأعمال تابعة للبرلمان، تراتبية هذه المراسيم تستتبع تراتبية الأجهزة. لأن تفوق القانون هو الذي يجعل من هذه الأخيرة حدودا يفرضها البرلمان على عمل الحكومة⁽³⁾، لكن تراتبية المراسيم هي أيضا نتيجة لتراتبية الأجهزة.

فإذا كان القانون يأتي في مرتبة أعلى من مراسيم الحكومة والسلطة الإدارية، فذلك لأن البرلمان هو ممثل المواطنين الذين انتخبوه⁽⁴⁾، والذين هم أصحاب السيادة، إن تفوق القانون يأتي من واقعة أنه "التعبير عن الإرادة العامة" كما كان يقول Rousseau.

وعلى هذا الأساس؛ وحفاظا على مبدأ المشروعية، يجب على الإدارة العامة -في مختلف مستوياتها- أن تلتزم بما تضعه السلطة التشريعية من قوانين في المجالات التي يخولها إياها الدستور (إختصاص القانون)⁽⁵⁾.

(1) هذا وبالنظر إلى المؤسس الدستوري الجزائري نفسه، نجد يؤكد مرتبة التشريع الصادر عن البرلمان ضمن المرتبة الثانية بعد القواعد الدستورية، وذلك بإحالاته الصريحة أحيانا للقانون مهمة تنظيم نشاط أو عمل معين كالحريات العامة مثلا، منصرفا بذلك عن إحالاته للتشريع الفرعي، مما يؤكد مرة أخرى على المرتبة الثالثة لهذا الأخير ضمن التشريع، كأن يعهد قانون ما مهمة تفصيل القواعد القانونية إلى التنظيم، والمقصود بذلك التشريع الفرعي. ولبين تدرج قواعد النظام القانوني في الدولة، نجد على سبيل المثال نص الفقرة الثانية من المادة 194/ف7 من الدستور الجزائري الحالي التي تنص على أنه "... يحدد قانون عضوي كيفية تطبيق هذه المادة"، وذلك فيما يتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات. فكلها نصوص دستورية أتت لتؤكد على احتلال التشريع الصادر عن البرلمان، والسلطة التنفيذية استثناء للمرتبة الثالثة ضمن هرم تدرج القواعد القانونية في الدولة.

(2) محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص 54.

(3) موريس دوفرجه، ترجمة جورج سعد، المرجع السابق، ص 153.

(4) تجدر الإشارة إلى أن هناك عاملين يخففان من هذا الربط بين تفوق القانون والسمة التمثيلية للبرلمان، من ناحية أن القانون يتبع للدستور في بعض الديمقراطيات الغربية؛ ومن ناحية ثانية، الرئيس هو أيضا ممثل الأمة عندما ينتخب بالاقتراع الشامل المباشر، فأعماله هي رغم كل شيء تابعة للقوانين في الولايات المتحدة وفي النمسا، في فرنسا، تم خرق تفوق القانون بقوة بعد حصر المشرع، حسب المادة 34/ من دستور 1958، في حقل محفوظ، تمارس خارجه بكل حرية السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية والحكومة، غير أن هذه المادة هي سابقة لانتخاب الرئيس بالاقتراع الشامل، وتطبيق أيضا في المراسيم التي يتخذها رئيس الوزراء والتي لا تبتثق مباشرة من السيادة الوطنية. / أنظر: موريس دوفرجه، ترجمة جورج سعد، المرجع السابق، ص 154.

(5) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 11.

وحى تنقيد الإدارة⁽¹⁾ العامة بالقوانين (التشريعات العادية) يجب أن تكون تلك القوانين مطابقة للدستور والقوانين العضوية، وهي القوانين المتعلقة بمواضع ذات أهمية كبيرة وتتعلق خاصة بتنظيم السلطات العمومية والمجال السياسي (الأحزاب، الانتخابات) والمجال الإعلامي والمالي والأمني⁽²⁾.

رابعا: التشريع الفرعي اللائحي (التنظيم)

إذا كان الأصل هو أن السلطة التشريعية تعتبر صاحبة الإختصاص الأصيل في التشريع فإنه أجزأ أحيانا لسلطة التنفيذ أن تشرع في بعض الأمور بواسطة تشريعات فرعية تسمى "اللوائح الإدارية"، على أنها تعتبر أعمالا تشريعية من الناحية الموضوعية، وتعتبر أعمالا إدارية من الناحية الشكلية. وطبقا لمبدأ تدرج القواعد التشريعية فإن التشريع العادي يعلو التشريع الفرعي لأن الفرع يتبع الأصل بحيث يتحتم عليها أن تحترم القانون بأن تعمل في دائرته ولا تخالفه وإلا عدت اللائحة غير مشروعة وحق إنزال الجزاء المقرر عليها.

يتمثل التنظيم فيما تصدره هيئات وأجهزة الإدارة العامة من قرارات إدارية تنظيمية تتعلق بأوضاع ومراكز عامة، كما هو الحال بالنسبة للتشريع العادي (القانون) ويظهر التشريع الفرعي، أساسا، في السلطة التنظيمية المخولة لبعض هيئات الإدارة العامة⁽³⁾.

(1) هذا وبالإشارة إلى أن خضوع الإدارة لقواعد القانون الإداري لا يعتبر استبعادا لخضوع لقواعد القانون الخاص بالملق، بل قد تختار الإدارة الخضوع لها كما هو الحال في الشركات الوطنية والمحتلطة وكذا في الحالات التي تظهر فيها الإدارة كفرد عادي في علاقاتها القانونية تباع وتشتري وتستأجر وتؤجر وفقا للقواعد التي تحكم علاقات الأفراد . أو قد يتقرر ذلك من خلال الاجتهاد القضائي كخضوع نشاط المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية لقواعد القانون الخاص. وقد يتقرر ذلك من خلال المشرع كما هو الحال بالنسبة لإخضاع المنازعات الإدارية في الجزائر لنصوص قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

(2) تنص المادة 141/ من الدستور الجزائري الحالي على ما يلي:

"إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية:

- تنظيم السلطات العمومية، وعملها.
- نظام الانتخابات.
- القانون المتعلقة بالأحزاب السياسية.
- القانون المتعلقة بالإعلام.
- القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي.
- القوانين المتعلقة بقوانين المالية.
- القانون المتعلقة بالأمن الوطني.

تم المصادقة على القانون العضوي، بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع (4/3) أعضاء، مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره ."

لأكثر تفصيل حول القوانين العضوية أنظر: محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 12.

(3) محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 20 .

وتتميز اللوائح الإدارية بكونها تصدر عن سلطة إدارية⁽¹⁾، تمارس سلطة عامة، ويعتبر هذا العنصر المعيار المعمول به للتمييز بين القانون الذي يختص البرلمان بوضعه واللائحة التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها. كما يقصد بسلطة التنظيم، الإختصاص المنوط بهيئات السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) بسن قواعد قانونية عامة ومجردة لا تختلف من الناحية الموضوعية والمادية عن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية؛ فالاختلاف بين سلطة التنظيم وسلطة التشريع إنما ينبني على أساس المعيار الشكلي، فالسلطة التنظيمية موكلة لبعض هيئات وأجهزة الإدارة العامة، بينما السلطة التشريعية تسند أصلاً للهيئة التشريعية.

وعليه، فإن مبدأ المشروعية إنما يتحقق ويصان لدى احترام تدرج هذه المصادر المكتوبة، فطبقاً لقاعدة تدرج القواعد القانونية، تأخذ القاعدة قوة وترتبة الجهة الصادرة عنها، الدستور يحتل قمة الهرم. ثم يليه القانون الصادر عن السلطة التشريعية، لتأتي التنظيمات في مرتبة أدنى⁽²⁾.

وهذا يعني أن هيئة التنفيذ تخضع في ممارستها لوظائفها وإختصاصاتها لما تضعه الهيئة التشريعية من قوانين، ويوصف هذا الخضوع، بأنه خضوع وظيفي وليس خضوعاً عضوياً⁽³⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن بعض الدساتير قد تشرك الهيئة التنفيذية في عملية التشريع إلى جانب الهيئة التشريعية صاحبة الحق الأصلي، وهذا ما لجأ إليه الدستور الفرنسي⁽⁴⁾ لعام 1958 عندما حدد في المادة 34/ الموضوعات التي يمكن أن تصدر بشأنها قوانين من قبل السلطة التشريعية في حين أن الموضوعات التي لم يرد لها ذكر في هذه المادة تقوم الهيئة التنفيذية بإصدار لوائح لازمة لتنظيمها. وفي هذه الحالة تعتبر القاعدة القانونية التي تضمنتها اللائحة غير قابلة للتعديل من جانب الهيئة التشريعية لأنها تدخل في نطاق الإختصاص الذي احتفظ به الدستور للسلطة التنفيذية.

إن اللوائح أعمال إدارية⁽⁵⁾ وفق المعيار العضوي، ومنه تبتعد عن وصف القانون الصادر عن البرلمان. غير أنها تعتبر قانوناً في حد ذاتها بالنظر للمعيار الموضوعي في التمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال التشريعية، لكونها

(1) **Voit** : Martine Lombard, Gilles Dumont, Droit Administratif, 6^{ème} Edition, Hyper cours Dalloz, P. 203.

(2) محمد الصغير بعلي الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص14.

(3) خضوع الإدارة للقانون لا يعني خضوعها عضوياً للسلطة التشريعية، إذا أن هذا الخضوع يقتصر على الجانب الوظيفي فحسب، بمعنى خضوع وظيفة التنفيذ لوظيفة التشريع، دون أن يؤدي ذلك إلى خضوع عمال وموظفي الإدارة خضوعاً رئاسياً لأعضاء البرلمان، إذ ينطوي مبدأ الفصل بين السلطات على ضرورة الاستقلال العضوي لكل سلطة. / سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، "مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري" -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص33.

(4) راجع المادة 37/ من الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة عام 1958.

(5) كما عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي على أنها "القرارات التي تصدرها الجهات الإدارية المختلفة التي تتبع السلطة التنفيذية وتضع قواعد عامة موضوعية تسري على جميع الأفراد الذين تنطبق عليهم الشروط التي وردت في القاعدة." / سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، 1975، ص606.

تتضمن قواعد عامة ومجردة، بحيث تحوز قوة الشيء المشرع بفرض القرار الإداري أي كان شكله، مرسوماً أو قراراً، وذلك بهدف ثبات واستقرار العلاقات القانونية التي يتضمنها⁽¹⁾.

وبالنظر لخصائص وعناصر التنظيم المتمثلة في طابعه القانوني، تمييزاً له عن العمل المادي المنحصر في مجرد التطبيق والتنفيذ. معناه مساسه بالمراكز القانونية بالإلغاء أو التعديل أو الإلغاء، فيعد بذلك تشريعاً حقيقياً يقوم بجانب كل من التشريع الأساسي والبرلماني، ولكن طبقاً لما يعنيه مبدأ تدرج القواعد القانونية من ضرورة تطابق القاعدة السفلى ومقتضيات القاعدة الأعلى.

بحيث يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي، للدلالة على طبيعة القواعد التي تتضمنها من حيث عموميتها وتجردها. وتسمى في الجزائر الأنظمة، وتصدرها السلطة التنفيذية، ويعرف النظام بأنه "عمل إداري صادر عن السلطة التنفيذية ويتضمن قواعد عامة ومجردة تطبق على طائفة معينة من الأفراد بالقوة عند الاقتضاء"، وبذا يلزم الأفراد بأحكام النظام دون أن يأخذ رأيهم وموافقته مسبقاً.

لكن وعلى الرغم من إتفاق اللائحة موضوعياً مع القانون، إلا أنها لا تتساوى معه من حيث القوة الإلزامية، لأن القانون بطبيعته يتمثل في وضع قواعد عامة، تتولى السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها تنفيذها، عن طريق ما تصدره من قرارات تنظيمية أو فردية.

ولا شك أن من يقوم بالتنفيذ ليس له منطقياً أن يخالف ما يقوم بتنفيذه، وليس في ذلك اعتداء على السلطة التنفيذية أو انتقاصاً من مبدأ الفصل بين السلطات. لأن الأمر لا يتعلق إلا بطبيعة اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية⁽²⁾، فهو أقوى منها.

ومن هذا الباب تعد اللوائح (المراسيم) نوعاً من أنواع التشريع، وعنصرها من عناصر المشروعية تحتل المرتبة الثالثة، بعد كل من الدستور والتشريع العادي في البنيان القانوني للدولة⁽³⁾، له أهميته بالنظر لعدم الإحاطة الكاملة والدقيقة بجميع نواحي الحياة الاجتماعية من قبل المشرع، وهو يضع قاعدة قانونية معينة. فتظهر الحاجة إلى تدخل الإدارة للقيام بتلك المهمة، ومن ثم قيام السلطة التنفيذية بذلك عن طريق تشريعها الفرعي اللائحة⁽⁴⁾، كتشريع

(1) أنظر في ذلك: عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 17.

(2) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 222.

(3) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 473.

(4) أنظر: محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، (الرقابة القضائية)، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 32-33. / سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 471.

مكمل لما قد يستعصى على سابقه تناوله بالتفصيل. ونظرا لتعدد مجالات الحياة وتداخلها وتفاعلها بشكل يتعسر معه على السلطة التشريعية أن تتدخل فيه، فإن ذلك يستلزم وجود تنظيم يعهد به لها⁽¹⁾.

على أن لا يعني إلزام الإدارة بما تصدره من مراسيم بنوعيتها، وقرارات إدارية تنظيمية، أنه لا يجوز لها تعديلها أو إلغائها، وإنما تحقيقا للصالح العام الذي تستهدفه وتبغيه، يجوز لها ذلك شرط أن يتم من نفس الجهة التي أصدرتها أو تعلوها درجة. وبدرجة أولى؛ من قبل القانون الصادر عن السلطة التشريعية⁽²⁾.

والقصد من ذلك القانون بمفهومه الضيق، والذي يصدر عن البرلمان في شكل قوانين عادية أو عضوية، إضافة إلى أداة التشريع بأوامر من قبل رئيس الجمهورية كونه يفوق التشريع الفرعي الذي تختص به سلطة التنفيذ في الدولة بجميع هيكلها المركزية منها وغير المركزية، وصولا من وراء ذلك كله إلى تحقيق دولة القانون، عبر إنصياح الجميع أفراد وهيئات لأحكامه⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس؛ فإن القرارات الإدارية التنظيمية (اللوائح) التي تصدر عن السلطة التنفيذية، بقصد ممارستها لإختصاصاتها وإدارة المرفق العام وتسييره. ونتيجة لهذا فإن القرار الإداري التنظيمي يعد أحد عناصر البناء القانوني للدولة، وبالتالي مصدرا من مصادر مبدأ المشروعية، وحتى تكون اللائحة ملتزمة به وجب عليها التقيد من حيث الشكل والمضمون بأحكام القواعد القانونية التي تعلوها في الدرجة وإلا أصبحت محلا للطعن فيها أمام القضاء لتصحيح الوضع الخاطئ.

كما يمكن للإدارة إذا ما تبين لها عدم مشروعية لائحة أن تعتمد إلى إلغائها أو تعديلها حسب ظروف الحال، ومن جهة أخرى القرارات التنظيمية لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها إلا بأداة من مستواها أو أعلى منها⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر أنه بالرغم من أن اللوائح هي من عمل الإدارة. وتستطيع إلغائها أو تعديلها في أي وقت شاءت إلا أنها ملزمة بالخضوع لأحكامها طالما إستمرت في وجودها وتطبيقها. وينجم عن هذا الوضع أن الإدارة ملزمة بالتقيد بأحكام اللوائح الصادرة عنها، وبالتالي لا يجوز لها إصدار قرارات فردية مخالفة لها تحت طائلة عدم مشروعيتها وتعرضها للإلغاء، وكذلك المطالبة بالتعويض عما تحدثه من أضرار⁽⁵⁾.

(1) مثل ذلك أيضا إحالة القانون للتنظيم بشأن أمور معينة عندما ينص مثلا عبارة "تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"، أو "عبارة تحدد عن طريق التنظيم كيفيات تطبيق هذه المادة"، وهو ما يدل على تدرج القواعد القانونية بإحالة الدستور إلى القانون، وإحالة هذا الأخير إلى التنظيم.

(2) أنظر: سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1966، ص 887.

(3) ينظر في ذلك: محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري-دراسة تحليلية مقارنة-، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص 10.

(4) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصرية رقم 1487-11-10-1956- مجموعة الأحكام القضائية ص 1150.

(5) فيما يخص تبعية الأعمال الحكومية والإدارية لبعضها البعض، فإن مبدأ المشروعية يستتبع أن تختلف الأنظمة وأن تتبع بعضها بعضا، هذه التراتبية الداخلية تتضمن الدرجات التالية: مراسيم رئيس الدولة، مراسيم رئيس الحكومة، قرارات الوزراء، قرارات السلطات المحلية (محافظ ، رئيس بلدية ، الخ)، كما تتراتب بدورها: فقرارات المحافظين هي أعلى من قرارات رئيس البلدية، وقرارات السلطات الإقليمية هي أعلى من قرارات السلطات المنطقية، كما يجب أن تمثل =

ومن ناحية أخرى يحدد الدستور في بعض نصوصه الموضوعات التي يتحتم أن يتم تنظيمها بواسطة السلطة اللائحية. ومع هذا فإن الأنظمة التي تستطيع السلطة التنفيذية إصدارها متعددة وسنعمل على بيانها بنوع من الإختصار.

1- أنواع الأنظمة

- اللوائح التنفيذية: تعرف بأنها "تلك اللوائح التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية لتسيير تنفيذ القوانين"⁽¹⁾ أو هي "اللوائح التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتسيير القوانين. وهي تتضمن قواعد مجردة وعامة وتطبق على الأفراد بالقوة عند الاقتضاء"⁽²⁾.

تصدر عن السلطة التنفيذية هادفة بذلك وضع الأحكام التفصيلية والتوضيحية اللازمة لتنفيذ القانون أو التنظيمات (المراسيم الرئاسية)، وإما استكمال القانون الذي يقتصر غالبا على تحديد المبادئ العامة الإجمالية للتشريع، والذي يتطلب تنفيذه في معظم الحالات إصدار اللوائح التكميلية أو الأمرين معا.

وهذه الأخيرة لا تنشئ قواعد جديدة بل تدخل ضمن مجال تنظيم المرفق العام⁽³⁾. حيث أنها تضع الإجراءات والجزئيات والتفصيلات اللازمة لتطبيق وتنفيذ أصول ومبادئ وقواعد القانون العامة والمجردة الموجودة في صميم القانون في معناه الضيق بصورة جيدة وفعالة ومشروعة⁽⁴⁾.

=المراسيم من الدرجات الدنيا للأحكام المتضمنة في مراسيم كل الدرجات العليا (ومن ضمنها القوانين). لأن أحكام الأعمال من كل الدرجات العليا يمكن على العكس، أن يغير أحكام الأعمال من كل الدرجات الدنيا. وعلى هذا الأساس، يمكن أن يغير القانون أي عمل إداري، عدا الحالة التي يجدها فيها الدستور حقا محفوظا أو خاصا لسلطة التنظيم، حيث لا يسع المشرع أن يتدخل (حالة فرنسا)، غير أن مفهومات مدرسة Burdeau حول التمييز بين المراسيم القواعد، ذات النطاق العام وغير الشخصي، والمراسيم ذات النطاق الفردي (مراسيم - وضع، ومراسيم ذاتية) نجد هنا تطبيقا مهما. المراسيم ذات النطاق الفردي لا تغير المراسيم ذات النطاق العام (المسماة مراسيم تنظيمية عندما تصدر عن السلطات الحكومية أو الإدارية). وهذا يصح أولا، في داخل الدرجة التراتبية ذاتها، لذا يجب أن يكون مرسوم رئيس الجمهورية الذي يعين موظفا كبيرا ممثلا للمراسيم التنظيمية للرئيس، وقرار وزير التربية الوطنية الذي يعين استاذا ممثلا للقرارات التنظيمية للوزير ذاته. لا يسع سلطة الحكومة أو الإدارية ذاتها أن تخالف بقرار خاص القرارات العامة التي وضعتها. / أنظر: مويرس دوفرجيه ترجمة جورج سعد، مرجع سابق، ص 154.

(1) محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 05.

(2) الذنيبات محمد جمال مطلق:، المرجع السابق، ص 17.

(3) نعيمة عميمر، الحدود الدستورية بين مجال القانون والتنظيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، جامعة الجزائر، 2008، ص 12.

(4) ويشترط لصحة اللوائح التنفيذية مجموعة من الشروط منها:

- أن تكون هذه القرارات تابعة للقانون وخاضعة لأحكامه ومتطابقة ومنسجمة ومتوافقة معه ، نظراً لطبيعتها ودرجة قوتها القانونية الإدارية والتنفيذية.

- أن تصدر من قبل الجهة المختصة بإصدارها وإلا كانت غير مشروعة.

- يسري مفعول هذه القواعد بأثر فوري، أي من تاريخ صدورهما فلا يجوز أن تتضمن أثرا رجعيا وإلا كانت غير مشروعة. / عمار عوابدي، نظرية القرارات

الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص 134.

- **الأنظمة المستقلة:** إذا كانت اللوائح التنفيذية تعد تشريعا ثانويا لا يوجد إلا إستنادا إلى تشريع قائم، فإن هناك نوعا من اللوائح يعد بمثابة التشريع الأصلي حيث تصدره السلطة التنفيذية دون حاجة إلى تشريع قائم، ومن ثم فإنها تتضمن أحكاما ومبادئ أصيلة، ومن هنا جاءت تسمية تلك اللوائح بالمستقلة أو القائمة بذاتها⁽¹⁾.

وهي تلك الأنظمة التي تصدر عن الحكومة بموجب المجال المتروك لها في الدستور، فهي بالتالي لا تشكل عملا تابعا للقانون العادي بل هي مستقلة وتستأثر بمجال محجوز لها ومتحرر عن مجال القانون الصادر عن البرلمان. غير أن عدم تبعيتها للقانون لا يجعلها في مستوى القانون الصادر عن البرلمان لأنها تبقى دائما قرارات إدارية صادرة عن سلطة التنفيذ، كما يذهب لذلك الغالبية العظمى من الفقه الإداري المعاصر.

إن ما يميز اللوائح المستقلة ويجعلها تثير جدلا لدى فقهاء القانون العام، هو صفة الاستقلالية، مادام أنه لا يوجد مجال وحدود لصلاحيات هذه اللوائح وما ينجر عنها من آثار قانونية في مواجهة صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع، وكذا الآلية الرقابية التي تحرص على دستورية هذه التنظيمات.

كما أنه يعبر عنها غالبا بالمراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية دون تلك التي تصدر عن رئيس الحكومة أو الوزير الأول، وتصدر هذه اللوائح من الناحية الدستورية بشكل ثانوي رغم توسع وشمول مجالها، حيث أنها تختص بكل المجالات التي لا يصدر فيها البرلمان قانونا .

-**لوائح المرافق العامة:** إن لوائح المرافق العامة أو ما تعرف أيضا باللوائح التنظيمية تضعها السلطة التنفيذية بغرض تنظيم المرافق العامة، وتنسيق العمل في المصالح الإدارية. فهذه اللوائح تتضمن قواعد تنظيمية ليس لها أثر مباشر على حقوق الأفراد وحررياتهم والتزاماتهم⁽²⁾.

وتستمد السلطة التنفيذية سلطتها في إصدار لوائح المرافق العامة من أحكام الدستور. مثلا حول المؤسس الدستوري الجزائري للوزير الأول في إطار الاختصاصات المحددة له، توزيع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة مع إحترام الأحكام الدستورية، والسهر على حسن سير الإدارة العمومية⁽³⁾.

-**لوائح الضرورة:** الأصل هو أن التشريع من اختصاص السلطة التشريعية، وأن وظيفة السلطة التنفيذية هو تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وإنما تستطيع السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارية ممارسة نشاطات أخرى كثيرة ليتسنى لها إدارة المرافق العامة وتسييرها، وقد تواجه حالات طارئة وأمور مستعجلة لا تحتمل التأخير في

(1) سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص528.

(2) شمس مرغني علي فراج، سلطة إصدار القرارات الإدارية التنظيمية اللوائح في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة، مصر، العدد الثاني، 1986، ص180 .

(3) أنظر الفقرة الأولى والأخير من المادة/99/ من الدستور الجزائري الحالي.

وقت لا يكون فيه البرلمان منعقدا أو قد يكون منحلا؛ لهذا تكون القوانين المؤقتة " أنظمة الضرورة" هي الوسيلة الوحيدة لذلك.

لذلك يقصد بها " تلك اللوائح التي تصدر في حالة قيام ظروف استثنائية عاجلة لا تحتمل التأخير يقتضي الأمر معالجتها على وجه السرعة"⁽¹⁾، وعليه فإن إصدار السلطة التنفيذية لتلك اللوائح تبررها حالة الضرورة، مثل حالات الطوارئ وحالات الحرب والاستعجال⁽²⁾، تقتضي وجوب اتخاذ تدابير على وجه السرعة لا يملكها سوى البرلمان الذي يكون غائبا، ويرجع أساس إصدار هذه اللوائح إلى نظرية الظروف الإستثنائية⁽³⁾ التي إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي⁽⁴⁾.

دون أن نغفل الشروط الشكلية أو الإجرائية الواجب مراعاتها بمقتضى الدساتير في مختلف الدول حتى تكون لائحة الضرورة خاضعة لمبدأ المشروعية، كإستشارة أحد الهيئات الدستورية⁽⁵⁾ أو إجتماع البرلمان مثلا وشروط أخرى كالمدد الزمنية التي يتطلبها الدستور لإصدار هذه اللوائح.

كما تجدر الإشارة إلى شرط الرقابة التشريعية البعدية، حيث تقوم هذه الأخيرة بعد صدور اللائحة وزوال حالة الضرورة بتحويلها إلى قانون أو الموافقة عليها بالمعنى الضيق أو ترفض إقرارها فتحتفظ هذه اللائحة بالطبيعة الإدارية فقط ولا تكتسب حينها القوة القانونية التشريعية، لكن عملية الرقابة تختلف من موقف لآخر بحسب كل نظام دستوري.

- **اللوائح التفويضية:** تعرف⁽⁶⁾ بأنها "تلك اللوائح التي تصدر من السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية،⁽⁷⁾ فهذه الأخيرة تأذن للسلطة التنفيذية بواسطة قانون التفويض أن تقوم بالتشريع بدلا منها بقيود وضوابط محددة يعينها قانون التفويض، وذلك بإصدار السلطة التنفيذية للوائح تفويضية لها قوة القانون⁽⁸⁾، حيث

(1) طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1964. ص363.

(2) الذينبات محمد جمال مطلق، المرجع السابق، ص22.

(3) فيما يتعلق بشروط اللجوء لسلطة إصدار لوائح الضرورة، أنظر: سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية (د.ط)، مرجع سابق، ص25.

(4) ميسون مصطفى القيسي، نظرية الضرورة في القانون الإداري وتطبيقاتها في الأردن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2004. ص52.

(5) حيث نص على ذلك المؤسس الدستوري الجزائري في المواد /109/، /108/، /107/، /105/، من الدستور.

(6) كما يعرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها " اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية الإدارية في ظل الظروف الاستثنائية بناء على تفويض خاص من السلطة التشريعية المختصة (Délégation Législative) بواسطة قانون التفويض أو قانون السلطات الكاملة (Loi de Pleins Pouvoirs)، وتكتسب هذه القرارات طبيعة القانون من حيث الدرجة والقوة القانونية الإلزامية، ومن حيث المجال ومن حيث الحصانة النسبية ضد رقابة القضاء ويطلق على قرارات اللوائح التفويضية اصطلاح المراسيم بقوانين (Décrets - lois) أو الأوامر (Les ordonnances). أنظر: عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص149.

(7) لأكثر تفصيل حول الأوامر الرئاسية، أنظر: سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص474. / مراد بدران، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور، النظام القانوني للأوامر، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 02، الجزائر، 2000. ص20.

(8) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص38.

يتم بيان ضوابط استخدام هذه المكنة وشروطها، عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من البرلمان أن تصدر السلطة التنفيذية قرارات لها قوة القانون.

كما يجب أن يتضمن التفويض مدة محددة، وأن يبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، على أن يتم عرضها على البرلمان في أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون⁽¹⁾.

- **لوائح الضبط:** تعرف لوائح الضبط الإداري على أنها "تلك اللوائح التي تصدر من السلطة التنفيذية في شكل قواعد عامة موضوعية مجردة، وتنظم أموراً لم يسبق للمشرع تنظيمها، وتتضمن فرض بعض القيود على حريات الأفراد من أجل المحافظة على النظام العام في المجتمع بعناصره المعروفة، الأمن العام، والصحة العامة والسكينة العامة"⁽²⁾، أي الالتجاء إلى المبادئ المسلم بها في مادة الضبط والتي تنبع متطلبات المحافظة على النظام العام⁽³⁾.

ويعتبر البعض هذا النوع من اللوائح بأنها تدخل ضمن نطاق اللوائح المستقلة وذلك بأن مجال الضبط الإداري هو مجال غير محدود النطاق لأنه يدفعه دوماً إلى الحفاظ على النظام العام وهذا الأخير مصطلح متغير بتغير الظروف الزمانية والمكانية، كما يميز البعض بين هذه اللوائح الضبطية واللوائح التنظيمية المستقلة من حيث الغرض فغرض الأولى هو المحافظة على النظام العام بكل مكوناته أما الثانية فغرضها قد يكوف تنظيم مرافق عامة أو إنشائها أو تنظيم نشاطات الإدارة⁽⁴⁾.

واعتبرها جانب من الفقه على أنها تدخل ضمن اللوائح التي تصدر في إطار المجال العادي للسلطة اللائحية للإدارة حيث تعتبر كاختصاص أصيل للسلطة التنفيذية من حيث أنها تضع قواعد قانونية إدارية وتنفيذية⁽⁵⁾.

(1) كما تجدر الإشارة إلى أن هناك جدل وخلاف فقهي حيث ذهب البعض منهم إلى أن السلطة التشريعية تستمد شرعيتها وقوة عملها من الدستور وهي سلطة لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها حيث اعتبروا أن اجراءات هذه اللوائح بمثابة الطعن في سيادة البرلمان واختصاصه الأصيل في المجال التشريعي، هذا ما يجعل القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية مطابقة من حيث طبيعتها للتشريع الذي يصدره البرلمان، ومن جهة أخرى فإن التفويض يمكن السلطة التنفيذية من تعديل التشريعات القائمة وهو ما يؤدي إلى التقليل من أهمية التشريعات والنزول بها إلى مستوى اللوائح أو التنظيمات./أنظر: عمار بوضياف، المرجع في تحرير النصوص القانونية والوثائق الإدارية، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص28.

(2) عبد العليم عبد المجيد مشرف، المرجع السابق، ص 129 .

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Droit Administratif, P.U.F, Paris 12^{ème} Ed, 1980, p.1014.

(4) أنظر في ذلك: سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 530 .

(5) سعاد بن سريّة، مركز رئيس الجمهورية في تعديل 2008 (د.ط)، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص146

فلوائح الضبط تتضمن مجموعة من التدابير والإجراءات الوقائية. وأن من شأن هذه الإجراءات والتدابير أن تقيد الحريات العامة، وأن تضع القيود على النشاط الخاص. وأنها بكل ما فيها، تستهدف الحفاظ على النظام العام، بمعناه السائد في المجتمع، وقت اتخاذ هذه الإجراءات والتدابير⁽¹⁾.

2- المبادئ المخول لهم وضع اللوائح في الجزائر

- **رئيس الجمهورية** : إن السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية تستمد تواجدها من نص المادة /143/ من الدستور الحالي بنصها "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل الغير مخصصة للقانون"، وعلى هذا فإنه يملك صلاحية إصدار التشريع الفرعي خاصة التنظيمات التي ينفرد بإصدارها خارج المجالات التي يشرع فيها البرلمان. والمؤسس الدستوري أخذ بالمعيار الموضوعي حيث حدد سلطة البرلمان في التشريع بموجب قوانين عادية في 29 مجال كما حصره في التشريع بقوانين عضوية في 7 مجالات حسب المادتين /140/ و /141/ من الدستور وما يخرج عن ذلك يعهد للتنظيم ومن خلال ذلك فإن نطاق السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية يتحدد في التشريع خارج المجالات المحددة في الدستور فيختص بها في كافة الموضوعات التي لم يرد ذكرها في المادتين السابقتين.

- **الوزير الأول**: إن إختصاص الوزير الأول في إصدار اللوائح الإدارية مرتبط بالقوانين التي يصدرها البرلمان حيث نصت المادة /143 ف2/ من الدستور الجزائري بقولها " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول" أي أن الوزير الأول يتولى تنفيذ القوانين ويتم ذلك بموجب مراسيم تسمى بالمراسيم التنفيذية وهو ما نصت عنه المادة /99 ف 2،4/ من الدستور بقولها "يوقع الوزير الأول المراسيم التنفيذية".

⁽¹⁾ ونظرا لخطورة تطبيق هذه القيود على حريات الأفراد، هذا ما أدى بكثير من الدساتير إلى عدم ذكر مثل هذا النوع من اللوائح مثل الدستور الفرنسي والدستور الجزائري، وهو ما أدى إلى انقسام الفقه الدستوري والإداري إلى رأيين:

الرأي الأول: يعارض دستورية وشرعية هذه اللوائح لعدم النص عليها دستوريا، حيث يقول أنصار هذا الاتجاه وعلى رأسهم الفقيه Carre le Malberg بعدم دستورية القرارات الإدارية العامة أي لوائح البوليس الإداري على أساس أن الدستور لم يعط للسلطة التنفيذية حق إصدار مثل هذه القرارات، ومن ثم لا يجوز لهذه السلطات أن تصدر قرارات الضبط الإداري إلا في أحوال الضرورة والظروف الاستثنائية أو في حالة تنفيذ قانون قائم يتناول تلك المواضيع.

الرأي الثاني: يؤيد دستورية وشرعية هذه اللوائح رغم عدم النص عليها في الدستور، حيث يؤيد غالبية فقهاء القانون الدستوري والإداري الوجود القانوني للوائح الضبط وحق السلطة التنفيذية في إصدارها لهذه اللوائح حفاظا على النظام العام، حيث استند هؤلاء على العديد من التبريرات والدوافع في موقفهم الداعم لحق السلطة التنفيذية لإصدار مثل هذه اللوائح الضبطية وشرعيتها. /أنظر: سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص533/. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص36.

Carré de Malberg , Raymond, op.cit, p.p.652-657.

ويختص الوزير الأول إلى جانب تنفيذ⁽¹⁾ القوانين الصادرة عن البرلمان باختصاص آخر يتمثل في تنفيذ التنظيمات الصادرة عن رئيس الجمهورية وبعد موافقة رئيس الجمهورية.

الفرع الثاني

المصادر غير المكتوبة

تعرضنا للمصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية وهي حسب ترتيبها في الأهمية والدرجة تبدأ بالنصوص الدستورية ثم تليها القوانين التي تضعها الهيئة التشريعية وأخيرا القرارات التنظيمية (الوائح) التي تصدر عن الجهات الإدارية. فيجب على الإدارة في دولة القانون أن تخضع لهذه المصادر في تصرفاتها آخذة بعين الاعتبار أهميتها ودرجة قوتها. ومن جهة أخرى فإن من خصائص القانون الإداري أنه غير مقنن، وبالتالي له مصادر غير مدونة يستلهم منها القاضي الإداري الحلول للمنازعات التي لا يجد نصا قانونيا يفصل فيه. وتتمثل المصادر غير المدونة لمبدأ المشروعية في القواعد العرفية، سواء كان عرفا دستوريا أو إداريا من جهة، وفي المبادئ العامة للقانون من جهة أخرى⁽²⁾.

أولا: العرف

العرف⁽³⁾ هو "مجموع القواعد الناجمة عن الاستعمال الراسخ المتأصل في مجتمع ما، والمعتبرة واجبة الإحترام ولازمة التطبيق كالقانون"، فهو يمثل قاعدة قانونية عامة ومجردة نابعة عن تعامل الناس بشكل ثابت ومطرد، كما يقصد بالعرف الإداري سلوك الإدارة المطرد في مسألة معينة على نحو معين لفترة من الزمن، بحيث تصبح الإدارة والمتعاملون معها ملزمين باحترام القاعدة المتولدة عن ذلك السلوك.

(1) لتنفيذ القوانين والتنظيمات عدة مفاهيم، عمل الفقهاء على تحديدها، حيث يرى George Fidel أن تنفيذ القوانين والتنظيمات يعني:

- نشر القوانين والتذكير بأحكامها.
- استعمال الإكراه لضمان تنفيذ القوانين.
- القيام بأعمال تعهد بها القوانين للحكومة صراحة.
- الحفاظ على النظام العام و ضمان تسيير المرافق العامة.

(2) عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص25.

(3) يعتبر العرف المصدر الأول، بل أقدم مصدر للمشروعية بصفة عامة، وإن كان العرف لم يعد يحتل -كما كان في الماضي- تلك الأهمية، حيث انتشرت حاليا ظاهرة القواعد القانونية المكتوبة إلا أنه لا زال رغم ذلك يلعب دورا هاما وأساسيا في هذا الخصوص. إذ أن هناك قواعد عرفية دستورية وقواعد عرفية إدارية وأخرى مدنية وأخرى دولية. ومما يؤكد تلك الأهمية اعتماد القوانين الوضعية به والنص على اعتباره مصدرا منشئا للقواعد القانونية في المجتمع. / أنظر: رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، المرجع السابق، ص18.

ولكن ومع إعتبار العرف مصدراً⁽¹⁾ غير مكتوب للمشروعية في القانون فإنه يجب التطرق إلى أنواع العرف الذي يعد مصدراً من مصادر المشروعية كما يلي:

1 - العرف الدستوري

ينشأ العرف الدستوري حين تجري الهيئات الحاكمة على عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري، ويقوم في ضمير الجماعة الإحساس بوجوب احترامها، ويستقر في أذهان أفرادها أنها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة، فالعرف الدستوري عبارة عن عادة تتصل بنظام الحكم في الدولة درجت الهيئات الحاكمة على استعملها، بحيث تصبح قاعدة عامة ملزمة للهيئات الحاكمة التي أنشأتها⁽²⁾.

هذا ويتكون من عنصرين الأول معنوي، مقتضاه أن يقوم في ذهن الجماعة وضميرها بما في ذلك الهيئات الحاكمة الاعتقاد بأن هذه القاعدة ملزمة قانوناً، وعنصر مادي⁽³⁾ يتمثل في الاعتياد على تكرار القاعدة بحيث يجب أن تصدر الأعمال المتكررة من الهيئات العامة الحاكمة في الدولة⁽⁴⁾.

وهو إما أن يكون مفسراً أو مكملًا أو معدلاً، وبغض النظر عما ورد من خلاف بين الفقه حول القيمة القانونية لكل واحد منهما وخصوصاً العرف المكمل، إلا أن للعرف المفسر قوة القواعد الدستورية المكتوبة، أما العرف المعدل فهو إما يكون معدلاً بالإضافة أو بالحذف. والراجح في الفقه أن المعدل بالإضافة يلحق بالعرف المكمل ويأخذ حكمه، أما العرف المعدل بالحذف فيرى غالبية الفقه عدم جواز الأخذ به لأنه يشكل مخالفة صريحة لنص من نصوص الدستور⁽⁵⁾.

(1) ويجدر التنويه إلى أنه تعتبر القواعد العرفية في انكلترا مصدراً هاماً وأساسياً للقواعد القانونية كما أن القانون الجزائري يعتبر العرف مصدراً من المصادر المنشئة للقواعد القانونية تنص المادة الأولى من القانون المدني على ما يلي: "أولاً: تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

(2) محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 78.

(3) لكي يقوم الركن المادي يلزم توفر شروط معينة في العادة وهذه الشروط هي:

- يشترط أن يكون التصرف أو الإجراء متكرراً.

- يلزم أن تكون العادة عامة، أي أن يسير على مقتضاها كل من يعنيه الأمر.

- ولكي تكون العادة عرفاً يجب أن تكون ثابتة ومضطردة.

- ويلزم فوق ذلك أن تكون العادة قديمة.

كما يلزم في العادة أن تكون على قدر من الوضوح والتحديد بما ينفي الجهالة في شأنها ويمنع من وقوع الاضطراب أو الخلط في تفسير مضمونها. / أنظر: المشهداني محمد كاظم، القانون الدستوري، بدون بلد نشر، المكتب العربي الحديث، 2007، (بدون طبعة). ص 15 وما بعدها.

(4) دويكات غازي، مرجع سابق، ص 33.

(5) محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني - دراسة مقارنة -، نفس المرجع، ص 89-88.

2- العرف الإداري

يقصد بالعرف الإداري⁽¹⁾ سير الإدارة على نمط معين في أداء عملها وبشكل منتظم ومستمر بحيث يسود الاعتقاد لدى الإدارة والأفراد بأن هذا السلوك قد أصبح ملزماً⁽²⁾. أي يعبر عن سلوك معين تلتزمه الإدارة باختيارها وبصفة منتظمة ومطرده وبالتالي يصبح بمثابة القاعدة القانونية واجبة الإتيان ما لم تلغى أو تعدل بقاعدة قانونية أخرى.

تعتبر الأعراف الإدارية إلى جانب الأعراف الدستورية⁽³⁾ أيضاً مصادر لمبدأ المشروعية الإدارية تخضع لها الإدارة العامة في ممارسة أعمالها، حيث يترتب على مخالفتها بطلان تلك الأعمال ويلجأ إليه القاضي لإيجاد الحلول لما يعرض عليه من منازعات كلما استشعر الغموض أو النقص في النصوص.

كما يقوم العرف الإداري، كباقي الأعراف الأخرى (المدني، التجاري..)، على ركنين أساسيين هما:

- الركن المادي: ويتمثل في اعتياد الإدارة العامة في تصرفها وأعمالها⁽⁴⁾ على سلوك معين بصورة متكررة ومستمرة ومنتظمة متى توافرت شروطه من قدم وعمومية واستقرار.

- الركن المعنوي: ويتمثل في الاعتقاد بالالتزام بتلك التصرفات، سواء من جانب الإدارة أو الأشخاص المتعاملين معها⁽⁵⁾.

ويشترط في العرف الإداري⁽⁶⁾، باعتباره مصدراً للقانون الإداري وللمشروعية الإدارية. أن لا يكون مخالفاً للتشريع ضمناً لاحترام مبدأ تدرج القواعد القانونية، كما أنه يمكن للتشريع أن يعدل أو يلغي الأعراف الإدارية

(1) عرفت المحكمة الإدارية العليا بمصر العرف الإداري بأنه " تعبير لمصطلح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاوله نشاط معين لها. وينشأ من استمرار الإدارة التزامها لهذه الأوضاع والسير على تنسيقها في مباشرة هذا النشاط، أن تصح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتيان".

(2) الطهراوي هاني، القانون الإداري، الكتاب الأول، بدون طبعة، عمان، دار الثقافة، 2001. ص 79.

(3) لأكثر توضيح حول الأعراف الدستورية أنظر: المشهداني محمد كاظم، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها. / محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 16.

(4) وقد يكون هذا العمل إيجابياً في صورة القيام بعمل معين أو يكون سلبياً في صرة الإمتناع عن القيام بعمل أو تصرف معين لهذا يجب أن يتوفر في هذا العنصر المادي العمومية والثبات والقدم والعلانية والذبيوع وعدم مخالفته لنص تشريعي قائم. / علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 48.

(5) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 14.

(6) ويشترط لقيام العرف الإداري أن يكون السلوك أو المنهج أو التصرف المتبع عاماً ومطبق بصفه دائمة ومنتظمة، أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة فإذا لم يتحقق هذا الشرط فلا يمكن اعتبار السلوك أو التصرف الذي جرت على مقتضاه الإدارة عرفاً ملزماً لها. إن هذا الشرط وضعه القضاء الإداري. وهذا يبدو واضحاً في حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية عندما نصت على أنه " وإن كان العرف الإداري هو بمزلة القاعدة القانونية بحيث تعد مخالفة هذا العرف مخالفة للقانون ، إلا أنه يجب أن يكون العرف الإداري ثابتاً مستقراً ، كأن تكون الإدارة قد سارت على سنن معينة وبإطراد المدة الكافية والتزمت به دائماً وطبقت الحالات الفردية، فإذا صح ما يقوله المدعي من أن بعض الكليات وافقت على إعادة تصحيح أوراق امتحان بعض الطلاب لأسباب خاصة بكل حالة، فإن هذا لا يدل على أن الأمر قد أصبح عرفاً مستقلاً بمثابة القاعدة التنظيمية المكتوبة التي تلتزم بها الإدارة والا تعرضت قراراتها عند مخالفتها للإلغاء". / أنظر: مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة الخامسة القضية رقم 124 قاعدة رقم 09. / لأكثر توضيح حول شروط الأعراف الإدارية أنظر: إبراهيم عبد العزيز شبيحا، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 110.

القائمة تماشياً مع مقتضيات الإدارة العامة، أو يعمد إلى إقرارها والنص عليها صراحة؛ ذلك أن العديد من قواعد القانون الإداري المكتوبة حالياً إنما يرجع أصلها إلى أعراف إدارية كانت سارية وسائدة من قبل⁽¹⁾. وعليه إذا كان سلوك الإدارة على نحو ما غير منتظم وتصرفت إزاءه بشكل مختلف من حالة إلى أخرى؛ فلا نكون أمام قاعدة عرفية ملزمة، وبالتالي عدم الانتظام لا يشكل قاعدة عرفية. هذا بالإضافة إلى إقرار القضاء الإداري للعرف بهذه القوة القانونية الملزمة⁽²⁾؛ وإعتبره مصدراً من مصادر المشروعية. وللإدارة إن هي ألزمت نفسها بتصرف أو سلوك معين بشكل منتظم وثابت أن تعدل نهائياً عن ذلك السلوك إذا ما اقتضى التطور الإداري ذلك، ولكن لا يجوز للإدارة أن تخالف العرف الساري في حالة فردية بالرغم من إستمرارها في تطبيقه على الحالات لأخرى⁽³⁾.

ثانياً: المبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون، تلك المبادئ التي يستنبطها القضاء ويعلن ضرورة إلزام الإدارة بها وهي التي يكشف عنها القاضي من خلال الضمير القانوني العام في الدولة، ويطبقها على ما يعرض عليه من منازعات. فكما عرفها الدكتور عمار عوابدي على أنها "مجموعة قواعد قانونية ترسخت في ضمير الأمة القانوني، يتم اكتشافها بواسطة القضاء ويعلنها هذا الأخير في أحكامه، فتكسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدراً من مصادر المشروعية".⁽⁴⁾ أو أنها "مجموعة القواعد القانونية التي رسخت في وجدان الأمة القانوني ويتم استنباطها بواسطة المحاكم"⁽⁵⁾.

ويرجع الفضل في إبراز أهمية هذه المبادئ العامة إلى مجلس الدولة الفرنسي إذ بدأ منذ نشأته في إستنباطها وإعلانها في أحكامه، وقد أعلن بشكل صريح عن هذه المبادئ القانونية كمصدر من مصادر الشرعية منذ سنة 1940 وذلك نتيجة إختيار الجمهورية الفرنسية الثالثة على يد الألمان، وقيام حكومة مؤقتة خاضعة لسلطات الإحتلال الألماني. وقد نجم عن هذا الوضع انهيار النظم والمبادئ الدستورية التي كانت قائمة قبل الإحتلال النازي.

(1) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 14.

(2) فقد أعلنت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن العرف الإداري هو بمثابة القانون من حيث وجوب احترامه والعمل به، فإذا ما خالفت الجهة الإدارية العرف الإداري يكون تصرفها والحالة هذه قد انطوى على مخالفة القانون وبالتالي يكون القار المطعون فيه قد وقم باطلاً، ويكون المدعى محقاً في دعواه متعينا إلغاء القرار. / أنظر: مجموعة مجلى الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة الخامسة. / عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، مرجع سابق، ص 28.

(3) عبرت عن ذلك محكمة القضاء الإداري الأردنية بقولها "إن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة، بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمت بها واتخذتها منهجاً لها. / محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص 18.

(4) عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 101.

(5) عمار بوضياف، مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، المرجع السابق، ص 18.

هذا ما دفع مجلس الدولة الفرنسي من أجل حماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، إلى وضع نظرية المبادئ القانونية العامة، وقد أبرزها بشكل صريح وجعل منها مصدرا للشرعية، واعتبرها جزءا منها لا تنفصل عنه.

ومن أهم المبادئ العامة للقانون، التي تجدد مصدرها في أحكام القضاء الإداري يمكن الإشارة إلى المبادئ العامة القانونية التالية:

- مبدأ كفالة حق الدفاع؛
- مبدأ المساواة بمختلف تطبيقاته؛
- مبدأ الحرية بمختلف تطبيقاته؛
- مبدأ العدل والإنصاف؛
- مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية؛
- مبدأ استمرارية المرافق العامة؛
- مبدأ تكيف وتطور المرافق العامة.

وغيرها من المبادئ العامة التي تسري على الإدارة العامة في مختلف جوانبها⁽¹⁾.

فالمبادئ العامة للقانون لا يشترط ورودها في نص قانوني مكتوب فقد تكون خارجة عنه يستخلصها القاضي من طبيعة النظام القانوني وأهدافه المتنوعة، وبذلك تختلف المبادئ العامة للقانون بهذا المعنى عن المبادئ القانونية التشريعية التي تتضمنها التشريعات المختلفة من دستورية وعدية وفرعية المنصوص عليها في هذه التشريعات، لأنها مكتوبة وتستمد قوتها الإلزامية من المشرع⁽²⁾.

وإعتبارا أن المبادئ العامة للقانون مصدر من مصادر المشروعية - ذلك لعدم تقنين القانون الإداري - فقد لجأ القضاء الإداري إليها للفصل في عديد المنازعات الإدارية، فألغى القرارات الإدارية لمخالفتها للمبادئ العامة للقانون⁽³⁾. بإعتبارها مبادئ قانونية عامة موجودة في جميع فروع القانون العام والخاص، إلا أن ما يميز هذه المبادئ في القانون الإداري أنها غير مقننه.

كما تجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي قد اختلف في قوة هذه المبادئ قبل صدور دستور الجمهورية الخامسة، حيث قرر إبتداء أن هذه المبادئ تتمتع بقوة قانونية مساوية للتشريع العادي، وذلك طالما أن المشرع لم

(1) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص15.

(2) عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص32.

(3) شظناوي علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص52.

يخالفها بنص صريح. ورجع بعد ذلك وبدل موقفه بعد صدور دستور 1958 لا سيما أن الاتجاه العام لهذا الفقه أخذ بالقول أن المبادئ العامة للقانون لها قوة تعلق على التشريعات العادية⁽¹⁾ بحيث أصبح لها قوة دستورية⁽²⁾. ومن جانب آخر يرى بعض الفقه بأن هذه المبادئ تتمتع بمرتبة وسطى بين القانون واللائحة، بينما ذهب غالبية الفقه إلى القول بأن اللوائح تبقى دائما في مرتبة أدنى من المبادئ العامة للقانون لأنها مجرد قرارات إدارية على الرغم من القيمة التشريعية التي اكتسبتها.

وعليه يكون للمبادئ العامة للقانون قوة أدنى من القوانين العادية وأعلى من اللوائح أما الراجح في القوة القانونية لهذه المبادئ أنه ليس لها القوة القانونية نفسها، إذ تفاوتت في مدى قوتها تبعا للمصدر الذي تستند إليه، فإذا استنبط القاضي مبدأ قانوني من القواعد الدستورية أو المبادئ التي بني عليها الدستور كان لهذا المبدأ قوة الدستور، وبالتالي يسمو هذا المبدأ على القوانين العادية. وإذا استنبط القاضي القاعدة القانونية من الاتجاه العام في التشريع أو من مبادئ العدالة كان لهذه القاعدة قوة أدنى من قوة التشريع.

وتأسيسا على ما سبق فإن المبادئ القانونية ترجع قوتها الإلزامية إلى تقرير القضاء الإداري في أحكامه. كما يجب ألا تتجاوز قوة النصوص الشرعية العادية حتى تتمكن الهيئة التشريعية من تعديل المبادئ القانونية العامة أو إلغائها لأنه لا تعود متفقة واردة الجماعة أو الروح العامة للتشريع في الدولة.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الفقه الإداري اختلف حول أساس المبادئ العامة للقانون ومصدرها، فمنهم من يرى أن القاضي الإداري أن يقوم بخلقها أو إنشائها، بينما يرى البعض الآخر أن القاضي الإداري لا يخلقها لأنه ليس المشرع وإنما هو يكشف عنها.

فقد يقال أن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها من ورودها في المقدمة الدستورية أو في إعلان حقوق الإنسان، ولكن هناك من الأحكام ما يقرر مبادئ لا نجد لها أثر في مقدمات الدساتير ولا في إعلان الحقوق، كمبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة. وهذا ما أخذت به أحكام القضاء الفرنسي⁽³⁾.

ومن الفقهاء من ذهب بالقول بأن القانون الطبيعي هو مصدر القوة الملزمة لها، ولكن هذا القول بدوره لا يتفق مع موقف القضاء الفرنسي الذي يرفض الرجوع إلى فكرة القانون الطبيعي، ولو أنه كان يعتد بهذه الفكرة

(1) إن إسباغ قوة النصوص الدستورية على بعض المبادئ القانونية العامة وبالتالي تقييد السلطة التشريعية بعدم الخروج عنها في تشريعاتها، ذلك أن هذه المبادئ يجب أن تعبر عن إرادة الجماعة وضميرها، وما أن هذه الإرادة تتأثر كثيرا بالظروف المحط بها من سياسية واقتصادية واجتماعية لذا كان من الواجب اعطاء المشرع الحق في تعديل هذه المبادئ وفقا لتغير هذه الظروف. وهذا التعديل أو الالغاء يتم عن طريق النصوص التشريعية العادية وليس عن طريق النصوص الدستورية.

(2) الذنيبات محمد جمال مطلق، المرجع السابق، ص30.

(3) حافظ محمود، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص20.

الأخيرة لكان يمتنع عن تطبيق القوانين العادية المخالفة لمبادئ القانون العامة، إذ أن منطلق الأخذ بها يؤدي إلى رفض تطبيق القوانين المخالفة للقانون الطبيعي⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق، فإن المبادئ العامة للقانون لا تجد إلا مصدر القضاء⁽²⁾ الذي يكتشفها ويقررها في أحكامه. وهذا الدور الإنشائي للقضاء يتضح أكثر ما يتضح في القانون الإداري بصفة خاصة⁽³⁾، بل أن هذا القانون ليس إلا ثمرة لما ابتدعه القضاء الإداري من مبادئ وقواعد ونظريات⁽⁴⁾، فهي إذن ذات مصدر قضائي خالص⁽⁵⁾.

ثالثاً: الأحكام القضائية

يقوم القاضي بدور هام لا يمكن إغفاله في مجال القانون بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة، فالقاضي يفسر النص الغامض ويوفق بين النصوص المتعارضة، ويقيس عند عدم وجود نص. وهو أمر معقد نظراً لكثرة النصوص الإدارية وتشعبها وتعدد مواضيعها وتباين أدائها.

فالقاضي في الأصل يمتلك تطبيق القانون والفصل في المنازعات المعروضة أمامه، وهو ملزم بالفصل في المنازعة الواقعة في إختصاصه وإلا أعتبر منكراً للعدالة، لذلك رسم المشرع له الأسلوب الذي يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية حل للمنازعة.

وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق⁽⁶⁾ قواعد قانونية خارج نصوص التشريع⁽⁷⁾.

(1) عمار بوضياف، مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، المرجع السابق، ص. 89-88.

(2) في القضاء الجزائري في مجال الاجتهاد القضائي وما قد يتضمن من مبادئ عامة للقانون حيث نصت المادة/171 ف3 من الدستور 2016 على أن "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد. ويسهران على احترام القانون"

(3) أعلن القضاء المصري أن القضاء الإداري يتميز عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي، مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً بل هو على الأغلب قضاء انشائي وبهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام، واحتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها. وإيجاد مركز التوازن بين ذلك وبين المصالح الفردية، فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن وسبق بها القانون الخاص سواء كان ذلك في علاقة الحكومة بالموظف، أم في المرافق العامة وضرورة استدامتها، أم في العقود الادارية، أم في المسؤولية، أم في غير ذلك من مجالات القانون العام، وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا بقولها "قواعد القانون الخاص تهدف أساساً لحماية مصالح فردية خاصة والاصل في مجال القانون الخاص أن ترتيب المراكز القانونية وتعديلها يرجع إلى مشيئة الأفراد واتفاقاتهم بينما قواعد القانون الاداري تهدف أساساً لمعالجة مراكز تنظيمية عامة لا تعادل في المصلحة بين أفرادها والاصل أن تواعدها أمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وأن مبدأ المشروعية الموضوعية يقتضي بأن الاتفاق التعاقدى لا يجوز أن يأتى في المركز التنظيمي". / أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصرية رقم 1496 السنة الثانية 18-01-1958، مجموعة سنوات أحكام القضاء صفحة 1152.

(4) محمد رمضان بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، المرجع السابق، ص. 22.

(5) André De laubadère, et Autres, op,cit , pp. 675 et suiv.

(6) إن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنين وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه، أدى إلى أن يتجاوز القاضي الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية، فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام للقانون الإداري، فيصبح القضاء مصدر رسمي للقانون الإداري بل وأهم مصدر من مصادره، ويتعدى دوره إلى التشريع في كثير من الأحيان.

(7) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 34.

أما بالنسبة لإعتبار أحكام القضاء مصدرا من مصادر المشروعية فقد اختلف الفقه⁽¹⁾ حول ذلك، فمنهم من ذهب بالقول إلى أن أحكام القضاء ليست مصدرا من مصادر المشروعية، فالمشروعية تتركز على وجود قواعد عامة ومجرده تلتزم الإدارة بعدم الخروج عن أحكامها في كل أعمالها وقراراتها، أما أحكام القضاء ليست كذلك إذ أنها نسبية تستند في حجتها إلى وحدة الخصوم والسبب والموضوع.

وكونها نسبية ينفي عنها صفة العمومية والتجريد ومن ثم فإنها لا تصلح كمصدر للمشروعية. في حين ذهب الرأي الغالب من الفقه إلى أن أحكام القضاء هي مصدر للمشروعية، ذلك لأن القاضي وإن كان له من ناحية أن يخالف ما وصفه من قواعد ومبادئ إلا أنه من الناحية العملية لا يحاول ذلك ولا يلجأ إليه، وذلك حفاظا على الأمن القانوني للأفراد، ويضاف إلى ذلك ما للأحكام القضائية من قوة أدبية للأفراد والإدارة.

لذلك تعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، أي مصدرا من مصادر المشروعية سواء في الدول التي يأخذ نظامها القضائي بالسوابق القضائية كقواعد قانونيه ملزمه وفي طليعتها إنجلترا، أم في الدول التي لا يأخذ نظامها القضائي بذلك، بل تعتبرها مجرد قواعد تفسيريه، كفرنسا وغيرها من الدول مثل مصر والأردن وفلسطين.

وبناء على ذلك فإن الأحكام القضائية يمكن أن تشكل مصدرا من مصادر القاعدة القانونية يؤخذ به على سبيل الاستدلال، ويمكن أن تشكل قواعد ملزمه واجبة الإتيان كما هو الحال في إنجلترا⁽²⁾.

وعليه فإننا سوف نتناول هذه الأحكام بوصفها مصدر تفسيريه، وهو ما سنركز عليه، أو بوصفها سابقة قضائية ملزمة في بعض الدول، وسنكتفي بشرح موجز عنه، وذلك كما يلي:

1- الأحكام القضائية كمصدر تفسيريه

يعرف المصدر التفسيري بأنه ذلك "المصدر الذي يقدم التفسير الصحيح للقاعدة القانونية، ويؤدي ذلك إلى وضوحها وجلاء غموضها وبالتالي إمكان تطبيقها على الوقائع والأحكام القضائية. لها صفة رسميه وقوة ملزمة. وذلك لأن القاضي وهو يصدر حكمه لا يضع لائحة عامة ولا يخلق قاعدة قانونيه جديدة، ولكنه يؤدي فقط وظيفته في تطبيق القانون على المنازعة المعروضة عليه⁽³⁾.

ولهذا نجد أن الأحكام القضائية في بعض البلدان ليس لها قوة قانونيه ملزمة وإنما يؤخذ بها على سبيل الاستدلال، بمعنى أن القضاء يطبق القواعد القانونية الموجودة فعلا دون أن يصدر تشريعات جديدة⁽⁴⁾. ومع هذا

(1) كما ويجدر التذكير بأن الفقه قد لعب دورا أساسيا في تأصيل كثير من أحكام القضاء بالإضافة إلى الإشارة إلى بعض الأحكام ومعالجة الكثير منها وتنبية الفقهاء لعيوب الصياغة التشريعية حيث أدى ذلك إلى إثراء القانون. / الذنيات محمد جمال مطلق، مرجع سابق، ص31.

(2) الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص40.

(3) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص62-61.

(4) الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، نفس المرجع، ص41.

هذا فإن أهم ما يميز الأحكام القضائية ما يسمى حجية الأمر المقضي به وهي قيام قرينة قانونيه قاطعة تعمل على افتراض أن الإجراءات التي أدت إلى الحكم وانتهت به هي صحيحة قانونا، وأن هذا الحكم عنوان الحقيقة القانونية. بمعنى عنوان الحقيقة وعنوان الصحة، وقد تكون نسيبه أي قاصرة على طرفي أو أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم، وهذه القاعدة العامة.

وقد تكون مطلقه أي يحتج بها على الكافة، وهذا الاستثناء كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية⁽¹⁾. وسواء أكان الحكم صادرا في مواجهة الإدارة أم في مواجهة الأفراد، فالإدارة ملزمة في الحالتين بتنفيذه إعمالا لمبدأ الحجية التي تتمتع بها الأحكام القضائية. وامتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام يعتبر إخلالا بمبدأ احترام حجية الشيء المقضي به. وهو من المبادئ القانونية العامة، ومخالفة هذا المبدأ تعتبر من قبيل مخالفة القانون وبالتالي مخالفة مبدأ الشرعية⁽²⁾.

وبناء على ذلك يكون هذا الإمتناع سببا لبطلان قرار الإدارة الصريح أو الضمني، ويشكل أساسا موضوعيا للطعن بسبب تجاوز حدود السلطة أو دعوى الإلغاء، كما يعتبر مكونا لركن الخطأ في المسؤولية الإدارية . ولما كانت هذه الأحكام لا تقرر ولا تنشئ قواعد قانونية عامة، فإنه لا يمكن اعتبارها مصدرا من مصادر المشروعية بالمعنى الدقيق إلا أنها لا تخرج عن كونها أحد تطبيقات المبادئ القانونية العامة التي تعتبر بحق من مصادر المشروعية.

هذا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام تبقى باستمرار في مرتبه أدنى من التشريع في نطاق التدرج القانوني الذي يحكم الدولة المعاصرة، وأن المشرع سوف يبقى باستمرار صاحب الرأي الأخير في إجازتها أو إلغائها أو تعديلها بالنص الصريح، ومن ثم فهي لا بد وأن تلتزم النص التشريعي، كما تتحدد من قيمتها الإلزامية إذا هي تعارضت معه⁽³⁾.

2- السوابق القضائية

السوابق القضائية هي القرارات التي تصدر عن المحاكم في القضايا التي تطرح أمامها، فكل قرار أو حكم يصدر يصبح سابقه قضائية للقضايا اللاحقة المشابهة. ومحاكم القضاء العالي الإنجليزي التي تعتبر سوابقها القضائية ملزمة لها ولغيرها هي "مجلس اللوردات، ومحكمة الاستئناف، والمحكمة العليا، ومحكمة التاج"⁽⁴⁾.

(1) حافظ محمود، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص33.

(2) نصت المادة 106/ من القانون الأساسي الفلسطيني على أن " الأحكام القضائية واجبة التنفيذ والامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها على أي نحو جريمة يعاقب عليها بالحبس، والعزل من الوظيفة إذا كان المتهم موظفا عاما أو مكلفا بخدمة عامة، وللمحكوم له الحق في رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة المختصة، وتضمن السلطة الوطنية تعويضا كاملا له.

(3) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص69.

(4) أنشئت محكمة التاج سنة 1972 وهي مرجع استئنائي للأحكام الصادرة عن محاكم الصلح. كما أنها أول درجة تختص بالنظر في كافة الجرائم الاتهامية. والجرائم الاتهامية هي التي تصدر فيها عقوبة بالحبس لمدة ثلاثة أشهر أو أكثر بما في ذلك الجنايات الكبرى.

وتتلخص فوائد السوابق القضائية، في إنجلترا في اليقين والإنضباطية والمرونة، أما اليقين والثقة فتتحقق بصورة نظرية في أنه ما دامت المسألة المطروحة قد جرى الفصل في قضية مشابهة لها من قبل فإن القاضي ملزم باعتماد الحل السابق وهذا يوفر درجة من الثقة للقاضي ولأطراف النزاع.

وأما الإنضباطية فأساسها العدد الهائل من السوابق القضائية التي تتضمنها التقارير القانونية في شتى فروع القانون، ذلك أن التشريع لا يستطيع أن يشمل جميع الجوانب في الحياة العملية. أما المرونة فيمكن تحقيقها من خلال الخروج عن هذه السوابق عندما يتوفر المبرر الكافي لذلك.

كما يمكن تحقيقها بإغفال القرارات السابقة التي تظهر أنها غير ملائمة أو غير سليمة فيما بعد. ولكن السؤال الذي يثور هنا، كيف يمكن أن يتطور القانون إذا كان الفصل في القضايا يتم طبقاً لمبادئ سرمدية دائمة أبد الدهر؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل ستدفع بنا إلى الخوض في صلب القانون الإنجليزي في النظر إذا ما كان بالإمكان تغيير السوابق القضائية بقانون صادر عن البرلمان، أو إذا كان باستطاعة المحاكم أن تعدل عن سابقة قضائية كانت قد استقرت وأخذت بها؟، وفي كلتا الحالتين نجد الصلاحية كاملة، ولكن تبقى الإشكالية في اعتبار التشريع البرلماني كمصدر من مصادر القاعدة القانونية.

ذلك لأن هذا التشريع المدون بذاته يخضع لتفسير القضاة وتفسير القضاة لأي تشريع برلماني يعتبر في حد ذاته من السوابق القضائية، لذلك فإن القول بأن التشريع البرلماني يعتبر أعلى مرتبة من السوابق القضائية في إنجلترا كمصدر من مصادر القانون، ليس سوى تبسيطا للأمور أكثر مما يجب ومغالاة لا معنى لها قد تؤدي إلى سوء الفهم⁽¹⁾.

(1) الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص45.

المبحث الثاني مشروعية أعمال الإدارة العامة

ستتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى مدلول العمل الإداري، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث أنواع الأعمال الإدارية وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول مدلول العمل الإداري

إذا كان مقتضى مبدأ المشروعية هو خضوع الأفراد والحكام في الدول لحكم القانون، فإن أهم ما يعيننا في دراستنا هذه، هو دراسة وبحث مدى خضوع الإدارة بوصفها إحدى سلطات العامة في الدولة، وقد أشرنا فيما سبق إلى أن هذا الخضوع يعني ضرورة أن تتفق أعمال الإدارة مع أحكام القانون وإلا أعتبرت مشوبة بعدم المشروعية وتعرضت للحكم ببطلانها والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها.

وإستناداً لمبدأ فصل السلطات تحتص السلطات كلا على حدا بممارسة الإختصاص الذي أسند إليها فتتولى السلطة التشريعية بسن القوانين الناظمة لعلاقة الفرد بالسلطة وعلاقة الأفراد فيما بينهم؛ وبممارسة القضاء فصل النزاعات القائمة بين الأفراد وبين الفرد والسلطة وإيقاع العقوبة على مرتكبي الجرائم في حين تتولى السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القوانين والسهر على أمن الأفراد وإشباع حاجاتهم ولا يرد المبدأ على إطلاقه فيكون الفصل بين السلطات الثلاث فصلاً جامداً، بل يبقى لأي من السلطات في حالات محددة مباشرة عمل من اختصاص سلطة أخرى.

الأمر الذي يثير الشك في طبيعة الأعمال القانونية الصادرة عن سلطات الدولة وهيئاتها المتعددة مما دفع الفقه للبحث عن معيار يمكن إعماله لتحديد طبيعة العمل القانوني الصادر عن سلطات الدولة، وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه أن تحديد طبيعة العمل ينبغي أن تتحدد بناء على مضمون العمل ذاته وطبيعته الداخلية، ومن ثمة فإن لكل من العمل الإداري والعمل التشريعي والعمل القضائي مضمون مميز يختلف عن مضمون العمل الآخر.

تبرز أهمية التمييز بين تلك الأعمال بخضوع كل منها لنظام قانوني خاص بها، وبالتالي فإن القرارات الإدارية تخضع لنظام قانوني مختلف تماماً عن النظام القانوني الذي تخضع له أعمال السلطة التشريعية وأحكام القضاء الأمر الذي يقتضي وضع معيار محدد يميز القرار الإداري عن غيره من الأعمال القانونية.

ولذلك فإن تحديد طبيعة العمل أمر ضروري ولا غنى عنه لمعرفة النظام القانوني الذي يخضع له⁽¹⁾، وفي هذا الشأن يتردد الفقه والقضاء بين معيارين: المعيار الموضوعي الذي يبحث في مضمون العمل، والمعيار الشكلي الذي يستند إلى الشكل الذي يصدر فيه العمل، أو الهيئة التي أصدرته، أو الاجراءات التي اتبعت في إصداره⁽²⁾.

كما تكمن المشكلة في عدم إستقرار القضاء على معيار دون آخر في تمييز القرار الإداري فتارة يعتمد المعيار الشكلي وتارة يعتمد المعيار الموضوعي وفي طور آخر نجد يقوم بالدمج بين المعيارين السابقين إضافة لعدم استقرار الفقه على أي منهما.

وعلى هذا الأساس سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول المعيار الموضوعي لتحديد العمل الإداري، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث المعيار الشكلي لتحديد العمل الإداري وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول المعيار الموضوعي لتحديد العمل الإداري

يؤكد جانب من الفقه أن المعيار الشكلي قد وقف عند صفة القائم بالعمل والإجراءات والأشكال التي يظهر بها العمل متجاهلا مضمونه وجوهره وقد قاموا بتحديد الطبيعة القانونية للعمل بالنظر إلى مضمونه وجوهره فيتم اعتبار القانون واللائحة وفقا لهذا المعيار من الأعمال التشريعية، كونها تتضمن قواعد قانونية عامة وذلك باعتبار أن مضمون اللائحة الإدارية يشتمل على قواعد قانونية عامة وهو ما يشكل جوهر القانون ومادته. وأكد أصحاب هذا المعيار⁽³⁾ أن القانون يدور على فكرتين رئيسيتين: هما المراكز القانونية⁽⁴⁾ والأعمال القانونية وأن كل عمل قانوني ينتج مركزا قانونيا يكون محلا وموضوعا له.

(1) قضت محكمة القضاء الإداري مصر تاريخ 1/12/1948 أن " مبدا فصل السلطات لا يعني استئثار كل سلطة بالوظيفة المحولة لها أصالة حتى ولو نص القانون على خلاف ذلك " / الحكم وارد في مؤلف: الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط القرار الإداري "التعريف والمقومات- النفاذ والإنقضاء"، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005. ص316.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص169.

(3) راجع هذه في مؤلف: مهندس نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001. ص114. سليمان محمد الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص179.

(4) تمتاز المراكز القانونية بأنها متطورة بحسب حاجة المجتمع، ومتغيره بحسب تغير الفلسفات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، سواء تم هذا التغير نتيجة لإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها، ووسيلة تغيير المراكز القانوني، وإنشائها، وإلغاءها من جانب المشرع، وأداة اكتسابها من جانب الأفراد، هي الأعمال القانونية، ويقصد بها مجموعة الحقوق و الالتزامات التي يمكن أن يتمتع بها شخص معين استنادا إلى القانون، و بمعنى آخر هو الحالة التي يوجد فيها الفرد ازاء القانون، ومثال ذلك مركز المالك ومركز الموظف ومركز الدائن ومركز المدين ومركز القاصر. والمراكز القانونية إما أن تكون عامة أو خاصة: =

وبغرض التمييز بينها يرى جانب من الفقه أن التنظيم القانوني للدولة، أي مجموعة القواعد القانونية السائدة في الدولة في فترة معينة، يتكون من مجموعة من المراكز القانونية العامة والخاصة، تنشأ أو تلغى أو تعدل بواسطة الأعمال القانونية التي تصدر عن مختلف السلطات في الدولة. أما الأعمال القانونية، فهي التعبير عن إرادة مصدر العمل في إحداث أثر قانوني يترتب عليه تعديل في التنظيم القانوني القائم.

وعلى هذا الأساس، يتجه أنصار المعيار الموضوعي إلى تحديد العمل التشريعي بأنه العمل الذي يتضمن قواعد عامة موضوعية، وهو ما ينطبق على القوانين واللوائح وكافة الأعمال المشروعة بصفة عامة.

أما العمل الإداري فإنه العمل الذي يتسم بالخصوصية أو الفردية، وينطبق هذا الوصف على الأعمال الشرطية والأعمال الشخصية، فكلاهما ينتج أثراً فردياً، بمعنى أن كلا منهما ينصب على فرد معين بالذات، وإن كانا يختلفان في أن العمل الشخصي ينشئ مركزاً خاصاً جديداً في حين أن العمل الشرطي لا ينشئ مراكز جديدة وإنما تقتصر مهمته في تحديد الشخص الذي سيدخل في نطاق مركز عام معين⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى يتميز العمل القضائي، بأنه لا يتضمن أي مساس بالتنظيم القانوني القائم، فهو لا يؤدي إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء للمراكز القانونية العامة أو الخاصة، وإنما يتضمن فقط تقرير للقانون وإنزال حكمه على المنازعات، وبالأحرى فإنه يقتصر على الكشف عن حقيقة المراكز القانونية المتنازع عليها.

وعليه فإن العمل القضائي هو العمل الذي يتضمن الفصل في خصومة قضائية حول مركز قانوني خاص أو عام، بقرار يطبق القانون وينزل حكمه على النزاع بدون المساس بالمراكز القانونية القائمة أو إنشاء مراكز جديدة. إلا أن هذا المعيار وإن استطاع أن يميز بين القانون المتضمن لقواعد عامة ومجردة تطبق على عدد غير محدود من الأفراد والقرار الإداري الفردي الذي يعمل على تطبيق القاعدة العامة على حالة فردية وقف عاجزاً عن تمييز القانون عن اللائحة التي تتشابه مع القانون من حيث احتوائها لقواعد عامة الأمر الذي يقتضي حينها اللجوء للمعيار الشكلي⁽²⁾.

= المراكز القانونية العامة: هي تلك التي يكون مضمونها واحداً بالنسبة لجميع الأفراد الذين يشغلونها، نظراً لتحديد هذا المضمون عن طريق قواعد عامة مجردة. ومثالها مركز الموظف العام (في القانون العام) ومركز القاصر (في القانون الخاص).

- المراكز القانونية الخاصة (الشخصية): فإن مضمونها يتحدد بصدد كل حالة أو كل فرد على حدة، و تبعاً لذلك يختلف هذا المضمون من فرد لآخر ومن حالة إلى أخرى، بمعنى أن هذه المراكز تختلف باختلاف شاغليها من الأفراد، وأبرز الأمثلة لهذه الوظائف تلك التي تنشأ عن العقود سواء في مجال القانون الخاص، أو القانون العام، فموضوع هذه العقود والحقوق التي تنشأ والالتزامات التي تترتب عليها هي أمور تختلف باختلاف الحالات وتتحدد تبعاً للظروف الخاصة بكل حالة على حدة. الدكتور شمس مرغني، مرجع سابق، ص 299.

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 171.

(2) عصام نعمة إسماعيل، المرجع السابق، ص 520.

وعلى هذا الأساس؛ فإن كان المعيار الموضوعي يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء وأكثر دقة على تفهم حقيقة أعمال الدولة إزاء اهتمامه بطبيعة العمل الداخلي وجوهره دون مظهره الخارجي، إلا أنه يعاب عليه شدة تعقيده ودقته مما أثار خلافات فقهية كبيرة⁽¹⁾، كما أنه من ناحية أخرى لا يتفق مع المبادئ القانونية التي يقوم عليها القانون الوضعي في فرنسا و الدول التي تأثرت بنظمها القانونية مثل مصر⁽²⁾.

فالدستور الذي يسمو على كافة القواعد القانونية الأخرى، ويقيد السلطات العامة فيها، وهو الدستور بالمعنى الشكلي بصرف النظر عن مضمونه، ومن جهة أخرى فإن القانون الدستوري وهو أساس النظام القانوني في الدولة، يعتمد على معايير وضوابط شكلية أو عضوية مما يوجب أن يتأسس معيار تمييز أعمال السلطات التي ينشئها هذا الدستور على ضوابط شكلية أو عضوية، حتى يتوافق مع معطيات القانون الوضعي⁽³⁾.

الفرع الثاني

المعيار الشكلي

لتمديد العمل الإداري

وفقاً لهذا المعيار يعد العمل إدارياً في حال صدوره عن سلطة إدارية وإن تضمن قواعد قانونية عامة ومجردة كاللوائح الإدارية ولو فصل في خصومة قائمة بالقرارات الصادرة عن الجهة الإدارية ذات الاختصاص القضائي والتشريعي في حال صدوره عن السلطة التشريعية بينما يعد عملاً قضائياً فيما لو صدر عن المحاكم والسلطات القضائية وذلك بصرف النظر عن مضمون العمل ذاته.

وقد وجد أصحاب هذا المعيار أهميته في إطار التمييز بين القانون واللائحة لوجود التشابه بينهما من حيث الموضوع والعمومية ولذا اتجهوا لاعتبار العمل القانوني عملاً تشريعياً متى صدر عن السلطة المختصة دستورياً بممارسة سلطة التشريع ووفقاً للإجراءات والأشكال التي يحددها الدستور بغض النظر عن مضمونه سواء إشتمل هذا العمل على قواعد قانونية عامة أم لا بينما يعد العمل إدارياً متى صدر عن سلطة إدارية مختصة بموجب أحكام

(1) أنظر: توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، جزء أول، طبعة أولى، دار النشر للجامعات المصرية، 1954، ص 715.

(2) في النظام الدستوري في فرنسا ومصر، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات وما يترتب عليه من نتائج، يستلزم الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين مختلف أعمال السلطات العامة التي قد تتشابه من حيث طبيعتها الداخلية أو مضمونها.

(3) سامي جمال الدين، نفس المرجع، ص 169.

القانون والدستور ووفق الإجراءات والأشكال المحددة بها وبصرف النظر عن مضمونها سواء أكانت منشأة لمراكز قانونية عامة أم فردية⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق، تعد اللائحة وفقا للمعيار الشكلي عملا إداريا بصوره عن السلطة التنفيذية ووفق الإجراءات والأشكال المحددة لصدور القرار الإداري. وعلى هذا الأساس فإن هذا المعيار يتميز بالبساطة وعدم التعقيد إذ يكفي معرفة مصدر العمل فيتحدد بالتالي نوعه.

إلا أن الأخذ بهذا المعيار يقتضي تحقق التطابق بين الفصل العضوي والوظيفي للسلطات العامة وهذا أمر يستحيل تحقيقه كما أن قيام الدساتير الحديثة بتبني مبدأ الفصل المرن بين السلطات أدى لقيام السلطة التشريعية بممارسة بعض الأعمال الإدارية، ومساهمة السلطة الإدارية بالعمل التشريعي⁽²⁾.

أي أنه يتأسس على الفصل المطلق بين السلطات، بحيث تختص كل سلطة منها بإحدى وظائف التشريع أو التنفيذ أو القضاء دون غيرها، في حين أن الواقع يشير إلى أن الفصل بين السلطات لم يترتب عليه الفصل بين الوظائف والاختصاصات، بل على العكس من ذلك، هناك تداخل في هذه الوظائف والاختصاصات بين السلطات المختلفة في الدولة.

فالسلطة التشريعية تصدر إلى جانب القوانين، أعمالا إدارية من حيث موضوعها مثل قانون المالية، والسلطة الإدارية تساهم في الوظيفة التشريعية بما تصدره من لوائح وهي أعمال تشريعية من حيث طبيعتها الموضوعية، كما أنها تشترك القضاء في وظيفته أحيانا عن طريق اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وتجمع السلطة القضائية أيضا إلى جانب وظيفتها القضائية الأصلية وهي إصدار الأحكام في المنازعات، ووظيفة إدارية - تسمى الوظيفة الولائية للقضاء - تصدر بناء عليها قرارات أو أوامر مختلفة ومتميزة عن الأحكام القضائية.

كما أنه في كثير من الأحيان تصدر اللوائح الإدارية والقوانين من سلطة واحدة فرئيس الجمهورية له إصدار

⁽¹⁾ موقف المشرع و القضاء في مصر وفرنسا من معيار تمييز العمل الإداري: يأخذ المشرع و القضاء الفرنسيان بالمعيار الشكلي بصفة أساسية سواء بالنسبة للتمييز بين الأعمال الادارية والأعمال التشريعية، أو بين الأعمال الادارية والأعمال القضائية، وبذلك تكون العبرة في تحديد نوع العمل بصفة السلطة أو الهيئة التي تصدره، والشكل والاجراءات التي تتبع في اصداره، فالقانون الصادر في 24 جويلية 1872 بتنظيم مجلس الدولة الفرنسي وكذلك الأمر المنظم له الصادر في 31 يوليو 1945، ينص على أن محل الطعن لتجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة من السلطات الادارية المختلفة، وهو ما يعني أن المشرع الفرنسي يعتنق المعيار العضوي، وهو أيضا ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي، وان كان قد لجأ إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي على سبيل الاستثناء في بعض الحالات، وذلك للتمييز بين الأعمال المختلفة الصادرة من جهة الإدارة، أو للتمييز بين أعمال الإدارة والأعمال التي تصدر من هيئات خاصة مثل لجان تنظيم الانتاج الصناعي وتقابات المهن. أما في مصر، فليس هناك نص تشريعي صريح يدل على الأخذ بالمعيار الشكلي، ومع ذلك فإن روح التشريع المصري تقضي بذلك، كما أن الكثير من أحكام القضاء الإداري المصري تأخذ به كمعيار أساسي في هذا الصدد، مع الاستعانة بالمعيار الموضوعي بصفة استثنائية في بعض الحالات، مثل تحديد طبيعة القرارات الصادرة من رئيس المجلس لنيابي بشأن موظفي المجلس.

⁽²⁾ محمود حافظ القرار الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 13.

اللوائح التنفيذية للقانون كما له حق إصدار قرارات لها قوة القانون فيكون من الصعب اللجوء للمعيار الشكلي لتحديد الطبيعة القانونية للعمل الصادر فيكون الاستناد حينها للتسمية التي صدر بها العمل القانوني⁽¹⁾. ومع ذلك فإن هذا التداخل يؤكد في واقع الأمر ضرورة الأخذ بالمذهب الشكلي، لأن جهل الجهة المصدرة للعمل يؤدي الى اختلاف عناصر الشكل والاجراءات التي صدر فيها هذا العمل، ومن ثمة تصبح المميز الوحيد والأساسي لهذه الأعمال⁽²⁾.

بالإضافة إلى صعوبة الأخذ بجه في حالات معينة؛ قد يصدر فيها العمل التشريعي والإداري من سلطة واحدة كفترات الانتقال التي تتركز فيها السلطة بيد هيئة واحدة كما حدث في سوريا عام 1962 حيث تسلمت قيادة الجيش بناء على البلاغ رقم 31 تاريخ 28 أكتوبر 1962 مهام السلطتين التشريعية والتنفيذية فيكون المعيار الموضوعي حينها هو الأولى بالإتباع.

والأخذ بهذا المعيار يؤدي لتصنيف كثير من الأعمال بشكل مخالف لطبيعتها فمن الملاحظ سهولة التمييز بين السلطة المكلفة بممارسة العمل الإداري والمكلفة بممارسة التشريع في سوريا لتحديده بشكل واضح في الدستور. الملاحظ والحالة هذه؛ أنه لا يمكن إعتبار كل ما يصدر عن مجلس الشعب في سوريا عملاً تشريعياً كونها تتضمن أجهزة داخلية كرئاسة المجلس أو أمانة السر أو حتى المكاتب والتي تصدر قرارات داخلية لا يمكن تصنيفها في إطار الأعمال التشريعية أو الإدارية وهو سطحي، كما وصفه الدكتور محمود حافظ لا يبحث في مضمون العمل القانوني وجوهره مكثفياً بشكله الخارجي⁽³⁾.

لذلك يتطلب تمييز الأعمال الإدارية التي تخضع للرقابة على مشروعيتها عن تلك الأعمال غير الخاضعة لهذه الرقابة بالرغم من صدورهما عن الإدارة الأخذ ببعض الضوابط الموضوعية، ومن هنا يرى جانب من الفقه تفضيل الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي لتمييز العمل الإداري عن غيره من الأعمال الأخرى سواء تلك الصادرة عن سلطات أخرى خلاف السلطة التنفيذية أو تلك الصادرة من السلطة التنفيذية ذاتها. وعليه فالأخذ أساساً بالمعيار الشكلي في تمييز العمل الإداري، يترتب عليه أن يكون العمل إدارياً إذا صدر عن جهة إدارية وبالإجراءات الإدارية، مع إضافة ضابط موضوعي مكمل، وهو أن يتصل هذا العمل بالوظيفة الإدارية أي تنفيذ القوانين أو الضبط الإداري أو المرافق العامة.

(1) أحمد مرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، جزء أول (مجلس الدولة وقضاء الإلغاء)، دون دار أو مكان نشر، 1989. ص 27.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 173.

(3) محمود حافظ، القرار الإداري -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 14.

وعلى هذا الأساس يقصد بالأعمال الإدارية، تلك الأعمال الصادرة عن الجهات الإدارية بشأن وظيفتها الإدارية، وتحدد الجهات الادارية والوظائف الإدارية وفقا لنصوص الدستور في الدولة. وعليه، فإن الأعمال الصادرة عن سلطة غير إدارية تخرج من نطاق الأعمال الإدارية ومثل ذلك أعمال السلطة التشريعية من قوانين وأعمال برلمانية، علاوة على أعمال السلطة القضائية، حتى ولو اتسمت بعض هذه الأعمال بالطبيعة الادارية من حيث الموضوع. ومن ناحية أخرى تخرج أيضا من نطاق الأعمال الإدارية، ما يصدر عن السلطة التنفيذية بصدد غير الوظيفة الإدارية⁽¹⁾، مثل الأعمال ذات الطابع الدولي التي تتصل بالعلاقات الدولية أو علاقة الدولة بالخارج بصفة عامة، وهي أعمال يتجه جانب من الفقه إلى إدماجها ضمن طائفة من الأعمال الإدارية يطلقون عليها (أعمال السيادة) أو (أعمال الحكومة) وهي أعمال تتحصن -في تقديرهم- من رقابة القضاء بصفة عامة، مما يخرجها من نطاق اختصاص القضاء بفحص مشروعيتها أو التعويض عن الأضرار الناجمة عنها وهو ما يجتم علينا التعرض لها تفصيلا في أجزاء البحث الموالية، وعليه يبقى أن نتعرض للأعمال الادارية وبيان أنواعها وذلك في المطلب التالي.

المطلب الثاني

أنواع الأعمال الادارية

بعد تحديد معايير تمييز الأعمال الإدارية عن غيرها من أعمال السلطات العامة، يمكننا أن نقسم أعمال الإدارة إلى قسمين أساسيين هما: الأعمال القانونية والأعمال المادية. لذا سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول الأعمال القانونية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث الأعمال المادية وقد تمت معالجته كما يلي:

⁽¹⁾ يجب التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال الحكومة أو " الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية " وتسمى في بعض الأحيان الفصل بين السياسة والإدارة على الرغم من أن لفظي الحكومة والإدارة كثيرا ما يستعملان كمرادفين، فكلمة حكومة Gouvernement مشتقة الأصل من لفظ لاتيني بمعنى توجيه، وتستعمل هذه الكلمة بمفهوم عام فتعني التوجيه العام للسياسة الكلية للدولة أي السلطات الثلاثة "التشريعية والتنفيذية والقضائية" وقد تستعمل بمعنى محدود أو ضيق فتعني توجيه النشاط التنفيذي فقط، أما كلمة إدارة فهي مشتقة من أصل لاتيني بمعنى الخدمة Service وهي بذلك تحدد الجانب الفني من عمل الحكومة، ويرى الفقيه الاسباني posada أن الوظيفة الإدارية تختلف عن الوظيفة الحكومية، وأن أساس التفرقة بين الوظيفتين يكون في ذلك القدر من الحرية والترخص الذي تتمتع به الهيئات التي تتخذ القرارات، فالحكومة تتمتع بحرية أكبر في أعمال أدراتها. فحسب المعيار المادي أن الحكومة تشارك في رسم السياسة العامة للدولة وتضطلع بالأمور السياسية الكبرى التي تتصل بالمصلحة العليا للدولة في الداخل والخارج. وأما الإدارة فتتصرف إلى التطبيق اليومي للقوانين وإدارة المرافق العمومية لإشباع الحاجات العامة للجمهور في إطار الاتجاهات والسياسات التي رسمتها الحكومة. ويميز الفقيه Duguit بين الإدارة والحكومة على أساس تقسيمه للأعمال القانونية إلى العمل المشرع، والعمل الشرطي إلحاق فرد بمركز قانوني عام، كتعيين الموظف والعمل الشخصي أو الذاتي. وتدخل الأعمال المشرعة في اختصاص الحكام أما الأعمال القانونية الأخرى "الشرطية، والشخصية" وكذلك الأعمال المادية فهي تدخل في وظيفة الإدارة. وأما بحسب المعيار الموضوعي فأساس التمييز هو بين القائمين على ممارسة الوظيفة الحكومية والقائمين بالوظيفة الإدارية داخل السلطة التنفيذية، على أن الاختلاط والتداخل بين الحكومة والإدارة العامة يزداد أكثر ويكون من الصعوبة التمييز في ظل الظروف الاستثنائية، وفي نظم الحكم الاستبدادية حيث تتوسع الحدود الحكومية على حساب الحدود الإدارية./أنظر: الدكتور محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص330.

الفرع الأول

الأعمال القانونية

يقصد بالأعمال الإدارية القانونية⁽¹⁾، تلك التي تأتيها الإدارة بقصد ترتيب آثار قانونية معنية عليها، ومن ثمة فهي أعمال تؤثر في المراكز القانونية للأفراد بإنشاء أو تعديل أو إلغاء. وتنقسم الأعمال القانونية للإدارة إلى نوعين:

أولاً: العقود

هي تلك التصرفات التي تأتيها الإدارة قاصدة من ورائها إحداث آثار قانونية معينة كإنشاء حق أو ترتيب التزام، وينجم عن ذلك خلق مراكز قانونية جديدة عامة أو خاصة، أو إجراء تعديل في المراكز القانونية القائمة العامة أو الخاصة. وتتم نتيجة إتفاق بين الإدارة والأفراد⁽²⁾، فالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بناء على إتفاق بين جهة إدارية وأحد الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو جهة إدارية أخرى هي عقود ومثلها عقود التوريد وعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة. ومختلف العقود المدنية كعقد الإيجار وعقد البيع ... إلخ.

وتنقسم العقود التي تبرمها الإدارة إلى عقود إدارية وعقود مدنية، ذلك أنه ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر حتما وبالضرورة عقدا إداريا. وإنما تعد كذلك فقط تلك العقود التي تكون متممة بطابع السلطة العامة، بأن تتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بالإضافة إلى ضرورة إتصالها بنشاط مرفق عام وأن يكون أحد طرفي العقد شخصا إداريا، فإذا كان العقد إداريا على هذا النحو، فإنه يخضع لقواعد القانون الإداري، و بالتالي يختص بمنازعاته القضاء الإداري.

فحسب ما إستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن العقد الإداري "هو كل إتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام، على أن تظهر في الإتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الإتفاق شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح

(1) بالنظر إلى الغاية يقسم أنصار المعيار الموضوعي كل من Bonnard و Duguit و Jeze الأعمال القانونية أقساما ثلاثة :

– أعمال مشرعة: وهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزا قانونيا عاما أو موضوعيا، ومن هذا القبيل القوانين المشرعة، والقرارات التنظيمية .
– أعمال شخصية أو ذاتية: وهي الأعمال القانونية التي يتولد عنها أو تتعلق بمراكز شخصية بمعناه المتقدم، وأفضل مثال لها العقد، لأن المتعاقدين يضمنونه ما يشاؤون في حدود النظام العام وحسن الآداب .

– أعمال شرطية: وهي أعمال تصدر بهدف إلحاق فرد معين بمركز قانوني عام، ولذلك فهي تعتبر أعمالا مكملة للأعمال المشروعة، إذ أنها تعتبر الشرط الذي لا بد من توافره حتى يتمتع الشخص بالمركز القانوني المسند إليه، ومن هنا جرى وصف هذه الأعمال بأنها (أعمال شرطية) و مثلها قرار تعيين شخص ما في إحدى الوظائف العامة. فمركز الموظف هو مركز قانوني عام، وقرار التعيين هو الذي بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإلتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة. /أنظر: الدكتور شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص 299.

(2) الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 09 .

للمتعاقد معها - وهو أحد أشخاص القانون الخاص - بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام". وعلى ذات النمط إستقر قضاء مجلس الدولة المصري⁽¹⁾ في الكثير من أحكامه.

ويعرف أستاذنا الدكتور سليمان محمد الطماوي العقد الإداري بأنه "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أنه حول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"⁽²⁾.

واستنادا إلى ما استقر عليه الفقه وقضاء مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر، يمكن تعريف العقد الإداري بأنه "إتفاق معقود بين جهة الإدارة كسلطة عامة، وبين فرد أو شركة خاصة بقصد إنجاز عمل محدد يحقق المنفعة العامة، مع تضمين الاتفاق شروطا غير مألوفة في مجال التعاقدات الخاصة، أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام".

فلا يعتبر عقدا إداريا كل عقد تبرمه الإدارة العامة، إذ أنها قد تعقد عقدا إداريا، وقد تعقد عقدا خاصا حسب قواعد ونصوص القانون الخاص، وبديهي أن العقد الإداري محكوم بقواعد ونصوص ومبادئ ونظريات القانون العام على وجه العموم، والقانون الإداري على وجه الخصوص، وينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته للقضاء الإداري، في حين أن العقد المدني محكوم بقواعد وأفكار ونصوص ونظريات القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته للقضاء المدني العادي.

فإذا فضلت الإدارة أن تبرم عقدها وفقا لقواعد القانون الخاص كالقانون المدني، ففي هذه الحالة تكون قد أفصحت عن رغبتها في أن تعامل بصدد هذا العقد مثل الأفراد العاديين تماما، ومن ثم تخضع لقواعد القانون الخاص، وبالتالي تخضع المنازعات المتولدة عن مثل هذا العقد لمحاكم القضاء العادي.

فكرة العقود الإدارية، فكرة حديثة، نشأت وتطورت في رحاب القضاء الإداري، وفي مثل هذه النظرية الحديثة النشأة، وللنشأة القضائية ذات الطابع العملي، والذي يتعرض لكل منازعة بما يلائمها من حلول، دون الاهتمام بإنشاء نظرية عامة، لم يكن من السهل أو الميسور التوصل إلى معيار محدد، يمكن به ومن خلاله التمييز بين العقد

(1) وعلى رأسها قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر؛ على سبيل المثال حكم الإدارية العليا، مجموعة أحكام الإدارية العليا، السنة 13 ص 577.

(2) راجع: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975. ص 500.

الإداري وغيره من العقود. وعليه يمكن القول بأن عناصر التمييز⁽¹⁾ حسبما جاء بأحكام القضاء، تنحصر في ثلاثة عناصر وهي:

- أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد؛

- أن يكون للعقد علاقة بمرفق عام؛

- أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص.

هذه العقود لا تعبر في الواقع عن الإرادة المنفردة للإدارة، بل تنجم عن توافق إرادة الإدارة مع إرادة الأفراد، وحتى عندما يتولد العقد بنتيجة إتفاق بين شخصين من أشخاص القانون العام، فإنه لا يعد بمثابة قرار إداري لعدم وجود طابع الإرادة المنفردة.

ولكن هذا لا يعني أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها غير قابلة للإلغاء عن طريق القضاء إذا أصابها عيب يستدعي إبطالها، بل ما في الأمر أنه يجب طلب ذلك إلى القضاء العادي عندما تكون الإدارة قد خضعت في عقدها لقواعد الحقوق الخاصة، وفي القضاء الإداري (القضاء الكامل) عندما يكون العقد إدارياً.

ويظهر أن قاعدة عدم قبول العقود الإدارية في نطاق دعوى الإلغاء تجدها قيوداً إستناداً إلى نظرية القرارات القابلة للإنفصال عن العقد⁽²⁾، ومقتضى ذلك أنه إذا كانت عملية التعاقد مركبة، أي تشتمل على إجراءات

(1) حول العناصر المميزة للعقد الإداري عن غيره من العقود، نقرأ: لمحكمة القضاء الإداري "وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد، لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية، بل أن المعيار المميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص، ليس في صفة المتعاقد بل في موضوع العقد نفسه، متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو إدارته أو استقلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه، مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية، يظهر نية الشخص المعنوي العام في أن يأخذ في العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه، فيتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص" والواضح أن الحكم وإن استهل التمييز بقوله بل إن المعيار المميز فإنه لم يأت بمعيار وإنما ذكر عناصر التمييز وأماراته.

وفي ذات الاتجاه نقرأ لذات المحكمة في حكم آخر، بأن "العقد الإداري، هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص" ولم يخرج قضاء المحكمة الإدارية العليا عن هذا المسلك، من ذلك قولها في حكمها الصادر في 31 مارس 1962 أن "العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، متصلاً بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص".

ولقد أدلت المحكمة الدستورية العليا بدلوها في هذا المجال، ولم يخرج اتجاهها عن مسلك القضاء الإداري المشار إليه، إذ قالت "إنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، من حيث اتصاله بمرفق عام، وأخذه بأسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

نخلص من هذه الأحكام أن القضاء لم يستقر على معيار للتمييز بين العقد الإداري وغيره من عقود القانون الخاص، وإنما استند في ذلك إلى عدد من العناصر، إذا توافرت كان العقد إدارياً وإذا تخلفت كان العقد مدنياً. أنظر: - الحكم الصادر في الطعن رقم 779 لسنة ق، مجموعة المجلس السنة 11 ص 254 - محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 323 لسنة 10 ق الصادر في 16 ديسمبر 1956 مجموعة المجلس، السنة 7 ص. 537 المحكمة الدستورية العليا: الطعن رقم 10 لسنة 4 ق دستورية الصادر في 29 يونيو سنة 1974.

(2) أنظر: د. فؤاد المطار، المرجع السابق، ص 223.

وقرارات متعددة، وأمكن فصل أحد هذه القرارات دون أن يؤثر ذلك على مشروعية العقد، فإن هذا القرار يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء⁽¹⁾.

ثانياً: القرارات الإدارية

من الثابت أن فكرة القرار الإداري من الموضوعات الهامة والجوهرية، باعتبارها إحدى المحاور الأساسية لأعمال الإدارة ونشاطها، ولذلك تعد من الأعمال القانونية الصادرة من جانب الإدارة وحدها، أي بإرادتها المنفردة، وهي القرارات الإدارية التي تفصح عن الإرادة الملزمة للإدارة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان جائزاً وممكناً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.

وعلى هذا الأساس حاول الفقه إعطاء تعريف للقرار الإداري، فعرفه العميد Duguit "بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة". أو كما عرفه الأستاذ rivero على أن "القرار التنفيذي هو العمل الذي من خلاله تستعمل الإدارة سلطتها بصفة إنفرادية لتغيير أوضاع قانونية". وكما وعرفه الفقيه Bonnard بأنه "كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة"⁽²⁾.

أو كما ذهب العميد Haurio إلى أن القرار الإداري هو "إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية، في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"⁽³⁾. هذا التعريف وإن أشار بوضوح لأبرز ميزة في القرار الإداري كونه يتمتع بالطابع التنفيذي، إلا أنه خلا من الإشارة لما يدل أنه يتخذ بالإرادة المنفردة. ثم أنه حصر القرارات الإدارية كونها وسيلة خطاب بين الإدارة والأفراد مستثنيا القرارات الموجهة للإدارات العمومية، وبذلك قد قلل من دائرتها وحصرها في نوع معين من القرارات.

وكما عرفه الدكتور فؤاد مهنا القرار الإداري بأنه "عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث أثراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم". ويبدو أنه إستفاد من الإنتقادات الموجهة للفقه الفرنسي خاصة تعريف العميد Hauriou. وهو ما دفع الكثير من الفقهاء إلى الإلتفاف حول هذا التعريف وتزكيته.

(1) وتطبيقاً لهذا المفهوم فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن "من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون كان له جانبان، أحدهما تعاقدية تختص به المحكمة المدنية، والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى التنظيم الإداري المقرر لذلك فتصدر بمذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوفر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده، وبينما يمكن فصل هذه القرارات من العملية المركبة، فإن طلب إلغائها يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري إذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح وذلك دون أن يكون لإلغائها مساس بالعقد ذاته الذي يظل قائماً بحالته إلى أن تفصل المحكمة المختصة في المنازعة./ أنظر: مجموعة محكمة القضاء الإداري السنة الثالثة، ص 104.

(2) نقلاً عن: د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 170.

(3) René Chapus, Droit Administratif General, T.1, 4^{eme} Ed, Montchrestien, 1988, p.98-99.

وكما عرفه الدكتور سامي جمال الدين على أنه "تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد أحداث أثر قانوني معين"⁽¹⁾. وجاء في تعريف الدكتور ماجد راغب الحلو بأن القرار الإداري هو "إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثار قانونية"⁽²⁾.

وعرفه أيضا الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه "العمل القانوني الإفرادي الصادر عن مرفق عام (إدارة عامة) والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقا للمصلحة العامة". وذهب إلى تعريفه الدكتور ناصر لباد على أنه "عمل قانوني صادر بصفة إنفرادية من سلطة إدارية الهدف منه هو إنشاء بالنسبة للغير حقوق والتزامات".

من خلال التعريفات السابقة يمكن أن نستدل بأن القرار الإداري لا يعتبر كذلك إلا إذا توفرت مجموعة الخصائص المميزة. وهي أساسا تتمثل في:

- أن يكون عمل أو تصرف قانوني؛
- أن يصدر من جهة إدارية؛
- أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة؛
- أن يحدث أثرا في المركز القانوني؛
- أن يكون نهائيا "تنفيذيا".

وتأسيسا على ما تم بيانه من خصائص القرار الإداري، من أن يكون عمل أو تصرف قانوني، فقد أجمع الفقه والقضاء على أن القرار الإداري يعد عملا قانونيا طالما أنه يستهدف إحداث أثر قانوني، أي تغييرا في المركز القانوني بإرادة الإدارة، سواء بالإلغاء أو التعديل أو الإنشاء، ولهذا لا ينطبق وصف القرار الإداري على الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة، إذ أنها لا تؤدي إلى إحداث أثر قانوني.

ويأتي هنا أثر عنصر القصد كتعبير في إفصاح الإدارة عن إرادتها القانونية الملزمة من خلال إنشاء مركز قانوني كالقرار الصادر بتعيين موظف في وظيفة عامة، والقرار الصادر بهدم منزل آيل للسقوط، أو تعديل مركز قانوني قائم كالقرار بترقية موظف عام، أو إنهاء مركز قانوني قائم كالقرار بإلغاء إجازة أو فصل موظف عام .

(1) سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة الإسكندرية، 1990. ص49.

(2) ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص 273. / وأنظر بقية التعريفات للأساتذة: د. عبد الغني بسيوني عبد الله القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991. ص17. / د. محمود حلمي، موجز مبادئ القانون الإداري، دار الفكر، القاهرة، 1978. ص08. / د. ماهر جبر نصر، الأصول العامة للقانون، جامعة المنصورة، 2002. ص36.

وقد يتمثل إفصاح الإدارة المختصة في أمر إيجابي، وقد يكون موقف سلبي، فالقرار الإيجابي يكون صريحاً وإما السلبي فمعناه رفض السلطة الإدارية أو إمتناعها عن إتخاذ قرار كان من الواجب عليها إتخاذه وفقاً للقانون والأنظمة النافذة⁽¹⁾.

وأن يصدر من جهة إدارية، فبالنسبة إلى المؤسسات والمنشآت العامة أو ذات النفع العام كالنقابات والمستشفيات والجامعات الأهلية... على سبيل المثال فقراراتها تختلف من دولة إلى أخرى، ووفقاً لموقف القضاء الإداري بموجب إمتيازات السلطة العامة الممنوحة لها، وأن جدلية حكم ذلك النوع من القرارات وقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية وفي قرارها رقم 5-17 بأنه "لا تعتبر الأعمال والتصرفات الصادرة عن هيئة أهلية كالهيئات الخاصة".

فإذا تغيرت صفة الجهة الإدارية، فالقضاء الإداري قد أكد على النظر في طبيعة القرار وقت صدوره دون اعتداد بتغير صفة مصدره بعد هذا التاريخ، وجسدت هذه الحالة في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 16 ديسمبر سنة 1972 فلقد كان بنك مصر مؤسس عامة في وقت صدور القرار المطعون فيه، ثم تحول بعد ذلك إلى شركة من شركات القطاع العام، وكان قبل التحويل قد صدر منه قرار بفصل أحد موظفيه، فقررت المحكمة أنه "وقد ثبت أن القرار المطعون قد صدر من رئيس مجلس إدارة بنك مصر باعتباره سلطاً تأديبية، في وقت كان البنك فيه مؤسسة عامة، فإنه لا يؤثر في هذا القرار، ولا يقدر في كونه قراراً إدارياً تحول بنك مصر بعد ذلك إلى شركة مساهمة، بل يظل القرار الصادر بفصل المدعي متحفظاً بصفته الإدارية".

كما لا يعد العمل القانوني الصادر عن الإدارة قراراً إدارياً، إلا إذا صدر عن الإرادة المنفردة للإدارة، ولا يشترط في هذا أن يصدر العمل القانوني عن شخص واحد، بل يمكن أن يشترك في إصداره أكثر من شخص كأن تكون لجنة، طالما أن أعضائها يعبرون عن إرادة شخص إداري واحد، ولا يحول بأن يوصف العمل القانوني قرار إداري، إذا اشترك في إصداره أكثر من شخص إداري واحد ويعبر عن إرادة أكثر من جهة إدارية، وإذا لم ينظم العلاقة بينهم واستهدف إحداث أثر قانوني بحق أطراف ثلاثة دون اعتبار لإرادتها.

(1) لهذا عرفت المحكمة الإدارية العليا القرار الإداري السلبي بأن "المستقر عليه أن القرار السلبي لا يوضح القول بقيامه وإمكانية مخصصته طبقاً للمادة 10/ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 72 إلا إذا أثبت أن جهة الإدارة قد امتنعت أو قعدت عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها إتخاذه طبقاً للقوانين واللوائح وذلك بأن، يكون صاحب الشأن قد توارت في شأنه الشروط والضوابط التي استلزمها القانون والذي أوجب بتوافرها علي جهة الإدارة التدخل بقرار إحداث الأثر الذي بينه القانون، فإذا لم يكن إصدار مثل هذا القرار واجبا عليها فإن امتناعها عن إصداره لا يشكل قراراً سلبياً مما يقبل الطعن عليه بالإلغاء" / د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 275.

وهذا هو ما يميز القرارات الإدارية عن التصرفات القانونية الأخرى الصادرة من جانبين "العقود الإدارية" التي تتكون نتيجة تلاقي إرادة الإدارة مع طرف أو إرادة أخرى سواء كانت هذه الإرادة الأخرى إدارية أو جهة خاصة أو عامة.

وكما لا تعد قرارات إدارية الملاحظات والمقترحات الصادرة من السلطة الادارية، كما لا تعد كذلك الإجراءات التمهيدية⁽¹⁾ السابقة لإتخاذ القرار الإداري كتدابير التحقيق وكذلك بالنسبة للإجراءات التمهيدية⁽²⁾ التي من شأنها أن تساعد على تطبيق القرار الاداري دون أن تضيف إليه عناصر جديدة مثل التبليغات، ولكن إذا كان من شأن هذه الاجراءات أن تحدث آثارا في المركز القانوني للفرد فإنها تدخل في نطاق القرارات الإدارية⁽³⁾. وكذا القرارات الصادرة عن الهيئات اللامركزية والتي تخضع لإعتماد السلطة المركزية أو تصديقها، لا تتولد عنها آثار قانونية معينة إلا من تاريخ اعتمادها أو التصديق عليها من قبل هذه السلطة. وقبل هذا التصديق نكون أمام قرارات تمهيدية أو تحضيرية لم تكتمل بعد مقومات القرار الاداري النهائي⁽⁴⁾.

وفي كل الأحوال ينبغي إستبعاد مشروعات القرارات، والقرارات التي تحتاج إلى مصادقة جهة إدارية أخرى غير الجهة التي صدر عنها القرار، ومن المتفق عليه أيضا استبعاد قرارات الإحالة إلى هيئة تأديبية، كالقرار الصادر من هيئة الرقابة بإحالة موظف لتوقيع جزاء تأديبي عليه⁽⁵⁾. وفي الأردن وكما هو مقرر في فرنسا ومصر، لا يسمح للقضاء بأن يمنع الإدارة من اتخاذ قرار معيب بمجرد أن تعلن عن عزمها على اتخاذه لتلافي الخطأ قبل وقوعه.

(1) وهذا ما أيدته المحكمة الإدارية العليا السورية في قرارها رقم 4 لسنة 1970 عندما ذكرت " بأن الكتاب الصادر عن مديرية الشؤون الإدارية بالمصرف المركزي وإن تضمن أن الولادة في عام 1911 هو الذي سيؤخذ بعين الاعتبار لخدمات الموظف لدى الصرف، إلا أن الكتاب المذكور لا يرقى الى مرتبة القرار الاداري النهائي المبحوث عنه في البند الخامس من المادة الثامنة من قانون مجلسى الدولة، وهو لا يعدو أن يكون مجرد إجراء تحضيرى أو تمهيدى توطئة لتحديد مركز الموظف عند بلوغ سن الإحالة على المعاش". / المجموعة القضائية لسنة 1974. ص 251.

(2) وقد عدت المحكمة الإدارية العليا السورية أن تنبيه الإدارة للأفراد لا يعد بمثابة قرار إداري. وهذا ما عبرت عنه في قرارها رقم 27 لسنة 1970 عندما ذكرت "أن القرار الإداري الذي يمكن أن يكون محلا للطعن بالإلغاء أمام القضاء الاداري وفقا للتعريف المعتمد من قبل مجلس الدولة، هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الذاتية، فإذا اقتصر عملها على مجرد تنبيه الأفراد إلى حكم القانون، فإن تصرفها هذا لا يعدو قرارا ادريا بل هو ذو طبيعة تنفيذية ولا يؤثر في المراكز القانونية للأفراد، كما أنه لا يستحدث بذاته أي أثر جديد". / أنظر: المجموعة القضائية لسنة 1970. ص 43. مجموعة محكمة القضاء الاداري، السنة الخامسة، حكم رقم 17، ص 73. / حكم محكمة القضاء الاداري السورية رقم 27 الصادر في 14-02-1963 مجموعة 1959-1964. ص 270.

(3) أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 30 ديسمبر 1967 القضية رقم 576 لسنة 11 قضائية. / نقلا عن: د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 445.

أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1999 في القضية رقم 667، لسنة 42 ق. / نقلا عن: د. علي يوسف محمد العلوان، نفاذ القرارات الإدارية وسرياتها بحق الأفراد في الأردن، المرجع السابق، ص 10.

(4) تطبيقا لذلك عد القضاء الإداري المصري القرار الصادر من مجلس إحدى كليات الجامعة لترقية أحد مدرسيها إلى درجة أستاذ، مجرد إقتراح وليس قرارا إداريا ناهيا، لأن الأثر الذي تولد عنه إنما يكون باعتماد هذا القرار من مجلس الدولة.

(5) أنظر: الحكم 122/ت/3 لعام 1407 هـ في القضية رقم 2/24/2 ق لعام 1406 هـ لم ينشر، مشار إليه في مؤلف: الدكتور فهد الدغثير، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، مرجع سابق، ص 232.

وهو ما يعرف بنظام "الرقابة الوقائية" وهو نوع من الحماية لأصحاب الشأن مقرر في بعض الدول ويتضمن مبدأ كون القرار المطعون فيه نهائياً، ضرورة أن يحدث هذا القرار آثاراً قانونية مباشرة في حق الأشخاص أي لا بد أن ينشئ القرار أو يعدل أو يلغى مركزاً قانونياً للشخص الذي يخاطبه.

وهذا يفسر إستبعاد الأعمال المادية التي لا تحدث أثراً قانونياً في مركز رافع الدعوى؛ كقيام الإدارة بإحالة موظف للكشف الطبي أو قيامها بهدم منزل آيل للسقوط أو بتنفيذ حكم بإزالة عقار ما، لأن الإدارة ملزمة بتنفيذ هذا الحكم .

كما أن قصد الإدارة إحداث أثر قانوني يعني إستبعاد الإجراءات أو التدابير الداخلية التي ليس لها أثر قانوني يؤثر في مركز الأفراد. وعدم خضوع هذه الإجراءات للرقابة القضائية.

ومن المعلوم أن هذه التدابير الداخلية متنوعة، ومنها التعاميم والمنشورات التي يوجهها الرئيس الإداري إلى الموظفين الذين يخضعون لسلطته الرئاسية، وتهدف إلى تذكيرهم بواجباتهم أو تفسير الأنظمة واللوائح وكيفية تطبيقها. غير أن التعاميم التي تتجاوز الحدود وتهدف إلى سد ثغرة نظامية أو إنشاء قاعدة نظامية جديدة تتعارض مع مصالح أصحاب الشأن تعتبر بمثابة قرارات لائحية⁽¹⁾.

وتعد كذلك من التدابير الداخلية⁽²⁾ إجراءات التنظيم الداخلي للمرافق العامة بقصد تنظيم وتسيير هذه المرافق ولا أثر قانوني لها بالنسبة للأفراد، مثال ذلك التعليمات النظامية داخل السجون أو المدارس الحكومية. والتي تهدف إلى تنظيم العمل داخل المرفق دون أن تكون لها آثار نظامية على أصحاب الشأن.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي بدأ حديثاً يأخذ باتجاه من شأنه مد رقابته على بعض هذه التنظيمات الداخلية إذ وجد أنها ذات آثار نظامية تمس مركز الطاعن، ومن أمثلة ذلك حكمه في قضية Marie بخصوص الضبط النظامي داخل السجون حيث إنتهى إلى أن "القرار المتعلق بمعاينة سجين بوضعه في زنزانه منفردة لا يعتبر تدبيراً داخلياً ويمكن الطعن فيه"⁽³⁾.

ومما سبق شرحه يتبين؛ بأن القرارات الإدارية أهم أساليب مباشرة الوظيفة الإدارية، ومظهراً من أبرز مظاهر السلطات والإمتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة، حيث تستطيع الإدارة بواسطة قراراتها أن تنشئ حقوقاً وتفرض إلتزامات على الأفراد، وذلك دون توقف على قبولهم، وهو ما يجسد بوضوح ما تتمتع به الإدارة من سلطة عامة لا نظير لها في علاقات الأفراد ببعضهم البعض، مما يرجح كفتها على الأفراد.

(1) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974. ص 228.

(2) أنظر: محمد عبد الله محمد نصار، تدابير الإدارة الداخلية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1987. ص 113

(3) وهيب عياد سلامة، التدابير الداخلية، منشأة المعارف، القاهرة، 1973.

كما؛ وتنقسم القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها إلى نوعين: قرارات إدارية فردية، وقرارات إدارية تنظيمية⁽¹⁾، وهي التي يطلق عليها إصطلاحاً (اللوائح).

بالرغم من وجود فوارق تميز بين اللوائح والقرارات الفردية، إلا أنه يمكن القول بصفة عامة، أن النظام القانوني الذي يحكم كلا من هاتين الطائفتين يصدر عن أسس متماثلة، تجعل من الممكن دراسة نظرية القرارات الإدارية بصورة موحدة تشمل اللوائح إلى جانب القرارات الفردية⁽²⁾.

وكما سبق وأشرنا، فالأصل أن السلطة اللائحية لا تختص بالتشريع إلا إستثناء، ومع ذلك فلقد خرجت بعض الدول على هذا الأصل -مثل فرنسا- فاستحدثت بعض النظم التي تخرج على القواعد التقليدية في هذا الصدد، إذ أطلقت للوائح⁽³⁾ المجال في ميدان التشريع، في الوقت الذي حددت للقوانين مجالات محصورة على نحو ما سبق لنا دراسته في أجزاء البحث السابقة.

الفرع الثاني

الأعمال المادية

لم يتوصل الفقه إلى تعريف محدد للأعمال المادية، ولذلك يكتفي معظم الفقهاء بالقول بأن كل ما ليس عملاً قانونياً يعد من الأعمال المادية، وعليه يقصد بهذه الأعمال، تلك التي تقوم بها الإدارة دون أن تتجه إرادتها إلى ترتيب أي أثر قانوني عليها مثل انشاء مراكز قانونية أو اجراء تعديل بالنسبة لمراكز قانونية قائمة.

(1) لقد كان مفهوم القانون موضوع مجادلة كلاسيكية بين القانونيين في بداية القرن الحالي، فالتحديد المادي، بطبيعة العمل، يتعارض مع تحديد الشكل، بالجهاز الذي يقوم بالعمل. حيث حددت "مدرسة بوردو" - Jeze، Bonnard، Duguit - تصنيفاً مادياً دقيقاً للمراسيم القانونية، انطلاقاً من درجة عموميتها. كانت تميز بين ثلاث فئات من المراسيم:

- المراسيم القواعد: التي تضع قواعد حقوقية عامة تطبق على مجموع الأشخاص، محددين على نحو مجرد.
- المراسيم الوضع: التي تطبق على شخص معين وضعية محددة في المراسيم ومن أمثلتها تعيين موظف أو إقرار ضريبة لمكلف معين).
- المراسيم الذاتية: التي تنشأ وضعيات خاصة ببعض الأشخاص العقود مثلاً، بالنسبة لمدرسة بوردو، كانت تعتبر قوانين المراسيم القانونية التي تضع قواعد حقوقية عامة مراسيم.

قواعد هذا التصنيف يلعب دوراً مهماً في التراتبية الداخلية للمراسيم الحكومية والإدارية. وعلاوة على ذلك، فهي توضح كثيراً أولويات إنشاء القانون لكنه لم يتطابق إطلاقاً مع الواقع، بما يتعلق بتحديد القانون. فاضطر أصحاب هذه النظرية إلى التمييز، بين المراسيم التي كانوا يعتبرونها تشريعية من حيث طبيعتها، بين تلك التي يقرها البرلمان وتلك التي تقرها الحكومة والسلطات الإدارية، الأولى فقط هي قوانين حقيقية، والثانية أعمال تنظيمية أو أنظمة، من ناحية ثانية اضطروا إلى اعتبار أن المراسيم الفردية التي يقرها البرلمان. مثلاً القانون الذي يمنح مكافأة وطنية لفرد معين اسماً. هي قوانين، وإن لم تكن تشريعية من حيث طبيعتها فواعة أن هذه المراسيم هي جد استثنائية لم يكن لها أي تأثير. أنظر: موريس دوفرجه، ترجمة جورج سعد، المرجع السابق، ص 153.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة القضاء الإداري مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 175.

(3) على أنه يصدد اللوائح، فإنه ينبغي أن يلاحظ أن السلطة اللائحية للإدارة، غدت من أخطر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد، فاللوائح لم تعد مصدراً لقواعد القانون الإداري فحسب، بل إنها الآن مصدراً هاماً لقواعد القانون بصفة عامة مثل القانون الجنائي، بل والقانون المدني كذلك، ولذلك بدأ فقهاء القانون المدني ينظرون للقرار الإداري بصفة عامة، كمصدر للحق والالتزام إلى جانب مصادر الالتزام التقليدية في القانون المدني.

وعلى هذا؛ يعرف الفقه والاجتهاد القضائي الأعمال المادية للإدارة بأنها " تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة دون قصد إحداث نتائج قانونية جديدة أو تعديل أوضاع قائمة وذلك تنفيذاً للمقررات والأوامر الإدارية مثل إلقاء القبض على الأفراد، والإستيلاء على أملاكهم، وإقامة أعمدة كهربائية في أراضيهم، والقيام بهدم منازل آيلة للسقوط... الخ. أو ارتكاب أعمال غير قانونية نتيجة خطأ أحد مستخدمي الإدارة كحوادث القطارات التي هي في ملكية الإدارة حيث يصيب موظف الإدارة أو مستخدمها فرداً أو عدة أفراد بأضرار مادية أو جسدية، أو إصدار تعليمات من جانب الإدارة تتعلق بتنظيم داخلي للمرفق العام، أو القيام بأعمال غير مشروعة تنطوي على خطأ جسيم أثناء التنفيذ وتمس بملكية خاصة أو حرية شخصية وهو ما يطلق عليه إسم "الإعتداء المادي".

ويعرفه الفقه الفرنسي بأنه " كل عمل مادي تنفيذي غير مشروع ماس بالملكية الخاصة أو بالحريات العامة أو بحقوق الأفراد والجماعات صادر عن سلطة إدارية في غير حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية بحيث يصعب ربطه بسلطة الإدارة"، وبالتالي يصبح مجرداً من صفته الإدارية، وتفقد الإدارة بسببه كل الامتيازات المعترف لها بها كسلطة عامة فتتزل بذلك منزلة الأفراد العاديين، ويخرج عملها هذا عن رقابة القضاء الإداري.

أما الاجتهاد القضائي الفرنسي فيعرفه بأنه "العمل المخالف للقانون مخالفة صارخة لا تسمح باعتباره مظهراً لممارسة إختصاص تملكه جهة الإدارة التي أصدرته بدرجة يتعذر معها القول بأن يعتبر تطبيقاً لقانون أو مرسوم تنظيمي فهو بذلك مقطوع الصلة بينهما لمساسه بالملكية الخاصة أو الحريات الفردية مراقبة الإدارة".

والإعتداء المادي لا يتحقق الا بتوافر شرطين: الشرط الأول يقتضي أن هناك مساساً خطيراً بالملكية الخاصة⁽¹⁾ أو الحريات الأساسية⁽²⁾ والشرط الثاني يستوجب أن يكون تصرف الإدارة مجرداً من صفة النشاط الإداري، ويصعب ربطه بتنفيذ نص قانوني أو تنظيمي⁽³⁾.

(1) الإدارة تلجأ أحياناً إلى إحتلال عقار أو وضع يدها على منقول مملوك لأحد الخواص دون اتباع الإجراءات القانونية والمسطرة اللازمة لذلك لتجنب طول الإجراءات والمساطر تحت غطاء حالة الاستعجال لتحقيق مصلحة عامة فتخرق بذلك القانون ويجرد عملها هذا من أية صفة إدارية وتنزل منزلة الأفراد العاديين، لكن هناك حالات يرفض فيها القضاء تكييف تصرف الإدارة على أنه يشكل اعتداء مادي بالرغم من تعددها ويتقي فيها عنصر المساس بحق الملكية الخاصة مثال ذلك: تشييد طريق من طرف جماعة محلية لحماية المجال الغابوي من الحرائق على قطعة أرضية في ملكية الجماعة نفسها لكنها مسلمة إلى الغير على سبيل الكراء.

(2) مجال نظرية الإعتداء المادي أوسع من مجال نظرية الغضب فهي لا تقتصر على حماية الملكية الخاصة للعقارات وإنما تشمل المنقولات أيضاً كما تمتد إلى حماية الحريات الأساسية من التصرفات الخطيرة التي قد تصدر عن الإدارة. إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يرفض مع ذلك وفي حالات محدودة تكييف تصرف الإدارة على أنه اعتداء على الحريات الفردية إما لعدم الاتسام بالخطورة أو الجسامة أو لكون الحرية المعتدى عليها لا تعتبر من الحريات الأساسية. ومن أمثلة الحريات الأساسية التي اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي بان المساس بها يشكل اعتداء مادي: حرية التنقل، حرية الرأي، حرية الصحافة، حرية العقيدة.

(3) إن تكييف تصرف الإدارة بأنه يشكل اعتداء مادي يقتضي ان يكون هذا التصرف على قدر كبير من الخطورة والجسامة وان يبلغ حرق المشروعية فيه مستوى قياسياً غير معتاد، ومعنى ذلك ان تخرج الإدارة عن حدود القانون وتتصرف بدون سند بمعمل عن القوانين والنصوص التنظيمية التي تحكم ممارسة النشاط الإداري. ويميز الأستاذ روني شابو في مؤلفه القانون الإداري بين ثلاثة اشكال للاعتداء المادي:

- قرار متخذ دون أي سند قانوني،

- تنفيذ جبري خارج الحالات المسموح بها قانوناً.=

ومع ذلك فقد يرتب القانون على بعض الأعمال المادية آثار معينة، وفي هذه الحالة فإن هذه الآثار تعتبر وليدة الإرادة المباشرة للمشرع وليست وليدة الإرادة الذاتية للإدارة، وعليه فإن الأعمال المادية لا ترتب بذاتها آثارا قانونيا، وإلا كانت عملا قانونيا.

وقد تتم الأعمال المادية تنفيذا لنصوص القانون أو لقرارات إدارية معينة، ومثال هذه الأعمال شق الطرق وهدم المباني الآيلة للسقوط ومنع المرور في أحد الشوارع والقبض على أحد الأفراد، فإذا ما ترتب على هذه الأعمال المادية الإضرار بالأفراد، فإن ذلك يؤدي إلى ترتيب مسؤولية الإدارة أو موظفيها عن هذه الأعمال، وإلى نشأة الحق في التعويض للأفراد، وهو ما يعني تحريك قضاء التعويض بشأنها.

والأعمال المادية قد تكون مشروعة مثل الأعمال الفنية التي يقوم بها رجال الإدارة المختصون بحكم وظائفهم الفنية كالمهندسين والمدرسين، كما قد تكون غير مشروعة مثل الأعمال التي تقع نتيجة خطأ من جانب عمال الإدارة مثل حوادث السيارات و السكك الحديدية التي تقع من عمال السلطة الإدارية.

وقد يتحول عمل قانوني إلى عمل مادي، وهو ما يحدث بصدد الأعمال القانونية غير المشروعة والتي تصل درجة عدم مشروعيتها حد الإنعدام، كما قد يتحول العمل المادي إلى عمل قانوني، إذا ما تبين أن الإدارة قد قصدت من وراء هذا العمل المادي تحقيق آثار قانونية معينة، وهو ما يتحقق كثيرا بخصوص المنشورات والتعليمات المصلحية وبصفة عامة الاجراءات الداخلية، وهي من الأعمال المادية أصلا نظرا لأنها لا تحقق أثرا قانونيا بذاتها، ومع ذلك يختلط الأمر بينهما وبين اللوائح أو القرارات الإدارية بصفة عامة مما يوجب التمييز بينهما.

الفصل الثاني

الإستثناءات الواردة

على مبدأ المشروعية

بعد أن أوضحنا مدلول مبدأ المشروعية بأنه سيادة القانون بمعنى خضوع كافة السلطات والأفراد في دولة القانون، وبعد أن تم بيان المقصود بالقانون في مبدأ المشروعية، وقمنا بتحديد كافة مصادره، يبقى لنا أن نحدد مدى خضوع الإدارة لمبدأ المشروعية، باعتبارها إحدى السلطات العامة في الدولة، خاصة وأن احتمالات خروجها

-- غياب قرار مسبق.

وترى محكمة النزاع أن احتلال الإدارة للملك خاص دون سند قانوني أو ترخيص من المالك يشكل إعتداء ماديا.

عليه تبقى قائمة نظرا لتعدد أوجه نشاطاتها وإحتكاكها اليومي الدائم بالأفراد أثناء ممارسة هذا النشاط مستعينة في ذلك بما قرره لها القانون من أساليب وإمميزات بهدف تمكينها من تحقيق الصالح العام.

يأتي السؤال، كيف يتحقق التوازن بين إلتزام الإدارة بمبدأ المشروعية -لما في ذلك من ضمانات لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم-، وبين إعتبار هذا المبدأ عامل عرقلة وجود لنشاط الإدارة؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي منا البحث في تحويل الإدارة قسطا من الحرية في الإختيار في أعمالها ووفقا لما تراه محققا للمصلحة العامة على إختلاف الأحوال والظروف، مما يعني منحها سلطة تقديرية تشكل خروجها عن قيود المشروعية.

ومن جهة ثانية يصعب العمل بالتقيد بأحكام القانون في الظروف الإستثنائية مما يبرر تحرر الإدارة من العمل بأحكام مبدأ المشروعية العادية في الظروف الإستثنائية بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف، الأمر الذي يجعل لمبدأ المشروعية مضمونا مغايرا لما هو عليه في الظروف العادية، بحيث يتسع لإستيعاب تصرفات الإدارة في تلك الظروف، وهو ما يطلق عليه نظرية الظروف الإستثنائية.

هذا عدا عن خروج الدولة فيما تقوم به من قرارات لإعتبرات الصالح العام ولا تخضع نتيجة ذلك إلى رقابة القاضي الإداري مما يعد خروجاً عن مبدأ المشروعية، وهو ما يطلق عليه أعمال السيادة.

وعلى هذا الأساس؛ سيتم التطرق في هذا الفصل إلى الإستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية، من خلال ثلاثة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: نظرية السلطة التقديرية للإدارة.

المبحث الثاني: نظرية الظروف الإستثنائية.

المبحث الثالث: نظرية أعمال السيادة.

المبحث الأول

نظرية السلطة التقديرية للإدارة

ستتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى مدلول السلطة التقديرية، أما المطلب

الثاني نتطرق إلى بحث خضوع الأعمال التقديرية للإدارة للقانون وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مدلول السلطة التقديرية

سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مفهوم السلطة التقديرية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث ضوابط خضوع الأعمال التقديرية للإدارة للقانون وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مفهوم السلطة التقديرية

إن مقتضى إحصار وظيفة السلطة التنفيذية في مجرد تنفيذ القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، يستلزم أن يقتصر دور السلطة الإدارية على مجرد التعبير تعبيراً صادقا عن إرادة المشرع، وبهذا المعنى العام تكون سلطات الإدارة مقيدة باستمرار. وربما كان هذا هو المثل الأعلى فيما يتعلق بحماية الحرية الفردية، لأن المبدأ السابق من شأنه أن يجعل كل تقييد للحرية مرهونا بإرادة الشعب عن طريق نوابه في البرلمان ولكن مقتضيات العمل وضرورات الحياة الإدارية تحول دون الأخذ بالمنطق السابق على إطلاقه.

ونظرا لأن الإدارة لا يمكنها أن تنهض بواجباتها إلا إذا كان لها قدر معين من الحرية في إختيار الوسائل المناسبة لتحقيق أهدافها فإن المشرع والقضاء يعترفان أحيانا للإدارة ببعض الإمتيازات الخاصة بإختيار الوسيلة المناسبة وإختيار الوقت المناسب لمباشرة تصرفاتها، وتتجلى هذه الحرية في السلطة التقديرية التي يقرها المشرع لصالح الإدارة في موضوع معين. والملاحظ أن السلطة التي تمارسها الإدارة في نطاق مبدأ المشروعية من حيث الوسيلة دون الهدف لأن الهدف يظل دائما واحدا لا خيار للإدارة فيه، فهو محدد ومرتبب بالمصلحة العامة في كل الأحوال⁽¹⁾.

وإذا كان الأصل أن يضع المشرع الخطوط العامة التي تعمل الإدارة في نطاقها، ما يقتضي أن الإدارة ليست بالآلة الصماء، بل تتكون من أفراد مبصرين، يواجهون ظروفًا متغيرة، تقتضي في كثير من الأحوال التكيف مع مقتضيات المصلحة العامة. وللجماعة مصلحة في أن تمكن الإدارة من مواجهة كل حالة وفقا لظروفها الخاصة، حتى يمكن تحقيق الصالح العام.

(1) سليمان محمد الطماوي ومحمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 26.

فهي من تتولى إنشاء المرافق العامة بقصد إشباع حاجات الأفراد المختلفة، وتضطلع بالمحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، فإذا قامت بإصدار قرارات خارج نطاق إختصاصها عد عملها هذا غير مشروع .

إن فكرة السلطة التقديرية من الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري في مختلف الدول -حتى في دول القضاء الموحد- فقد أدركت النظم المختلفة أن تقييد حرية الإدارة بالتشريعات المتعددة يؤدي إلى شل حركة الإدارة ويكبت نشاطها ويقتل روح الابتكار⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، فالمشرع عند تقرير إختصاصات الإدارة يأخذ أحد السبيلين، فهو إما أن يمنحها إختصاصا أو سلطة مقيدة، وقد يمنحها إختصاصا أو سلطة تقديرية. فإذا حدد لها شروط ممارسة الإختصاص ورسم لها حدوده، وأجبرها على التدخل في حالة توفر هذه الشروط كانت سلطتها في هذه الحالة سلطة مقيدة، أما إذا ترك لها قدرا من حرية التقدير، سواء بالنسبة لإتخاذ الإجراء أم عدم إتخاذها، أو بالنسبة لأسباب إتخاذها، بحيث تمتلك تقدير ملائمة التصرف وإختيار الوقت المناسب لإتخاذها كانت سلطة الإدارة تقديرية⁽²⁾.

ولمعرفة المقصود من فكرة السلطة التقديرية للإدارة، وجب النظر في ما جاء به الفقه، فقد عرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها "نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة الحالات الواقعية التي تحدث، ولاختيار وقت تدخلها ولتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة في هذا المجال هي حرة، ولكنها محاطة دائما بفكرة المصلحة العامة التي تشرف على جميع أعمالها وتهيمن على كل تصرفاتها، وفي نطاق فكرة المصلحة العامة قد يلزمها المشرع بمراعاة هدف محدد ومعين من أهداف المصلحة العامة، فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع، ووقت التدخل ووسيلة مواجهة الحال"⁽³⁾.

وكما عرفها العميد Bonnard بقوله " تكون سلطة الإدارة تقديرية (Pouvoir Discretionnaire) حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الإختصاصات"⁽⁴⁾، بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت هذا التدخل وكيفية، وفحوى القرار الذي تتخذه.

(1) باعتبار أن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة، إذ أن المشروعية تنقل كاهل الإدارة، ولا يجب الإفراط فيها، وإن كان علينا أن نستبعد تحكم الإدارة وتسلطها، فإنه أيضا يجب أن نتجنب الآلية الإدارية التي تنبع من الزامية رجل الإدارة بتطبيق قواعد موضوعية دون أن نترك له الحرية في تصرفه وفي هذا السياق يقول الفقيه Valine:

" Mais c'est dans cette mesure seulement que l'autorité administrative agit discrétionnairement la loi lui a laissé une certaine une marge de pouvoir discrétionnaire, mais s'il dépasse cette marge il ne respecte pas la loi et son acte, dans cette mesure, est soumis au contrôle juridique." Voir :A .Laubadère, Yves. G, Traité Droit Administratif, Tome01, Libraire Général de Droit de Jurisprudence, 16^{ème} Edition, Paris, 1999, P.578

(2) الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص67.

(3) أنظر: سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص620.

(4) وفي هذا المعنى يوضح الفقيه Delaubadaire جوهر السلطة التقديرية للإدارة فيقول: =

فالسطة التقديرية -حسب رأيه- هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه⁽¹⁾. وأوضح مثال لهذه السطة ما تتمتع به الإدارة من حرية في تقدير العقوبة التي توقعها على الموظف حين يثبت ارتكابه لجريمة تأديبية. وهذان النوعان من السطة لازمان لحسن سير الإدارة، بحيث لا يمكن أن تكون سلطات الإدارة تقديرية كلها ولا مقيدة كلها⁽²⁾.

ويرى الفقيه Hauriou بأنه لا توجد قرارات تقديرية، بل توجد بعض السلطات التقديرية للإدارة، والتي توجد أكثر أو أقل في جميع القرارات، وأن السطة التقديرية هي بصورة أساسية " سلطة تقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية"⁽³⁾. أما البروفيسور Desmith فيرى أن السطة التقديرية تعني " الاختيار بين بديلين أو أكثر أو بين سلسلة متعددة من الإجراءات المنظمة"⁽⁴⁾.

وبهذا فإن أغلب التعريفات تتفق حول عناصر ومقومات السطة التقديرية للإدارة، وهي أن تمتلك قدرا من حرية التصرف في ممارسة اختصاصاتها ونشاطها المناط بها، دون أن يفرض عليها القانون وجوب التصرف على نحو معين. وبذلك فعندما يترك للإدارة القدر الكافي في إتخاذ التدابير بحرية مطلقة وهي بذلك متصلة من كل قيد أو نص في القانون، نكون أمام سلطة تقديرية.

حيث أن إطلاق حرية التقدير يعمل على غرس روح الإبداع والإبتكار، وهذا ما يؤدي إلى حسن ممارسة الوظيفة الإدارية⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس لا يجوز للإدارة أن تمتنع أو أن تعمل على خلاف ما بينه القانون من أوضاع معينة مباشرة عملها وإلا عد تصرف الإدارة باطلا لمخالفته للقانون، أما إذا ترك لها المشرع قدرا من الحرية في التصرف تستعمله وفقا للظروف بحيث تستطيع أن تتدخل أو أن تمتنع عن التدخل مع تقدير كيفية هذا التدخل بما يتناسب مع كل حالة على حدة، فإن سلطة الإدارة تكون في هذه الحالة سلطة تقديرية.

= "C 'est le pouvoir discrétionnaire, C'est à dire la marge de liberté que les sources de la égalité peuvent laisser à l'administrateur dans son activité."/ **Voix:** André de Laubadère, Yves Gaudemet, op.cit, P.578

(1) Jacqueline Morand Devili, Cours de Droit Administratif, Montchrestien, 6^{ème} édition, Paris, 1999, P.278.
(2) سليمان محمد الطماوي ومحمود عاطف البنا، النظرية العامة للقرارات الإدارية- دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.28/27.

(3) Ibid, p.578

(4) عمر محمد الشوبكي، المرجع السابق، ص.27.

(5) لمزيد من الشرح حول مفهوم الإختصاص المقيد، أنظر: محمد عبد الجواد حسين، سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، السنة الرابعة، يناير، 1953. ص.26. ناصر لباد، المرجع السابق، ص.190. / محمد الصغير بعلي المرجع السابق، ص.17. / قرار المحكمة العليا الجزائر، الغرفة الإدارية، في 10/02/1990 قضية رقم 62040، (ب . ح) ضد (م . ش . ب . س)، المجلة القضائية العدد 03، 1991، ص 181 /قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائر بتاريخ 24-03-1993 قضية والي ولاية بشار ضد (ي.ب) رقم 76732.

Castagné Jean, le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes de la Police Administrative, Librairie Générale de Droit et de Juris Constitutionnelle, R .D.P, n°05, 2000, p.1438.

(5) G. Peiser, Droit Administratif (Contentieux Administratif), 14^{ème} Ed, Mémentos Dalloz, Paris, 1989. p.27.

والملاحظ أن المشرع في حالات محددة، يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة تاركا للإدارة تقدير ملاءمة التصرف، شريطة أن تتوخى المصلحة العامة، وأن لا تنحرف عن هذه الغاية مطلقا، وإلا كان عملها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة، فمثلا إذا كان المشرع يحدد شروطا معينة لمنح رخصة معينة ويوجب عليها منح الرخصة إذا توافرت الشروط المذكورة كانت سلطة الإدارة في هذه الحالة سلطة مقيدة⁽¹⁾.

لقد منح المشرع للإدارة السلطة التقديرية شعورا منه بأنها قادرة على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة لأنه لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يلم بجميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري ويرسم الحلول المناسبة لها، فالسلطة التقديرية ضرورية لحسن سير الإدارة وتحقيق غاياتها المتعددة⁽²⁾.

إلا أننا نجد أن حرية الإدارة غير مطلقة فبالإضافة إلى أنها مقيدة باستهداف قراراتها المصلحة العامة، تكون ملزمة بإتباع قواعد الإختصاص والشكل والإجراءات المحددة قانونا، بينما تنصرف سلطتها التقديرية إلى سبب القرار الإداري ومحله، فهنا تظهر سلطة الإدارة التقديرية. ومن أبرز المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية، الحفاظ على النظام العام⁽³⁾، وما يخوله القانون لهيئات الضبط الإداري الوطنية من سلطات من حيث اختيار القرار الملائم والمناسب للظروف المحيطة به⁽⁴⁾.

والسلطة التقديرية تقابلها السلطة المقيدة، بمعنى أنه إذا تحققت شروط محددة مسبقا فإن على الإدارة أن تتصرف على نحو محدد، وليس أمامها أي حرية، وأظهر مثال على ذلك هو تسليم رخصة البناء، فإذا توافرت الشروط المطلوبة تسلم الرخصة وإذا لم تتوافر لا تقدم على تسليم الرخصة.

والواقع أن إطلاق حرية الإدارة أو إهدارها على نحو مطلق أمر لا يتحقق وجوده، إذ لا توجد سلطة تقديرية مطلقة ولا سلطة مقيدة مطلقة، فمن ناحية نجد أن الإدارة تتمتع في جميع الأعمال الإدارية بقسط من السلطة التقديرية حتى في الحالات التي يكون اختصاص الإدارة فيها مقيد⁽⁵⁾.

ومن ناحية أخرى لا يمكننا أن نقر للإدارة بسلطة تقديرية مطلقة دون أي قيد، إذ تكون مقيدة في جميع الأحوال بمبادئ المشروعية، فالسلطة التقديرية لا تمارس في الواقع إلا في نطاق المشروعية.

(1) أنظر: د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، مرجع سابق، ص 83. / محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، دار المعارف، 1965، ص 143.

(2) إمام محمد محمد عبده، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، ط 01، الإسكندرية، (د.ت.ن)، ص 54.

(3) في هذا المعنى أنظر: د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، (الرقابة القضائية)، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 70. / عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء -دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 293-294.

André De Laubadère, Yves Gaudemet, op.cit, p.579.

(4) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 17.

(5) عثمان حسن عثمان محمد، المرجع السابق، ص 37.

إن السلطة التقديرية، لا تعني تحويل الإدارة الحرة المطلقة في اتخاذ قراراتها، إذ أنها تبقى ملتزمة بأن تقيم تلك القرارات على أركان سليمة وصحيحة⁽¹⁾ من ناحية، مع إخضاعها لرقابة القاضي الإداري من ناحية أخرى⁽²⁾. فالسلطة التقديرية للإدارة في حقيقة الأمر تعني مرونة أكثر في التصرف، وتعني أيضا قدرا محدودا من الرقابة القضائية على بعض عناصر القرار أو التصرف الإداري.

إلا أن سلطة الإدارة التقديرية - بالمقابل - لا تعني إعدام مبدأ المشروعية أو قلبا لتدرج القواعد القانونية رأسا على عقب، فهي لا تعني أكثر من إمكانية الإدارة في الخيار بين عدة حلول ومكنات - جميعها قانونية - أي أنها لا تمارس على هامش القانون أو النظام القانوني في مجمله كما كانت تمارس طائفة الأعمال التقديرية⁽³⁾.

فإذا كانت مقتضيات مبدأ المشروعية تشمل جميع عناصر النشاط الإداري بحيث يكون هذا النشاط سلبيا فيقتصر دور الإدارة العامة على مجرد الإعداد الآلي للقرارات الإدارية التي حددتها وفرضتها القاعدة القانونية مسبقا، ويحظر عليها في هذه الحالة ممارسة أي نوع من أنواع التقدير فليس لها حرية التقدير. ويحظر عليها المبادرة أو المبادرة بأي شكل من الأشكال، ولكن هذا التقييد غير مقبول من الناحية العملية.

فخضوع الإدارة العامة لمبدأ المشروعية لا يعني تجريدتها من أي هامش في التقدير، لهذا منح المشرع الإدارة صلاحية معينة لاتخاذ قرار إداري أو للقيام بعمل إداري معين يقرر بصورة غير مباشرة هذه الصلاحية، فيما إذا كانت هذه الصلاحية تقديرية أم مقيدة.

(1) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 18.

(2) وقد بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1958/06/21 مدى حرية الإدارة في سلوكها وتصرفها الخاص بالترقية على أساس الاختيار عندما ذكرت " أن للإدارة في حدود نسبة الاختيار، أن تضع من القواعد العامة ما تضبط به اختيارها بشرط أن تكرر تطبيقها في الحالات الفردية، وإلا خالفت القانون إذا تنكبت في التطبيق عما وضعته من قواعد، كل ذلك إذا كان القانون قد أطلق لها الاختيار، ولم يضبطه بقواعد معينة في تقدير درجة الكفاية وأرقام منضبطة أو غير ذلك من المعايير كما فعل القانون رقم 210 سنة 1951 الخاص بموظفي الدولة، إذ يجب عندئذ التزم المعايير التي وضعها القانون لتقدير درجات الكفاية إذا كانت وحدها هي المناط في المفاضلة والاختيار طبقا للقانون.

كما قضت في حكم آخر بتاريخ 1952/03/23 بأن " الترقية بالاختيار تجدها الطبيعي في هذا المبدأ العادل، وهو أنه لا يجوز تخطي الأقدم إلى الأحدث إلا إذا كان الأخير أكفأ، أما عند التساوي في الكفاية فيجب ترقية الأقدم، وبغير ذلك تكون الترقية عرضة للتحكم والأهواء فإذا خالف القرار الإداري ذلك كان مخالفا للقانون، وهذا المبدأ يسري حتى بالنسبة للموظفين الذين لا يخضعون لنظام التقارير السنوية، كما إذا سلمت الإدارة عند وزنها للكفاية بأن الأقدم لا يقبل الترقية. / أنظر: مجموعة المحكمة الإدارية العليا، حكم رقم 158 ص 1298.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري - دراسة فقهية مدعمة بأحداث أحكام مجلس الدولة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 13.

وبناء على ما تقدم فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية⁽¹⁾ عند عدم فرض سلوك معين تلتزم الإدارة به في تصرفاتها، وهي تمارس اختصاصاتها القانونية، وإعطاء الإدارة قدرا من حرية التقدير لاتخاذ القرار أو عدم اتخاذه، وكذلك تقدير ملائمة التصرف واختيار الوقت المناسب لذلك.

من هنا يمكننا القول أن السلطة التقديرية للإدارة بمعناها الواسع هي تتمتعها بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، أو اتخاذه على نحو معين، أو إختيار الوقت الذي تراه مناسب للتصرف، أو السبب الملائم له، أو تحديد محله.

الفرع الثاني

حرية الإدارة

وتمييزها عن غيرها

أولا: حرية الإدارة و تمييزها عن غيرها من السلطات

إن الإدارة حال تتمتعها بقسط من الحرية في التصرف وهي بصدد ممارستها لإختصاصاتها، تكتسب خصوصية مقارنة بالحرية التي تتمتع بها باقي السلطات العامة في الدولة، تلك السلطات تتمثل أساس في السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية.

فالسلطة التأسيسية أو المؤسسة Le Pouvoir Constituant تضطلع بوضع الدستور، وتحدد بمطلق حريتها مضمون هذه الوثيقة، ودون أي جهة أعلى منها تفرض عليها قيود قانونية ما، فهي من يحدد ويضبط معالم وحدود وشكل الدولة ونظام الحكم فيها، وحرريات الأفراد، وإختصاصات باقي السلطات، وعلاقتها ببعضها وفقا لظروف الدولة السياسية والاجتماعية والإقتصادية⁽²⁾.

⁽¹⁾ هناك بعض الفقهاء من أنكر تماما وجود سلطة تقديرية للإدارة من بينهم الفقيه الإنجليزي Daisy صاحب المذهب الليبرالي، وقد جسد أفكاره هذه، في كتابه فلسفة الحرية الاقتصادية عام 1885، تلك الفلسفة التي تعني ترك الأفراد أحرار فيما يفعلون بشرط عدم التدخل في حريات الآخرين، على أن تقتصر وظائف الدولة على حفظ النظام والدفاع والعلاقات الخارجية، ولذلك كان طبيعيا أن يصرف تفكيره ويوجه اهتمامه على تأثير الدولة على الحريات الفردية وحماية الملكية الخاصة، ونتيجة لذلك فإنه لا محل في أي نظام سياسي عنده للسلطة التقديرية تلك السلطة التي يرحح بإساءة استخدامها، ومن ثم تكون وسيلة للتحكم والاستبداد والاعتداء على حريات الأفراد، والواقع أن إنكار Daisy للسلطة التقديرية هو أمر أثبت الواقع استحالتة، ومشروعات الخدمة الاجتماعية في إنجلترا التي تضطلع بها الدولة لا يمكنها أن تكون موضع التنفيذ بطريقة مرضية إذا لم تترك بعض تفصيلات تنفيذها لجهة الإدارة لما لها من سابق الخبرة في هذا المجال، ولا خشية على حريات الأفراد طالما أن هذه السلطة مقيدة بالمصلحة العامة/. أنظر: عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 1984. ص 59.

⁽²⁾ يتضح أن السلطة التأسيسية تتميز بخاصيتين هما:

– أنها سلطة أصلية أو أولية وهذا يعني أنها أسبق في الوجود من جميع السلطات الأخرى التي ينظمها الدستور، كما أنها لا تخضع إلى نصوص قانونية دستورية سابقة=.

وغنى عن البيان، وجوب أن يكون عملها صورة صادقة ومعبرة عن رغبات الشعب، فإنه لا يوجد جزاء على مخالفة السلطة التأسيسية لتلك الرغبات، إذا استثنينا رد الفعل الذي قد يتولد عن ذلك في نفوس أفراد الجماعة مما يؤدي إلى سقوط الدستور بطريق سلمى أو بطريق الانقلاب أو الثورة.

كما أن مبادئ القانون الدولي قد تفرض قيوداً معينة على السلطة التأسيسية إما مراعاة لمصالح الدول الأخرى، أو حفاظاً على حريات الأفراد، فإنه لا يوجد جزاء كما ذكرنا على مخالفتها لتلك الإلتزامات، وبصودر الدستور، فإن جميع السلطات العامة في الدولة تلتزم بما جاء به من أوامر ونواهي مهما كانت مطابقتها من عدمها للقواعد الدولية.

كما أن حرية السلطة التأسيسية -التي لا تعرف حدود، ولا تخضع لأي رقابة- أبعد ما تكون عن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، وهي فكرة قانونية محصورة في حدود مرسومة، وتخضع لرقابة القضاء إلى مدى معلوم، ولهذا فإنه لا محل للتحدث عن "السلطة التقديرية للهيئة التأسيسية"⁽¹⁾.

ومن جانب آخر فإن حرية السلطة التشريعية *La liberté du législateur* حال ممارستها اختصاصاتها، ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية، فالمشرع يتقيد بما ورد بالدستور من قواعد، ويتقيد في غالب الأحيان بمبادئ القانون الطبيعي التي تستمد وجودها من التفكير المجرد الإنساني، والتي إعتترف القضاء في مصر وفرنسا بوجودها وبالزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في دستور الدولة⁽²⁾.

ولكن مهما كانت تلك القيود فإنها تترك للمشرع حرية واسعة، يستطيع بمقتضاها أن يضع من القواعد ما يشاء، ولذلك من التجاوز أيضاً الحديث عن "السلطة التقديرية للسلطة التشريعية". ذلك أن حريتها تختلف عن السلطة التقديرية للإدارة.

فالأصل هو حرية السلطة التشريعية، والإستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، أما بالنسبة للإدارة فإن الأصل أن صلاحياتها محددة مسبقاً وتقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاء به القانون، وفي حدود قواعد الشكل والاختصاص والغاية المرسومة مسبقاً. ومن ثم كان التقييد هو الأصل والحرية هي الإستثناء بالنسبة للسلطة التنفيذية ممثلة في إدارتها العامة.

= - أنها سلطة غير مقيدة أو غير مشروطة، وهذا يعني أن لها مطلق الحرية في وضع الدستور الذي تراه ملائماً للدولة، كما أنها تختار النظام الدستوري، ونظام الحكم وشكله دون قيد أو شرط مسبق. / أنظر: محاشف مصطفى، السلطة التقديرية في إصدار القرارات، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008. ص 17.

(1) سليمان محمد الطماوي ومحمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 30-31.

(2) أنظر في سياق ذلك: د. سامي جمال الدين - نظرية العمل الإداري - التعريف بالعمل الإداري - موضوع العمل الإداري - أساليب العمل الإداري، المرجع السابق، ص 196 .

ومن جهة أخرى فإن السلطة التشريعية - في نطاق الحرية الذي تركه لها السلطة التأسيسية - تختار بمحض إرادتها، القواعد القانونية التي تتفق مع مقتضيات المصلحة العامة. وإذا أخضع الدستور التشريع العادي لقيود معينة ومعلومة ومحددة فيما يتعلق بالشكل - أي المراحل التي يمر بها التشريع لكي يصبح قانونا - والاختصاص - أي الهيئات التي تملك الصلاحية في التشريع - والمحل - أي القيود الموضوعية التي ليس للتشريع أن يتخطاها - فإن المسلم به أن السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع، لأن ذلك يتعلق بنطاق السياسة العامة للدولة أكثر منه في الجانب القانوني.

وما دام التشريع الصادر عن البرلمان لا يخالف نصا أو قاعدة دستورية سواء كانت المخالفة مباشرة أو غير مباشرة، فإن تقدير مدى الآثار الاجتماعية للقانون يترك للمشرع، دون معقب عليه إلا من الرأي العام بالطريق الذي ينظمه الدستور - سواء كان ذلك عن طريق الاعتراض الشعبي أو الاقتراح الشعبي أو الاستفتاء الشعبي - وهي من مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة أو عن طريق الانتخابات عند تجديد المجالس النيابية في الديمقراطية النيابية⁽¹⁾. كما أن حرية البرلمان في التشريع، أبعد من أن تقاس على حرية الإدارة في التنفيذ ذلك أن أهداف الإدارة هي محدودة باستمرار، أما أهداف التشريع فلا يمكن، بل وليس من المصلحة تحديدها بصورة معينة، وهذا بسبب تطور الظروف الاجتماعية، وكذا تداول الممثلين للبرلمان، إذ ليس للممثلين الذين انتهت عهدتهم أن يفرضوا إرادتهم باستمرار على ممثلين آخرين، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، بل يجب أن تتفق هذه الأهداف، مع الحدود التي رسمها الدستور اللهم إذا أريد الخروج عن هذا النطاق، ومن ثم تكون النتيجة تعديل الدستور بالطريقة المنصوص عليها⁽²⁾.

أما السلطة القضائية، فيذهب جانب من الفقه إلى القول بأن وظيفة القاضي هي أيضا تنفيذ القانون وبهذا المعنى تكون السلطة القضائية جزء من السلطة التنفيذية، ولا يكون هناك فرق بين وظيفة القضاء ووظيفة السلطة التنفيذية. ولكن الرأي الراجح يجعل من السلطة القضائية سلطة ثالثة مستقلة، وظيفتها مغايرة لوظيفة السلطة التنفيذية، ومهما يكن من خلاف، فإن عمل السلطة القضائية شبيه إلى حد كبير بعمل السلطة التنفيذية، بل إن عملهما يصبح واحدا في طبيعته بالنسبة لممارسة الاختصاصات المقيدة⁽³⁾ ولكن هل يقوم التشابه أيضا فيما يتعلق بممارسة الاختصاصات التقديرية؟

(1) سليمان محمد الطماوي ومحمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص. 32-33.

(2) مخاشف مصطفى، المرجع السابق، ص. 18.

(3) ولنضرب مثلا إذا ما نص القانون على وجوب اختيار المرشحين لوظيفة معينة وفقا لترتيب النجاح الذي تسفر عنه المسابقات التي تجرئها لا يختلف في شيء عن عمل الإدارة، إذ يتعين على الاثنين التزام حرفية النصوص، وإيصال الحق إلى ذويه، وكذلك الشأن فيما يتعلق بمنح ترخيص يعلق المشرع التصريح به على شروط مذكورة على سبيل الحصر ولا حرية للإدارة في تقديرها.

تتمتع الإدارة مثلاً - وكقاعدة عامة - بحرية اختيار العقوبة التي تلائم الجريمة التأديبية الثابت حدوثها. ويترك المشرع للقاضي أيضاً توقيع العقوبة الجنائية المناسبة للجريمة المقترفة من بين عدة عقوبات مختلفة في النوع (كالحبس أو الغرامة) أو من بين حدين يضعهما المشرع (الغرامة من كذا أو السجن من كذا إلى كذا)⁽¹⁾.
غير أنه قد تختلف حرية القاضي عن حرية الإدارة في مجال التفسير الذي يستأثر به القاضي. فهذا الأخير يعبر عن إرادة المشرع، ولا يعبر عن إرادته هو وعلى العكس من ذلك، فإن رجل الإدارة يعبر عن إرادته الخاصة⁽²⁾.

ثانياً: تمييز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة⁽³⁾

يترتب على عملية التفرقة بين الاختصاص المقيد والصلاحية التقديرية العديد من النتائج تتمثل على الخصوص في ما يلي:⁽⁴⁾

- جواز سحب القرارات غير المشروعة الصادرة عن سلطة مقيدة دون التقيد بميعاد. بحيث تمتلك الإدارة سحب قراراتها غير المشروعة في ميعاد الطعن القضائي حتى ولو كانت منشئة لحقوق مكتسبة للغير، وعلى هذا لا تمتلك التعرض لقراراتها غير المشروعة بعد فوات ميعاد الطعن، فيعامل القرار غير المشروع معاملة القرارات السليمة، بإستثناء بعض القرارات الإدارية المنعدمة أو الصادرة بناء على غش.

لهذا يبرز التساؤل عن إمكانية سحب القرارات غير المشروعة الصادرة إستناداً لسلطة مقيدة دون التقيد بميعاد الطعن القضائي، وباستقراء قضاء محكمة العدل العليا الأردنية نجد أنها في البداية قد سوت بين جميع القرارات سواء كانت صادرة عن سلطة مقيدة أو عن صلاحية تقديرية⁽⁵⁾.

(1) سليمان محمد الطماوي ومحمود عاطف البنا، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص. 42-43.

(2) مخاشف مصطفى، المرجع السابق، ص. 19.

(3) إن كان الاختصاص المقيد هو اختصاص تحكمي بعيد عن اعتبارات الملاءمة نتيجة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي تنظم هذا الاختصاص، إلا أن هذا التحكم لا يجاني الواقع تماماً لأنه قائم على استقراء الواقع والأخذ بالأمر الغالب فيه، فالاختصاص المقيد (أو القواعد الجامدة) لا يقوم على أساس التحكم المطلق وإنما هو ينطوي فقط على بعض التحكم الذي قد يخرج عن الواقع في بعض الحالات، ولكنه يستجيب إلى المألوف في معظم الحالات. ومن أمثلة الاختصاص المقيد والصياغة القانونية الجامدة، استخدام الأرقام والحساب في صياغة القواعد القانونية المحددة لهذا الاختصاص، كما يحدث مثلاً في نطاق القانون الضريبي، فالقواعد التي تلزم الممولين بدفع ضريبة محددة بنسبة معينة من صافي الدخل أو الربح، تجعل سلطة الإدارة في تطبيق هذه القواعد سلطة مقيدة أو بالأحرى اختصاص مقيد لا تملك الإدارة حياله أدنى سلطة تقديرية، إذ أن تحقيق الممول لربح أو دخل معين يحتم على الإدارة فرض ضريبة بنسبة محددة من هذا الدخل أو الربح. / مأخوذ عن: سامي جمال الدين، القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة - دراسة مقارنة بين دولة الإمارات ومصر وفرنسا -، مجلة الشريعة والقانون، حولية محكمة، جامعة الإمارات العربية، المتحدة، كلية الشريعة والقانون، العدد الثالث، 1989، ص. 326.

(4) لأكثر توضيح أنظر: الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، (الرقابة القضائية)، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 72.

(5) شطناوي علي حطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 80.

فلا يجوز سحب القرارات المعيبة والمنشئة لحقوق إلا في ميعاد الطعن القضائي. في حين تقيم التفرقة بين القرارات الصادرة عن سلطة تقديرية والصادرة عن صلاحية مقيدة، فقد أجازت سحب القرارات المعيبة والصادرة استنادا لصلاحية مقيدة دون التقييد بميعاد الطعن القضائي، حتى لو كانت منشئة لحقوق مكتسبه للغير⁽¹⁾.

- إمكانية تقديم الطعن القضائي بالقرارات الصادرة استنادا لصلاحية مقيدة دون التقييد بميعاد. بحيث يتعين على الطاعن أن يقدم دعوى تجاوز حدود السلطة في مدة ستين يوما من تاريخ نشر القرار. أو تبلغه إلى صاحب الشأن أو العلم اليقيني به، وعليه ترد الدعوى شكلا بفوات الميعاد إذا انقضت مدة الطعن القضائي، ما لم يكن القرار الإداري منعما.

كما رتب الإجتهااد القضائي استثناء آخر يتعلق بالقرارات الصادرة إستنادا إلى صلاحيات مقيدة، وبذا لا يتقيد الطعن بهذه القرارات بميعاد الطعن القضائي. وقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية بقولها "فيما يتعلق بالدفع الذي أثاره ممثل المستدعى ضده من أن الدعوى مقدمة بعد فوات الميعاد، فإن ما يستفاد من المادة الخامسة من قانون البلدية أن صلاحية المستدعى ضده في إحداث بلدية هي صلاحية مقيدة لا يمارسها إلا إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة، وحيث أن إجتهااد هذه المحكمة قد إستقر على أن القرار الصادر بناء على سلطة مقيدة لا يتقيد الطعن فيه بميعاد، فإن الدفع بأن الدعوى مقدمة بعد فوات الميعاد يكون بالنسبة لذلك حقيقيا بالرد"⁽²⁾.

- إختلاف مدى الرقابة التي يمارسها القضاء على مشروعية القرار ومداهها. حيث أنه لا شك في أن رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات الصادرة إستنادا لصلاحية مقيدة تكون قوية وصارمة، فيتحقق القضاء بسهولة ويسر من مدى توافر الأسباب التي حددها القانون بصورة دقيقة والمسلك الذي يتعين على الإدارة إتباعه، وعليه يعد قرارا غير مشروع إذا لم تتبع المسلك الذي حدده القانون صراحة وإلزامها بإتباعه إذا توافرت أسباب القرار المحددة مسبقا بشكل دقيق ويتضح هذا المستوى الصارم من الرقابة القضائية من صياغة الأحكام القضائية⁽³⁾.

(1) الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 61.

(2) شطناوي علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 81-82.

(3) راجع: الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 61-62.

المطلب الثاني

خضوع الأعمال

التقديرية للإدارة للقانون

سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول ضوابط خضوع الأعمال التقديرية للإدارة للقانون، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث مدى خضوع الأعمال التقديرية للإدارة للقانون، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

شروط ممارسة

الإدارة لسلطتها التقديرية

إن عدم تقييد سلطة الإدارة من قبل المشرع في بعض الحالات ليس على سبيل أن تفعل ما يبدو لها دون قيد أو شرط، ولكن المشرع في رغبة منه أن يمكنها من تحقيق المصلحة العامة، ترك لها ذلك القدر من الحرية. كما أن هذا لا يعني أن تقوم بما يخلو لها، متسلطة ومتحجرة بما منحها المشرع من صلاحيات وسلطات في تقدير الظروف وتكييف الوقائع في الوقت المناسب لمواجهة الحالة المعروضة عليها.

وهذه الحرية في التصرف في ظاهرها نقطة سوداء في جبين المشروعية. كما أنها قد تكون مصدرا لعدم استقرار البناء القانوني، الذي يهدد حقوق وحرريات الأفراد المعترف لهم بها بمقتضى القوانين الأساسية لاسيما الدستور والمواثيق والإعلانات الدولية.

غير أن حرية الإدارة وسلطتها التقديرية لا تخرج عن مبدأ المشروعية، لأن القانون يوجب عليها حماية الحقوق والحرريات وأن تحترم القواعد القانونية المتعلقة بنشاطها، و السبب المباشر في منح الإدارة صلاحيات تقديرية هو الحرص على رفع قدرة التكيف مع متطلبات تحقيق الصالح العام بتوفير السلع والخدمات، ولا يعني أن هذه السلطة مطلقة، بل توجد ضوابط وشروط على ممارستها لسلطاتها التقديرية.

وعلى هذا الأساس، يتطلب من الإدارة عدم المغالاة في التقدير، ويقصد بعدم المغالاة في التقدير أن تقوم باتخاذ ما يتناسب من قرارات مع الوقائع المادية ولا تقوم بتضخيم الوقائع للتدخل والقيام بأعمالها، ولاشك أن عملية التمييز بين رقابة التكيف القانوني للوقائع وتقدير ملائمة الإجراءات المادية هي عملية غاية في الصعوبة، خصوصا أن القاضي الإداري لا يقر بمشروعية الإجراءات والتدابير التي تتخذها الإدارة إلا إذا كانت ضرورية

للمحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، أي أنها ملزمة بأن تكون قراراتها ملائمة للوقائع المادية مع احترام مبدأ التناسب بين أهمية الإجراء وخطورة الوقائع.

كما يستوجب أن تكون الوقائع التي تصرفت من خلالها الإدارة وبنيت عليها قراراتها قد خضعت إلى تكييف قانوني صحيح، وتعد عملية التكييف القانونية عملية مزدوجة ومختلفة تتمثل في تقدير الواقعة من جهة، وتقدير القانون من جهة ثانية. فالمقصود بالتكييف القانوني هو إدراج حالة واقعية ضمن إطار قانوني، وهذه العملية ذات أهمية كبيرة فهي تهدف إلى البحث أو إيجاد قاعدة قانونية تنطبق مع الوقائع المادية⁽¹⁾.

وقد إستقر القضاء الإداري الفرنسي في رقابة التكييف القانوني الذي تقوم به الإدارة على الوقائع، باللجوء إلى رقابة صحة التكييف، للتأكد من وجود ما يبرر إصدار الإدارة لتلك القرارات من الناحية القانونية.

إضافة إلى إنتفاء النص المقيد لتصرفاتها، ففي هذه الحالة يجب أن لا نجد أي نص قانوني يحكم تصرف الإدارة في مواجهة الموقف أو الظرف سبب اتخاذ القرار، لأنه في حالة وجود نص قانوني يلزم الإدارة باتباع مسلك معين لا يمكن لها اللجوء إلى السلطة التقديرية وإنما تكون سلطتها مقيدة لأن القانون قد حدد ذلك سلفاً.

كما يتوجب على الإدارة ألا تنحرف حالة استخدام سلطتها التقديرية عن الغاية، أي أنها ملزمة عند ممارسة صلاحياتها التقديرية بالتقيد بعدم الانحراف في ممارسة هذه الصلاحية عن الأهداف التي من أجلها منحت الإدارة هذه الصلاحية وألا يتعمد الشخص المؤهل قانوناً بإصدار القرار مخالفة القانون، ولذلك وجب أن تكون جميع قرارات الإدارة في تقدير واقعة غير مخالفة للنظام العام وخالية من أي تعسف. وتتجلى أهمية قيد عدم الانحراف في استخدام السلطة في حالة الانحراف في استخدام الإجراءات الإدارية حيث يقوم القضاء الإداري⁽²⁾ بإلغاء أي قرار من شأنه أن يستهدف غاية غير مشروعة⁽³⁾.

(1) أمزيان كريمة، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص105.

(2) الأصل أن القضاء الإداري لا يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ما دام قرارها في حدود القانون وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في قضية رقم 1498 لسنة 12 القضائية، جلسة 14 يونيو سنة 1970 على أنه "ليس للقضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة في هذا الشأن مادام قد خلا من إساءة استعمال السلطة وابتغى وجه المصلحة العامة"، كما قررت نفس المحكمة في الطعن رقم 748 لسنة 16 ق جلسة 5-5-1974 " أن الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة العامة ليست على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية، ولكنها تختلف بحسب المجال الذي تصرف فيه ومدى ما تتمتع به من حرية في تقدير التصرف. فهي تضيق حقيقة في مجال السلطة التقديرية، حيث لا يلزم القانون الإدارة بنص يحد من سلطتها أو يقيد من حريتها في وسيلة التصرف أو التقدير، إلا أن هذا لا يعني أبداً أنها سلطة مطلقة وأن الرقابة القضائية تكون في هذه الحالة منعدمة، بل أن الرقابة القضائية تمتد إلى كافة التصرفات الإدارية، لا تختلف في طبيعتها وإن تفاوتت في مداها، وهي تتمثل في هذا المجال التقديري في التحقق من أن التصرف محل الطعن يستند إلى سبب موجود مادياً وصحيح قانوناً، وأنه صدر مستهدفاً الصالح العام. / أنظر: د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص54.

(3) أمزيان كريمة، المرجع السابق، ص105.

الفرع الثاني

مدى خضوع الأعمال

التقديرية للإدارة للقانون

لا يمكن أن يتحقق مبدأ المشروعية في الواقع إلا إذا كانت أعمال الإدارة واضحة ومحددة. باعتبارها السلطة الأكثر إحتكاكا بالإفراد، ومن حيث الهياكل، بما يفرض تحديد مجال التعامل والإختصاص تحديدا في أصوله وأحكامه العامة بما يكفل إحترام مبدأ المشروعية و بما يضمن عدم تعسف الجهات الإدارية.

وعلى هذا الأساس، ينبجم عن تحديد إختصاص الجهات الإدارية توفير المناخ المناسب والأرضية الملائمة لإعمال وتجسيد مبدأ المشروعية. وتبعاً لذلك فإن مبدأ المشروعية يوجب ضبط الإدارة باختصاص معين فيلزمها بالقيام بأعمال معينة ضمن إطار محدد. وهذا ما يدخل تحت عنوان التنظيم الإداري. فتسعى من خلاله الدولة إلى ضبط اختصاصات الجهات الإدارية.

وحالة زيف الإدارة أو حيدتها عن الطريق الصحيح فإن السلطة القضائية تتولى توقيع الجزاء حال ثبوت التجاوز أو الخرق للقانون، فلو مثلا الإدارة أصدرت قرارا غير مشروع بفصل موظف عن وظيفته دون تمكينه من ممارسة حق الدفاع عن نفسه، أو دون تمكينه من الإطلاع على ملفه التأديبي أو دون تبليغه لحضور الجلسة التأديبية، فإنها في مثل هذه الحالات تجاوزت القانون وأعتبر قرارها غير مشروع⁽¹⁾. ويعود للقضاء المختص التصريح بعدم مشروعية القرار ومن ثم إلغاءه لذات السبب بعد رفع الأمر إليه.

وعليه حق لنا وصف القضاء بأنه الدرع الواقي لمبدأ المشروعية، وهو من يحفظ مكانته وهيبته ويفرض الخضوع له. وهذه كلها تمثل معالم ومظاهر دولة القانون⁽²⁾، على أن التزام الإدارة بمبدأ المشروعية وإن كان يؤدي في العمل إلى حماية حقوق وحرية الأفراد، إلا أن ذلك لا يعني تكبيل نشاط الإدارة بقيود شديدة الوطأة إذ لو تم ذلك لتحولت الإدارة إلى آلة صماء يسيرها القانون بما يفرضه عليها من أحكام، الأمر الذي يؤدي إلى عرقلة أعمالها وشل نشاطها⁽³⁾.

وتأسيسا على ما سبق وبغرض الوصول إلى تحديد معالم مدى خضوع الأعمال التقديرية للإدارة للقانون، وجدنا أن الفقه انقسم إلى ثلاثة اتجاهات حول مدى خضوع الإدارة للقانون عند القيام بأعمالها:

(1) أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1995، ص 225.

(2) عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 10.

(3) إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري- مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري-، المرجع السابق، ص 111.

- الاتجاه الأول: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يتعين اتفاق كافة أعمال الإدارة القانونية والمادية مع حكم القانون، أي أن أعمال الإدارة تعتبر مشروعة ما لم تخالف القانون، ونلاحظ أنه يميل إلى توسيع سلطة الإدارة، لأنه يفسر مبدأ المشروعية تفسيراً ضيقاً، فالإدارة لها حرية التقدير فيما تؤديه من أعمال ما لم تخالف أحكام القانون.

- الاتجاه الثاني: ضرورة استناد كل تصرفات الإدارة على أساس من القانون، فلا يكفي أن يكون عمل الإدارة أو تصرفها غير مخالف للقانون فحسب، بل يجب أن يكون مستنداً ومبنياً على قاعدة قانونية تجيزه، ووفق هذا الاتجاه نجد تفسيراً أوسع من سابقه لمبدأ المشروعية ويتبع ذلك تضيق سلطة الإدارة.

- الاتجاه الثالث: يذهب إلى أن أعمال الإدارة وتصرفاتها لا تكون مشروعة إلا إذا كانت مجرد تنفيذ أو تطبيق لقاعدة قانونية عامة قبل مباشرة التصرف، إن هذا الاتجاه يؤدي إلى توسيع مبدأ المشروعية على حساب سلطة الإدارة التقديرية وحريتها في التصرف، ففراه قد قيد تصرفاتها لحد بعيد، فجعل منها أداة لتنفيذ القانون، سالباً إياها كل قدرة على الابتكار في أدائها لوظائفها وفي مواجهة الظروف الإستثنائية.

وعليه يستبعد الأخذ بمبدأ الاتجاه الثالث لأن العمل به يؤدي إلى عرقلة نشاط الإدارة ويصطدم مع واقع القانون الذي يمنح الإدارة قدراً من الحرية في سبيل مباشرة اختصاصاتها، ويترك لها الحرية في ابتكار الحلول المناسبة بوضع القواعد المستحدثة والتي لا يمكن اعتبارها مجرد تنفيذ لقواعد قانونية سبق وضعها.

أما الاتجاهين الأول والثاني، فإنهما يتفقان مع الإجماع المنعقد حول ضرورة تقييد الدولة بالقانون وخضوعها لأحكامه مع إعطاء الهيئات العامة هامشاً من سلطات التقدير الحر لكثير من تصرفاتها، حتى تتمكن من حسن أدائها لوظائفها، وحتى لا ينقلب نشاطها إلى نشاط آلي يعطل سير المرافق العامة.

المبحث الثاني

نظرية الظروف الإستثنائية

نتصدى لهذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى مدلول الظروف الاستثنائية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث حالات الظروف الإستثنائية وأما المطلب الثالث فندرس سلطات الإدارة في الظروف الإستثنائية، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مدلول الظروف الاستثنائية

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مفهوم الظروف الاستثنائية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث الأساس القانوني للظروف الاستثنائية وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مفهوم الظروف الاستثنائية

الأصل أنه يتعين على الإدارة الإلتزام بالقانون في كل وقت وأيا كانت الظروف وذلك وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية الذي سبق و أن تم بيانه في الأجزاء السابقة من هذا البحث. بيد أن هذا المفهوم وإن كان صالحاً في الأوقات والأزمات الطبيعية، إلا أنه يبدو صعب التطبيق في أوقات الأزمات أو الإضطرابات التي لا تخلو من حياة أي دولة، إذ قد يترتب على الإصرار على تطبيقه إستفحال الأزمة بما قد يؤدي إلى إنهيار الدولة ذاتها أو على الأقل تعريض سلامتها لمخاطر تعصف بوجودها وبكل ما حرص مبدأ المشروعية ذاته على المحافظة عليه.

إن فكرة أو نظرية الظروف الاستثنائية تمثل القيد الثاني الذي يرد على مبدأ المشروعية بعد القيد الذي رأيناه بصدد السلطة التقديرية. ولكن مثلما رأينا بخصوص السلطة التقديرية للإدارة لا تمثل نظرية الظروف الاستثنائية خروجاً صارخاً غير مبرر على قواعد المشروعية، وإنما تخلق هذه النظرية نوعاً من التوازن المبرر والمنطقي مع مبدأ المشروعية⁽¹⁾.

تعد فكرة الضرورة أو الظروف الاستثنائية من النظم القانونية العامة التي لها الأثر الواضح في إضفاء المشروعية على بعض الأعمال المخالفة للقانون، وهي فكرة قديمة لازمت الفكر القانوني، ترجع إلى أصلين معروفين يقضيان بان الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرورة تقدر بقدرها⁽²⁾.

وتتحلى الظروف الاستثنائية في الظروف غير العادية مثل الحروب الأهلية أو الدولية، أو الفيضانات أو الزلازل وغيرها من الكوارث الطبيعية، أو حالات الإنفلات أو الانقلاب الأمني أو انتشار مرض أو وباء يهدد الصحة العامة للمواطنين⁽³⁾.

(1) عبد الوهاب محمد رفعت، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 7. ص 210.

(2) د. محمود عاطف البناء الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 468.

(3) عبد الغني عبد الله بسويقي، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 44.

وتجد الإدارة نفسها مضطرة في سبيل القيام بواجباتها في حفظ النظام العام وتسيير المرافق العامة إلى مخالفة بعض القواعد، وبالتالي تخرج على مبدأ المشروعية. ولهذا ما من شك في أن الإدارة غير ملومة تجاه خروجها على مبدأ المشروعية في حالة الضرورة⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن هذه النظرية من ابتداء القضاء الإداري، وتتلخص في إحلال المشروعية الاستثنائية مكان المشروعية العادية، فتقوم هذه النظرية على السماح للإدارة بالتدخل في ميادين مختلفة، وذلك بإضفاء صفة المشروعية على بعض القرارات الإدارية غير المشروعة، وهي مشروعية خاصة استثنائية تحل مكان المشروعية العادية. فقد تحدث ظروف استثنائية كالكوارث أو الأزمات في أوقات لا يسمح باحترام القواعد العادية، أو أن تكون هذه القواعد عاجزة في مواجهة هذه الظروف مما يتطلب ومن قبيل الواجب لحماية مصالح الدولة⁽²⁾، أن تتحرر الإدارة من القواعد العادية لتأمين سير المرافق العامة والمحافظة على النظام العام، وتحل محلها مشروعية استثنائية خاصة. بحيث تتسع سلطات وصلاحيات الإدارة بصورة غير منصوص عليها في القانون، مما يؤدي إلى تعطيل وإيقاف سلطة القواعد القانونية العادية في مواجهة الإدارة.

وعلى هذا الأساس فإن المشروعية الاستثنائية المستخدمة في ضل الظروف الإستثنائية، إنما هي أصلا من خلق القضاء، فهو الذي يعمل على تقرير السلطات الإستثنائية في حالة الضرورة، إزاء غياب النصوص التشريعية أو الدستورية المنضمة لها، أو إذا كشف التطبيق العملي لها، إذا وجدت، عن بعض القصور والنقص وعدم كفايتها لمواجهة هذه الأخطار ودفعها، فهنا يتدخل القضاء لتلافي أمر هذا النقص وتكملة ما قد يظهر من قصور في النصوص التشريعية بتحويل الإدارة السلطات الكافية لتمكينها من مواجهته تلك الظروف الإستثنائية⁽³⁾.

ولا يكفي القضاء بالعمل على تكملة ما قد يعتري النصوص التشريعية من قصور، بل لأنه يعمل أيضا على تفسيرها على وجه دقيقا وتحديد مدلولها بل وتطوير مفهومها، وذلك إلى جانب إنشاء المبادئ القضائية إذا سكت المشرع كلية عن معالجة أمر هذه الظروف، بل وهو ما يثبت تفوق نظرية الضرورة القضائية على التشريعات الإستثنائية، الأمر الذي يدعو إلى القول بأن المصدر الحقيقي للنظرية هو القضاء⁽⁴⁾.

(1) أنظر: إمام محمد عبده، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة- دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص50.

(2) فكرة تأمين البلاد من الأخطار والكوارث هي القانون الأعلى والأسمى الذي يجب اتباعه والاسترشاد به ولو تعارض مع القوانين . السائدة، ومرد تلك السلطة الواسعة للإدارة وأساسها النص اللاتيني المسلم به في جيع الدول ومنطوقه وهذا يعني أن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو حتى على الدستور.

(3) أنظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي قضية Heyries الصادر في 1918/06/28 والمنشور بمجموعة 5.5 سنة 1922 القسم الثالث، ص49. حكم في قضية Dehjene الصادر في 1950/07/06.

(4) أنظر في هذا المعنى: رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994. ص120.

بدأ الحديث عن نظرية الضرورة في مجال القانون العام بداية القرن الحادي عشر في الفقه الألماني⁽¹⁾ ثم تبعهم في ذلك الفقه الفرنسي، وإن اختلفت نظرتهم عن النظرة الألمانية، أما الفقه المصري فإنه اعتنق النظرية بسهولة مع ظهور دستور 1923، حيث ساعده في ذلك أن هذا الدستور نص في المادة 41/ منه على أحد تطبيقات هذه النظرية، الذي أصبح من القواعد الدستورية التقليدية في مصر⁽²⁾.

وقد تميزت آراء الفقه عند بداية ظهور نظرية الضرورة بالانقسام حول اعتبارها نظرية سياسية واقعية⁽³⁾ تخرج عن دائرة المشروعية، أم أنها نظرية قانونية يمكن أن تكون جزءاً من المشروعية داخل النظام القانوني للدولة، إلا أن هذا الإنقسام تخفض في النهاية لدى الفقه المصري والفرنسي بالتسليم بنظرية الضرورة كمنظومة قانونية يمكن أن تتلاءم مع مبدأ المشروعية، أما الفقه الألماني فكان منذ نشأة نظرية الضرورة يسلم باعتبارها نظرية قانونية⁽⁴⁾. وتأسس على مسبق، نظرية الظروف الإستثنائية تعني أن بعض الأعمال أو التصرفات الإدارية والمعتبرة غير مشروعة في ظل الظروف العادية، تعتبر مشروعة في ظل الظروف الإستثنائية، إذا ما ثبت لزومها لمواجهة هذه الظروف للمحافظة بالتالي على النظام العام، أو دوام سير المرافق العامة⁽⁵⁾.

(1) برزت فكرة الضرورة لدى البعض من فقهاء الألمان ومنهم Hegel و Jellinek حيث برر فيها Hegel خروج الدولة على القانون عند الضرورة بقوله " أن الدولة هي التي أوجدت القانون، وهي تخضع له تحقيقاً لمصالحها، وعلى ذلك فلا خضوع عليها إذا كان تحقيق صالحها هو في عدم الخضوع، أن القانون وسيلة لغاية هي حماية الجماعة فإذا لم ترد القواعد القانونية إلى هذه الغاية فلا يجب الخضوع للقانون، وعلى الدولة أن تضحي به في سبيل الجماعة " أما Jellinek فقد ذهب إلى القول بأن "من طبيعة فكرة الدولة أنه تعرض لها حالات وظروف تقتضي عملاً سريعاً وشاذاً مما يدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية، فإذا كان الدستور يرفض أو لا يصحح بإحلال الحكومة محل البرلمان في اتخاذ مثل هذه الأعمال، فإنه يخلق بذلك حالة شاذة تقتضي العلاج، وعلى هذا الأساس، وحين تبرر ذلك الظروف القهرية المحيطة بالدولة، يكون للحكومة أن تتصرف على مستواها بكل ما تملك من وسائل، على أن يكون من حق السلطة التشريعية بعد ذلك أن تصدق على تصرفاتها " / أنظر: الدكتور سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002. ص 155.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، منشأة الإسكندرية، الإسكندرية، بدون سنة نشر. ص 124.

(3) تلخص النظرية السياسية للضرورة في أن جميع الإجراءات التي تتخذها الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية بالمخالفة لقواعد القانون بدعوى الضرورة هي إجراءات باطلة وتضل غير مشروعة قانوناً وترتب مسؤولية الحكومة عنها ما لم يصححها البرلمان، باعتباره السلطة الدستورية العليا بقوانين التنظيمات التي تعفي الإدارة من المسؤولية، أو بتشريعات تتضمن نصوص هذه التصرفات الباطلة وتنص على الأثر الرجعي لها ابتداءً من تاريخ صدور القرار الباطل. بيد أن ذلك لا يعني أنه لا يجوز للإدارة اتخاذ هذه الإجراءات، بل أن للإدارة اتخاذها لمواجهة الخطر الذي يهدد كيان الدولة والمحافظة على سلامتها، ولكن ذلك لا يتم وفقاً للقانون، وإنما هو أمر واقع يطغى على حكم القانون بصفة مؤقتة وذلك إزاء قيام خطر قومي حقيقي يتطلب ضرورة التصرف السريع مع استحالة اللجوء إلى الطرق العادية. ويتضح مما تقدم أنه طبقاً لهذه للنظرية، فإن الضرورة تعتبر إهداراً لمبدأ المشروعية بمفهومه العادي التقليدي والذي يتعين أن يسود في جميع الأوقات والظروف سواء كانت هذه الظروف عادية أو استثنائية، ومن ثم فإنه إذا كانت النصوص القانونية تمنح السلطة التنفيذية حق مواجهة الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها الدولة، فإن "القانون" هو الأساس الذي تواجه بمقتضاه هذه الظروف.

(4) الدكتور طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 139.

(5) فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمائنه تحقيقه، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2011. ص 67.

ولا تعني أن تفلت الأعمال الإدارية الصادرة في ظل هذه الظروف من الخضوع لقواعد المشروعية على نحو مطلق، فتتصرف الإدارة كيفما تشاء بلا ضوابط أو معايير، وإنما تعني توسيع قواعد المشروعية أو إستبدال قواعد المشروعية الإستثنائية لما تمنحه للإدارة من سلطات أوسع بقواعد المشروعية العادية التي لا تمكن الإدارة من أداء مهامها في ظل الظروف الإستثنائية. وبهذا تختلف هذه النظرية عن نظرية أعمال السيادة والتي يطرح فيها مبدأ المشروعية جانبا وتختفي كل رقابة قضائية عليها⁽¹⁾.

وهكذا يمكن القول بأن هذه النظرية وضعت لتخفيف عبء الإدارة بما تفرضه التشريعات من قيود عليها، وتحررها منها إذا ما استجدت ظروف إستثنائية لم توضع مثل هذه التشريعات لمواجهةها، إذ تستطيع طبقا لهذه النظرية أن تتخذ مثلا إجراءات وتدابير مما يدخل بحسب الأصل في سلطة البرلمان، كأن تعدل القوانين القائمة أو تلغيها أو تعطل نفاذها، ولا يعد هذا خروجا على مبدأ المشروعية⁽²⁾.

الفرع الثاني

الأساس القانوني

للظروف الإستثنائية

لقد سلم فقه القانون العام تأسيس نظرية الظروف الاستثنائية على حق الدولة الشرعي في الدفاع عن النفس والذي يبيح الأفعال غير المشروعة، فلا توصف بأنها جرائم كما هو مسلك المشرع الفرنسي والمصري في السابق، أو يشكل عذرا مانعا من المسؤولية الجنائية كما هو مسلك القانون الكنسي الفرنسي السابق على الثورة. كما وتجذ نظرية الظروف الإستثنائية سندها وأساسها القانوني في حماية وإستمرار سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراب في الظروف العادية وغير العادية⁽³⁾، مما يتعين على الإدارة من باب الضرورة تعطيل القواعد القانونية

(1) ماجد راغب الحلوق، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص48.

(2) بطيخ رمضان محمد، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، المرجع السابق، ص29.

(3) ومن الأمثلة على ذلك، ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 30 يوليو سنة 1915 من رفضه طلب الجنرال Verrier إلغاء القرار الصادر بإحالة إلى الاستيداع بالمخالفة للإجراءات المقررة في شأن إحالة ضباط القوات العسكرية إلى الاستيداع تأسيسا على أن ظروف الحرب جعلت من المستحيل استيفاء هذه الإجراءات، فضلا عما توجهه هذه الظروف من ضرورة التخلص من الضباط الذين تقرر الحكومة عدم صلاحيتهم لمقتضيات الدفاع القومي. والذي قرره في حكمه الصادر بتاريخ 28 يونيو سنة 1918م من رفض الطلب الذي تقدم به Heyries بإلغاء قرار فصله الصادر خلاف ما قرره المادة 65/ من القانون الصادر في 22 أبريل سنة 1905 في شأن تأديب الموظفين تأسيسا على أنه من حق رئيس الجمهورية في ظروف الحرب أن يقرر كافة الإجراءات اللازمة لضمان سير المرافق العامة الضرورية كما قرر في حكمه الصادر بتاريخ 28 فبراير سنة 1919 أن سلطات البوليس التي تخوذا الهيئات العامة لصيانة الأمن والنظام ليست في زمن الحرب كما هي في زمن السلم وأن مطالب الدفاع القومي تعطي لفكرة النظام العام امتدادا واتساعا، كما تبرر اتخاذ إجراءات أشد لحمايته، مما يسمح للإدارة بسبب ظروف الحرب أن تحجر على الحريات العامة بقدر أكبر مما يكون لها في الظروف العادية. / أنظر في هذا: د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص121 وما بعدها.

العادية مؤقتا، وإحلال محلها المشروعية الخاصة بالظروف الإستثنائية ما دام أن القواعد العادية عاجزة عن مواجهة الظروف الطارئة، وإلا أدى تطبيق القواعد العادية واحترام مبدأ المشروعية إلى شلل الإدارة وعجزها إذا حظرتنا عليها أو منعناها من اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة والضرورية للمحافظة على النظام العام⁽¹⁾.

كما يوقف بمقتضى الضرورة تطبيق بعض القوانين، وهو نوع من المشروعية توجده ضرورات حالة الحرب أو الإضطرابات التي تهدد كيان الدولة ووجودها، أي حالة الضرورة بتعبير أعم، و تفتح هذه المشروعية أمام الدولة مكنة اللجوء إلى حق الدفاع الشرعي وإتخاذ إجراءات معينة ما كانت تستطيع إتخاذها في الأحوال العادية وفي أوقات السلم، وإذا كانت الدولة في مواجهتها لهذه المخاطر تخرج عن قاعدة المشروعية فإنها لا تخرج عن إطار القانون طالما أنها في حالة دفاع شرعي⁽²⁾.

ولهذا تكون الأسانيد الفقهية⁽³⁾ أساس لهذه النظرية، تتمثل في عدم صلاحية التشريعات التي وضعت لتحكم الظروف العادية، لأن تواجه ما يترتب على الظروف الإستثنائية من أخطار، إضافة إلى ضرورة بقاء الدولة واستمرارها، يبرر في الواقع الخروج على مبدأ المشروعية العادية والتمسك بما تقتضي به نظرية الظروف الاستثنائية، إذ ما الفائدة من احترام القوانين إذا كان من شأن ذلك انهيار الدولة ذاتها⁽⁴⁾؟.

أما الأساس التشريعي لحالة الضرورة أو الظروف الإستثنائية في الدول المعاصرة فيأخذ أشكال ومسميات متعددة، بين حالة الطوارئ، أو الأحكام العرفية، وحالة الحصار، والظروف الاستثنائية، إلى ذلك من مسميات. فلوائح الضرورة تعني الترخيص بموجب الدستور للسلطة التنفيذية في الأحوال الاستثنائية والمستعجلة أن تصدر

(1) شطناوي علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 99.

(2) سامي جمال الدين الرقابة على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص 126.

(3) هكذا يتبين أن النضرة الفرنسية تختلف عن النضرة الألمانية في أن الأولى وإن رأت في الضرورة "حقا" للإدارة يستند إلى نظرية الضرورة، والتزامات معينة، في حين أن النضرة الألمانية تراه حقا خالصا دون قيود. وفي الحقيقة، فإن الرؤية القانونية الفرنسية لنظرية الضرورة هي الأقرب إلى الصواب والواقع، ذلك أن مبدأ المشروعية يشمل إلى جانب وجهه العادي الذي ينطبق في الظروف العادية وعلى الأزمات التي قد تتعرض لها الدولة، والذي يتمثل في كافة القواعد القانونية العادية، ووجهها ثانيا استثنائيا يتمثل في النصوص والقواعد القانونية الاستثنائية ان وجدت، إلى جانب النظرية القانونية للضرورة، التي كفل القضاء في معظم الدول مثل مصر وفرنسا وضع شروط اللجوء إليها وشروط تطبيقها وضوابط خروجها على مبدأ المشروعية العادية.

ولا يعد هذا الخروج في جوهره مخالفة لمبدأ المشروعية ذاته، باعتبار أن الخروج "الظاهر" على بعض قواعد القانون في ظل الضرورة، لا يعد مخالفة حقيقية لها، لأن هذه القواعد إنما نشأت للتحكم في بعض العلاقات في الدولة في الظروف العادية أو في ظل أزمات عادية، ومن ثم فإن نطاق تطبيقها لا يمتد إلى الظروف الاستثنائية لعدم صلاحيتها للتطبيق عليها، و لكن نضرا لغياب أو عجز البرلمان عن تقرير القواعد الملائمة لتلك الظروف الاستثنائية، فإن الحكومة تملك مؤقتا ممارسة السلطة التشريعية عن طريق سلطتها اللامتعية، بشأن هذه الظروف العارضة، إلا أن هذه الممارسات والتي تعد أمرا غير مشروع في الظروف العادية، ليست مطلقة من كل قيد بل أن هناك الكثير من القيود والضوابط والتي تختلف قليلا بين تطبيق آخر، سيما إذا كان الدستور ذاته هو الذي ينضم هذا التطبيق، ولذلك فإن القول بأنه يجب أن تضع المشروعية في إجازة أمام هذه الضرورة الملحة، وأن توقف الحياة الدستورية أو تنتخلى عن ضماناتها هو قول يعود بنا إلى دكتاتورية النظرة الألمانية لنظرية الضرورة ويتعد كثيرا عن الفهم القانوني الصحيح لنظرية الضرورة. ولذلك يتجه معظم الفقه في مصر إلى الأخذ بالنظرة القانونية لنظرية الضرورة، وكذلك الفقه الحديث في فرنسا، خاصة وأن المشرع الدستوري اعتنق فيهما بعض تطبيقات هذه النظرية.

(4) رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار النهضة العربية، 1994. ص 122. / للمزيد أنظر: طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 144-145 .

مراسيم لها قوة القانون وقد تم الحديث عنها مسبقاً. أما الأحكام العرفية فيتم بمقتضاها مواجهة الدولة للحروب والأزمات بإقامة حكومة دكتاتورية مدنية بالقدر الذي يسمح بمواجهتها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حالات الظروف الإستثنائية

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول الحالة الإستثنائية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث حالة الحصار وأما الفرع الثالث حالة الطوارئ وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

الحالة الاستثنائية

المقصود بالحالة الاستثنائية⁽²⁾ يدور حول وقائع أخطار وقعت أو توشك أن تقع وتصيب مصالح حيوية في البلاد كالمؤسسات و الاستقلال والحريات...، تدفع برئيس الجمهورية المخول دستوريا بتقدير خطورة الأوضاع، لاتخاذ الإجراءات المناسبة كإصدار قرارات لها قوة القانون أو منع الاجتماعات والمظاهرات، وهذا مع مراعاة الضوابط الشكلية و الموضوعية لإعلان الحالة.

إضافة إلى أن هذه التدابير الإستثنائية، يجب أن تتخذ بالإرتباط مع الغرض الذي اتخذت من أجله؛ بحيث تستدعي هذه الأخيرة من حيث فرضها ظروفاً أخطر مقارنة بتلك التي تستدعي فرض حالتها الحصار والطوارئ. إذ يرتبط ذلك بخطر وشيك⁽³⁾ الوقوع يهدد أركان الدولة، ومؤسسات البلاد، أو استقلالها، أو سلامة ترابها.

(1) عمر عدنان، القضاء الإداري الفلسطيني- مبدأ المشروعية- المرجع السابق، ص.ص 62-61

(2) **Voit:** Voisset Michèle, L'article 16 de la Constitution du 4 Octobre 1958, Thèse, Droit, L.G.D.J, Paris, 1969, p.29.

(3) إن التمكن من شرح مفهوم الخطر الوشيك يتم عبر التطرق لشروط إقرار رئيس الجمهورية، للحالة الاستثنائية، بحيث أن الدستور ألزم الرئيس باتباع إجراءات معينة، قبل إعلان الحالة الاستثنائية، التي لا يمكن اللجوء لها ما لم تتوفر شروط إعلانها، وإلا اعتبرت هذه الحالة، استخدام غير عقلاني للسلطة وذلك في حالة عدم إتباع الإجراءات المنصوص عليها في الدستور الذي أورد شروط بعضها شكلي والآخر موضوعي، إبراهيم عبد العزيز شيحة، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص.06.

وإذا كان فرض الحالة من الخطورة بمكان، بالنظر لما يترتب عنها من آثار على السير العادي للمؤسسات من جهة، والحقوق والحريات العامة للأفراد من جهة أخرى⁽¹⁾، كان لابد من شروط وآليات مختلفة ومتعددة انطلاقاً من جسامته الخطر الذي يتهدد المؤسسات الدستورية، أو إستقلال الأمة وسلامتها تراهما⁽²⁾.

والهدف من ذلك كله حماية الحريات العامة وعدم المساس بها، لاسيما وأن لهذه الحالة عديد الآثار على الحقوق والحريات العامة، وإن كان ذلك بشكل غير مباشر، من خلال مساس سلطات رئيس الجمهورية أثناء الحالة الاستثنائية بضمانات الحريات العامة، خاصة مع إعتراف الدستور، باختصاصه في ممارسة سلطة التشريع. كن ورغم تلك السلطات الواسعة التي هي بحوزة رئيس الجمهورية، إلا أنه يحظر عليه تعديل الدستور⁽³⁾، لأن ذلك سيتعارض مع دوره كحارس للنص الدستوري، ومع الضرورة التي تفرض عليه استرجاع السير العادي للسلطات الدستورية.

يضاف إلى ذلك التزام النص الدستوري، وفرضه احترام ضمانات أخرى من قبيل الضمانات المختلفة للحريات العامة وهو اجتماع البرلمان وجوبا⁽⁴⁾ -مصر والجزائر مثلاً-، كل ذلك باعتباره صاحب الإختصاص الأصيل بالتشريع⁽⁵⁾، وإن كانت الحالة الاستثنائية تحول لرئيس الجمهورية هو الآخر ممارسة مهمة التشريع. ومن ثم مناقشة البرلمان لما قد يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات مختلفة اقتضتها الظروف غير العادية.

⁽¹⁾ **Pour plus de précisions, voir:** Vedel Georges, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 1959-1960, p.855./ Morange G, Le Contrôle des Décisions Prises au Titre de L'article 16, Dalloz, 1962, p.109. Burdeau George, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op.cit, p.634./ VOISSET Michèle, op.cit, p.32.

⁽²⁾ محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979، ص.ص 191-192.

⁽³⁾ كما أن ما يبرر حظر تعديل الدستور هو هذا الأخير في حد ذاته، عندما ينص صراحة على عدم جواز مساس أي تعديل دستوري بعض المبادئ العامة للمجتمع، والتي منها الحريات العامة، ينظر المواد /176/ و /178/ من الدستور الجزائري الحالي. ومن ثم، فإن ذلك يعد بمثابة القيد على السلطات الواسعة لرئيس الجمهورية، في مواجهة الظرف الاستثنائي.

⁽⁴⁾ إن إعلان الحالة الاستثنائية من قبل رئيس الجمهورية الجزائري، يؤدي بالضرورة إلى اجتماع المجلس الشعبي الوطني ولا يمكنه الحصول على عطلة في ظل أوضاع خطيرة توشك أن تصيب مؤسسات الدولة الدستورية أو استقلالها وسلامتها الترابية، وهذا لغرض تمكين نواب الشعب من مراقبة الأوضاع باستمرار. سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص.275.

⁽⁵⁾ ويلاحظ أن البرلمان ينعقد من تلقاء نفسه دون حاجة للدعوة لانعقاده و لا يمكن لرئيس الجمهورية حل المجلس الشعبي الوطني./ الأمين شريط، خصائص النظام الدستوري الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة، 1991، ص.55.

وما يمكن بيانه في هذا الموضوع، حول الفرق بين هذه الحالات الاستثنائية غير العادية خصوصا بين كل من حالي الطوارئ والحصار من جهة، وبين الحالة الاستثنائية من جهة ثانية هو أن اختصاصات رئيس الجمهورية - حسب الدستور الجزائري- في الحالة الأخيرة مقيدة⁽¹⁾.

بحيث تشمل فقط الإجراءات المحددة حصرا، والمتعلقة بالمحافظة على إستقلال الأمة، أو المحافظة على المؤسسات الدستورية، خلافا لاختصاصات الرئيس في الحالتين الأوليتين، إعتبارا من أنها تشمل أي تدبير لازم لإستتباب الوضع. بل والأكثر من ذلك، صعوبة تحديد ما يعتبر ضرورة ملحة⁽²⁾ تستدعي فرض حالة الطوارئ أو الحصار، والتي تبدو أوسع، مقارنة بأسباب إعلان الحالة الاستثنائية⁽³⁾.

وإن كان التقرير يعود في كل الحالات المختلفة لرئيس الجمهورية. وعليه فإن مسألة الحريات العامة واحترامها، باعتبارها قيم دستورية، يقتضي أساسا القيام على توفر شروط الحالة الاستثنائية من جهة، وعدم التوسع في ما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات استثنائية في هذا الخصوص⁽⁴⁾.

(1) بالرجوع لمضمون مواد أول دستور للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 1963 نجد تناول الصلاحيات غير العادية التي يستخدمها رئيس الجمهورية لمواجهة الظروف غير العادية دون تفصيل، بحيث يمكن إعلان حالة الحصار أو حالة الطوارئ أو اتخاذ أية إجراءات استثنائية، وذلك وفقا لطبيعة ودرجة خطورة الأزمة، وهذا دون التقيد بأية حالة في الترتيب، باعتبار أن دستور 1963 أورد عبارة عامة تتمثل في اتخاذ إجراءات استثنائية، دون الالتزام بمراعاة الانتقال من حالة إلى أخرى في المادة /59/ من دستور 1963. أما دستور 1976 فأورد الصلاحيات غير العادية في المادتين /119/ و/120/ بحيث ذكر حالي الطوارئ والحصار في المادة /119/ بينما خصص المادة /120/ للحالة الاستثنائية، وبالتالي جاء ترتيب هذه الحالة الأخيرة، بعد حالي الطوارئ والحصار ويلاحظ أن دستور التعددية السياسية لسنة 1989 لم يختلف كثيرا عن دستور 1976 وذلك لكونه أعاد صياغة مضمون المادتين /119/ و /120/ المتعلقةتين بالصلاحيات غير العادية وأوردتها في المادتين /87/ و /86/.

وإذا اتبعنا هذا الترتيب الذي أتى به المشرع الدستوري، فإن رئيس الجمهورية وعند حدوث أزمات يجب عليه اللجوء أولا لحالة الطوارئ ثم حالة الحصار في مرحلة ثانية، ولا يتم اللجوء للحالة الاستثنائية إلا إذا تحققت الحالات السابقة، ووصلت الأوضاع إلى درجة التهديد الشامل للدولة، فهنا فقط يمكن الإعلان عن الحالة الاستثنائية، هذه الأخيرة تعتبر من الصلاحيات غير العادية التي تسمح لرئيس الدولة، باتخاذ إجراءات استثنائية، لغرض مواجهة أوضاع و ظروف طارئة، تحدد مؤسسات الدولة واستقلالها ووحدةها الوطنية.

وما يلاحظ على هذه الحالة أنها وردت بصورة واسعة، بحيث تم ذكرها على شكل صلاحيات عامة، وهذا يمكن توضيحه من خلال عرض المواد المتعلقة بالحالة الاستثنائية، في دساتير الجزائر بحيث تناولتها المادة /59/ من دستور 1963 والمادة /120/ من دستور 1976 والمادة /87/ من دستور 1989 وأخيرا المادة /93/ من دستور 1996 المعدل لدستور 1989 والمادة /107/ من دستور 2016.

(2) عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002. ص 04.

(3) لمزيد من التفصيل ينظر: مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس. ص.ص 153-154.

(4) لأكثر توضيح حول الشروط الشكلية أنظر: وردة بلحاني، مدى التوازن بين سلطة ومسؤولية رئيس الجمهورية الجزائري في دستور 28 نوفمبر 1996، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2004. ص 71 وما يليها. / بن سرية سعاد، مركز رئيس الجمهورية في النظام السياسي الجزائري بعد التعديل الدستوري الأخير بموجب قانون رقم 19/08 - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2009. ص 154.

Ben Arfa Abdelaziz, Les Circonstances Exceptionnelles Dans la Constitution du 22 Novembre 1976, Mémoire de Magistère, Faculté de Droit, Alger, 1979, p.96./ François Saint, Bonnet, Réflexions Sur L'article 16 et L'état D'exception, RDP, N :5et6,1998, p.705.

الفرع الثاني

حالة الحصار

يقصد بحالة الحصار⁽¹⁾ على أنها نظام استثنائي ومؤقت يمكن من وضع تشريع يخول السلطة العسكرية مسؤولية حفظ النظام العام.

فقد عرفها جانب من الفقه على أنها "إجراء من إجراءات الأمن العام تعطل بمقتضاه القوانين ويحل محلها النظام العسكري"⁽²⁾، أو أنها "الوضع الذي يوجد فيه مكان حرب بين دولتين، فتحتل دولة من قبل دولة أخرى؛ وحينها تتركز السلطة بيد قائد الجيش المحتل. وتلك هي الأحكام العرفية العسكرية. بينما تعلن الأحكام العرفية السياسية، بمعرفة السلطة التنفيذية"⁽³⁾، سواء بمناسبة قيام حرب بين دولة وأخرى، أو في حالة قيام ثورة مسلحة داخل الدولة، وتنتقل بذلك السلطات من الهيئات المدنية، إلى الهيئات العسكرية. غير أنه في الحالة الثانية، تلتزم حدود الدستور وفق الظروف القائمة"⁽⁴⁾.

ويذهب جانب آخر إلى أنها "نظام استثنائي للضبط تبرره فكرة الخطر القومي"⁽⁵⁾؛ وفي موضع آخر، يعرفها الدكتور مسعود شيهوب بأنها "حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات، بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة، واستعادة النظام، والسير العادي للمرافق العمومية"⁽⁶⁾.

وبما أن إنتقال مسألة استتباب الأمن، وحفظ النظام العام إلى السلطة العسكرية، في ظل حالة الحصار بمجرد إعلانها، كما هو الحال في فرنسا، أو بموجب تفويض من قبل السلطة الأصلية ممثلة في الحكومة، كما هو الشأن في

(1) حالة الحصار مرتبطة تاريخيا بما عرفته فرنسا في وضعيتين مختلفتين:

الأولى: حالة الحصار العسكرية التي يمكن إقرارها من قبل الجيش في حالة وجود خطر من العدو، وهذا الوضع ساد فرنسا بموجب القانون المؤرخ في 10 جويلية 1791 وكذلك المراسيم المؤرخة في 24 ديسمبر 1811 وكذلك في 04 أكتوبر 1891.

الثانية: فهي وضعية ذات طابع سياسي وليس عسكري، وتمت بموجب القانون المؤرخ في 29 أوت 1849 المعدل بقوانين 03 أفريل 1878 و 27 أفريل 1916 وهو نظام خاص بالشرعية، يتضمن توسيع صلاحيات الشرطة. أما في دستور سنة 1958 فإن إعلان حالة الحصار تعلن لمدة محددة في مجلس الوزراء، ولا يمكن تمديدها لأكثر من 12 يوم بدون ترخيص البرلمان.

(2) أشار إلى هذا التعريف: محمد أحمد فتح الباب السيد، سلطات الضبط الإداري إزاء ممارسة حرية الاجتماعات العامة، مرجع سابق، ص 417 وما بعدها.

(3) نصت المادة 02/ من مرسوم حالة الحصار الصادر في 1992 والذي عرفها بأنها "حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات القانونية والتنظيمية، لغرض الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة، واستعادة النظام والسير العادي للمرافق العمومية".

(4) محمد شريف إسماعيل، المرجع السابق، ص.ص 212-213.

(5) ربما تمثل فكرة الخطر القومي في الحرب الخارجية والتمرد المسلح، وفق ما نص عليه المشرع الفرنسي ضمن قانون 03 أفريل 1878 المعدل لقانون 09 أوت 1849 والمتعلق بحالة الحصار. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا-، المرجع السابق، ص 93.

(6) مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، م.ج.ع.ق.إ.س، الجزء 26، عدد 01، الجزائر، 1998، ص 35.

الجزائر⁽¹⁾، فإن مسألة الحقوق والحريات العامة تخضع حتما لتنظيمين مختلفين. فلا تفلت أولا من تدخل السلطة العسكرية المغاير تماما لمعطيات الحياة المدنية.

بحيث تتجلى لغة الأوامر الصارمة، والتي ينتفي في ظلها أدنى اهتمام لحريات الأفراد، مما يقتضي الانصياع فقط. ولا يتوقف التنظيم عن ذلك التدخل للسلطة العسكرية، بل يتعداه ثانيا إلى بقاء السلطة المدنية الأصلية محتفظة ببعض الصلاحيات، والمعتبرة تقييدا للحقوق والحريات العامة كتنقيف نشاط الجمعيات، أو تقديم طلب بجلها إلى القضاء. فهي إذن مسألة من اختصاص الحكومة، وليس السلطة العسكرية⁽²⁾. وعليه يمكن القول من خلال ذلك، أن تأثير حالة الحصار على الحقوق والحريات العامة، أمر حتمي بالنظر لهذا التدخل المزدوج .

تعتبر حالة الحصار نظام إستثنائي⁽³⁾، يسبق الحالة الإستثنائية، ويقارب لحالة الطوارئ، بحيث أن المشرع الدستوري الجزائري جمع بينهما في مادة واحدة و هي المادة /105/ من دستور⁽⁴⁾ 2016 كما اعتمد على نفس المبررات لإعلانها و هي حالة الضرورة الملحة وربطها بنفس الغرض الذي وجدت من أجله، وهو تحقيق استتباب الوضع⁽⁵⁾، ولكن في الترتيب، فإن حالة الطوارئ وردت في فقرة سابقة عليها ويقتضى لرئيس الجمهورية، خيار اللجوء الى أحد الإجراءات الملائم لتلك الأوضاع.

(1) مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا-، المرجع السابق، ص 99.

(2) نصت المادة /09/ من المرسوم الرئاسي 196/91 على أنه " تتعرض للتوقيف عن كل النشاطات بواسطة مرسوم تنفيذي الجمعيات مهما كان قانونها الأساسي أو وجهتها، التي يقوم قادتها أو أعضاؤها بأعمال مخالفة للقوانين...". /أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 والمتضمن تقرير حالة الحصار ج.ج.ج، عدد 29 المؤرخة في 12/06/1991.

(3) **Sur la nature juridique de létat du siège, voir:** Duez Paul, Les actes de gouvernement, Paris, Sirey, 1935, p.48./ Rolland Louis, Précis de Droit Administratif, Ed, 1951, p.69./- Bosc .A, Les Actes de Gouvernement et la Théorie des Pouvoirs de Guerre, Précité, p.p.217 et 218./ - Tirard.P, de la Responsabilité de la Puissance Publique, Thèse, Droit, Paris, 1906, p.164.

(4) في دستور 1976 نصت على هذه الحالة المادة/119/ التي استندت إلى حالة الضرورة الملحة لإعلان حالة الحصار، وربطت استخدامها بضرورة تحقيق استتباب استتباب الوضع، و نفس الوضعية، تم إعادة المادة/86/ من دستور 1989 أما التعديل الدستوري الصادر في 1996 فإن المادتين /91/ و /92/ لم تأتي بجديد يذكر ماعدا الشرط الواقف المتمثل في منع تمديد حالة الحصار إلا بعد موافقة البرلمان، المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا وهذا مانص عليه التعديل الدستوري 2016 أيضا في المادة /105/، وكذلك فرض تنظيم حالة الحصار بموجب قانون عضوي، وهذان الأمران يشكلان ضمانا هامة لحماية حقوق و حريات الافراد.

(5) أنظر: مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000. ص 04.

الفرع الثالث

حالة الطوارئ

لقد تباين مفهوم حالة الطوارئ⁽¹⁾ عند الفقه، فقد عرفها الفقيه Delaubadaire بأنها "نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الوطني"⁽²⁾. بينما يذهب تعريف آخر إلى أنها "نظام استثنائي، يمكن تطبيقه على كل أو جزء من الإقليم المهدد أو الذي يوجد في أزمة"⁽³⁾. ومن آثارها أنه يمنح سلطات موسعة لرجال البوليس المشكلين للسلطة المدنية، إذ تتمتع هذه الأخيرة في مجال تقييد الحريات العامة بسلطات أوسع مما تتمتع بها السلطات العسكرية في حالة الحصار".

كما عرفها محمد فتوح محمد عثمان على أنها "نظام قانوني يتقرر بمقتضى قوانين دستورية، حماية للمصالح الوطنية، و لا يلجأ إليه إلا بصفة استثنائية ومؤقتة، لمواجهة حالات طارئة، لا تتلاءم والقوانين العادية"⁽⁴⁾.

وتأسيسا على ما سبق، المخاطر المقصودة، هي التي لا يمكن مواجهتها بالقواعد القانونية العادية. وتتم مجابقتها بوضع تشريع يختلف عن التشريع العادي وذلك بإعادة تنظيم السلطات⁽⁵⁾.

إن محل الخطر وموضوعه قد يكون الدولة، أو مؤسساتها أو استقلالها أو أمنها، نتيجة وجود حرب أو عدوان خارجي أو اضطراب داخلي أو كوارث طبيعية قد تتحول الى اضطرابات، مثل ما حدث في تاوان وذلك باعتبار أن الأوضاع الاقتصادية لها تأثير على الأوضاع السياسية⁽⁶⁾.

ومن خلال ما سبق؛ نلاحظ أن هناك شبه كبير بين حالي الطوارئ والحصار، خاصة فيما يتعلق بتوسيع السلطات للهيئة المكلفة باستتباب الأمن. وما لذلك من أثر على تقييد الحريات العامة.

(1) في السابق كانت حالة الطوارئ تعرف بحالة الاحكام العرفية، وهي واحدة من الصلاحيات غير العادية، التي تمنح للسلطة التنفيذية اختصاصات واسعة، تحد من حقوق وحريات الأفراد، وهذا لكون القانون الذي ينظم حالة الطوارئ، هو قانون خاص يمكنه تقييد حريات الأشخاص، سواء في التجمع، أو في التظاهر، أو في المرور بمناطق معينة... كما يسمح باعتقال الأفراد، وحتى تفتيشهم، دون الالتزام بالإجراءات المنصوص عليها في القوانين العادية كقانون الإجراءات الجزائية.

(2) André De Laubadere, Traité Élémentaire de Droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1966. P.130.

(3) Jean Rivero, Les Libertés Publiques, p.p 259-260.

(4) محمد فتوح محمد عثمان، "رئيس الدولة في النظام الفدرالي"، الهيئة المصرية للكتاب، بدون دار نشر، 1977، ص19.

(5) Paul Leroy, L'organisation Constitutionnelle et les Crises, L.G.D.J, Paris, 1966. P 28.

(6) لأكثر توضيح أنظر: محمد فتوح محمد عثمان، المرجع السابق، ص19.

علما أن المؤسس الدستوري الجزائري، أتى على ذكر الحالتين في مادة واحدة من جهة أولى، مستعملا في ذلك عبارة التخيير لرئيس الجمهورية، بين إعلان حالة الطوارئ أو الحصار من جهة ثانية وكأنتهما حالة واحدة⁽¹⁾. غير أن ما يؤخذ على ما ذكرناه سابقا، هو مغالات إلى درجة إقصائها لضمانات الحرية، مما ينعكس سلبا عليها في حد ذاتها، خاصة التعريف الذي يقضي بالسماح للسلطة بتجميد الدستور، والضمانات التي يوفرها التطبيق على هذا الشكل، إنما هو التسليم بالتعسف وإهدار الحريات العامة.

لذلك وجب التقييد بما يعرف بالمشروعية الاستثنائية. ومفاد ذلك أن وقف ممارسة الحريات العامة لا يتأتى إلا بالقدر وفي الحدود الضرورية التي تتيح للسلطة القائمة في حالة الطوارئ، القدرة على مواجهة الأخطار القائمة بالفعل، تأسيسا على قاعدة "تقدر الضرورة بقدرها".

فإذا كانت ممارسة الحريات لا تؤثر بشكل أو بآخر في قدرة السلطة على مواجهة الظرف الشاذ، ففي هذه الحالة يسمح لهذه الممارسة بأن تؤدي دورها إلى القدر أو الحدود التي يمكن أن تؤثر في قدرة السلطة، وهي تواجه الظرف الإستثنائي. وفي المقابل تعطل وتوقف ممارسة الحرية عند نقطة تعارضها مع قدرة السلطة على مجابهة الخطر.

وحتى مع التقرير بتوقف ممارسة الحرية عند حدود تأثيرها في قدرة السلطات على مواجهة الظروف الشاذة، فإن تلك السلطة وهي تمارس المشروعية الاستثنائية، يجب أن تخضع ولو من الناحية النظرية لرقابة سلطة التشريع من جهة، وسلطة القضاء من جهة أخرى⁽²⁾. كل ذلك حتى يكون في معلوم السلطة، وهي تتعسف بالحريات العامة، أن تتعرض للمساءلة أمام هاتين السلطتين⁽³⁾ وعليه، فإن الأمر المؤكد هو تعرض الحريات للتقييد من قبل السلطة، كحرية التعبير مثلا⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ورد ذلك في المادة /91/ من الدستور الجزائري 1996 والمادة /105/ من التعديل الدستوري 2016 بل إن ما يزيد في التأكيد على تشابه الحالتين، إلى درجة تجعل الفرق بينهما غير موجود تماما هو ما ورد في نفس المادة من الفقرة الثانية، من أن مسألة تمديد العمل بكلتا الحالتين، لا يمكن إلا بموافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.

كما يضاف إلى ذلك، التأكيد لعدم الاختلاف بينهما، ما ورد عطفًا على المادة /107/ من تنظيم حالة الطوارئ، وحالة الحصار بموجب قانون عضوي في نص المادة /106/ مما يعني أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يفرق تماما بين الحالتين. وربما ينعكس ذلك سلبا على الحريات العامة إذا تبين تفاوت خطورتها من حيث التطبيق على هذه الأخيرة، رغم التسليم بأثرهما معا على الحريات العامة على نحو سلمي.

⁽²⁾ لأن الأمر يتعلق هنا باختصاص السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) بمسألة استتباب الأمن مما يجعلها خاضعة للرقابة بنوعها البرلمانية والقضائية، لاسيما وأن المسألة تتعلق بمساس الحريات العامة نتيجة الظروف الاستثنائية.

⁽³⁾ عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، بدون سنة ودار نشر، ص 128 وما يليها.

⁽⁴⁾ Brahim Brahim, Le Droit à L'information à L'épreuve du Parti Unique et de L'état D'urgence, Imprimerie Eurl ITGS, Kouba, Alger, 2002, pp 184 et s

غير أنه ورغم التشابه الكبير بين الحالتين، إلا أنه كثيرا ما تتميز حالة الطوارئ عن حالة الحصار في كونها تنتج عن ذلك الاعتداء الجسيم على النظام العام والأمن⁽¹⁾. في حين تنتج وترتبط حالة الحصار عادة بالأعمال التخريبية، أو المسلحة وأعمال العنف⁽²⁾.

هذا بالإضافة إلى أن إعلان حالة الطوارئ، لا يترتب عليها انتقال صلاحيات استتباب الأمن من السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية، بل تبقى السلطة المدنية هي صاحبة الاختصاص في مجال استتباب الأمن والمحافظة على النظام العام، مع توسيع صلاحياتها⁽³⁾. بخلاف حالة الحصار والتي ينتج عن إعلانها انتقال هذه الصلاحيات إلى السلطات العسكرية.

فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لكل من حالة الحصار وحالة الطوارئ⁽⁴⁾، فإنهما وبحق حالات إستثنائية غير عادية، لها من الاختلاف عن الظروف العادية ما يجعلها تؤثر على مختلف جوانب النشاط الإنساني، في سبيل الحفاظ على النظام العام، كغاية يبتغيها النظام القانوني في الدولة⁽⁵⁾. وما الوقوف على هاتين الحالتين، إلا لمعرفة مدى تأثير الحريات العامة كجانب من جوانب ذلك النشاط الإنساني، نتيجة العمل بهما بحكم أي ظرف استثنائي يمكن أن تمر به الدولة.

(1) لقد أوضح: المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتضمن تقرير حالة الطوارئ أسباب ومبررات إعلانها في حالة:

- المساس الخطير والمستمر للنظام العام المسجل عبر العديد من نقاط التراب الوطني.

- التهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات والمساس الخطير والمتكرر بأمن المواطنين والسلم المدني. / أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 09/02/1992 ج.ر.ج.ج، عدد 10 المؤرخة في 09 فبراير 1992.

لقد حددت أسباب ومبررات إعلان حالة الطوارئ في فرنسا بحالتين:

- في حالة الخطر الداهم الناتج عن المساس الخطير بالنظام العام.

- أو في حالة الأحداث التي تشكل بطبيعتها وخطورتها طابع الكارثة العامة.

(2) Ce régime correspond, non plus à une hypothèse de guerre comme l'état de siège, mais à une hypothèse imminente résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou à l'existence d'une calamité publique. / Voir: Arlette Heymann -Doat, op.cit, p.89.

(3) حول توسع سلطات حفظ النظام العام التي تحوزها السلطة المدنية وأثرها على الحريات العامة ينظر: سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص333. / شماخي عبد الفتاح، آثار حالة الطوارئ - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1997. ص23. / سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996 - السلطة التشريعية والمراقبة -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. (د.د.د.)، ص397.

Jean Rivero, Les Libertés Publiques, op.cit, p.p 260,261.

(4) طبقت حالة الطوارئ في فرنسا عام 1960 على التراب الجزائري وكذلك في 23 افريل 1961 إلى غاية 15 جويلية 1962، بحيث أن الرئيس ديغول مارس خلال 15 شهرا، كل السلطات التي حولتها له المادة 106/ من دستور 1958.

Voir: Paul Leroy, op.cit, P.188.

(5) لأكثر توضيح أنظر: فوزي أوصديق الوائي في شرح القانون الدستوري، طبعة 1، الجزء 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994 ص133. / شماخي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص16.

Léon Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, Dalloz, Paris, France, 1968, p.75.

وتأسيسا على ما سبق، تؤدي هذه الحالة إلى تقليص الحريات العمومية، مع توسيع سلطات الحكومة وتحقق بثلاثة وسائل:

- نقل صلاحيات الضبط الإداري (الشرطة) إلى السلطات العسكرية؛
 - توسيع صلاحيات الضبط الإداري بحيث يرخص التفتيش والتوقيف بالليل، كما يمكن لقوات الأمن منع التجمعات التي من شأنها إحداث اضطراب في الأمن العمومي؛
 - توسيع اختصاص المحاكم العسكرية للنظر في مخالفات يرتكبها المدنيون.
- وعليه، فإن حالة الطوارئ⁽¹⁾، تعتبر أكثر صرامة بحيث تخول سلطات الضبط الإداري الاستثنائي، إلى السلطات المدنية.

المطلب الثالث

سلطات الإدارة

في الظروف الاستثنائية⁽²⁾

إذا كان الإجهاد القضائي والنصوص التشريعية قد رتبت على الظروف الإستثنائية تحري الإدارة من قواعد المشروعية العادية بالقدر الذي يسمح بمواجهة الظروف الاستثنائية لتحل محلها مشروعية استثنائية تبرر سلامة الإجراءات المتخذة خلافا للقانون. فإن ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة لا تحولها سلطات مطلقة من أية

⁽¹⁾ بالرجوع الى التنظيم القانوني التاريخي لهاته الحالة في مختلف دساتير الجزائر، نجد ما وردت في ظل الاحتلال الفرنسي وقبل استقلال الجزائر، بموجب قانون 03 أفريل 1955 المعدل بقانون 07 أوت 1955 وبالأمر الصادر في 15 جانفي 1960. وهذا القانون جاء يضاف لحالة أخرى كانت سائدة في تلك الفترة وهي حالة الحصار ويلاحظ أن هذه الحالة، التي تعتبر هي الأخرى غير عادية، ورغم ذلك لم توضح في نص المادة 59/ من دستور 08 ديسمبر 1963 التي اكتفت بإعطاء الرئيس صلاحية اتخاذ إجراءات استثنائية للحفاظ على الاستقلال والمؤسسات. أما المادة 119/ من الدستور الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 فقد نصت على ما يلي " في حالة الضرورة الملحة، يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة، حالة الطوارئ أو الحصار، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع". وفي المادة 86/ من دستور 1989 نصت على أنه "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، و رئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، ولا يمكن تجديد حالة الطوارئ أو الحصار الا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني." أما نص المادة 91/ من دستور 1996 فقد أعاد نفس الصياغة الواردة في المادة 86/ من دستور 1989، لكن أضاف ضمانا هامة تتعلق بتنظيم حالة الطوارئ. كما أورد تعديل 2016 نفس أحكام دستور 1996. /أنظر: مسعود شيهوب، مجلة حوليات، وحدة البحث، إفريقيا، العالم العربي، جامعة قسنطينة، 1998.

⁽²⁾ لأكثر حول شروط وضوابط الظروف الاستثنائية: سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور- 1996 السلطة التشريعية والمراقبة -، مرجع سابق، ص 270. /عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، 1999. ص 88. / فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص 133. / حسين حامد عمر، الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1996. ص 373 وما بعدها.

قيد، بل يضع القضاء والقوانين مجموعة من الشروط والضوابط التي من شأنها أن توفر حماية الحقوق وحرية الأفراد وإلا كانت قراراتها غير مشروعة تستوجب الإلغاء والتعويض لمن لحقه ضرر من جرائها. وتمثل شروط إعلان الحالة الاستثنائية أساساً في :

- صعوبة معالجة الظرف الاستثنائي وفقاً لقواعد المشروعية العادية، ويعني ذلك أن تكون الإدارة مضطرة للخروج عن قواعد المشروعية العادية لأن في ذلك مصلحة حقيقية تتمثل في المحافظة على النظام العام وعلى سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد⁽¹⁾.

- تحقق ظرف استثنائي مؤكّد حدوثه، حيث أن لجوء الإدارة إلى مخالفة مبدأ المشروعية يتطلب وجود مبرر شرعي كقيام خطر أو تهديد لإدارة المرافق العامة أو النظام العام، بحيث يشمل عمل الدولة ووظيفتها في أرجاء البلد أو جزء من إقليمها⁽²⁾.

- تناسب السلطات المستخدمة مع الظرف الاستثنائي، بمعنى آخر أن تستخدم الإدارة من الوسائل والإجراءات ما يتناسب مع القدر اللازم لمعالجة الظرف الاستثنائي، فإذا شطت الإدارة - ممثلة في رئيس الجمهورية وارتكبت أفعال يمكن وصفها بالخيانة العظمى⁽³⁾ - في استخدام سلطتها بما يزيد عن القدر اللازم للتغلب على الظرف الاستثنائي فإن أعمالها ستكون غير مشروع⁽⁴⁾.

- يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ على الهدف من حالة الطوارئ والذي يكون ابتغاء المصلحة العامة، والمنطقة التي يشملها بالإضافة إلى الفترة الزمنية التي تسري خلالها أحكام الطوارئ، ويراعى أن تقدر الضرورة بقدرها. وألا تضحي مصلحة الأفراد في سبيل المصلحة العامة إلا بمقدار ما تقتضيه حالة الضرورة⁽⁵⁾.

(1) رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، المرجع السابق، ص 31.

(2) عثمان حسن عثمان محمد، المرجع السابق، ص 34.

(3) راجع: دنش رياض، المسؤولية السياسية والجنايئة للسلطة التنفيذية في ظل التعديل الدستوري، 1996، مجلة الإحتهاد القضائي، العدد الرابع، بسكرة، 2010، ص 282.

Gilles Champagne, L'essentiel du Droit Constitutionnel, 12^{ème} Edition, Gualino, Paris, 2002. P.P.48 - 51.

Hélène Simonien, Gineste, L'essentiel du Droit Constitutionnel, 2^{ème} Edition, Ellipses, France, 2011, p.96.

ولمزيد من التفصيل فيما يخص القواعد الإجرائية التي تحكم المسؤولية الجنايئة لرؤساء الدول، راجع: عمارة فتحة، مسؤولية رئيس الجمهورية، مجلة الكوفة، العدد الخامس، سعيدة، 2011، ص 151 .

(4) أنظر: إمام محمد عبده، مرجع سابق، ص 52. / ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 50.

(5) شطناوي علي حطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 106.

- لا يجوز بأي حال من الأحوال بمناسبة حالة الضرورة تعطيل أحكام الدستور أو التدخل في نشاط السلطة القضائية.
- لا يجوز حل البرلمان أو تعطيله خلال فترة حالة الطوارئ أو تعليق أحكام باب حالة الطوارئ في بعض الدساتير.
- أن ما يصدر من قرارات أثناء سريان حالة الطوارئ لا ينبغي له أن يفرض على الحقوق والحريات إلا بالقدر اللازم⁽¹⁾ لتحقيق أهداف مرسوم حالة الطوارئ واستعادة الأمن العام والنظام العام.
- تحديد فترة زمنية لممارسة السلطات الاستثنائية، والأصل أن تخويل الإدارة سلطات استثنائية يتوقف على درجة الظرف الاستثنائي، فإذا ما انتهت فترة الضرورة وجب على الإدارة الرجوع إلى قواعد المشروعية العادية.
- وتأسيساً على ذلك، فإن لجوء الإدارة إلى السلطة الاستثنائية يبقى مرهوناً بتحقق خطورة الظروف الاستثنائية، فبمجرد زوال الظرف الطارئ يتعين على الإدارة الرجوع إلى قواعد المشروعية العادية.
- وبناء على ما سبق فإذا توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على هذا النحو كان للإدارة أن تتدخل لمواجهة الحالة الاستثنائية، ومن ثم اتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهة ما يترتب عليها من نتائج أو آثار.

المبحث الثالث

نظرية أعمال السيادة

ستتصدى لهذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى مدلول أعمال السيادة، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث تمييز أعمال السيادة، وأما المطلب الثالث فندرس فيه تقدير نظرية أعمال السيادة، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مدلول أعمال السيادة.

ستتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مفهوم أعمال السيادة، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث مبررات نظرية أعمال السيادة وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) أنظر: أندريه هورويو، المرجع السابق، ص418. / عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار رجحانة، المرجع السابق، ص89.

الفرع الأول

مفهوم أعمال السيادة

إنه جانب من الفقه إلى إدخال نوع من الأعمال التي تضطلع بها السلطة التنفيذية، في طائفة خاصة من الأعمال يطلق عليها "أعمال الحكومة أو أعمال السيادة". وعلى هذا يعتبرون أن هذه الأعمال تعد قيدياً آخر من القيود التي ترد على مبدأ المشروعية وما يعنيه من ضرورة خضوع كافة أعمال وقرارات السلطة التنفيذية للمشروعية بمفهومها الواسع. ولا تخضع لرقابة القضاء، مهما خالفت هذه الأعمال قواعد المشروعية وما ترتبه من آثار ضارة، بالرغم من أنها في تقديرهم أعمالاً لها طبيعة إدارية. وعلى هذا الأساس تعد إنكاراً لمبدأ المشروعية⁽¹⁾.

وأعمال السيادة ليست أعمالاً تشريعية، ولا أعمالاً قضائية، وإنما هي أعمال صادرة من السلطة التنفيذية، ومن ثم فإنها تتفق مع باقي أعمال السلطة التنفيذية في الجهة التي تصدر منها الأعمال، وفي طبيعة هذه الأعمال؛ إلا أنها تختلف عن سائر الأعمال الإدارية في الصفة التي تباشر بها السلطة التنفيذية هذه الأعمال، وتبعاً لهذه الصفة يترتب الخلاف في أعمال رقابة القضاء من عدمها.

هذا ما دفع الفقه لاعتبارها أخطر استثناء على مبدأ المشروعية، حيث يضع المشرع بموجبها قيدياً في مواجهة حقوق وحرية الأفراد، ولا يمكن للقاضي بسط رقبته على هذه الطائفة من الأعمال في ظل وجود النص التشريعي الملزم له بعدم التعرض لأعمال السيادة بأي صورة من صور الرقابة.

والجدير بالذكر، أنها من صنع وخلق القضاء الإداري الفرنسي⁽²⁾، كغيرها من النظريات الأخرى التي عمل مجلس الدولة الفرنسي على خلقها وتقريرها⁽³⁾، أما في مصر فهي ذات أصل تشريعي على عكس ما هو عليه الحال في فرنسا حيث تعتبر أعمال السيادة فيها نظرية قضائية، وقد نصت التشريعات المتلاحقة في مصر سواء منها المنظمة للمحاكم المختلفة أو القضاء العادي أو مجلس الدولة على أعمال السيادة⁽⁴⁾.

(1) إمام محمد عبده، مرجع سابق، المرجع السابق، ص 44.

(2) يعود أصل نشوء نظرية أعمال السيادة إلى ظروف تاريخية خاصة بمجلس الدولة الفرنسي، وهي في الأساس تمثل مظهراً من مظاهر السياسة القضائية المرنة لمجلس الدولة، فعلى إثر عودة الملكية في فرنسا عام 1841 بيتت الحكومة النية على إلغاء مجلس الدولة للتخلص من رقبته، فلجأ هذا الأخير إلى التصالح مع الحكومة بأن يتنازل عن بعض سلطاته في الرقابة على طائفة من أعمال الحكومة مقابل الاطمئنان على مصيره، وضمان بقائه رقيباً على سائر الأعمال الإدارية، وهكذا اتخذ مجلس الدولة تلك النظرية التي ابتدعها وسيلة للحفاظ على كيانه وصمام أمان يكفل حمايته مما كان معرضاً له ومهدداً به من جانب السلطة التنفيذية، فأخذ بهذه النظرية. وبمقتضاها يتم تحصين جانب من أعمال الإدارة من الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية بحيث تكون بمنأى عن الإلغاء أو التعويض، ومن هنا اعتبر الفقه نقطة سوداء في جبين المشروعية، فاتخذ منها موقفاً معادياً إلى حد إنكارها من جانب العديد منهم. / الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 88.

(3) أنظر: الدكتور محسن خليل، القضاء الإداري "تنظيم القضاء الإداري في لبنان دعوى القضاء الشامل"، المرجع السابق، ص 93. / محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 225-226. / إبراهيم عبد العزيز شيجا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 158.

(4) أنظر: ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 41-42.

وبغرض معرفة المقصود من هذه النظرية، عرفها الدكتور سليمان الطماوي على أنها "عمل يصدر من السلطة التنفيذية، وتحيط به اعتبارات خاصة، كسلامة الدولة في الخارج أو الداخل، ويخرج عن رقابة المحاكم، متى قرر له القضاء هذه الصفة" أو أنها "طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا تخضع للرقابة القضائية سواء رقابة القضاء الإداري أو رقابة القضاء العادي، فهي لا تكون محلا لرقابة الإلغاء أو وقف التنفيذ أو التعويض أو التفسير أو فحص الشرعية"⁽¹⁾.

كما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها "تلك الأعمال المرتبطة بعلاقة الدولة بالدول الأخرى، وكذا الهيئات أو المنظمات أو الأشخاص الدولية الأخرى وتمثل الدولة في هاته الأعمال سلطتها التنفيذية"، وهذه الطائفة من الأعمال تعتبر المجال الخصب الذي لم يناع فيه أحد وجود نظرية أعمال السيادة⁽²⁾.

وتأسيسا على ما سبق، تعد أعمال الحكومة⁽³⁾ طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء، لاتصالها بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية، فلا تكون محلا للطعن بالإلغاء أو التعويض أو وقف التنفيذ أو فحص المشروعية، بالرغم من صدورها من جانب السلطة التنفيذية واشتمالها لكافة خصائص ومميزات القرارات الإدارية. ومن ثم تعد استثناء ونقطة سوداء في جبين المشروعية⁽⁴⁾.

وبهذا المعنى تمثل أعمال السيادة أو الأعمال الحكومية خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية وتجاهلاً لإحكامه⁽⁵⁾، ذلك أن السلطة التنفيذية تستطيع استغلال فكرة أعمال السيادة وتتخذ إجراءات وتقوم بتصرفات تسبغ عليها صفة أعمال السيادة تخرج فيها على القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ المشروعية، سواء كان ذلك في ظل ظروف عادية أو ظروف استثنائية⁽⁶⁾.

ولا يكون للقضاء بصدده هذه الأعمال حق التعقيب عليها إذ تخرج عن ولايته فلا تقبل الطعون المقدمة ضدها ولا طلبات التعويض عن الأضرار التي تحدثها، فلا يملك القضاء حيالها سلطة الإلغاء أو التعويض أو غيرها⁽⁷⁾.

(1) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 138.

(2) محمد محمد عبده إمام، المرجع نفسه، ص 48.

(3) لقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر أعمال السيادة بالرجوع إلى موضوعها أو مضمونها في الحكم الصادر في 1971-1-20 بأنها "تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة".

(4) كما عرف الدكتور سليمان الطماوي العمل السيادي على أنه "عمل يصدر عن السلطة التنفيذية وتحيط به اعتبارات خاصة كسلامة 2 الدولة في الخارج أو الداخل، ويخرج من رقابة المحاكم متى قرر له القضاء هذه الصفة". / أنظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 421.

(5) نده حنا إبراهيم، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 236-237.

(6) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 54 وبعدها.

(7) أنظر في هذا المعنى: سليمان محمد الطماوي، الوجيز في الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 270.

لذا تبدو خطورتها باعتبارها سلاحا في يد الحكومة يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم، ولا يجد الأفراد وسيلة للدفاع يدرؤون بها خطر هذا السلاح لأن القضاء ممنوع من التعرض لمناقشة هذه الأعمال التي تتصف بالسيادة⁽¹⁾ كما؛ وتعتبر أعمال السيادة⁽²⁾ قرارات إدارية تصدرها سلطة إدارية وترتب آثارا قانونية، كما أنها محصنة من رقابة القضاء الإداري عليها نظرا لموضوعه⁽³⁾، فلا يمكن إثارة مشروعيتها أمام القاضي بأي صورة من الصور، ويمكن مرجع استبعادها من الرقابة لارتباطها بسيادة الدول خارجيا وداخليا⁽⁴⁾.

كما ويرى جانب من الفقه، أنه في ظل وجود دولة القانون والتي تتعدد فيها صور الرقابة، الأعمال الحكومية التي لا تدخل في نطاق رقابة القضاء، لا تكون بعيدة أو غير خاضعة إلى رقابة جهات أخرى تضمن مشروعيتها واتفاقها مع القواعد القانونية، كالرقابة السياسية أو الإدارية أو أي نوع آخر من أنواع الرقابة⁽⁵⁾.

(1) د. محمد كامل ليلة، الرقابة علي إعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 91.

(2) يرى جانب من الفقه الحديث في فرنسا، أنه لتحديد المدلول الحقيقي لأعمال الحكومة يتوجب ربط الإدارة بفكرة السلطة التنفيذية، فهذه السلطة هي التي تختص بممارسة الوظيفة الإدارية إما عن طريق الضبط الإداري أو المرافق العامة، وتبعاً لذلك لا يمكن تعريف الإدارة (العمل الإداري) إلا بحكم اتصالها بالسلطة التنفيذية وكونها تتبع منها، مما يؤدي إلى استبعاد كل ما لا يتصل بالسلطة التنفيذية عضوياً أو شكلياً من مجال الإدارة والعمل الإداري، وعليه يخرج كل نشاط للسلطين التشريعية والقضائية عن مدلول الإدارة.

أما في داخل السلطة التنفيذية فلا يجوز اعتبار كل نشاط لها نشاطاً إدارياً، فالصفة الإدارية لا تلحق أعمال السلطة التنفيذية إلا ما تعلق منها بتنفيذ القوانين، علاوة على ما يضيفه المشرع الدستوري إليها من اختصاصات مرتبطة بتنفيذ القوانين مثل الضبط الإداري وإنشاء وتنظيم المرافق العامة، لأن السلطة التنفيذية هي سلطة تنفيذ القوانين، وبالتالي تخرج من نطاق العمل الإداري علاقة الحكومة بالبرلمان وبالسلطات العامة الأخرى، وعلاقة الحكومة مع الدول الأجنبية أو المنظمات الدولية، أي علاقتها مع الخارج عموماً.

وتأسيساً على ذلك يمكن القول أن العمل الإداري لصيق بالسلطة التنفيذية، وبها وحدها، وبالنشاط الإداري للسلطة التنفيذية دون غيره، والحالة هذه، تخرج الأعمال غير المتعلقة بالنشاط الإداري للسلطة التنفيذية من عداد الأعمال الإدارية، ويطلق عليها (أعمال الحكومة) تمييزاً لها عن (الأعمال الإدارية) للسلطة التنفيذية. ويبقى بعد ذلك أن التمييز بين الاختصاص الإداري والاختصاص الحكومي للسلطة التنفيذية، من الأمور غير الميسرة نظراً لأن أعضاء السلطة التنفيذية قد يباشرون نشاطهم استناداً إلى أي منهما. / أنظر في تفصيل ذلك: عبد الباسط محمد فؤاد، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ص 1989. ص 135.

(3) العقيلي إبراهيم سالم، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، ط 01، عمان، دار قنديل للنشر، 2008. ص 216.

(4) أحمد رجب محمود، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 80.

(5) وفي هذا الاتجاه، يرى الدكتور سامي جمال الدين، أنه وإن لم تخضع إلى رقابة القضاء كلياً أو جزئياً، إلا أنها مع ذلك يمكن أن تخضع لرقابة جهات أخرى لضمان لضمان مشروعيتها واتفاقها مع القواعد الأعلى مرتبة، كخضوعها للرقابة السياسية أو الإدارية مثلاً، ومن ثمة فإن أعمال الحكومة ليست قيدياً على مبدأ المشروعية أو على مبدأ خضوعها للرقابة، وإنما هي أعمال تخرج على قاعدة خضوع أعمال الإدارة للرقابة القضائية على الأخص، دون أن يمنع ذلك من خضوعها لرقابة جهات أخرى كالبرلمان مثلاً. ومن ناحية أخرى، فإن هذه الأعمال ليست استثناء حقيقياً على مبدأ خضوع الأعمال الإدارية للرقابة القضائية على مشروعيتها، لسبب بسيط هو أن غالبية هذه الأعمال التي يدخلها الفقه ضمن أعمال الحكومة ليست من الأعمال الإدارية من حيث الموضوع، بالرغم من صدورها عن السلطة التنفيذية أو الإدارية، وهي السلطة الواحدة من الناحية العضوية أو الشكلية، ومن ثمة فإن الأخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد الأعمال الإدارية يؤدي إلى خروج هذه الأعمال من نطاق الأعمال الإدارية. / أنظر: د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، ص 294.

الفرع الثاني

مبادئ نظرية أعمال السيادة

تنطوي نظرية أعمال السيادة على إنتهاك واضح لمبدأ المشروعية بإنكارها له وعدم الإعتداد به، وذلك بإطلاقها يد السلطة التنفيذية في بعض الميادين، وهكذا ترك هذه النظرية الأفراد بلا حماية قضائية تقيهم عبث واعتداء السلطة التنفيذية على حقوقهم وحررياتهم العامة، فهم مجردون من أية وسيلة قضائية للدفاع عن حقوقهم وحررياتهم، لذا قيل بالعديد من التبريرات الفقهية التي حاولت إيجاد أساس لهذه النظرية أو على أقل تقدير تبريرها⁽¹⁾.

يعلل بعض الفقهاء مثل Duguit خروج هذه الأعمال من نطاق رقابة القضاء، بالطبيعة السياسية لهذه الأعمال وكونها تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها هيئة سياسية، نظرا لاختصاص السلطة التنفيذية بوظيفتي الادارة والحكم، هذا ما يحتم إخراج أعمال الوظيفة الثانية أي الوظيفة الحكومية من رقابة القضاء واخضاعها لرقابة البرلمان، في حين تبقى أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بوظيفتها الادارية خاضعة لرقابة القضاء⁽²⁾.

كما حاول البعض الآخر تبريرها بالاستناد إلى بعض الاعتبارات القانونية والعملية، على أساس أن القانون وسيلة لا غاية في ذاته، فهو وسيلة للمحافظة على سلامة الدولة، وصيانة كيانها، فإذا كان التمسك به على حساب سلامة الدولة وجبت التضحية به، إذ أن سلامة الدول فوق القانون ومن ثم وجب الاعتراف للحكام بالخروج على القانون كلما اقتضت الظروف ذلك تحقيقا لتلك الغاية العليا⁽³⁾.

كما ذهب الفقيه Laferrière إلى القول، بأن السلطة التنفيذية تتولى في الواقع وظيفتين أساسيتين هما الحكم والإدارة، وبناء على ذلك فإن ما تصدره من قرارات، وما تتخذه من إجراءات باعتبارها حكومة، وقد تصدر عنها بوصفها إدارة، فالطائفة الأولى يغلب عليها الطابع السياسي، ومن ثم تخرج من رقابة القضاء، وتخضع لرقابة الهيئات السياسية - وهي المجالس النيابية - فالمبادئ العامة للقانون. وطبيعة الأشياء تقضي بضرورة التمييز بين العمل الحكومي والعمل الإداري⁽⁴⁾.

(1) شطناوي علي خطار، دراسات في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 60.

(2) الدكتور سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ للمشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 296.

(3) حافظ محمود، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص 156.

(4) رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، المرجع السابق، ص 128.

كما حاول جانب آخر من الفقه الاستناد إلى النصوص التشريعية⁽¹⁾، ففي فرنسا استند على النصوص التشريعية لتبرير عدم خضوع أعمال الحكومة لرقابة القضاء، فاعتبروا أن المادة /47/ من القانون الصادر في 3 مارس 1849، وكذلك المادة /36/ من قانون 24 مايو 1972 بشأن تنظيم اختصاصات مجلس الدولة، أساساً تشريعياً صالحاً لنظرية أعمال الحكومة، وتقضى هذه النصوص بأن "للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة تنازع الاختصاص القضايا المرفوعة أمام مجلس الدولة والتي لا تختص المحاكم الإدارية بنظرها".

وقد فسر هذا الجانب من الفقه هذه النصوص، سيما تعبير (القضايا المرفوعة أمام مجلس الدولة) بأنها تقصد أعمال الحكومة، وبالتالي فإن هذه النصوص تهدف إلى تقرير نظرية أعمال الحكومة، إلا أن هذه المحاولة لم تلقى التأييد لعدم صلاحية النص -الذي لا يرمي في تفسيره الصحيح إلا إلى تحقيق نوع من التوازن بين اختصاصات جهتي القضاء- ليكون أساساً سليماً نظرياً، خاصة وأن الحكومة لم تستخدم هذا النص عملاً إزاء تسليم مجلس الدولة بنظرية أعمال الحكومة بغض النظر عن أساس هذه النظرية.

وذهب رأي آخر إلى تبرير نظرية أعمال السيادة من الوجهة القانونية بمقولة أن عمل السيادة هو عمل مختلط ليس صادر من السلطة التنفيذية وحدها، وإنما هو صادر منها في مجال علاقاتها بالسلطات الأخرى التي لا تخضع لرقابة القضاء، فالقضاء الفرنسي لا ييسر رقابته على أعمال السلطة التشريعية ولا أعمال الدول الأجنبية. وهذا يفسر عدم خضوع القرارات الصادرة عن الحكومة في مجال تنظيم علاقاتها بالبرلمان لرقابة القضاء، كما يبرر خروج المنازعات المتعلقة بالمعاهدات والمشكلات المتصلة بتفسيرها من اختصاصه⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى تبرر نظرية أعمال السيادة، بالحرص على توفير الشجاعة والإقدام لدى الحكام لاتخاذ ما يستلزم لسلامة الدولة من إجراءات، دون خشية الوقوع تحت طائلة الرقابة القضائية. والتعرض للمسؤولية، فشحح المسؤولية من شأنه أن يقعد الحكام عن الحركة ويغريهم بالإحجام عن التصرف. حيث تتطلب الظروف ذلك.

هذا عدا عن أن هناك من الأعمال مما تباشره السلطة التنفيذية سواء في مجال العلاقات الدولية أو في مجال الشؤون الداخلية يتسم بأهمية خاصة، من ثم فإنه يكون من المصلحة بمكان ألا تعرض مثل هذه الأعمال على

(1) يذهب جانب من الفقه المصري إلى تأسيس نظرية أعمال الحكومة على أساس تشريعي يمثل في النصوص الصريحة المتعاقبة التي وردت في قوانين تنظيم الجهات القضائية في مصر، مثل المواد /11/ من لائحة ترتيب المحاكم المختلفة الصادرة عام 1955، والمادة /15/ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بعد تعديلها عام 1955، والمادة /18/ من قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949، والمادة /10/ من قانون السلطة القضائية رقم 56 لسنة 1959، والمادة /16/ من قانون السلطة القضائية رقم 43 لسنة 1965، والمادة /06/ من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم 112 لسنة 1946، والمادة /07/ من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم 9 لسنة 1949، والمادة /12/ من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم 165 لسنة 1955، والمادة /12/ من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم 55 لسنة 1959 المعدل بالقانون 31 لسنة 1963، وهي نصوص نصت صراحة على منع المحاكم الإدارية والعادية من النظر في المنازعات المتعلقة بأعمال السيادة، فجعلت منها قيدا تشريعياً على ولاية المحاكم باختلاف أنواعها، وإن كان المشرع لم يحاول تعريف هذه الأعمال أو تحديد مدلولها أو أساس عدم اختصاص القضاء برقيبتها وتحسينها من هذه الرقابة، مما أبقى باب الاجتهاد مفتوحاً للفقه لتأصيل هذه الأعمال ووضع حدودها.

(2) محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص 155.

القضاء لما يترتب من علنية وتحقيقات أثناء رقابة القضاء. خاصة أن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقتضي مصلحة الدولة أن تكون سرية للغاية⁽¹⁾.

وتأسيساً على ما سبق، يذهب رأي آخر إلى القول بأن الأساس الحقيقي لعدم اختصاص القضاء بالنظر في أعمال الحكومة هو قواعد الاختصاص القضائي ذاتها⁽²⁾، وتبعاً لذلك فإن حقيقة أعمال الحكومية لا تمت بصلة إلى المعنى الذي حاول بعض الفقهاء إظهاره، بكونها قيد أو استثناء على مبدأ المشروعية أو على قاعدة خضوع أعمال الإدارة لرقابة القضاء، إذ أنه لا يصح الاعتراف بوجود مثل هذا الاستثناء، ومن ثم فإن الحديث عن أعمال الحكومة بهذه الصورة هو حديث عن شيء معدوم.

ومما نخلص إليه، أن أعمال الحكومة لم تعد تتضمن إلا تلك الأعمال الناشئة عن علاقة السلطة التنفيذية بالسلطات الأخرى وخاصة البرلمان أو عن علاقتها بالسلطات الأجنبية والهيئات الدولية والدول الأخرى، وهي أعمال تخرج عن نطاق اختصاص القضاء بنظر المنازعات التي ترفع أمامه، وذلك وفقاً لقواعد الإختصاص المادية. ومن ناحية أخرى فإن عدم إختصاص القضاء بالرقابة على أعمال الحكومة لا يمنع من إختصاص البرلمان⁽³⁾ بفحص هذه الأعمال سواء من حيث مشروعيتها أو من حيث ملاءمتها، بل وليس هناك ما يمنع من إختصاص القضاء في بعض الحالات بنظر دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن أعمال الحكومة⁽⁴⁾.

في حين يرى الباحث أن جميع هذه الإعتبارات التي قيل بها هي فقط تخدم مصلحة الإدارة في عدم خضوع مثل هذه القرارات الإدارية للطعن القضائي، وهو الفعل الذي يعد خروجاً صارخاً عن مبدأ المشروعية.

(1) رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، المرجع السابق، ص 130.

(2) والسبب الحقيقي في عدم خضوع غالبية أعمال الحكومة الرقابة القضاء لا يرجع إلى كونها من (أعمال السيادة) كطائفة من الأعمال التي تتميز بطبيعة خاصة تحصنها من رقابة القضاء، إنما يعود هذا السبب إلى خروج هذه الأعمال من نطاق اختصاص القضاء بجهته، أما لأنها تتصل بعلاقات السلطات العامة ببعضها، كقرار حل البرلمان الذي يتصل بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية. أو قرارات العفو التي تعتبر من قبيل الأعمال القضائية، وإما لأنها تتصل بمعاهدات وعلاقات دولية وتثير مسائل تدخل في نطاق القانون الدولي، كإعلان الحرب، وهي مسائل لا تدخل في مدلول المنازعات الإدارية التي يختص القضاء الإداري بالفصل فيها، كما لا تدخل في مدلول منازعات الأفراد التي يختص القضاء العادي بنظرها. وعليه فإن الأعمال التي لا تتصل بعلاقات السلطات العامة ببعضها أو بالعلاقات الدولية، ومع ذلك يحاول بعض الفقهاء اعتبارها من أعمال الحكومة تخرج في الواقع من عداد هذه الأعمال، فإذا كان القضاء قد أتجه إلى الإبقاء على بعضها وإخراجه من اختصاصه، فإن ذلك لا يعني بالضرورة الإبقاء على نظرية أعمال الحكومة، إذ أن أساس عدم الاختصاص في هذه الحالات لم يعد مرتبطاً بفكرة الأعمال الحكومية للسلطة التنفيذية، وإنما بأفكار أخرى ومثال ذلك قرارات العفو التي يصدرها رئيس الدولة أو رئيس السلطة التنفيذية، فهذه القرارات لم تعد من الأعمال الحكومية للسلطة التنفيذية بل غدت من الأعمال القضائية التي تتبع السلطة القضائية وتخرج بالتالي من نطاق اختصاص القضاء الإداري بنظر مشروعية أعمال الإدارة. / ينظر في ذلك: محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص 154.

(3) ففي فرنسا يمكن تقرير مسؤولية الدولة من أعمال الحكومة على أساس المخاطر وتحمل التبعية، سيما وأن الاتجاهات القضائية الحديثة تتجه إلى إخضاع سائر أعمال الدولة سواء كانت تشريعية أم قضائية أم إدارية الرقابة التعويض أما على أساس الخطأ أو على أساس المخاطر.

(4) في هذا المعنى أنظر: رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، المرجع السابق، ص 33.

وعليه، فإذا كان الأمر كذلك، هل يتسع نطاق أعمال السيادة؟ ، أم هل يجب تحديد نطاق هذه الأعمال وفق بنود ومعايير معينة حتى لا تتسع المبررات لاتخاذ أعمال تحت طائلة أعمال السيادة؟. وهو ما سنعمل على تحديده من خلال الجزء الموالي.

المطلب الثاني

تمييز أعمال السيادة

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول معايير تمييز أعمال السيادة، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث التمييز بين التحصين التشريعي ونظرية أعمال السيادة وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

معايير تمييز أعمال السيادة

يتطلب التمييز بين الأعمال الإدارية، تحديد نطاق هذه الأعمال. وقد مرت مسألة تحديد المعيار المحدد لأعمال السيادة بعدة مراحل خلال القرنين الماضيين، اختلف الفقهاء الذين يعترفون بنظرية أعمال السيادة في تحديد معيار تمييز هذه الأعمال، فتعددت الآراء، وإن كان من الممكن ردها إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية إذ ظهر معيار الباعث السياسي أولاً ثم تبعه المعيار الموضوعي على أساس طبيعة العمل، وأخيراً إستقر الأمر على معيار تحديد أعمال السيادة على سبيل الحصر في قائمة قضائية محددة⁽¹⁾.

لهذا فإننا سنتناول هذه المعايير وفقاً لما يلي:

أولاً: معيار الباعث السياسي

يقوم هذا المعيار⁽²⁾ على أساس النظر إلى الباعث الذي أدى إلى إصدار القرار، فإذا كان الباعث سياسياً أي متعلقاً بالسياسة العليا للدولة ويستهدف حماية الدولة داخلياً أو خارجياً عد القرار متعلقاً بأعمال السيادة وخرج

(1) عبد الغني بسويو عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص62.

(2) بدأت تظهر فكرة الباعث السياسي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إذ كان أول حكم طبق هذه الفكرة هو قراره الصادر في أول مايو سنة 1822 في قضية Laffitte، بمناسبة تطبيق المادة 04/ من قانون 12 يناير سنة 1816 التي كانت تنص على إستبعاد عائلة نابليون بونابرت من فرنسا مع حرمانها من التمتع بالحقوق المدنية، ومن تملك أي أموال أو سندات أو معاشات تقررت لها على سبيل المنحة، فرفض مجلس الدولة الدعوى المرفوعة ضد قرار وزير المالية الصادر برفض صرف مستحقات أحد أفراد هذه الأسرة من المرتبات، وأسس المجلس حكمه على أن طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية مما تختص الحكومة وحدها بقرار الفصل فيها. / أنظر: د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص132. / محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص63.

بالتالي من رقابة القضاء⁽¹⁾، أما إذا كان الباعث على إصدارها غير سياسي فإن العمل يعتبر إدارياً ويخضع لرقابة القضاء⁽²⁾.

ورغم ما يتميز به هذا المعيار من البساطة والوضوح إلا أن الأخذ به يمثل خطورة على الحقوق والحريات، ويتنافى في ذات الوقت مع مبدأ المشروعية؛ ويخالف الديمقراطية التي تقتضي أن ممارسة الحكام لاختصاصاتهم تكون وفقاً للقانون وبالتالي يجب أن تخضع لرقابة القضاء للتأكد من شرعيتها.

هذا المعيار⁽³⁾ لم يكن يعتمد على طبيعة العمل ذاته بقدر اعتماده على ما تستهدفه الحكومة من ورائه، وهو معيار خطير يجعل الفصل في مسألة أعمال السيادة رهناً لرغبة الحكومة. لذلك تراجع هذا المعيار ليحل محله معيار جديد يحاول الاعتماد على الطبيعة الذاتية لأعمال السيادة.

كما أن خطورة هذا المعيار تظهر من خلال ما تتمتع به أعمال السيادة من حصانة قضائية، التي تتيح للسلطة التنفيذية التهرب من الرقابة القضائية مستترة وراء باعث تخلقه وتدعيه وتصفه بأنه سياسي بقصد تحصين عملها والإفلات من رقابة القضاء⁽⁴⁾، وتحويل كل عمل من أعمال السلطة التنفيذية إلى عمل سيادة بحجة أن الباعث عليه سياسي⁽⁵⁾.

ومن جهة أخرى يعتبر خطر على حقوق وحريات الأفراد إذ يعجز الأفراد عن الطعن في أعمال السلطة التنفيذية التي تمس حقوقهم وحرياتهم أمام القضاء، إذا ما تذرعت هذه السلطة بأنها أصدرت هذه الأعمال بباعث سياسي، ولهذا هجر مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار منذ سنة 1875⁽⁶⁾.

(1) Martine Lombard, Droit Administratif, 3^{ème} Edition, Paris, 1999, p.67

(2) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 255.

(3) أخذ القضاء المصري بمعيار الباعث السياسي في تحديد أعمال السيادة وتميزها عن أعمال الإدارة وهو ما تأكد في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 30 فبراير 1971 في القضية رقم 718 لسنة 15 القضائية حيث قالت أن " أعمال السيادة.. تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة وكذلك أحكام المحكمة العليا الدستورية في الدعوى 2,6,9 لسنة 1 قضائية دستورية بجلسة 6 نوفمبر 1970، وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 19 يونيو 1974 في الدعوى رقم 207 لسنة 27 القضائية، حيث تقول المحكمة " في تحديد أعمال السيادة ينبغي التمييز بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية، فالإدارة تشمل التطبيق اليومي للقوانين وتصريف شؤون الجمهور العادي، أما وظيفة السلطة التنفيذية يدخل فيها المحافظة على الكيان العام ومعالجته المشاكل الكبرى التي تخص الوحدة السياسية والمصالح القومية الكبرى". لذا نرى أن القضاء في مصر وعلى غرار أغلب الدول أقر بوجود نظرية أعمال السيادة وهو ما أكده حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم 2 لسنة 1 ق عليا الصادر في 6 نوفمبر عام 1971 " الأصل أن كل قرار إداري نهائي يصدر من السلطة التنفيذية يخضع لرقابة القضاء إعمالاً لمبدأ الشرعية وسيادة القانون، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل قرارات تتصل بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية لأنها لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية، ومن ثم تخرج عن ولاية القضاء". / معتوق محمود عمر، مبدأ المشروعية وتطبيقاته في النظام الجماهيري، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، 2001، ص 331.

(4) أنظر في هذا المعنى: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، المرجع السابق، ص 60.

(5) وقد تم عدول محكمة التنازع في فرنسا عن معيار الباعث في حكمها الصادر في 5 نوفمبر 1880 في قضية " Marquigny " الذي رفضت فيها محكمة التنازع إتباع رأي مفوض الحكومة أمامها وكان يأخذ بمعيار الباعث للتمييز بين أعمال السيادة وغيرها، واعتبرت العمل مثار النزاع عملاً إدارياً يجب خضوعه للرقابة القضائية، ويختص القضاء الإداري بفحص مشروعيته. / الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 105 وبعدها.

(6) عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، المرجع السابق، ص 06.

كما يرى الدكتور عمر محمد الشوبكي أن الأخذ بأي معيار آخر كأساس لقبول الدفع بأن العمل من أعمال السيادة، بهدف إخراجها من رقابة القضاء مسألة موقفية تعتمد على مسلك القضاء نفسه⁽¹⁾.

ثانياً: معيار طبيعة العمل

إزاء الخطورة البالغة الناجمة عن الأخذ بمعيار الباعث السياسي، لما يترتب عليه من تضيق نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وشلها بصورة تكاد أن تكون مطلقة، ونظراً لعدم صلاحية هذا المعيار لتمييز أعمال الحكومة حيث يمكن أن يوصف العمل الواحد بوصفين مختلفين، وذلك تبعاً للباعث الذي تتدرج به الإدارة في إصداره، فيكون تارة من أعمال الحكومة وتارة أخرى من أعمال الإدارة.

إنّجّه الفقه والقضاء إلى البحث عن معيار آخر محدد قاطع لتمييز أعمال الحكومة⁽²⁾، يمكن بمقتضاه أن يوصف العمل بصفة واحدة، وأن يتحدد نطاق هذه الأعمال في مجال محدد يتفق مع قواعد المشروعية، وبالتالي يخضع للقضاء إذا ما تعسفت وجارت الإدارة على حقوق الأفراد وحررياتهم⁽³⁾.

وذلك إنطلاقاً من طبيعة العمل ذاته، بحيث يقوم على أساس التمييز بين أعمال السلطة التنفيذية وهي تمارس وظيفة الحكم، فتكون الأعمال الصادرة عنها أعمال سيادة، وأعمالها وهي تمارس أعمال الإدارة تعتبر أعمال إدارية. وبالتالي فالأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في إطار وظيفتها الحكومية تعد أعمال سيادة وتكون بمنأى عن أية رقابة قضائية، أما إذا كانت تعد بطبيعتها أعمالاً إدارية عدت أعمالاً إدارية خضعت لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً⁽⁴⁾.

بحيث تكون العبرة في تحديد نوع العمل بالرجوع إلى بحث طبيعة العمل ذاته أو في موضوعه، ويكون عدم خضوع بعض القرارات أو الأعمال الصادرة عن الإدارة لرقابة القضاء نظراً لطبيعتها الخاصة التي لا تسمح بأن تكون محلاً لنظر القضاء. غير أن الفقه لم ينجح في الاتفاق على الضوابط الموضوعية التي تسمح بتحديد طبيعة أعمال الحكومة والتي تميزها عن أعمال الإدارة.

(1) الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص89.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص229. / أنظر القرار رقم: 18/2000 محكمة العدل العليا الفلسطينية بجلسته 11/7/2000 على أنه "لا يمكن اعتبار اعتقال مواطن عملاً من أعمال السيادة التي هي بمعناها البسيط تتمثل بالأعمال الحكومية المتعلقة بتحديد القوانين الأساسية الدستورية وربط المجالس النيابية بالحكومة والدول الأجنبية".

(3) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، ص302.

(4) إمام محمد عبده، القضاء الإداري "مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص46-47.

ومن أنصار هذا المعيار الفقيه Hauriou حيث يرى بأن المهمة الحكومية تنحصر في وضع الحلول للأمور الاستثنائية، والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية، أما الوظيفة الإدارية فتتركز في تيسير المصالح الجارية للجمهور.

أما الفقيه Laferrière يرى أن تنحصر وظيفة الإدارة في التطبيق اليومي للقوانين، والإشراف على علاقات الأفراد بالإدارة المركزية أو المحلية، وعلاقات الهيئات الإدارية بعضها البعض، أما الوظيفة الحكومية فيقصد بها تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام الدستور، وسير هيئاتها العامة، والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي.

وأن العمل الذي يكون الغرض منه سياسيا لا يصح لمجرد ذلك اعتباره عملا من الأعمال الحكومية التي لا يجوز للإفراد الطعن فيها أمام القضاء، وإنما العبرة بطبيعة الأعمال في ذاتها لا بالأغراض التي كانت ملحوظة فيها وقت إصدارها⁽¹⁾، بمعنى أن العبرة في تحديد نوع العمل هو البحث في طبيعة العمل ذاته أو موضوعه لا على الباعث⁽²⁾.

وقد أدى هذا الاتجاه في تحديد طبيعة العمل الموضوعية عن طريق وصف العمل أو تحديد نطاقه إلى إنتقاده بالغموض والإبهام وعدم الوضوح الكافي لتحديد أعمال الحكومة مما لا يجوز معه الاعتماد عليه في تحديد أعمال الحكومة لما يترتب على هذا التحديد من نتيجة خطيرة نظرا لتحصين العمل ضد رقابة القضاء، وهي نتيجة لا يصح أن نربطها بمعيار مبهم أو غامض⁽³⁾.

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه يعد من أعمال السيادة إذا اتخذته تنفيذًا لنص دستوري، أما الأعمال التي تقوم بها استنادا إلى القوانين العادية واللوائح فإنها تعتبر من قبيل الأعمال الإدارية العادية وكان Carre le Malberg و Ducrocq من مؤيدي هذا الاتجاه⁽⁴⁾.

بحيث يستند هذا المعيار على أساس موضوعي يتمثل في طبيعة العمل، فالعبرة هي طبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن الباعث السياسي، كما يفرق هذا المعيار بين وظائف السلطة على أساس أن للسلطة التنفيذية وظيفتين، أولهما وظيفة حكومية تمارس فيها الحكومة أعمال السيادة باعتبارها أداة حكم بما فيها الوظائف المتعلقة بتنفيذ نص دستوري أو الأمن الداخلي والخارجي أو الانضمام إلى معاهدة أو علاقة الدولة بالدول الأخرى⁽⁵⁾. وثانيهما

(1) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 136.

(2) أنظر: رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، المرجع السابق، ص 35.

(3) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق ص 303.

(4) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 106.

(5) صدارتي صدارتي، المرجع السابق، ص 22.

إدارية، وبموجبها تعد أعمال إدارية عادية، تركز فيها الإدارة على التطبيق اليومي للقوانين والأنظمة وتنظيم سير المرافق العامة، وعلاقتها ببعضها وإشباع حاجات المجتمع وتنظيم علاقة الأفراد بالإدارة المركزية والمحلية والمحافظة على الأمن الداخلي والخارجي⁽¹⁾.

ويعيب هذا الرأي أنه لا يتفق مع قواعد القانون الوضعي الذي لا يقيم الفصل بين السلطات على أساس التقسيم الموضوعي للأعمال القانونية، حيث يعترف للسلطة التشريعية بممارسة بعض الأعمال الإدارية بطبيعتها كاعتماد الميزانية، كما يعترف للسلطة التنفيذية بحق ممارسة بعض مظاهر الوظيفة التشريعية بما يخوله إياها من سلطة إصدار اللوائح.

ولذلك القضاء يعتبر أن اللوائح تعتبر من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها، و تخضع بهذه الصفة لرقابة القضاء بالرغم من أنها أعمال مشرعة وفقاً لتقسيم Duguit للأعمال القانونية. وعليه يعيب هذا المعيار عدم اتفاه مع القانون الوضعي، وأحكام القضاء بصورة واضحة تجعل من الصعب بل ومن المستحيل الإعتماد عليه⁽²⁾.

والجدير بالذكر؛ أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذا المعيار، حيث لا يوجد أي حكم قضائي قضي بالتمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة، مما يعني عدم صلاحية الأخذ به والإبقاء عليه. هذا عدا صعوبة تمييز الوظيفة الإدارية عن الوظيفة الحكومية فهما متداخلتان، وبالتالي فهذا المعيار يتطلب معيار آخر.

ومع هذا كله، لم ينجح الفقه في الاتفاق على ضوابط موضوعية أو شكلية تسمح بتحديد طبيعة الأعمال الحكومية وتميزها عن الأعمال الإدارية، مما أدى إلى انتقاد هذا المعيار ووصفه بالغموض وعدم الوضوح في معالجة وتحديد أعمال الحكومة، وما يترتب على هذا التحديد من نتائج خطيرة في تحصين العمل ضد رقابة القضاء.

وازاء فشل الضوابط الموضوعية الواضح في تحديد طبيعة أعمال الحكومة، حاول جانب من الفقه اللجوء إلى بعض الضوابط الشكلية لتحديد أعمال الحكومة على النحو التالي:

1 - الإعتماد على النصوص القانونية

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عمل السلطة التنفيذية يعد من أعمال الحكومة إذا اتخذته تنفيذاً لاختصاصاتها المحددة في النصوص الدستورية، أما الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية استناداً إلى نصوص القوانين واللوائح فإنها تعتبر من قبيل الأعمال الإدارية.

غير أنه يعيب هذا الرأي أنه يقرر تفرقة تحكمية بين أعمال السلط التنفيذية، لا تستند إلى أساس مقبول، علاوة على أنه يؤدي إلى عدم إخضاع الأعمال المقيدة للحقوق والحريات الفردية لرقابة القضاء مجرد صدورها

(1) عبد الباسط محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 139.

(2) راضي مازن ليلو، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن، الطبعة الأولى، دار فتدليل للنشر، عمان، 2005، ص 42.

تنفيذا لنص دستوري، وهو الأمر الذي يحول الدستور من أداة أساسية في تقرير الضمانات التي تكفل حماية حقوق الأفراد وحررياتهم إلى أداة في يد السلطة التنفيذية تستخدمها للتخلص من الرقابة القضائية على أعمالها في مواجهة الأفراد⁽¹⁾.

وقد رفض القضاء الأخذ بهذا الرأي خاصة وأن سلطات الإدارة في تنفيذ القوانين وتسيير المرافق العامة وممارسة الضبط الإداري، تجد مصدرها دائما في نصوص الدستور الصريحة، ومع ذلك تبقى أعمالا إدارية بطبيعتها، بالإضافة إلى إعتبار بعض الأعمال المستندة إلى نصوص القوانين واللوائح من أعمال الحكومة.

2- فكرة الأعمال المختلطة

يقوم هذا المعيار⁽²⁾ على أساس أن أعمال السيادة هي الأعمال التي تأتيها السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بسلطة أخرى لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، فقيام السلطة التنفيذية بحل البرلمان مثلا أو دعوته للانعقاد تعد من أعمال السيادة باعتبار البرلمان جهة مستقلة ولا تخضع لرقابة القضاء، وتعد من أعمال السيادة كذلك الأعمال التي تأتيها السلطة التنفيذية في علاقتها بسلطات الدول الأجنبية مثل الأعمال المتعلقة بإبرام المعاهدات والأعمال الدبلوماسية وغيرها⁽³⁾.

ويندرج في ذلك جميع الأعمال المتعلقة بالمعاهدات والاتفاقات والتصديق عليها وتفسيرها وتطبيقها، وكذلك بالنسبة للقرارات الصادرة بالاعتراف بدولة أو بحكومة أجنبية، كما يشمل قبول الممثلين الدبلوماسيين وتمتعهم بالحصانة الدبلوماسية⁽⁴⁾. على أساس أن هذه السلطات لا تخضع لرقابة القضاء باعتباره قضاء محلي وليس دولي⁽⁵⁾.

ومن هنا تعتبر الأعمال المختلطة أي الموجهة من سلطة لأخرى، كالأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بشأن علاقتها بالبرلمان⁽⁶⁾؛ مثل الدعوة إلى إجراء الانتخابات أو دعوة المجلس للانعقاد أو قرار وقف جلساته أو حله، وكذلك الأعمال الصادرة عنها بصددها سلطة أجنبية، كالاعتراف بدولة أو تبادل السفراء أو سحبهم أو إعلان الحرب أو عقد الصلح، كل هذه الأعمال تعد أعمالا مختلطة.

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 304.

(2) ويقال له أيضا معيار celier حيث يرجع الفضل إليه في اكتشافه وعرضه بل والدفاع عنه أمام مجلس الدولة الفرنسي، فقد كان مفوضا للحكومة وقد انتهز فرصة إعداده لتقريره في إحدى القضايا المعروضة على مجلس الدولة الفرنسي واقترح هذا المعيار حيث أخذ بضابط شكل آخر في تحديد الأعمال الحكومية وذلك بالنظر إلى أطراف العلاقة التي صدر بشأنها العمل أو القرار من السلطة التنفيذية. وقد أقام مفوض الدولة معياره في تحديد أعمال الحكومة استنادا إلى هذا الضابط الشكلي وأطلق عليه معيار (العمل المختلط).

(3) محمد محمد عبده إمام، المرجع نفسه، ص 48.

(4) عمر محمد الشوبكي، المرجع السابق، ص 94.

(5) رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، المرجع السابق، ص 36.

(6) ومثال ذلك: اقتراح القوانين وفي هذا الصدد تنص المادة 136/ من الدستور الجزائري لكل من الوزير الأول و النواب حق المبادرة بالقوانين. " وكذلك قرارات السلطة التنفيذية بصددها تكوين البرلمان ومثال ذلك، دعوة الناخبين لاختيار أعضاء البرلمان أو دعوته للانعقاد.

كما يطلق عليها الفقه إسم "أعمال الحكومة"، نظرا لارتباطها بعلاقات الحكومة بغيرها من السلط أو الهيئات الأجنبية، ونظرا لأن ولاية القضاء وهو قضاء وطني وليس دولي، تقتصر على تصرفات السلطة التنفيذية فحسب، بوصفه قاضي السلطة التنفيذية دون غيرها، فإن الأعمال المختلطة تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإداري لانتفاء صفة العمل الإداري عنها، ومن ثم لا يصلح أن تكون محلا للطعن ضدها بالإلغاء أو التعويض⁽¹⁾. وقد تعرض هذا المعيار إلى النقد، لكون التصرف مهما كان مركبا أو مختلطا، فهو من حيث المصدر تصرفا صادرا عن الهيئة التنفيذية في حدود ولايتها في تنفيذ القوانين، فمن المعلوم أن اللجوء إلى القضاء يهدف لرقابة أعمال الهيئة التنفيذية، التي تخضع وحدها للمناقشة بمناسبة العمل المختلط، إذ تعتبر صاحبة العمل وفاعله الوحيد، دون أن يغير من هذا النظر أن يكون العمل قد صدر بمناسبة علاقة قانونية مع هيئات عامة أخرى لا تخضع بذاتها للرقابة، فارتباط التصرف بهذه العلاقة لا يصلح مبررا لحصانته في جملته ضد رقابة القضاء⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، تبدو هذه النظرية أقرب الآراء بصدد تمييز أعمال الحكومة إلى الصواب وأكثرها اتفقا مع الفهم الصحيح لمدلول أعمال الحكومة وأساسها، فوفقا لهذا الرأي فإن أعمال الحكومة التي يطلق عليها *celier* الأعمال المختلطة. ليست أعمالا إدارية بالمعنى الفني الدقيق، بوصفها أعمالا مشتركة بين السلطة التنفيذية وسلطات أخرى وطنية أو أجنبية، وتبعاً لذلك تخرج عن اختصاص القضاء استنادا إلى القواعد التي تحكم اختصاص الجهات القضائية في الدولة، وهو الأساس الحقيقي لاعتماد الحكومة. وقد أيد جانب من الفقه هذا الرأي باعتباره المعيار السليم لتمييز أعمال الحكومة وتبرير عدم خضوعها للرقابة القضائية⁽³⁾، في حين انتقده جانب آخر بأنه قاصر عن الاحاطة بكل أعمال السيادة المتفق عليها، حيث يصلح لتفسير أو تبرير عدم خضوع بعض أعمال الحكومة لرقابة القضاء دون البعض الآخر⁽⁴⁾.

(1) الدكتور سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 255 وبعدها.

(2) الدكتور طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 102.

(3) محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 64.

(4) غير أن الدكتور سامي جمال الدين رد على هذا النقد بأن أعمال الحكومة الحقيقية ليست سوى هذه الأعمال المختلطة في تقدير *celier* أي تلك المتصلة بعلاقة الحكومة بالسلطات والهيئات الأخرى سواء كانت وطنية أم أجنبية، أما عدا ذلك من أعمال فإنها لا تندرج ضمن طائفة أعمال الحكومة في مدلولها الصحيح وإذا كان القضاء لا يختص بنظر بعض هذه الأعمال الأخرى. فالغالب أن أساس عدم اختصاصه إنما يرجع إلى انتفاء صفة العمل الإداري عنها رغم صدورهما عن السلطة التنفيذية دون أن يلحقها صفة أعمال الحكومة، ومثال ذلك قرارات العشر التي يصدرها رئيس السلطة التنفيذية التي يعتبرها القضاء الآن من الأعمال القضائية. بعد أن كانت تدخل في عداد الأعمال الحكومية. ولعل النقد الوحيد الذي يمكن أن يوجه إلى فكرة العمل المختلط، هو أنه عندما يعرض على القضاء أحد هذه الأعمال المختلطة، فإن ذلك يتم بمدف رقابة تصرفات السلطة التنفيذية، فهي وحدها التي تخضع للمناقشة بمناسبة العمل المختلط، إذ أنها مصدر العمل وفاعله الوحيد، دون أن يغير من هذا النظر أن يكون العمل قد صدر بمناسبة علاقة قانونية مع هيئات عامة أخرى لا تخضع بذاتها للرقابة، فارتباط التصرف بهذه العلاقة لا يصلح مبررا لحصانته في جملته ضد رقابة القضاء. / أنظر: سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 306.

ثالثاً: معيار القائمة القضائية

إزاء فشل كل المحاولات السابقة في الوصول إلى معيار جامع مانع لتمييز أعمال السيادة يمكن الاعتماد عليه في تحديد صفة العمل الذي تأتية السلطة التنفيذية ومعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أم لا، وبالرجوع إلى الأحكام القضائية - خاصة تلك الصادرة عن مجلس الدولة ومحكمة التنازع - لاستقراءها والكشف عن أعمال السيادة واستخلاصها⁽¹⁾، مما أدى إلى ظهور معيار جديد يعرف بـ "معيار القائمة القضائية".

وفي هذا الشأن يرى العميد Hauriou أن العمل الحكومي هو كل عمل يقرر له القضاء الإداري هذه الصفة⁽²⁾، وعلى رأسه محكمة التنازع، وبمقتضى هذا المعيار يصبح تحديد أعمال الحكومة ونطاقها أمراً متروكاً للقضاء ذاته، وما على الفقه إلا الرجوع إلى الأحكام القضائية المتعلقة بأعمال الحكومة لحصرها وتجميعها في قائمة تضمها جميعاً⁽³⁾.

كما يرى جانب من الفقه أن طريقة القائمة القضائية⁽⁴⁾ هي خير وسيلة لتحديد أعمال الحكومة، بل هي الوسيلة السليمة للكشف عنها، فقد وقع خلاف فيما بينهم حول طريقة عرض وتقديم هذه الأعمال بل وحول بعض الأعمال التي يرى البعض أن القضاء قد أحقها بأعمال الحكومة، بينما يرى البعض الآخر أن القضاء أخرجها من نطاق هذه الأعمال، وإن كان هذا لم يمنع من وجود بعض الأعمال التي تعتبر محل إجماع من حيث كونها أعمالاً حكومية⁽⁵⁾.

فإذا كان الرأي السائد الآن بين الفقهاء المؤيدين لنظرية أعمال الحكومة أجمع على تحييد فكرة القائمة القضائية والاكتماء بها في تحديد هذه الأعمال، فإن هذا الإجماع الذي ينصب على الفكرة لا يوجد بالنسبة لمضمونها ومحتواها إلا بصدد عدد محدد من هذه الأعمال وهي التصرفات الخاصة بعلاقة الحكومة بالبرلمان،

(1) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على إعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 109.

(2) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 138.

(3) رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، المرجع السابق، ص 139.

(4) يعيب هذا الاتجاه أنه يؤدي إلى تحكّم القضاء بدلا من الإدارة في تخصيص عمل أو قرار إداري من رقبته، ولذلك فمن الملاحظ على القائمة القضائية أنها مرنة للغاية، فهي تضيق أحيانا وتتسع أحيانا أخرى تبعا للظروف المحيطة بالدولة، ففي الأزمات السياسية تتجه القائمة إلى الاتساع في حين أنها تضيق في الظروف العادية، وهو الأمر الذي يخشى معه أن تكون هذه المرونة مرتبطة باعتبارات سياسية أو بتخوفات خاصة بالقضاء ذاته حرصا على بقائه في مواجهة احتمالات العصف بوجوده أو شل أعماله، بدلا من ارتباطها بسلامة الدولة في الخارج أو الداخل أو بالمصالح العليا للدولة. ولا يغير من ذلك أن الأصل هو الثقة في القضاء وحياده، وأنه لن يعمل على إضفاء صفة عمل الحكومة على تصرف ما للإدارة من اعتبارات خاصة تبرر تحصيله ضد الرقابة القضائية، فهذا لا يمنع من القول باحتمال تحكّم القضاء، واحتمال انصياعه وراء نزوات و رغبات الحكومة خوفا أو تزلزلا. / أنظر: سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق ص 308.

(5) مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 44.

والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية أو بالحرب. وقد حدد الفقه مجموعة من هذه الأعمال في مجموعة واحدة على سبيل الحصر وهي كما يلي :

- الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان⁽¹⁾؛
 - الأعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية⁽²⁾؛
 - الأعمال المتصلة بالحرب⁽³⁾؛
 - الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي، مثل إعلان الأحكام العرفية ، وحالة الطوارئ⁽⁴⁾.
- وتأسيسا على مسبق؛ فإن نظرة القضاء للأعمال التي تعرض عليها تتطور تبعا لتطور الاعتبارات والظروف التي تحيط بها، وقد ضيق مجلس الدولة الفرنسي دائرة أعمال السيادة وذلك بإخراج أعمال منها كان يعترف لها في الماضي بصفة السيادة ولا ييسط عليها رقابته، فلما تغيرت الظروف أنكر عليها هذه الصفة وأخرجها من نطاق نظرية أعمال السيادة وأخضعها لرقابته.

(1) يقصد بهذه الأعمال تلك التي تشترك بواسطتها السلطة التنفيذية مع البرلمان في أداء هذا الأخير لوظيفته التشريعية، كذلك قرارات السلطة التنفيذية بصدد البرلمان. ومثال النوع الأول من هذه الأعمال القرارات المتعلقة باقتراح القوانين، أو الاعتراض على القوانين بعد اقرارها من البرلمان أو اصدار القوانين أو نشرها، أما أمثلة النوع الثاني المتصلة بتكوين البرلمان فمن بينها قرارات دعوة الناخبين لاختيار أعضاء البرلمان، وقرارات دعوة البرلمان لانعقاد عادي أو غير عادي، وقرارات وقف جلسات البرلمان أو حله. ولا يختص القضاء بنظر الطعون ضد هذه الأعمال على أساس أنها تحرك مسؤولية الحكومة السياسية وليست المدنية أو الإدارية، ولأن التدخل من جانب القضاء في هذه العلاقات بعد تجاوزا لحدود اختصاصاته الطبيعية.

(2) يجمع الفقه على أن جميع الأعمال المتصلة بعلاقة الدولة والتي يمثلها في هذه الحالة السلطة التنفيذية بالسلطات أو الهيئات أو الأشخاص الدولية أو الأجنبية، لا تدخل في نطاق اختصاص القضاء بالرقابة عليها ومن ثم يعتبرها أنصار نظرية أعمال الحكومة المجال الحصب الذي لا نزاع فيه لوجود وتطبيق هذه النظرية. وتضم هذه الأعمال كافة الأعمال التي يقوم بها ممثلو الدولة في الخارج فيما يتعلق بوظائفهم الدبلوماسية، وكذا التعليمات التي توجهها الدولة إلى السلك الدبلوماسي، كذلك القرارات التي تتعلق بضم أقاليم جديدة للدولة، وإجراءات حماية رعايا الدولة المقيمين في الخارج، وأيضا قرارات انشاء العلاقات السياسية أو قطعها. كما يندرج في نطاق هذه الأعمال التصرفات المتصلة بالمعاهدات والاتفاقات الدولية، مثل المفاوضات التي تدور بشأنها وإبرامها والتصديق عليها وتفسيرها، أما الإجراءات والأعمال التنفيذية لهذه المعاهدات فهي تخضع لرقابة القضاء لما لها من صبغة داخلية، وان كان مجلس الدولة الفرنسي يشترط إمكانية فصلها عن المعاهدات ذاتها حتى يمكن إخضاعها لرقابته.

(3) تعتبر التصرفات المتعلقة بالحرب من أعمال الحكومة وفقا لأحكام القضاء الإداري، كقرار اعلان الحرب والاجراءات المتصلة بسير العمليات الحربية، كما يلحق بهذه التصرفات التدابير التي تتخذها الإدارة قبل رعايا الدول المعادية كإبعادهم أو اعتقالهم أو فرض الحراسة على أموالهم، وكذلك الطلبات الناشئة عن الأضرار الحربية التي تنشأ عن أعمال القتال، ويشترط أن تنشأ هذه الأضرار مباشرة عن العمليات الحربية أي كنتيجة حتمية لها، وسواء تمت هذه العمليات على أرض الوطن أو خارج نطاق الاقليم. تلك هي الأعمال التي اتفق الفقه على اعتبارها من أعمال الحكومة وفقا للأحكام القضائية دون خلاف، أما عدا ذلك من أعمال فقد اختلف بشأنها الفقه خلافا حادا، وهو ما ظهر جليا بصدد الأعمال والتدابير الخاصة بالمحافظة على سلامة الدولة وأمنها الداخلي أو بالأحرى بعض أعمال وتدابير الضبط الإداري. /أنظر: إمام محمد محمد عبده، المرجع السابق، ص48.

(4) أنظر: أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، 2008، ص165.

- في هذا الشأن قضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم صدر بتاريخ 20-30-1985 إن أعمال السيادة هي التي " تتعلق بسياسة الدولة العليا، أو العلاقات الدولية السياسية أو علاقات الحكومة بالسلطات الأخرى، ولا تشمل الإجراءات الإدارية كتغيير اسم قرية أو دفتر وصولات، لأن هذه الأعمال هي بمنتهى البساطة من الأعمال الإدارية. / أنظر: الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص94.

ومن هذا المنطلق نجد أن القضاء الفرنسي اتجه، ليحكم في قضايا متفرقة بالتعويض على أعمال السيادة، استناداً إلى نظرية التبعية، وإعمالاً لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، كحكمه في قضية "Perruche" في 19 أكتوبر سنة 1962 وحكمه في قضية "Compagnie" في 20 مارس 1966⁽¹⁾.

وفي المقابل في مصر، نصت المادة /11/ من القانون رقم 47 لسنة 1972 الخاص بمجلس الدولة على أنه "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"⁽²⁾، و القانون 46 لسنة 1972 الخاص بالسلطة القضائية، فقد نصت المادة /17/ بأنه "ليس للمحاكم أن تنظر بطريق مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة..." وقد تضمنت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة على نصوص مماثلة، نصت على "عدم اختصاص المجلس بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، وأيا كان الأمر "عدم القبول أم عدم اختصاص" فقد رفض المشرع المصري بنص صريح الطعن بالإلغاء أو دعوى مسؤولية عن أعمال السيادة⁽³⁾.

الفرع الثاني

التمييز بين التحصين

التشريعي ونظرية أعمال السيادة

تقترب نظرية التحصين التشريعي⁽⁴⁾ من نظرية أعمال السيادة وعلى الأخص من حيث الآثار القانونية المترتبة في الحالتين، فضلاً عن كونهما نظريتين موازيتين لمبدأ المشروعية ويمثلان حرقاً لهذا المبدأ الأساسي لدولة القانون وتهديدا لحقوق الأفراد وحررياتهم. ورغم التشابه الظاهر بين النظريتين إلا أن هناك اختلاف بينهما يتمثل فيما يلي:

- (1) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 620.
 - (2) كما تنص المادة /09/ من قانون محكمة العدل العليا الأردنية، ومن قبلها قانونها المؤقت رقم 11 لسنة 1989، وقبل ذلك قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 26 لسنة 1952 على أن محكمة العدل العليا لا تختص بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة.
 - (3) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط 5، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004. ص 341.
 - (4) مقتضى هذه النظرية أن ينص المشرع على أن تصرفاً ما من التصرفات التي تجرئها الحكومة لا يكون موضع أي طعن، وبالتالي يفسر الفقه في بعض النظم بأن ذلك التصرف يصبح محصناً من الرقابة القضائية بكافة أنواعها وأشكالها بناء على نص قانوني. غير أن نظم قضائية أخرى تذهب إلى تفسير ذلك النص تفسيراً ضيقاً فلا يستوعب ذلك دعوى الإلغاء بحكم أن دعوى الإلغاء تتعلق بالمشروعية.
- هذا وقد يأخذ التحصين التشريعي أساليب، وقد يتفاوت مداه وذلك كما يلي:
- فقد يكون جزئياً يمنع الطعن بالإلغاء أو طلب وقف تنفيذ القرار الإداري فحسب، فيبقى للأفراد حق طلب التعويض عما يسببه القرار المتضمن ضرر.
 - وقد يكون كلياً فيضفي على القرار الإداري حصانة تامة، أي سواء من حيث الإلغاء أو وقف التنفيذ أو التعويض.
 - وقد يكون التحصين مطلقاً حيث ينص على عدم جواز الطعن في القرار بأي طريق من طرق الطعن أو أمام أي جهة قضائية أو إدارية.
 - وقد يكون التحصين نسبيًا، أي بالنسبة للطعن في القرار أمام القضاء. مع إسناد أو جواز إسناد الاختصاص بشأنه إلى جهة أو لجنة إدارية.
 - ومن حيث أداة التحصين، فقد يكون بقانون صادر عن السلطة التشريعية وهذا هو الغالب الأعم، وقد يكون بأداة أدنى في القانون كنظام، كالأنظمة العادية، وقد يكون بأداة تشريعية أعلى من القانون أي بموجب الدستور نفسه /أنظر في هذا الشأن: العقيلي، المرجع السابق، ص 230.

- تختلف نظرية التحصين التشريعي عن أعمال السيادة من حيث النشأة، إذ يعزى الباعث لنشأة أعمال السيادة لرغبة مجلس الدولة الفرنسي للمحافظة على وجوده، لذلك نراه سرعان ما قلصها إلى أقصى قدر ممكن بمجرد أن استقرت أموره واختصاصاته واستقل عن السلطة التنفيذية في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، أما الباعث لنشوء نظرية التحصين التشريعي فيكمن في رغبة المشرع في عدم عرقلة النشاط الإداري وتمكين السلطة التنفيذية من تنفيذ مهامها بسرعة ودون تخوف من التعرض للمخاصمة القضائية التي قد يطول مداها.
- تختلف النظريتان في الآثار المترتبة على كل منهما، فبعد التطورات الأخيرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أصبحت تقتصر آثار الحصانة القضائية على رقابة الإلغاء دون قضاء التعويض، فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي منذ فترة نحو تقرير إمكانية التعويض عن الأضرار الناجمة عن بعض أعمال السيادة استناداً إلى نظرية المخاطر وتحمل التبعة وإعمالاً لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء والتكاليف العامة.
- وتجلى هذا الاتجاه القضائي في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30/3/1966م والذي أقر فيه بإمكانية تعويض الأضرار الناجمة عن المعاهدات الدولية. في حين تمثل الآثار التي تترتب على التحصين التشريعي في استبعاد أي طعن قضائي أمام أي جهة قضائية، ولهذا يتم استبعاد منازعات الإلغاء والتعويض، وهكذا يضمن النص التشريعي حصانة قانونية مطلقة ضد رقابة القضاء ورقابة الإدارة⁽¹⁾.
- تختلف نظرية التحصين التشريعي عن نظرية أعمال السيادة في أن مصدرها هو المشرع، فالمشرع يوضحها من النصوص الصادرة عنه بينما لا يتطرق المشرع لتفصيل أعمال السيادة في معظم النظم لأن مصدرها هو الاجتهاد القضائي الذي يوسعها ويضيقها وفقاً للظروف السياسية والقضائية.
- تختلف نظرية التحصين التشريعي عن أعمال السيادة، في حين أن الأخيرة قد تم حصرها قضائياً في مجموعات، فالقضاء هو المختص بتحديد هذه الأعمال وبيان نطاق تطبيقها، وبذا يمكن القول أن أعمال السيادة قابلة للتحديد ضمن مجموعات، ويقتصر ميدان أعمال السيادة بمحلها فقط، فإذا كان الأمر كذلك، فإن نطاق نظرية التحصين التشريعي غير محددة وغير قابلة للتحديد، وذلك أن المشرع هو الذي يحصن القرارات الإدارية ضد الرقابة.

(1) شطناوي علي حطار، المرجع السابق، ص76.

المطلب الثالث

تقدير نظرية أعمال السيادة

بالنظر إلى ما يترتب على إقرار نظرية أعمال السيادة، مما يفضي إلى تحصين بعض أعمال السلطة التنفيذية ضد رقابة القضاء للنظر في مشروعيتها والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها، مما أدى إلى انتقادها من طرف معظم الفقه باعتبارها وصمة عار في جبين المشروعية والقانون العام وعودة للدولة الاستبدادية.

فأنكر البعض وجودها على أساس أنه في النظم الديمقراطية والدول القانونية يتحتم خضوع كافة أعمال السلطة التنفيذية لرقابة القضاء⁽¹⁾، في حين اكتفى البعض الآخر بمحاولة الحد من آثار هذه النظرية وذلك من ناحيتين؛ فمن ناحية يمكن قصر هذه الآثار على الحصانة ضد الإلغاء وفحص المشروعية والسماح برقابة التعويض على أعمال الحكومة. استنادا إلى نظرية تحمل التبعية وإعمالا لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة⁽²⁾.

ولقد أدرك مجلس الدولة الفرنسي وجه الشذوذ في نظرية أعمال السيادة، فعمل على وضعها في إطار محدود وفي الحد الأدنى الممكن، فمن ناحية أولى عمل على استبعاد معيار الباعث السياسي الذي من شأنه توسيع نطاق هذه النظرية، ويترك تحديد هذا النطاق للإدعاءات التي لا حد لها للسلطة التنفيذية، لتفلت من رقابة القضاء؛ تحت غطاء الباعث والغرض السياسي الذي يكمن وراء هذا العمل أو ذاك.

ومن ناحية ثانية عمل مجلس الدولة على تقليص نطاق أعمال السيادة، باستبعاده الإجراءات التي تقوم بها الحكومة لتطبيق المعاهدات الدولية في نطاق الدولة الداخلي، وأصبحت أعمالا إدارية عادية تخضع لرقابة القضاء الإداري⁽³⁾.

ووصل الأمر إلى حد عدول مجلس الدولة الفرنسي عن قضائه السابق الذي كان يعتبر مرسوم إعلان الطوارئ من أعمال السيادة، وأصبح يرى هذا المرسوم الصادر عن رئيس الجمهورية عملا إداريا يخضع للرقابة إلغاء وتعويضا، وهكذا قضى مجلس الدولة الفرنسي على إحدى طوائف الأعمال التي كانت تعتبر من قبل من قبيل أعمال السيادة وهي الأعمال المتصلة بالأمن الداخلي للدولة.

(1) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 247.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري العقد الإداري، مرجع سابق، ص 153.

(3) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 247.

حيث كان لمحاولاته تأثير على موقف الفقه. ويمكن تلخيص هذه المواقف في ثلاثة اتجاهات هي:

- الاتجاه نحو تضيق دائرة أعمال السيادة، وفعلاً أخذ القضاء يخرج من قائمته أعمالاً كان من قبل يعتبرها من أعمال السيادة وبدأ ييسر رقابته عليها إلغاءً وتعويضاً.⁽¹⁾

- اتجاه اكتفى بتلطيف حدة هذه النظرية وأخذ بحل وسط يؤدي إلى إمكانية التعويض عن أعمال السيادة دون إمكان الطعن فيها بالإلغاء⁽²⁾.

- أنكر هذا الاتجاه وجود النظرية ونادى بأن النظام الديمقراطي يحتم ضرورة خضوع جميع أعمال السلطة التنفيذية لرقابة القضاء وإمكان الطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء ودعوى التعويض والقيام بناء على ذلك بالغاها والتعويض عنها لعدم مشروعيتها.

كما يرى الدكتور سامي جمال الدين اعتبار عمل ما من أعمال السيادة من شأنه أن يفضي طابع الريبة والسخط على السلطة الحاكمة لموقفها السياسي غير المتفق مع القانون، مما يؤدي إلى وقوف الرأي العام في مواجهة السلطة، ومن ثم يلزم نظام الحكم الذي ينشد الاستقرار وتجنب الهزات والعنف أن يعمل على الحفاظ على الحريات السياسية وأن يمنع قيام أي عائق أو حاجز يحول دون إدراك اتجاهات الشعب ومسارها.

وفي رأيه أن التمسك بأعمال السيادة هو أحد تلك العوائق التي تمنع التعبير الصادق عن اتجاهات الشعب والهيات المنتخبة منه، وهو مظهر للتحدى السياسي للقانون لإثبات وتأكيد عجزه عن السيطرة على أي موقف سياسي للسلطة الحاكمة، وبالتالي فهو أمر ينبغي العمل على إزالته من نظامنا القانوني⁽³⁾.

كما يرى جانب من الفقه أنه لا يكفي محاولة تقييد نظرية أعمال الحكومة وتضييق نطاقها أو الحد من آثارها، وإنما ينبغي إنكار هذه النظرية دون تردد، فالأخذ بمدلول نظرية أعمال السيادة أو الحكومة يعني امتحان مبدأ المشروعية وسيادة القانون والإعتداء عليه باجازه إطلاق يد السلطة التنفيذية دون قيد أو رقيب عليها، وعدم خضوعها للقانون بصدد بعض الأعمال.

وعلى المشرع أن يحضر تحصين أي عمل إداري من رقابة القضاء إلتزاماً بسيادة القانون، فإنه ينبغي على السلطة القضائية أن تلتزم في عملها بسيادة القانون، فلا تعطل حكم القوانين لأي سبب كان، ومن ثم الإلتزام بفحص مشروعية كافة الأعمال الإدارية دون التجاء إلى نظرية عمل الحكومة⁽⁴⁾.

(1) محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص. 59-60.

(2) محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص. 290.

(3) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 311.

(4) علي حطار شطناوي، دراسات في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص. 68.

ومما لا جدال فيه أن المشرع يحاول جاهدا عندما يتولى تنظيم أحد الاختصاصات الادارية أن يوازن بين ضرورة السماح للإدارة بجانب من الحرية في التقدير دون أية قيود قانونية وبين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم. بهدف تحقيق الصالح العام في النهاية.

فإذا قدر المشرع بصدد مسألة ما أن يترك للإدارة حرية تقديرها، فهنا لا يتصور احتمال الطعن بعدم مشروعية التصرف المبني على تقدير الإدارة، كما لا يتصور احتمال الدفع بكونه من أعمال السيادة، لوضوح مشروعيته وانتفاء احتمال إلغائه من جانب القضاء أو تقرير المسؤولية عنه⁽¹⁾.

أما إذا قدر المشرع أنه يتعين بصدد هذا الحكم تقييد الإدارة على نحو ما تحقيقا للصالح العام، فلا يجوز للإدارة مخالفة القواعد التي قررها المشرع في هذا الشأن وإلا كان عملها غير مشروع، وتبعا لذلك لا يجوز للإدارة ولا للقضاء محاولة تحصين هذا العمل عن طريق الإدعاء بأنه من أعمال السيادة⁽²⁾.

وطبقا للرأي القائل بأن سلامة الدولة فوق القانون، وأنه يجب تقرير أعمال السيادة حتى لا تحجم السلطة التنفيذية عن اتخاذ اجراءات معينة تستلزمها مصلحة الدولة خوفا من المسؤولية فيما لو تقررت رقابة القضاء، فإن هذا الاحتجاج يمكن رده بأن في أعمال نظرية الضرورة الكفاية التامة لتحقيق مصلحة الدولة والصالح العام وضمن سلامة الدولة دون حاجة للإطاحة بالقانون، فالهدف الأساسي من تقرير نظرية أعمال السيادة هو تحصين بعض أعمال الإدارة المخالفة للقانون من رقابة القضاء على مشروعيتها.

(1) سامي جمال الدين، نفس المرجع، ص311.

(2) عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص.ص 56-57.

القسم الثاني
الرقابة على
أعمال الإدارة العامة

تلخيص

يقتضي مبدأ المشروعية، أو كما يطلق عليه مبدأ سيادة القانون خضوع الحاكم والمحكوم للقانون ليرد أي منهما إلى جادة الصواب كلما خرج عن حدود القانون عمداً أو تقصيراً لاسيما الإدارة العامة حالة شططها أو إستبدادها وذلك عن طريق الرقابة على أعمالها وما يترتب على ذلك من بطلان تفرره الجهة المختصة.

فيتوجب على الإدارة أن تحترم في جميع تصرفاتها وأعمالها مبدأ المشروعية بمعناه الواسع وهذا لا يمكن تحقيقه عن طريق النصوص القانونية وحدها، بل لا بد من إيجاد وسائل فعالة وكفيلة بإلزام الإدارة التقيد بمبدأ سيادة القانون، ومنعها من التعسف في إستخدام سلطاتها، وهذا ما يستتبع بالضرورة رقابة أعمالها وإمكانية إبطال المعيب منها والتعويض على الأفراد المتضررين من ذلك.

وتختلف أنواع الرقابة وأساليبها وفقاً للنظام السياسي السائد في كل بلد، لأن طبيعة النظام وفلسفته تؤثر على مختلف أوجه نشاط الدولة، ولهذا فإن الأساليب المتبعة في الرقابة وفقاً لنظام الديمقراطية البرلمانية تختلف في جوهرها وأهدافها عن الأساليب المتبعة في دول الديمقراطيات الشعبية، وتتمارس الرقابة على أعمال الإدارة العامة بطرق رقابة سياسية ورقابة إدارية ورقابة قضائية.

لهذا فإننا سوف نقوم بدراسة هذه الأنواع من الرقابة وفقاً للتقسيم التالي:

الباب الأول: الرقابة غير القضائية.

الباب الثاني: الرقابة القضائية.

المباحث الأول

الرقابة غير القضائية

لدراسة أوجه الرقابة غير القضائية على أعمال الإدارة العامة يتعين أن نبحت كل صور هذه الرقابة والمتمثلة أساسا في الرقابة السياسية من خلال الرقابة الشعبية المباشرة والرقابة الشعبية غير المباشرة وكذا الرقابة الإدارية. لهذا فإننا سوف نقوم بدراسة هذه الأنواع من الرقابة وفقا للتقسيم التالي:

الفصل الأول: الرقابة السياسية.

الفصل الثاني: الرقابة الإدارية.

الفصل الأول

الرقابة السياسية

تتخذ الرقابة السياسية صور مختلفة، فقد تتمثل في الرقابة الشعبية التي يمارسها أفراد الشعب في الدولة عن طريق الإستفتاء، وقد تتمثل في رقابة الرأي العام التي يباشرها المجتمع المدني ووسائل الإعلام والأحزاب السياسية، وأخيرا الرقابة البرلمانية التي تتولاها المجالس النيابية في الدولة. لهذا فإننا سوف نقوم بدراسة هذه الأنواع من الرقابة وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: الرقابة الشعبية.

المبحث الثاني: الرقابة البرلمانية.

المبحث الأول

الرقابة الشعبية

سنتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى الرقابة الشعبية المباشرة، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث الرقابة الشعبية غير المباشرة، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

الرقابة الشعبية المباشرة

(الإستفتاء الشعبي)

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مضمون الإستفتاء الشعبي، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث أنواع الإستفتاء الشعبي، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مضمون الإستفتاء الشعبي

تلعب الرقابة الشعبية⁽¹⁾ في الدول الاشتراكية دورا حاسا إستنادا إلى نصوص دسورية أو قانونية. فالاتحاد السوفياتي ودول الديمقراطيات الشعبية لا تجعل لعضوية المجالس على اختلاف أنواعها صفة التمثيل الإلزامي للشعب خلال مدة معينة من الزمن، كما هو الحال في الديمقراطيات البرلمانية، بل تجعل من الشعب الحارس الأمين على مصالحه في كل الأحوال، قادر على وضع حد لتمثيله من قبل شخص لم يعد يتمتع بالثقة المطلوبة التي تخوله هذا التمثيل.

فلا تعتبر الدولة التي تبعد الشعب نهائيا عن ممارسة السلطة ديمقراطية حتى ولو كانت منتخبة من طرفه⁽²⁾، وبالتالي تتجه الأنظمة حديثا إلى مشاركة الشعب في ممارسة السلطة وخاصة من حيث الرقابة، فأفضل من يراقب أعمال الحكومة هو صاحب السيادة نفسه "الشعب"، وقد تتحقق هذه الرقابة بطريق مباشر. فالمقصود هنا الرقابة الشعبية، تلك الرقابة التي يباشرها أفراد الشعب بصورة مباشرة عن طريق الاستفتاءات الشعبية.

كما وتمثل فاعلية الرقابة الشعبية، الحجر الأساس للقول بوجود هذه الرقابة من عدمها، وتقاس هذه الفاعلية دائما وأبدا بالوعي السياسي الشعبي، فإذا كان هذا الأخير واعيا بشكل كانت فاعلية هذه الرقابة على درجة عالية.

⁽¹⁾ مصطلح الرقابة الشعبية يعود في أصوله إلى الدول، التي تتبنى النهج الاشتراكي، حيث ظهرت معالم الرقابة الشعبية، على يد لينين حين كان يعمل جاهدا على إشراك العمال بقوة في السلطة وإخضاع الجهاز الإداري بأكمله لرقابته. /أنظر:

Ben Akzouh Chaabane, de Quelques Aspects du Contrôle Populaire, L'exemples des Assemblées Populaire Nationale Wilaya et Commune, Revue Algérienne des Science Juridiques, n3, Septembre 1979, p.532.

⁽²⁾ بحيث يقول Rousseau عن الشعب الانكليزي بأنه يظن أنه حر، إنه كذلك وقت الاقتراع بعد ذلك يصبح لا شيء.

أولاً: مفهوم الاستفتاء الشعبي

إن ثمة أوضاعاً اجتماعية وسياسية كانت في الأصل وراء ظهور هذا النظام. ذلك أن الديمقراطية المباشرة التي تعني في الأصل "حكم الشعب نفسه بنفسه" تبدو في مفهومها المطلق مجرد نظرية مستحيلة التطبيق. الأمر الذي دفع فقهاء السياسة إلى البحث عن طرق عملية تسمح للشعب بممارسة التشريع بنفسه أو أن يشارك فيه دون وسيط أو ممثل. وقد توصلوا إلى ابتداء أسلوب الاستفتاء والتصديق الشعبي⁽¹⁾. اللذين يجمعان بين النظرية الديمقراطية المحضة وإمكانية وضعها موضع التنفيذ.

نظام الاستفتاء يرجع إلى القرن الخامس عشر، إذ مارسه بعض الأقاليم في سويسرا "الكانتونات cantons" وكان أول إقليم مارسه هو Valais ثم Grisons، حيث كانت الجمعية العمومية للإقليم تضع تدابير مؤقتة على أن يستشار فيها الشعب عن طريق الاستفتاء، فإذا أقرها الشعب أصبحت قانوناً؛ لذلك تعد سويسرا موطن ظهور الرقابة الشعبية المباشرة والمتمثلة أساساً في الاستفتاء الشعبي، حيث نمت أول بوادر الاستفتاء الشعبي متجسدة بصورة الاستفتاء التشريعي⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة، إلى أن الاستفتاء الشعبي يعد أحد أهم صور السيادة الشعبية وطريق لممارسة السلطة الشعبية، وهو مظهر من مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة، إذ والحالة هذه يقوم الشعب بأخذ زمام المبادرة والتصدي للشأن العام مباشرة فيعبر عن رأيه السيد، في مسألة تشريعية أو تنفيذية أو غيرها. حيث يكيف هذا الفعل على أنه تصدي للسلطة التأسيسية الأصلية أي الشعب هو المالك الحقيقي للسلطة بنفسه للحالات الخطيرة أو المهمة ليقرر في ذلك ما ينبغي عمله محل السلطة التي انتخبها، أو أذن بتكوينها وممارستها للسلطة نيابة عنه، وفي ذات الوقت هو إجراء استثنائي في ظل الأنظمة الديمقراطية التي تعتمد الديمقراطية النيابية.

كما وأن الاستفتاء لا يؤدي بالضرورة إلى إلغاء البرلمان أو المجلس الوزاري أو دور أي من السلطات العامة الأخرى، بل هو مكمل لعملها وبخاصة في الحالات الاستثنائية، ومن شأن ذلك أن يحقق حالة من التوازن بين الشعب والسلطات الحاكمة، ويمنع احتكار سلطة التقرير من قبل الأخيرة، كما يحول دون الاستبداد، ويحدث أن

⁽¹⁾ يعتبر التصديق الشعبي أقدم من الاستفتاء الشعبي ويرجع إلى تاريخ روما القديمة. ففي القرن الرابع قبل الميلاد كانت عامة الشعب تعبر عن إرادتها بالتصويت فيما يتصل بالقرارات التي تسري عليها فقط. في حين كانت تسري على الطبقات المتميزة من الشعب القوانين التي كانت تصدر في تلك الترة من الزمن عن مجلس الشيوخ sénat وقد نشبت نزاعات طبقية وسياسية حادة انتهت بالفاهم بين سائر الفئات، على أن تطرح المشروعات على مجموع الشعب لتسري الأحكام التي يقرها على طبقاته. وعلى إثر ذلك وبتوافق السنين تضاءل دور التصديق الشعبي واقتصر على تقليد السلطة العليا للأباطرة. ثم جعل هؤلاء يلجؤون إلى هذا الأسلوب في مجالات توطيد سلطاتهم أو توسيع صلاحياتهم عندما كانوا يستشعرون معارضة مجلس الشيوخ لهم. وظل التصديق الشعبي يطلق في القرون اللاحقة حتى اليوم على "الموافقة على تنصيب رؤساء الدول".

⁽²⁾ جملة التشريعي، الاستفتاء، الموسوعة القانونية المتخصصة، الموسوعة العرية، رئاسة الجمهورية العرية السورية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 2010، ص210.

السلطة الحاكمة والأحزاب المساهمة في السلطة تتردد في كثير من الأحيان حيال أمر معين فتستفتي الشعب ليقول كلمته في القضايا المصيرية التي لا تريد تلك الجهات أن تتحمل وزرها السياسي، فتلقي بالموضوع للشعب ليقرر بنفسه ما يراه أصح له.

كما أن السلبات التي أفرزتها الديمقراطية النيابية في الدول حديثا ساعدت على تنامي الوعي الشعبي بضرورة التصدي للانحراف عن إرادة الشعب عن طريق ممارسة حق الاستفتاء، كأداة للتعبير عن رأيه والرفض المباشر للسياسات العامة أو محاولات البرلمان تمرير قوانين أو قرارات معينة ولا مانع يمنع المواطن من أن يتوسع في التعبير عن إرادته تارة بالانتخاب واختيار الممثلين عنه في البرلمان، وتارة بالاستفتاء الشعبي.

ومن هنا وجب أن نعلم المقصود بالاستفتاء الشعبي من خلال معرفة معنى الاستفتاء في اللغة أولا، ومن ثم مفهوم الاستفتاء اصطلاحا.

فالإستفتاء في اللغة هو طلب الفتوى أو طلب الرأي أو الحكم في مسألة من المسائل، ويقال: (أفتى الفقيه) في مسألة، يعني أبان الحكم فيها⁽¹⁾، واستفتيت الفقيه في المسألة، أي سألت عن الحكم فيها⁽²⁾. والفتوى هي الجواب عما يشكل من المسائل الشرعية والقانونية⁽³⁾.

والفتوى لغة: هي اسم مصدر بمعنى (الإفتاء)، والجمع: الفتاوى والفتاوي، يقال: (أفتيته فتوى وفتيا) إذا أجبته عن مسألته، و(الفتيا) تبين المشكل من الأحكام، (وتفاتوا إلى فلان)، أي تحاكموا إليه وارتفعوا إليه في الفتيا، والتفاتي يعني التخاصم، ويقال: أفتيت فلانا رأيا رأها: إذا عبرتها له.

أما الاستفتاء اصطلاحا يقصد به الاستفتاء الشعبي، ومعناه عرض موضوع عام على الشعب لأخذ رأيه فيه بالموافقة أو الرفض. ويرى جانب من الفقه أن الاستفتاء هو "الرجوع إلى الشعب -بصفته صاحب السيادة- لأخذ رأيه بالموافقة أو الرفض في أي موضوع عام، كان يكون موضوعا قانونيا أو دستوريا أو سياسيا"⁽⁴⁾. أو أنه "عرض مسألة ما على هيئة الناخبين لأخذ الرأي في شأنها عن طريق التصويت، و هو أمر يختلف عن الانتخاب الذي يجري بهدف اختيار الناخبين لشخص أو أكثر من بين عدد من المرشحين لتمثيلهم في حكم البلاد"⁽⁵⁾.

(1) أنظر: لأي الحسن أحمد بن زكريا، معجم مقياس اللغة، الجزء الرابع، القاهرة، 1971. ص474.

(2) أنظر: الشيخ عبد الله البستاني، الوافي، بيروت، بلا ناشر، 1980، ص427.

(3) والاستفتاء هو من الفعل (أفتى، فناء، فتوى. أنظر: براهيم مصطفى، حامد عبد القادر، أحمد حسن الزيات، محمد على النجاد، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مصر، 1961. ص680.

(4) ياسين محمد عبد الكريم الخراساني، المركز الدستوري لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية القانون، اليمن، ص108.

(5) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص182.

وعلى هذا الأساس، يتضح من التعريفات أعلاه أن موضوع الاستفتاء الشعبي يتسع ليشمل كل موضوع عام، دون اعتبار لطبيعة الموضوع. فقد يكون مشروع قانون⁽¹⁾ سواء أكان قانوناً عادياً أم دستورياً، وقد يكون مجرد قرار سياسي صادر عن سلطة من أحد سلطات الدولة، فهو يشمل كل عمل من أعمال السلطة التنفيذية والتشريعية. كما أن الاستفتاء هو الطريقة التي تتوضح فيها ممارسة الشعب لسيادته بنفسه؛ لكونه في حقيقة الأمر أهم مظهر من مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن كلمة استفتاء قد استخدمت في البلاد العربية استخداماً واسعاً جعلها تشمل أيضاً عرض شخص واحد على الشعب للموافقة على تنصيبه أو بقاءه رئيساً للدولة. وإن كان يطلق عليها أحياناً "الإستفتاء الشخصي" نظراً لأن موضوعها ينصب على شخص رئيس الدولة؛ وذلك لتميزها عن الاستفتاء الموضوعي الذي يتعلق بموضوع معين يراد أخذ رأي الشعب فيه. وقد ترجمها البعض بكلمة "الأستراس".

إذن، فالإستفتاء الشعبي هو أخذ رأي الشعب في مسألة معينة، بحيث يعرض هذا الأمر على الشعب لأخذ موافقته من عدمها على تلك المسألة، وهذا يعطي المقترعين حق الفصل في بعض أمور الحكم والمشاركة في صناعة القرار، بما يندرج ضمن إطار الديمقراطية شبه المباشرة⁽³⁾.

وكما ذكرنا سابقاً، تعد سويسرا أول من عرف الاستفتاء التشريعي في دستورها الصادر في 29 ماي عام 1874، وفقاً لما جاء في المادة 79/ منه حيث نصت على أنه "لا تصدر قوانين الدولة الاتحادية وكذلك مراسيمها وقراراتها إلا بموافقة المجلسين. وتعرض قوانين الدولة على الشعب ليقرها أو ليرفضها فيما إذا طلب ذلك ثلاثون ألفاً من أفراد الشعب العاملين، أو طلبته ثماني مقاطعات"⁽⁴⁾.

حيث ساد هذا الأسلوب الأقاليم الأخرى فأخذت هذه الاستشارة إسم الاستفتاء الشعبي. واقتدت في ذلك بسويسرا في القرون اللاحقة بعض بلاد العالم ابتداءً بألمانيا وبعض الولايات الأمريكية الشمالية والسويد، على نطاق ضيق.

ثم تبعتها فرنسا، حيث نمت فكرة الاستفتاء الدستوري، وعرف هذا الاستفتاء بصورة "الاستفتاء التأسيسي" في دستور عام 1793، ودستور عام 1795⁽⁵⁾. وبذلك تكون فرنسا قد سبقت سويسرا في تطبيق الاستفتاء الدستوري.

(1) Duguit Léon, Traité de Droit Constitutionnel, op.cit, P.620.

(2) أنظر: ببداء عبد الجواد محمد توفيق العباسي، الاستفتاء الشعبي وبعض التطبيقات المعاصرة، مذكرة ماجستير، جامعة الموصل، 2003. ص 40.

(3) أنظر: ماجد راغب الحلوي، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 1973. ص 09.

(4) أنظر في ذلك: فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 280.

(5) كمال الغالي، المرجع السابق، ص 29.

كما أن الدستور الفرنسي الصادر عام 1799 صدر هو الآخر عن طريق الاستفتاء الشعبي، لكنه تضمن في الوقت نفسه الإفتاء على شخص رئيس الجمهورية؛ لكونه طرح مقترنا باسم نابليون، وهذا التاريخ بالتحديد يعد أول تاريخ دخل فيه نظام الاقتراع بالثقة (Plébiscite) أو الإفتاء الشخصي - كما يطلق عليه البعض - في النظام الدستوري الفرنسي ثم انتشر بعد ذلك متجسدا بعدة استفتاءات منها استفتاء عام 1802 ليصبح نابليون قنصلا مدى الحياة، واستفتاء عام 1804 ليصبح نابليون امبراطورا، واستفتاء عام 1851 ليفوز لويس نابليون، نابليون الثالث بعمل دستور لفرنسا، ومن ثم ليكون امبراطورا في استفتاء عام 1852. ثم أهمل الإفتاء ثانية إلى أن أعاد إحياءه الجنرال ديغول أعقاب الحرب العالمية الثانية عام 1945 ثم تم تقنينه وطبق مرات عديدة⁽¹⁾.

وسرى نوح الإفتاء من أوروبا⁽²⁾ إلى الدول الإفريقية، ودخل في صلب الكثير من دساتيرها ودساتير الدول التي تحررت بعد الحرب العالمية الثانية. كما انتقل هذا الأسلوب من الولايات المتحدة الأمريكية إلى سائر دول القارة الجديدة. إلا أن سويسرا كانت وما تزال البلد الأمثل في الفقه النظري والعملي للإفتاء.

وبخصوص الدول العربية فقد أخذ أغلبها بنظام الإفتاء الشعبي بعد الحصول على استقلالها، ومنها مصر التي أخذت كافة دساتيرها بالإفتاء بدءا من دستور 1956، وموريتانيا في دستورها الصادر 1960، وسورية في دستور عام 1972 وقد بقي المؤرخون لعدة قرون لا يفرقون كثيرا في التعبير بين الإفتاء والتصديق الشعبي الموروث عن روما من القديم. ولم يؤخذ بالدقة في التمييز بين النظامين إلا في مطلع القرن العشرين⁽³⁾.

ثانيا: تمييز الإفتاء الشعبي

منعا للخلط بين الإفتاء الشعبي وبعض الأساليب المشابهة، والتي يكتسي بعضها ثوب الديمقراطية، ولإيضاح مفهوم الإفتاء الشعبي وتمييزه عن هذه الأساليب بدقة؛ نتناول التمييز بينها:

(1) أنظر: عصمت سيف الدولة، النظام النيابي ومشكلة الديمقراطية، دار الموقف العربي، طبعة 1991. ص 129.

(2) انتشر نظام الإفتاء الشعبي في بداية القرن العشرين في العديد من الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الثانية لسببين اثنين هما :

- سيادة التيار الديمقراطي عند انتهاء الحرب نتيجة لانتصار الدول التي تنادي بمبدأ الديمقراطية، فضلا عن تنامي الوعي السياسي لانتشار التعليم .
- الرغبة في إصلاح عيوب النظام النيابي ومساوئه ووضع حد لاستبداد البرلمانات. إذ إن انتشار التيار الديمقراطي ورغبة الشعب في المشاركة في القرارات المهمة قد هز أركان النظام النيابي وفسح المجال لمشاركة الإرادة الشعبية في أهم القرارات وأخطرها دون الاكتفاء بممارسة انتخاب المجلس النيابي.

ومن تلك الدول ألمانيا في دستور "فايمار" الصادر عام 1919، والنمسا في دستورها الصادر عام 1920، واليونان في دستورها الصادر عام 1920 وتشيكوسلوفاكيا في دستورها الصادر عام 1922، وإسبانيا في دستورها الصادر عام 1921. / أنظر: عبد الحميد متولي، أزمة الأنظمة الديمقراطية، دار العطل، الإسكندرية، 1954. ص.ص 122-123. / إبراهيم عبد العزيز شياح، مبادئ الأنظمة السياسية - الدول والحكومات -، المرجع السابق، ص 219.

(3) أنظر في ذلك: جمال نعمان، الإفتاء والتصديق الشعبي، الموسوعة العربية للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد الأول، ص 197.

1- الإستفتاء الشعبي والأستراس

يتميز البعض بين الاستفتاء والتصديق الشعبي، ويرى أن الاستفتاء "Référendum" هو الطريقة الديمقراطية المباشرة لمشاركة الشعب في سن الشرائع الدستورية والقانونية التي تحكم بها البلاد، وذلك بالتصويت على ما تعرضه عليه السلطة الحاكمة، أو على ما يطلبه أو يقترحه هو نفسه منها. وثمة طريقة شبيهة به تؤدي إلى هذه المشاركة الشعبية المباشرة، لأجل تنصيب رؤساء الدولة أو دعمهم، هي التصديق الشعبي "Plébiscite" والفارق بين هذين النظامين⁽¹⁾ هو أن الاستفتاء يتوجه إلى الشعب بنصوص معينة، في حين يتوجه إليه التصديق الشعبي بطرح الثقة بشخص معين.

وقد شاع عالميا استعمال تعبير "إستفتاء" في حالتي الاستفتاء والتصديق الشعبي على السواء، وغالبا ما يطلق على كليهما في العرف السياسي.

(1) يحاول الفقه وضع بعض المعايير لتمييز الاستفتاء عن الأستراس عندما يختلط أمرهما في الاستشارة الشعبية. يذهب البعض إلى أن الاستشارة في الأستراس تنصب على تصرف رجل السلطة وليس على تطبيق أحد النصوص، وأنها لا تقدم إلا اختيارا مزيفا؛ كأن يكون النظام موضوع الاستشارة قد طبق فعلا ولم يعلق تطبيقه على نتيجة التصويت، وأن السؤال موضوع التصويت لا يتسم بالبساطة والوضوح كما في حالة طلب الإجابة الواحدة على سؤالين رغم أن المستفتى قد يكون له مواقف مختلفة بالنسبة لكل نقطة من نقاط السؤال. ويذهب آخرون إلى أن التفرقة بين الأستراس والاستفتاء على أنها تفرقة سياسية؛ لأن هناك علاقات أكيدة بين الأنظمة والحكام، وأن تمييز نوعية الاستشارة الشعبية يتوقف على مدى موقف الحكومة أثناء الاستفتاء، فإذا تسامحت مع الدعاية المعارضة حتى تتضح مطالب موضوع التصويت إلى جانب مزاياه، فإن الأمر يتعلق باستفتاء، وإلا فهو أستراس. كما يؤكد فريق ثالث أن الأستراس يتميز بإصرار طالب التصويت على البقاء في السلطة أيا كان ما يحدث، أما الذي يطلب رأى الشعب في أحد الموضوعات ليمثل له فإنه يجري استفتاء وإن علق بقاءه في السلطة على نتيجته كما فعل ديغول في استفتاء 27 أبريل 1969 في فرنسا. كما ويذهب البعض الآخر إلى أن تغليب إحدى الصفتين الاستفتائية أو الأستراسية على الأخرى إنما يكون حسب تحليل دوافع أغلبية المقترعين في التصويت الشعبي. وهذه الدوافع تختلف من حالة إلى أخرى. ففي استفتاء عام 1962 في فرنسا مثلا تم تصويت بعض المقترعين لأنهم يوافقون على التعديل المقترح، ولأن الرئيس ديغول الذي يثقون فيه هو صاحب الاقتراح. وبالنسبة لهم يكون التصويت استفتاء وأستراسا في نفس الوقت. وصوت آخرون ب (نعم) رغم عدائهم للرئيس ديغول لأن التعديل كان يروق لهم، ويعد التصويت بالنسبة لهم استفتاء. ومن الممكن أن يكون آخرون قد صوتوا ب (نعم) رغم أنهم لم يكونوا راضين عن التعديل المقترح مجرد تأييد شخص الرئيس، وهنا تكون الاستشارة أستراسا رغم أنها تنصب على موضوع معين. ويتفق جانب من الفقه مع الرأي الذي يجعل تكييف هذه العملية مرتبطا بتحليل دوافع المقترعين، مما يعني أن الشعب هو الذي يحدد الوصف القانوني للمشاركة الشعبية. ولما كان من الصعب جدا تحليل دوافع المقترعين، فلا بد أن ينظر إلى العملية بظواهرها دون الغوص في النوايا، فنكون أمام استفتاء سياسي قد يخفي طرحا للثقة بشخص رئيس الدولة وليس أستراسا؛ لأن الأستراس يعني طلب الرئاسة، أما طرح الثقة المستترة براء الاستفتاء السياسي فتحمل أبعادا سياسية عدة، قد يكون من ضمنها الاستمرار في منصب الرئاسة أو مقدمة للتجديد أو الاستقالة واعتزال العمل السياسي، و استفتاء عام 1969 في فرنسا والذي أدى إلى استقالة الجنرال ديغول خير مثال على ذلك. /أنظر: ماجد رجب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 06.

وبناء على ما تقدم، يتم اختيار رئيس الدولة في بعض الدساتير بطريقة يطلقون عليها الاستفتاء الشعبي⁽¹⁾، حيث يعرض على الشعب شخص مرشح وحيد لتقلد منصب رئيس الدولة، وعلى الشعب أن "يوافق أو يرفض"، وفي حال وافقت الأغلبية المطلقة لعدد الذين أدلوا بأصواتهم يصبح المرشح المقترح رئيسا للدولة.

ولما كان الإستفتاء الشعبي يعني أخذ رأي الشعب في موضوع معين، وبناء عليه فإن الاسترأس يخرج عن هذا المفهوم، لأنه يعني أخذ رأي الشعب في شخص معين لتنصيبه رئيسا للدولة، وليس في موضوع معين. وباعتبار أن هذين المفهومين يتشابهان من حيث الشكل فقط، وهو أن الشعب يصوت ب(نعم) أو (لا)، وإن هذا التشابه لا يجعل من الاسترأس نوعا من أنواع الاستفتاء الشعبي .

أما فيما يتعلق بموقع الاسترأس⁽²⁾ من الأنظمة الديمقراطية، فالملاحظ أنه يعني عرض مرشح وحيد للرئاسة لا منافس له، ويطرح هذا المرشح على الشعب لأخذ رأيه فيه فإذا قالت الأغلبية نعم عد هذا المرشح رئيسا للدولة .

2- الإستفتاء الشعبي والانتخاب

يؤكد الفقه ضرورة التمييز بين الاستفتاء الشعبي والانتخاب، فمن الخطأ أن نخلط بين الانتخاب وبين الإستفتاء بالمعنى الصحيح أو الاستفتاء الموضوعي "référendum".

فالانتخاب هو إختيار الناخبين لشخص أو أكثر من بين عدد من المرشحين لتمثيلهم في حكم البلاد، أما الاستفتاء بمفهومه الصحيح، فهو عرض موضوع عام على الشعب لأخذ رأيه فيه بالموافقة أو الرفض، وإذا كان

(1) حيث ذهب الموقف الأول إلى عد الطريقة سابقة الذكر لا تمثل استفتاء حقيقيا. وهو يسوغ موقفه بالاستناد إلى أسس مختلفة، منها أن الاستفتاء يعني أخذ رأي الشعب في موضوع معين، وهو بذلك أسلوب ديمقراطي يهدف إلى إشراك الشعب وأخذ رأيه في موضوع قد يكون تشريعا أو دستوريا أو سياسيا، فهو بهذا المعنى لا يشمل أخذ الرأي في شخص معين مهما كانت أهمية المنصب الذي سيشغله، حتى لو تمثل في منصب رئيس الدولة .

ويعد أصحاب هذا الموقف أن الفقه الفرنسي ميز الاستفتاء الشعبي عندما عبر عنه بكلمة *référendum* ، وعبر عن اختيار رئيس الدولة بالاستفتاء بكلمة *Plébiscite*، وبناء على ذلك يقترح الدكتور ماجد راغب الحلو خيارين، هما: إما ترجمة كلمة *Plébiscite* إلى اللغة العربية بعبارة غير قصيرة وهي: (أخذ موافقة الشعب على المرشح الأوحده للرئاسة)، أو تعريب هذه الكلمة الفرنسية وإدخالها في "بليبيست"، لكنه يخلص في النهاية إلى اعتماد الكلمة في القاموس بحيث تصبح المفضلة لديه وهي "الاسترأس"، ومعناها طلب الرئاسة أو طلب موافقة الشعب على تولية الرئيس ومنحه الثقة . أما الموقف الثاني فيرى أن الاستفتاء يمكن أن ينصب على شخص معين، كمرشح وحيد لتقلد سلطة ما أو وظيفة سياسية، وهي غالبا رئاسة الدولة، وأطلق عليه اسم "الاستفتاء الشخصي"، ويميز بينه وبين "الاستفتاء الموضوعي" الذي يكون محله موضوع معين بذاته قد يكون تشريعا أو سياسيا أو دستوريا . كما يقترح أنصار هذا الموقف إما تعريب الكلمة الفرنسية وإدخالها في القاموس بحيث تصبح "بليبيست"، أو استعمال كلمة "استفتاء" مجردة للدلالة على تحديد ما إذا كان المقصود بما استفتاء شخصيا أو موضوعيا لسياق الكلام أي من الكلمتين *référendum*، " *Plébiscite* " دون تفریق بينهما، على أن يترك تحديد ما إذا كان المقصود بما استفتاء شخصي أو موضوعي لسياق الكلام والظروف المحيطة. /أنظر: ماجد راغب الحلو؛ الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص74 وما بعدها .

(2) وأصبح من البديهي أن الاسترأس شرع فقط من أجل المرشح الوحيد ولضمان وصول هذا المرشح إلى سدة الرئاسة، وأن الدافع هو استبعاد فكرة تعدد المرشحين للخوف الناتج عن فكرة المنافسة، ولجعل المرشح الوحيد شخصية مقدسة لا منافس لها. وكما يرى جانب من الفقه أنه حتى الشكل الديمقراطي للاسترأس لم يعد يصلح في هذا الزمن الذي سقطت فيه الأقدعة، ولم يعد قادرا على إخفاء المضامين اللاديمقراطية، وهذا ما حدا بالمشرع إلى الاستغناء عن هذا الأسلوب في بعض الدول العربية كسورية ومصر، اللتين تبنتا أسلوب الانتخاب الشعبي المباشر في اختيار رئيس الدولة.

الإنتخاب ينطوي إلى حد ما على معنى الإستفتاء، فإن يوجد فرق كبير بين الإنتخاب وبين الإستفتاء بمعناه العلمي المعروف.

ففي حالة الإنتخاب يختار الناخب شخصا أو أكثر من شخص من بين المرشحين في الإنتخابات؛ ليكون نائبا في البرلمان. أما في حالة الإستفتاء فإن موضوعا من الموضوعات العامة يعرض على الناخبين من أفراد الشعب لإبداء الرأي فيه؛ لذلك وجب التنبيه إلى ضرورة عدم الخلط بين الانتخاب والاستفتاء، الأمر الذي يجعل الانتخاب وسيلة لإسناد سلطة ما لشخص ما، وبالتالي يتعلق محله بشخص ما، بينما ينصب محل الإستفتاء على موضوع ما (1).

وتبدو ضرورة التمييز بين النظامين السابقين عند تولي رئيس الدولة منصبه بنتيجة ما يسميه البعض (إستفتاء شخصي) والذي يفضل جانب من الفقه نعتة "بالاسترأس". ففي هذه الحالة يعتقد البعض -خطأ- أن الرئيس قد انتخب، وهنا يكمن الفارق الجوهرى بين "الاسترأس" و "إنتخاب الرئيس"، لأن الأول لا يسمح للمقترعين بحرية حقيقية في اختيار رئيس الدولة نظرا لعدم تعدد المرشحين، وإنما هو طلب الموافقة أو الرفض على مرشح وحيد يطلب توليته الرئاسة، أما الانتخاب فهو اختيار الرئيس من بين عدة مرشحين (2).

وعلى الرغم من هذا الفارق إلا أن بعض الفقه يذهب إلى اعتبار الاسترأس نوعا من أنواع الانتخاب، وأنه ليس انتخابا عاديا، بل يعتبر انتخاب غير عادي أو شاذ، وأطلقوا عليه تجاوزا "انتخاب المرشح الوحيد" (3).

ويرى جانب من الفقه أن الانتخاب هو الوسيلة الديمقراطية الوحيدة لإسناد السلطة للحكام، ويعد ركيزة ودعامة أساسية لكل حكم ديمقراطي سليم؛ كونه المرجعية الأساسية في تحديد شرعية السلطة داخل المجتمع مثلما يشكل الأساس في تجسيد مفهوم السيادة الشعبية، أي حق الشعب - الذي تتعقد له وحده السيادة باعتباره مصدر السلطات - في حكم نفسه بنفسه عن طريق اختياره لممارسة شؤون السلطة السياسية (4).

وعلى هذا الأساس، فالديمقراطية والانتخابات صنوان متلازمان، فلا تستقيم الديمقراطية دون انتخابات حرة ونزيهة، فالأولى أسلوب للحكم، والثانية وسيلة لتحقيق تلك الغاية.

وحقيقة الأمر أن عرض مرشح وحيد على الشعب للموافقة عليه لا يمكن عده انتخابا، لأن جوهر الانتخاب هو اختيار مرشح أو أكثر من مجموعة أشخاص، وهذا ما ينفي مفهوم الانتخاب عن (الاسترأس) ويبقيه نظاما مستقلا، وإن كثيرا من الدول عزفت عنه، وتبت الانتخاب الشعبي كأسلوب لاختيار رئيس الدولة.

(1) حسن مصطفى البحري؛ المرجع السابق، ص 497 .

(2) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 166.

(3) عبد الحميد متولي؛ الحريات العامة، بلا ناشر، طبعة 1975. ص 216.

(4) حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 97 .

الفرع الثاني

أنواع الإستفتاء الشعبي

قد يتم التصويت على شخص معين كالإستفتاء بشأن الموافقة على رئيس الجمهورية إذا كان المرشح الوحيد لذلك، والحالة هذه يعتبر الاستفتاء استفتاء شخصيا، كما قد يتم على تصرف أو اقتراح معين كالإستفتاء على قانون أو معاهدة أو اقتراح بها، وفي هذه الحالة يمكن اعتبار هذا الاستفتاء استفتاء موضوعيا، ويكون بمثابة أسلوب الرقابة على هذا التصرف أو الاقتراح.

ومع ذلك فقد يكون هذا الاستفتاء استفتاء شخصيا يتعلق في الواقع بصاحب هذا التصرف أو الاقتراح، بحيث إذا أبدى الشعب موافقته على هذا التصرف، فإنه يعد منحا للثقة في صاحب التصرف، أما إذا كانت نتيجة الاستفتاء هي رفض الشعب لهذا التصرف، فإن هذا الرفض يعني حجب الثقة عن صاحب التصرف⁽¹⁾.

ولذلك ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين نوعين من الاستفتاءات الموضوعية أولهما الإستفتاء التشريعي أو الدستوري وهو الذي يتعلق بقبول أو رفض قاعدة عامة مجردة تشريعية أو دستورية، والثاني الإستفتاء السياسي، ويتعلق بمسألة مختلف فيها أو محل للتشكيك في مدى موافقة الشعب عليها ورضاه عنها أو عمل يتولى مسؤوليتها⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الإستفتاء الشعبي ينقسم إلى ثلاثة أنواع من حيث موضوع التصويت، وهي الإستفتاء الدستوري، والإستفتاء التشريعي، والإستفتاء السياسي. ويعد النوعان الأول والثاني إستفتاء تشريعيًا يهدف إلى وضع قواعد عامة مجردة، لكن الأول موضوعه تشريع دستوري والثاني موضوعه تشريع عادي.

ويسمى الأول بالإستفتاء الدستوري لتخصيصه وتمييزه عن الثاني. وبالرغم من أن مصطلح التشريع يشكل قاسما مشتركا يمكن أن يطلق على القوانين الدستورية والعادية على السواء، إلا أن معظم فقهاء القانون قد درجوا على وصف التشريع الأعلى في الدولة، الذي تستمد منه بقية التشريعات مشروعيتها، بالتشريع الدستوري أو الأساسي، لتمييزه عن غيره من القواعد القانونية التي تتمثل في التشريعات العادية⁽³⁾، للدلالة على جميع التشريعات باستثناء التشريع الدستوري؛ ولعل سبب التمييز بين الاستفتاء الدستوري والاستفتاء التشريعي يعود إلى سمو الدستور الذي يعني أن القواعد الدستورية تعلق على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة⁽⁴⁾.

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 182.

(2) لأكثر توضيح أنظر: محمد كامل ليلة، النظم السياسية - الدولة والحكومة -، المرجع السابق، ص 807.

(3) ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 177.

(4) حسن مصطفى البحري، الانتخاب، المرجع السابق، ص 451.

أما النوع الثالث وهو الاستفتاء السياسي، فلا يتعلق موضوعه بوضع قواعد عامة مجردة. وإنما الفصل في مسألة مختلف فيها، أو اتخاذ قرار في أمر تباين بشأنه الآراء. وهكذا فإن لكل من هذه الأنواع الثلاثة معناه الخاص ونظاما وهدفا مستقلا، وستحدث عن هذه الأنواع في ما يلي:

أولا: الاستفتاء الدستوري

عرف الفقه الاستفتاء الدستوري على أنه "ذلك النوع من الإستفتاء الذي ينصب محله على إقرار دستور الدولة أو تعديله، ويتمثل في عرض مشروع الدستور أو التعديل -بعد إعداده- على التصويت الشعبي للموافقة أو الرفض"⁽¹⁾.

وبناء على هذا التعريف ينقسم الاستفتاء الدستوري إلى استفتاء تأسيسي يتعلق موضوعه بوضع دستور جديد للدولة، واستفتاء تعديلي يتعلق موضوعه بتعديل الدستور القائم، تغييرا في بعض مواد أو إضافة أو حذف. وتتناول كلا من النوعين على النحو الآتي:

1- الاستفتاء التأسيسي⁽²⁾

عرف الفقه الاستفتاء التأسيسي بأنه "الاستفتاء على مشروع دستور جديد للدولة يتم إعداده من قبل جمعية تأسيسية منتخبة، أو برلمان، أو حاكم، أو لجنة حكومية (فنية متخصصة أو غير متخصصة)، تقتصر مهمتها على وضع مشروع الدستور، ثم يعرض بعد ذلك على متخصصين لتقويمه"⁽³⁾. ويؤكد الفقه أن مشروع الدستور لا يكون له أية قيمة قانونية قبل عرضه على الشعب وموافقته عليه⁽⁴⁾.

كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه "ذاك الاستفتاء الذي ينصب على مشروع دستور معين لحكم الدولة، فيأخذ المشروع صفته القانونية ويصدر إذا وافق عليه الشعب، وإذا رفضه زال ما كان له من اعتبار بصرف النظر عن قام بوضعه، ولو تعلق الأمر بجمعية تأسيسية منتخبة من الشعب"⁽⁵⁾.

(1) أنظر: حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري - النظرية العامة، المرجع السابق، ص 160.

(2) بدأت فكرة الاستفتاء التأسيسي بالظهور مع حركة تدوين الدساتير في بعض المستعمرات الأمريكية الشمالية عقب استقلالها عن بريطانيا العظمى في عام 1776، ولم يكن ينظر آنذاك إلى الاستفتاء الشعبي على أنه مجرد وسيلة فنية ممكنة لوضع الدساتير، وإنما كتعبير مباشر عن ممارسة فكرة السيادة الشعبية، وتؤكد ظهور الاستفتاء التأسيسي كوسيلة من الوسائل الديمقراطية لوضع الدساتير بصورة واضحة في الإعلان الذي أصدرته الجمعية التأسيسية الفرنسية المعروفة باسم Convention nationale في أولى جلساتها بتاريخ 21 سبتمبر عام 1792، وقررت أنه "لا وجود لأي دستور إلا ذلك الذي يقبله الشعب" ومنذ نهاية الحرب العالمية الأولى عام 1918 والاستفتاء الأسترالي ماض في الانتشار في مختلف دول العالم، خاصة تلك التي نشأت من تفكك إمبراطوريات ما قبل هذه الحرب. أنظر: ماجد راغب الجلو، الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص 183.

(3) نوري لطيف، المرجع السابق، ص 192.

(4) بيداء عبد الجواد محمد توفيق العباسي، المرجع السابق، ص 18.

(5) أنظر: سعد عصفور، القانون الدستوري "الجزء الأول"، دار المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1994. ص 211. / حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري - النظرية العامة، المرجع السابق، ص 163.

وعلى هذا فإن مشروع الدستور المعروض على الإستفتاء قد تتولى مهمة إعداده إما جمعية تأسيسية⁽¹⁾ منتخبة، أو لجنة حكومية⁽²⁾ تشكل خصيصا لهذا الغرض.

وأيا كانت الجهة التي قامت بوضع مشروع الدستور، فإن هذه الوثيقة الدستورية تظل مجردة من أي قوة قانونية ملزمة، قبل عرضها على الاستفتاء وموافقة الشعب عليها. ومن ثم فإذا كانت نتيجة الاستفتاء الدستوري سلبية، عدت هذه الوثيقة في حكم العدم⁽³⁾ وكأنها لم تكن، ولو كانت مقدمة من قبل جمعية تأسيسية منتخبة بواسطة هؤلاء المواطنين⁽⁴⁾.

ويرى جانب من الفقه، أن الاستفتاء التأسيسي يعد أسلوباً لنشأة الدساتير أقرب إلى الديمقراطية من الأساليب السابق ذكرها، نظرا لإشراك الشعب في وضع الدستور، إلا أن هذه الديمقراطية تبقى رهينة للتطبيق العملي للاستفتاء، حيث تتوقف الغاية الديمقراطية للاستفتاء التأسيسي على نجاح العملية الاستفتاءية ذاتها. وغنى عن البيان، أن من أهم مقومات النجاح الحرة والديمقراطية وارتفاع معدل الوعي الشعبي الذي يجري الاستفتاء في ظله. وعليه يبقى الاستفتاء التأسيسي فاقدًا قيمته الديمقراطية إذا لم ترافق مقومات النجاح المذكورة. لذلك يخشى من استخدام هذا الأسلوب الديمقراطي لتحقيق غايات دكتاتورية، حيث اعتمدت عليه العديد من الأنظمة الدكتاتورية عند بداية ممارستها للسلطة وأثناء ولايته، فيتحول الإستفتاء الشعبي إلى ما يسمى

(1) طريقة الجمعية التأسيسية: في هذه الطريقة ينتخب الشعب جمعية تأسيسية تقتصر مهمتها على وضع مشروع الدستور الذي يعرض عليه ليتخذ القرار بشأنه بالقبول أو الرفض ولاشك أن هذه الطريقة الديمقراطية تقوم على أساس التمثيل النيابي. ويعرض مشروع الدستور الذي وضعه نواب الشعب على الشعب لتمتج الديمقراطية النيابية بالديمقراطية المباشرة في نشأة دستور الدولة. كما ويذهب جانب من الفقه إلى أن وضع الدستور بهذه الطريقة يعد أكثر ديمقراطية من طريقة اللجنة الحكومية، لأن المشاركة الشعبية فيها لا تقتصر على إقرار الدستور أو رفضه فقط، بل تتعداها إلى المشاركة في إعداده عن طريق اختيار الشعب لممثليه في الجمعية التأسيسية التي تقوم بإعداد مشروع الدستور. إلا أن هذه الميزة تقابلها محاذير مختلفة تمثل أهمها في ضرورة إعداد مشروع الدستور من قبل مختصين وفنيين خبراء، كما أن الشعب - من الناحية العملية - لن يبي اختياره لأعضاء الجمعية على أسس الفن والاختصاص، وغالبا ما يبي اختياره على اعتبارات شخصية، قد تؤدي في النهاية إلى اختيار جمعية تأسيسية تضم أشخاص غير قادرين على تلبية طموحات الشعب في وضع دستور متقن. ومن أمثلة الدساتير التي وضعت بهذه الطريقة، دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة الصادر سنة 1949. أنظر: ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 185. / حسن مصطفى البحري؛ القانون الدستوري-النظرية العامة، مرجع سابق، ص 168. / كمال الغالي، مرجع سابق، ص 144.

(2) طريقة اللجنة الحكومية: بمقتضى هذه الطريقة تشكل الحكومة لجنة لإعداد مشروع الدستور وتزودها بالتوجيهات التي تراها مناسبة. وهذه الطريقة لا تسمح للشعب - عن طريق ممثليه - بالمشاركة في إعداد الدستور وتضمينه ما يشاء من أحكام، ويقتصر دوره في النهاية على مجرد الموافقة أو الرفض بالنسبة لمشروع الدستور المعروض عليه ككل، فلا مجال لمناقشة محتوياته. ولا شك أنها أقل ديمقراطية من طريقة الجمعية التأسيسية. وبهذه الطريقة وضع دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة الصادر عام 1958 بعد أن قامت لجنة حكومية بوضع مشروعه، حيث قام أعضاء مجلس الدولة الفرنسي بإعداد مشروع دستور جديد على ضوء توجيهات الجنرال ديغول، ثم عرض المشروع على اللجنة الاستشارية ومجلس الوزراء وأصبح المشروع نائيا معدا للعرض على التصويت الشعبي. أنظر: عبد الغي بسبوي عبد الله، المبادئ العامة للقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص 93. / حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 66-67.

(3) صبحي المحمصان، الدستور والديمقراطية، دار العلم للملايين، بيروت، 1992، ص 27.

(4) وهوما حدث بالنسبة للمشروع الأول لدستور الجمهورية الفرنسية الرابعة عام 1946، مما أدى إلى وضع مشروع دستور آخر بواسطة جمعية تأسيسية جديدة. / أنظر: صبحي المحمصان، المرجع السابق، ص 27.

"التصديق الشعبي"⁽¹⁾، وبمقتضى هذا الأسلوب لا تلعب الإرادة الشعبية دورا إيجابيا، بل سلبيا. وهي لا تقرر شيئا، بل تقبل ما يعرض عليها في ظروف يتعذر معها التصرف على نحو آخر⁽²⁾.

2 - الإستفتاء التعديلي

ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالاستفتاء التعديلي هو "أخذ رأى الشعب في تعديل الدستور، وقد يشمل هذا التعديل مادة أو أكثر من الدستور النافذ. كما يعرفه جانب آخر على أنه "ذلك النوع من الاستفتاء الذي تنصن الدساتير على إجرائه لتعديل أحكامها سواء بصفة إجبارية أم اختيارية، وسواء أكان صاحب الحق في اقتراح التعديل هو إحدى سلطات الدولة أم عددا من المواطنين، وسواء تم إعداد التعديل بواسطة البرلمان أم بواسطة الحكومة أم بواسطة المواطنين"⁽³⁾.

ففي هذا النوع من المشاركة الإستفتائية، يقتصر دور الشعب على إبداء رأيه بخصوص تعديل بعض نصوص⁽⁴⁾ أو أحكام الدستور، دون المساس بالدستور في جملته كما هو الحال في المشاركة الاستفتائية التأسيسية، فإذا كان أسلوب الاستفتاء التأسيسي قد أصبح هو الاتجاه الغالب لوضع دستور جديد في معظم الدول الحديثة، فإن الأخذ بأسلوب الاستفتاء التعديلي فيها يكون -غالبا- من إجراءات التعديل، إذ غالبا ما تنصن الدساتير التي تنشأ وفقا لأسلوب الاستفتاء الشعبي، على أن يتم تعديلها أيضا -عندما تقتضي الضرورة- بالطريقة نفسها. من خلال ما تم عرضه، نجد أن إجراءات تعديل الدساتير التي تأخذ بأسلوب الاستفتاء التعديلي تختلف من دولة إلى أخرى من النواحي الآتية:

(1) التصديق الشعبي: هو الأسلوب العادي لوضع الدساتير في الأنظمة الدكتاتورية وفي البلاد المتخلفة عموما. ويتدخل الشعب إما عندما يطلب منه أن يقر انقلابا وقع، أو تفويضا بوضع دستور في المستقبل. فقد أخذ بهذا الأسلوب لوضع دستور ألمانيا النازية في عهد هتلر، وإيطاليا الفاشية في عهد موسوليني، وإسبانيا الديكتاتورية في عهد فرانكو، كما أخذ بهذا الأسلوب أيضا في سورية في عهد أديب الشيشكلي، حيث وضع مشروع دستور وعرض على الشعب لاستفتاءه فيه بتاريخ 1953/10/09، وعد موافقا عليه، وفي 1954/02/25 وقع انقلاب عسكري اضطر أديب الشيشكلي للاستقالة وأعيد العمل بدستور عام 1950، وعدت الفترة السابقة غير شرعية.

(2) أنظر: ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص. 185-186.

(3) أحمد العزي النقشبندي، تعديل الدستور، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994. ص. 94.

(4) يوجد أيضا ما يسمى بالتعديلات الشاملة أو المراجعة الشاملة للدستور التي تسمى بـ "Revision" حيث يتم التعديل في النوع الأول عن طريق اقتراح التعديل إما بواسطة المجالس التشريعية وعن طريق الاقتراح المباشر من هيئة الناخبين، ويعتبر مشروع التعديل جزءا من الدستور في حالة موافقة هيئة الناخبين عليه بعد عرضه عليها. أما النوع الثاني من التعديلات يقوم المجلس التشريعي بدعوة الجمعية التأسيسية بقانون عادي لتقوم بمراجعة النصوص الدستورية القائمة وصياغة نصوص جديدة أو دستور كامل يجل محلها. وإذا أتمت الجمعية عملها وصاغت النصوص الدستورية الجديدة عرض عملها على هيئة الناخبين للموافقة عليه أو رفضه. /أنظر: رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 739.

- من حيث وجوب إجراء الاستفتاء (1):

الإستفتاء الإجباري للتعديل: ففي هذه الحالة تكون مشاركة المواطنين شرطا لازما لتقرير مصير التعديل المقترح للنص الدستوري، فتكون السلطة المناط بها مهمة عرض الاقتراح على الشعب لاستفتاءه فيه مجبرة على القيام بذلك، وليس لها حق الخيار أيا كانت الجهة التي تقدمت بهذا الاقتراح. فإذا كانت نتيجة الاستفتاء الشعبي على التعديل المقترح للدستور إيجابية، حاز هذا التعديل حجيته القانونية الملزمة في مواجهة الكافة.

أما إذا كانت نتيجة الاستفتاء الشعبي سلبية، عد التعديل المقترح للدستور في حكم العدم وكأنه لم يكن، ومعظم دساتير العالم التي تأخذ بمبدأ الاستفتاء التعديلي تأخذ بالاستفتاء الاجباري.

ومن أمثلة الدساتير التي تبنت إلزامية الاستفتاء لإقرار التعديل الدستوري دساتير أكثر من ثلاثة أرباع الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية. وكذلك الدستور الإيرلندي والاسرائيلي والدايماركي وكثير من دول العالم الأخرى. كما وقد يكون إجراء الاستفتاء مشروطا بعدم تحقق أغلبية خاصة في البرلمان كما في دستور ساحل العاج 1960 في المادة /72/ منه، ودستور الجمهورية الفرنسية الرابعة 1946 في المادة /90/ منه، ودستور السنغال (2) الصادر سنة 1960.

أما في الجزائر فقد نص الدستور الصادر عام 2016 على وجوب عرض مشروع التعديل على الإستفتاء الشعبي إذا صدرت المبادرة بالتعديل من رئيس الجمهورية (3)، وبعد إقراره من طرف البرلمان في مهلة لا تتجاوز خمسين يوما (1).

(1) لأكثر تفصيل حول الإستفتاء الإختياري أنظر: سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.ص 79-80. / سعد عصفور، القانون الدستوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 16.

(2) حيث نصت المادة /89/ منه على أن (... كل مشروع أو اقتراح بتعديل الدستور لا يعتبر نهائيا إلا بعد إجراء استفتاء عليه، ومع ذلك فأى مشروع و اقتراح بالتعديل لا يعرض للاستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية أن يعرضه فقط على الجمعية الوطنية وفي هذه الحالة لا يكون التعديل نهائيا إلا إذا وافقت عليه أغلبية الأعضاء المكونين للجمعية الوطنية. /أنظر: أحمد العزي التتشبندى؛ المرجع السابق، ص 09.

(3) لقد لجأ رئيس الجمهورية الجزائرية إلى البرلمان وتغلى عن أسلوب الاستفتاء بمناسبة التعديل الدستوري بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 المتضمن تعديل الدستور، والمتعلق بتعديل المادة /03/ من الدستور بإضافة اللغة الأمازيغية كلغة وطنية، مما يطرح معه إشكال يتعلق بمدى مساس أو تعلق هذا التعديل بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، ووفق مقتضيات المادة /210/ و /211/ من دستور 2016 ما يزيد من تأكيد السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، هو إمكانية اللجوء إلى الشعب. وهذا يعني أن الرئيس يكون في موضع مفاضلة واختيار بين وسيلتين متاحتين له إما المرور عبر البرلمان، حتى وإن كان الأمر متوقفا على رأي من المجلس الدستوري، وإما عبر استفتاء الشعب فيما يراه. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه حتى في فرض المبادرة باقتراح تعديل الدستور من قبل نواب الشعب، فإن مصير ذلك يبقى معلقا على تدخل رئيس الجمهورية لعرضه على الاستفتاء. فمادام لو كانت تلك الاقتراحات ذات أثر على الحريات العامة، لتجد أمامها سلطة تقرير وبت في عرضها، أو عدم عرضها على السلطة التأسيسية؟ مما يستفاد معه أن الأمر مرهون بتدخل رئيس الجمهورية، لوضع الديمقراطية شبه المباشرة موضع التنفيذ، ولقد أضفى المجلس الدستوري صفة المشروعية على الإجراءات التي اتخذها رئيس الجمهورية بمناسبة التعديل الدستوري في القرار رقم 08/01 المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 والمتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري بقوله "فيما يخص إجراء التعديل الدستوري القول بأن الإجراء الخاص بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري جاء وفقا للمادتين /174ف1/ و /176/ من الدستور". / أنظر: مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس، الجزائر، 2010. ص 97 =

الاستفتاء الاختياري للتعديل: تجعل بعض الدساتير إجراء الاستفتاء التعديلي اختياريًا وخاضعًا لمشئعة الجهة المناط بها مهمة القيام به، فإن هي شاءت لجأت للاستفتاء وإلا اتبعت الطريق الآخر الذي رسمه لها الدستور، وقد تكون هذه الجهة رئيس الدولة كما في المادة /79/ من الدستور الفرنسي الصادر عام 1958، والتي ترك أمر البت فيها للسلطة التقديرية لرئيس الدولة.

حيث حولت رئيس الدولة في فرنسا حق اختيار الإجراء المناسب لإقرار التعديل الدستوري المقترح، عن طريق دعوة المواطنين للمشاركة الاستفتاءية، وإبداء رأيهم بخصوص موضوع التعديل الدستوري المقترح بقبوله أو رفضه، أو الإكتفاء بعرض هذا التعديل على البرلمان المنعقد بهيئة مؤتمر مكون من اجتماع أعضاء مجلسيه معاً، وبشروط الموافقة على التعديل بأغلبية موصوفة هي ثلاثة أخماس أعضاء البرلمان.

وطبقت هذه المادة⁽²⁾ لأول مرة في تاريخ الجمهورية 24 سبتمبر 2000، إذ أن جميع التعديلات السابقة كانت تتم وفقاً للمادة /11/ بدلا من المادة /79/، وموضوع هذا الاستفتاء هو تعديل المادة /06/ من هذا الدستور المتعلقة بمدة انتخاب رئيس الجمهورية حيث جاء التعديل جاعلا مدة انتخاب الرئيس /05/ سنوات بدلا من /07/ سنوات ولقد أجري هذا الاستفتاء في 24/09/2000 وتمت الموافقة عليه بنسبة /37.2/ من مجموع الأصوات المدلى بها⁽³⁾.

ثانياً: الاستفتاء التشريعي⁽⁴⁾

عرف جانب من الفقه الاستفتاء التشريعي على أنه "أخذ رأي الشعب بقانون أو مشروع قانون ما، سواء أكان قانوناً عادياً أم تنظيمياً يتعلق بتنظيم السلطات العامة، ليدلي الشعب برأيه بالموافقة أو الرفض⁽⁵⁾". كما وأنه صور الاستفتاء التشريعي تنوع من حيث ميعاد الاستفتاء بالنسبة لمرحلة إعداد التشريع إلى نوعين من الاستفتاء هما: الاستفتاء الاستثنائي (السابق) والاستفتاء التصديقي (اللاحق).

أما الاستفتاء الاستثنائي: يكون الاستفتاء سابقاً على القانون ويستهدف استطلاع رأي الشعب حول مشروع القانون قبل إصداره، أي يتم الإفتاء على المبدأ فقط، بحيث تستأذن الحكومة الشعب أو تستشيريه في مبدأ قانون معين قبل وضعه، وذلك عندما تطلب السلطات التشريعية من المواطنين موافقتهم المسبقة على وضع

(1) = أنظر في ذلك: غتان سليم عزنوس، مبدأ التلازم بين السلطة والمسؤولية في النظم السياسية المعاصرة بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2012، ص712.

(2) أنظر: المادة/89/ من دستور فرنسا 1998.

(3) أنظر: حسان محمد شفيق العان، الاستفتاء الشعبي في الفقه الدستوري، مجلة العلوم السياسية، العدد2-4، بغداد، تموز 2001، ص19. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص739.

(4) لأكثر تفصيل حول الإفتاء التشريعي أنظر: سعاد الشرفاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، ط02، القاهرة، 1982، ص62.

(5) إحسان حميد المرفحي، كطران زعير نعيمة، رعد ناجي الجدة، المرجع السابق، ص237.

مشروع قانون قد يطرح عليهم فيما بعد. وهذه الاستشارة تسمح للمواطنين بأن يوضحوا رغبتهم قبل وضع نص القانون⁽¹⁾.

وأما الاستفتاء التصديقي: فيكون الاستفتاء لاحقا على القانون يستهدف الحصول على موافقة الشعب بحيث يعرض القانون على الشعب بعد أن يتم إعداده، ويطلب إليه قبوله أو رفضه، وينبني على ذلك أن مشروع القانون هذا لا يكتسب الصفة القانونية إلا بعد موافقة الشعب عليه في الإستفتاء⁽²⁾.

ثالثا: الإستفتاء السياسي

يرى البعض من الفقه أن الاستفتاء السياسي⁽³⁾ هو "إستطلاع رأي الشعب بشأن تولي شخص معين لمنصب سياسي معين كانتخابه رئيسا للدولة، أو أن يبدي الشعب رأيه في السياسة التي ينوي رجل السياسة هذا اتباعها"⁽⁴⁾. أو أنه "الإستفتاء الذي يطلب فيه من المستفتين الفصل في أمر يثير الخلاف ولا ينطوي على قاعدة عامة مجردة"⁽⁵⁾.

والجدير بالذكر أن تولي شخص معين منصباً سياسياً يخرج عن إطار الاستفتاء السياسي، لأن وصف الاستترأس هو العنوان الخاص والعام لهذه العملية التي يختار فيها الشعب المرشح الوحيد لتولي هذا المنصب، ولما استبعد الاستترأس من نطاق مفهوم الاستفتاء الشعبي، فمن باب أولى أن يستبعد "تولي شخص معين لمنصب سياسي" من مفهوم الاستفتاء.

وتأسيساً على ما سبق، عليه يمكن تعريف الاستفتاء السياسي بأنه أخذ رأي الشعب في سياسة ينوي اتباعها شخص ذو منصب سياسي، أو هو أخذ رأي الشعب في قضية سياسية هامة⁽⁶⁾، وليس موضوع هذا الاستفتاء وضع قاعدة عامة مجردة أيا كان نوعها، وإما الفصل في مسألة مختلف فيها، أو اتخاذ قرار في أمر معين تتباين بشأنه الآراء. ويتخذ الاستفتاء السياسي صوراً وأشكالاً متعددة تختلف باختلاف موضوع الرأي الذي يعرض على الشعب للبت فيه أو اتخاذ قرار بشأنه⁽⁷⁾.

(1) ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص208.

(2) محمد كامل ليلة، النظم السياسية-الدولة والحكومة-، المرجع السابق، ص807.

(3) أنظر: يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا تاريخ. ص90-110. / حسن مصطفى البحري؛ الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية-دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص41. / سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996. ص507.

(4) إحسان المرفجي، كطران زغير، رعد الجدة؛ المرجع السابق، ص237.

(5) ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص215.

(6) تنص المادة/08/من الدستور الجزائري 2016 على أنه: "... يمارس الشعب هذه السيادة عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين. لرئيس الجمهورية أن يلتجئ إلى إرادة الشعب مباشرة". / أنظر سعاد بن سريّة، المرجع السابق، ص95-96.

(7) أنظر: حسن مصطفى البحري؛ الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص826.

فمن خلال هذا التعريف يتضح أن للاستفتاء السياسي نموذجين رئيسين نعرض لكل منهما على النحو الآتي :

1 - الإستفتاء على سياسة رئيس الدولة أو (الاستفتاء الشخصي) :

يقصد بالشخص ذي المنصب السياسي كما جاء في التعريف السابق رئيس السلطة التنفيذية وهو غالبا رئيس الدولة. ويكون الاستفتاء سياسيا عندما يعرض الرئيس سياسته على الشعب لاستفتاءه فيها، بحيث تعد هذه السياسة نافذة إذا وافق عليها الشعب بنتيجة الاستفتاء .

ويبدو أن هذا النموذج يحمل في طياته استفتاء على سياسة الرئيس وعلى شخص الرئيس أيضا، لأن الموافقة الشعبية على سياسة الرئيس تعني أنه نال رضا الشعب وتأييده، وعندها نكون أمام استفتاء سياسي ممزوج باستفتاء شخصي لأن محله يشمل سياسة الرئيس وشخصه .

ويرى البعض أن هذا النوع من الاستفتاء يتضمن مزجا بين الاسترأس والإستفتاء، على اعتبار أن التصويت ينصب على تصرف رئيس الدولة أو اقتراحه⁽¹⁾. ومن باب التمويه لا توضع مسألة الثقة في الرئيس صراحة في الأسئلة المطروحة، رغم أن صفة التصويت على شخصه تكون واضحة ومعروفة من الجميع. ويتنوع تكييف التصويت حسب المعنى السائد فيه.

2 - الإستفتاء على موضوع يتصل بسياسة الدولة

يندرج في إطار هذا النوع من الاستفتاء، ذلك الذي يكون موضوعه أمرا من أمور السياسة العامة كالاستفتاء على اختيار نظام الحكم أو تقرير المصير أو إقرار خطة معينة أو التوقيع على معاهدة دولية أو استفتاء التحكيم الشعبي، كما يشمل طرح قضية متعلقة بمصالح البلاد العليا على الشعب لأخذ رأيه فيها. وقد نصت على هذا النوع من الاستفتاء العديد من الدساتير منها: دستور مصر الصادر عام 1971 في المادة /102/ التي قررت أن "الرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل المهمة التي تتصل بمصالح البلاد العليا".

(1) ماجد رغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص40.

والمادة /74/ التي نصت على استفتاء الشعب "فيما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات لحماية الوحدة الوطنية وسلامة الوطن"⁽¹⁾، والمادة /127/ التي نصت على جواز استفتاء الشعب في الخلاف الذي ينشب بين رئيس الجمهورية والبرلمان حول مسؤولية الحكومة، والمادة /136/ نصت على استفتاء الشعب في حالة حل البرلمان⁽²⁾، ونشير إلى أن العديد من دساتير الدول العربية أخذت بهذا النوع من الاستفتاء .

كما نص الدستور السوري في المادة /116/ على حق رئيس الجمهورية في استفتاء الشعب في القضايا المهمة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. كذلك نص دستور الجزائر لعام 1976 في المادة /111/ ف14/ التي منحت رئيس الجمهورية حق استشارة الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الاستفتاء. كما نص دستور السودان الصادر عام 1998 في مادته /66/ ف1/ التي أعطت الحق لرئيس الجمهورية منفرداً أو للمجلس الوطني بقرار نصف أعضائه لاستفتاء الشعب في أي أمر يعبر عن القيم العليا أو الإرادة الوطنية أو المصالح العامة .

(1) نص الدستور المصري على الاستفتاء الشعبي في كثير من نصوصه مثل المواد: /74/، /76/، /127/، /136/، /152/، /189/، إلا أن النص الذي أثار بعض الجدل والخلاف الفقهي، تمثل في المادة /74/ حيث أثار الاستفتاء المنصوص عليه في هذه المادة خلافاً فقهيًا حول طبيعته. فقد ذهب رأي إلى الاعتراف لهذا الاستفتاء بطبيعة الاستفتاء التشريعي، وهو ما يجعل من هذا الاستفتاء نوعاً من الرقابة الشعبية الحقيقية على الإجراءات المتخذة طبقاً للمادة /74/، وبالتالي على شرعيتها ونفاذها في النظام القانوني للدولة، وعليه فإن شرعية هذه الإجراءات متروكة للاستفتاء الشعبي فإذا وافق عليها تحولت إلى إجراءات شرعية بحسب طبيعتها، أي بحسب ما كانت فردية أو تنظيمية. بيد أن الدكتور سامي جمال الدين لا يتفق مع هذا الرأي، إذ يرى أن الاستفتاء على إجراءات المادة /74/ هو استفتاء سياسي، يقصد منه الحصول على موافقة الشعب على سياسة وتصرفات رئيس الجمهورية بشأن الأزمة التي استوجبت اللجوء إلى المادة /74/ والإجراءات التي اتخذت تطبيقاً لذلك، أي أن هدفه أو جوهره هو ابتداء الثقة في شخص رئيس الجمهورية وتأكيداً بمناسبة سياسته التي اتبعتها خلال الأزمة. وفي رأيه أيضاً، أن الفارق بين الاستفتاء الدستوري أو التشريعي والاستفتاء السياسي يتمثل في أن الأول يتميز بأنه وجوبي من حيث إجراؤه ونتيجته، في حين أن الثاني ليس وجوبياً في إجرائه أو في نتيجته. والاستفتاء المنصوص عليه في المادة /74/ وإن كان وجوبياً من حيث إجراؤه إلا أنه ليس كذلك من حيث نتيجته، بل دليل أن مجلس الشعب الحق في أن يخالفه، وهو ما جرى عليه العمل فعلاً عند تطبيق المادة /74/ عام 1977، وبذلك يتخلف الشرط الثاني من شروط اعتباره استفتاء تشريعياً، ألا وهو أن يكون وجوبي من حيث نتيجته، وبالتالي يعد استفتاء سياسياً. على أنه من الضروري أن يعرض في الاستفتاء كافة الإجراءات السريعة التي اتخذت تطبيقاً للمادة /74/ سواء ما كان منها عاماً كإجراءات الأزمات الخاصة، أو خاصاً كالإجراءات والقرارات الفردية، وقد تحقق ذلك فعلاً خلال التطبيق الثاني للمادة /74/ في سبتمبر 1981 حيث تم الاستفتاء على كافة الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة /74/ وهي إجراءات اتسمت بالطابع الفردي على نحو ما سبق لنا ذكره. واستناداً إلى أن طبيعة الاستفتاء الذي نص عليه الدستور في المادة /74/، هي أنه استفتاء سياسي وليس استفتاء تشريعي، فإن نتيجة هذا الاستفتاء لا يكون لها أي أثر لا على الطبيعة القانونية للإجراءات محل الاستفتاء ولا على قوتها القانونية ولا على مشروعيتها أو صلاحيتها أمام القضاء أو البرلمان. يؤكد ذلك أنه في فبراير 1977 وبمناسبة تطبيق المادة /74/ في مصر والذي تمثل في لائحة الأزمات الصادرة في صورة القرار بقانون رقم = 2 لسنة 1977، فقد نصت المادة العاشرة منه على أنه يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره، وهو ما يعني أن سريان هذه الإجراءات التي وردت بالقرار بقانون لا تتأثر بنتيجة الاستفتاء، حيث نصت المادة /11/ الأخيرة من هذا القرار على أن (يطرح هذا القرار بقانون إعمالاً للمادة /74/ من الدستور على = الاستفتاء الشعبي خلال أسبوع من تاريخ نشره. هذا ولم تسنح الفرصة أمام القضاء لإبداء رأيه بشأن هذا الاستفتاء، ومع ذلك يمكن أن نشير إلى اتجاه القضاء الإداري بصدد ذلك استناداً إلى حكم صدر لمحكمة القضاء الإداري في 29 أبريل 1969 بشأن استفتاء الشعب على بيان 60 مارس 1968 حيث قضت المحكمة " بأن بيان 35 مارس ليس في مقام الدستور، فهو لا يعدو أن يكون بياناً سياسياً تسترشد به الدولة في تسيير دفة الأمور في فترة ما بعد عدوان سنة 1968، وأن موافقة الشعب على هذا البيان لا تعدو أن تكون تأييداً سياسياً للحكومة في الخطوط العامة لسياستها التي سوف تلتزم بها في هذه الفترة... و من ثمة فإن هذا البيان لا يعد في حد ذاته قاعدة تشريعية تنفد بها المحاكم بل هو قاعدة سياسية تلتزم بها الحكومة أمام الجهات السياسية". ونستخلص من هذا أن ما ذهبنا إليه بشأن استفتاء المادة /74/ يمثل تماماً مذهب محكمة القضاء الإداري الذي ينتظر أن تستمر عليه بشأن الاستفتاءات السياسية التي تتم تنفيذاً لمواد دستور 1971. أنظر: سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، ص 183 .

(2) أنظر: جورجى شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004. ص 299.

وبناء عليه تتنوع صور الاستفتاء السياسي⁽¹⁾ وفقا لموضوعه، ومن أمثلة ذلك :

- الإستفتاء على اختيار نظام الحكم؛
- إستفتاء تقرير المصير؛
- إستفتاء الانضمام إلى المعاهدات الدولية أو الانسحاب منها؛
- إستفتاء التحكيم الشعبي؛
- إستفتاء زيادة النفقات العامة؛
- إستفتاء القضايا المهمة ومصالح البلاد العليا.

الفرع الثالث: تقدير الرقابة الشعبية المباشرة

لا شك أن الاستفتاء الشعبي يحقق ميزة الرقابة على أعمال الحكومة من خلال تطبيق الاستفتاء السياسي بكل صوره، وتشمل هذه الرقابة سياسة الحكومة الداخلية والخارجية، وتتجسد على الصعيد الداخلي عن طريق الاستفتاء على قرارات الحكومة المهمة، والاستفتاء على سياسة رئيس الدولة، واختيار نظام الحكم في الدولة، واستفتاء زيادة النفقات العامة، واستفتاء التحكيم الشعبي، وفي التحكيم الشعبي قد يمارس الشعب "رقابة على الرقابة"، عندما ينصب محل الاستفتاء على حق الحل الذي تلجا إليه الحكومة كوسيلة رقابية في مواجهة البرلمان⁽²⁾. كما تظهر الرقابة الشعبية على السياسة الخارجية من خلال الاستفتاء على المعاهدات التي توقعها الحكومة أو التي تسعى إلى توقيعها، بمعنى أن هذه الرقابة يمكن أن تكون سابقة على التوقيع أو لاحقة له، وفي مطلق الأحوال لا تنفذ هذه المعاهدات إلا بعد صدور الموافقة الشعبية عليها بنتيجة الاستفتاء الشعبي⁽³⁾.

غير أن هذه الرقابة تبقى حبرا على ورق ما لم تتحقق للاستفتاء مجموعة عوامل نجحها من مناخ ملائم من الحرية والديمقراطية والوعي الشعبي المتقدم، وقد تتحول هذه الوظيفة الرقابية المفترضة إلى وسيلة لإضفاء الشرعية على "السياسة اللاشرعية" للحكومة ففي الدول الدكتاتورية والمتخلفة يستخدم الاستفتاء كغطاء لستر مخالفات الحكومة، وخير دليل على ذلك الاستفتاء الذي أجري في مصر بتاريخ 19 أبريل 1979، عندما قام الرئيس أنور

(1) أنظر: ماجد راغب الحلو؛ الإستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص217. / طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، المرجع السابق، ص477. / لمى علي فرج، وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية، دراسة تطبيقية للدستور العراقي الحالي، مجلة كلية الآداب، الجامعة المستنصرية، العدد 5، 2009. ص34.

(2) عبد الغني بسويبي عبد الله المبادئ العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص156.

(3) سليمان صالح الغويل، ديمقراطية الأحزاب السياسية والجماعات الضاغطة-دراسة تحليلية في ضوء قوانين دستورية مقارنة-، طبعة1، منشورات جامعة قاربونس، ليبيا، 2003، ص179.

السادات باستفتاء الشعب المصري على إعادة تنظيم الدولة وفق أسس معينة أهمها حل مجلس الشعب، وما يسمى باتفاقية السلام مع الكيان الإسرائيلي⁽¹⁾.

والواقع أنه بالرغم من أن الاستفتاء الشعبي هو أسلوب من أساليب تحقيق الديمقراطية والحد من سلطات المحاكم، وذلك بتمكين الشعب من التعبير عن إرادته وإشراكه في ما يستفتى فيه، إلا أن التجارب في الدول المختلفة، التي تنفشى فيها الأمية والتي لم يتحقق لشعبها النضج السياسي الكافي أو الممارسة الحقيقية للحريات الأساسية، دلت على أن (الاستفتاء أصبح سلاحاً لتكسيم الأفواه ووضع قيود على الحرية)⁽²⁾.

ونظراً لكون الواقع يشهد انخفاض مستوى وعي الشعب ومحدودية ثقافته في بعض دول العالم الثالث فإن البعض يرى أن المعالجة تتحقق بالأخذ بنظام الاستفتاء غير المباشر أو الاستفتاء على درجتين أو على مرحلتين، وذلك بأن يختار الشعب نواباً متخصصين يباشرون عنه مهمة التصويت في الاستفتاء لكون الشعب يملك القدرة على اختيار الأشخاص الأكفاء أكثر من الموضوعات.

ولكن هذا الرأي يفقد الاستفتاء سمته الأساسية المتمثلة بالرجوع المباشر إلى الشعب كونه أحد تطبيقات الديمقراطية شبه المباشرة، كما أن تقدير كفاءة الأشخاص ليست بتلك السهولة المتصورة، فضلاً عن عيوب أسلوب ما يسمى بالاستفتاء غير المباشر التي تجعله مفتقراً للتعبير عن حقيقة الإرادة الشعبية⁽³⁾.

ويرى آخرون أن الحل السليم في حالة انخفاض مستوى الوعي يكمن في تأجيل الأخذ بنظام الاستفتاء الشعبي لحين اكتمال الوعي ونضوجه والأخذ بالنظام النيابي في تلك الدول حيث إن النواب لهم القدرة والكفاءة في الحكم على الموضوعات أكثر من الشعب⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر، أن تحقيق الاستفتاء لميزة الرقابة على أعمال الحكومة لا يعني أن يمارس الاستفتاء بمناسبة كل عمل حكومي، وإنما يقتصر على المسائل المهمة فقط، لاسيما المعاهدات والسياسات المهمة، والخلافات بين سلطات الدولة، أو بين الحكومة والمعارضة. كما أن ترك قرار اللجوء للاستفتاء بيد سلطات الدولة وحدها قد

(1) ففي هذا المثال يفترض أن يمارس الشعب رقابته على سياسة رئيس الدولة، من خلال استفتاء التحكيم الشعبي، والاستفتاء على سياسة الرئيس، والاستفتاء على المعاهدات، إلا أن الواقع السياسي المتمثل بالطابع الديكتاتوري لنظام حكم السادات فرض نتيجة غير منطقية لهذا الاستفتاء، تجسد في نسبة تقارب الإجماع على موضوعي الاستفتاء 99.95 بالنسبة لموضوع المعاهدة، و99.99 بالنسبة لموضوع إعادة تنظيم الدولة وفق أسس معينة أهمها حل مجلس الشعب. وبذلك تحول الاستفتاء من وسيلة لرقابة الشعب على سياسة الحكومة، إلى وسيلة بيد الرئيس للتخلص من معارضيه في البرلمان عن طريق حله، ووسيلة للإضفاء الشرعية على المعاهدة مع الكيان الإسرائيلي، علماً أن هذه المعاهدة نافذة دون اللجوء إلى الاستفتاء الشعبي بموجب المادة/151/ من الدستور المصري عام 1971.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية لتنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 187.

(3) ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 465-466.

(4) حيث قال مونتسكيو - نصير النظام النيابي - "يجب أن يترك الشعب الأمر لمن هم أكثر منه خبرة ودراية لأن ضرر اشتراك الشعب يكون أكثر من منعه في البث بتلك الاستفتاءات التي محتاج إلى متخصصين وفنيين يتون فيها بعد مناقشات مستفيضة من مختلف الجوانب. / أنظر: حسن أبو السعود سيف، القانون

يجول دون ممارسة الرقابة عليها، بسب امتناع هذه السلطات عن اللجوء للاستفتاء تفاديا للمسؤولية الناجمة عن الرقابة الشعبية الاستفتاءية .

ولذلك أضحى من المبادئ الدستورية المسلمة أنه لا استفتاءات حقيقة إلا حيث تكون هناك حرية حقيقية، فالاستفتاء الذي يجري في دولة لا تؤمن للمواطن حريته الكاملة في ابداء رأيه، أو في دولة لا تكفل الحيدة وعدم التدخل في نتائج الاستفتاء لا يمكن أن يكون منتجا في تحقيق الهدف المقصود منه.

خاصة وأن مثل هذه الدول تستطيع بفضل وسائل الاعلام الحديثة ذات التأثير الواسع والعميق على المواطنين، أن تحملهم على تأييد اتجاه معين وقبول النتائج التي تستهدف فرضها عليهم، ويساعد على ذلك أن الاستفتاء يعد بصياغة لا تسمح لهم بإبداء رأي مخالف للنتيجة المستهدفة من الاستفتاء، فيضطرون إلى الموافقة على تلك النتيجة لإحساسهم بأن عدم موافقتهم لا يحقق المصلحة العامة التي ينشدونها⁽¹⁾.

لذلك تؤدي أساليب المبادرة الشعبية المتمثلة بالاقترح الشعبي والاعتراض الشعبي دورا مهما في حماية نظام الاستفتاء من تحكم السلطات المعنية، لأن ذلك يتيح للشعب سلطة فرض الرقابة الاستفتاءية عندما يرى ضرورة لذلك، دون أن يرهق كاهل الدولة والمواطنين بكثرة الاستفتاءات، ومن الدساتير التي تجعل الاستفتاء منوطا برغبة الشعب، الدستور السويسري الصادر عام 1999، وذلك بشرط أن تكون المعاهدة غير محددة المدة أو لا يمكن إنهاؤها فيما بعد، أو كانت تتضمن مواد مهمة أو قواعد قانونية، أو تحتاج لتبني قوانين فيدرالية لتطبيقها⁽²⁾.

المطلب الثاني

الرقابة الشعبية

تخير مباشرة (الرأي العام)

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول مدلول رقابة الرأي العام، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث مظاهر رقابة الرأي العام، أما الفرع الثالث نبحث فيه تقدير رقابة الرأي العام، وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) لذلك يتجه الفقه الى القول بعدم جدوى نظام الاستفتاء الشعبي في البلاد غير المتقدمة (لأنه يستخدم في الغالب أدوات طبيعة لدكتاتورية مقنعة لا سند لها في الحقيقة غير موافقات شعبية صورية) مما يجعل هذا الاستفتاء في الواقع و التطبيق العملي وسيلة غير معبرة عن ارادة الشعب بل ووسيلة لتزييف هذه الارادة، و بالتالي فلا يصح الاعتماد على هذه الوسيلة للرقابة على أعمال الإدارة. / سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع سابق، ص 187.

(2) محمد عبد العزيز نصر، في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، 1981، ص 420.

الفرع الأول

مدلول رقابة الرأي العام

يشكل الوعي السياسي للشعوب عاملاً مؤثراً على أداء السلطات العامة في الدولة، بل يتجاوز ذلك إلى اعتباره أداة رقابة بكل ما تعنيه الكلمة، وإن كانت الآثار المرجوة منها لا تتطابق في كثير من الأحيان مع أنواع الرقابة الأخرى، إلا أنها من حيث المبدأ تمثل عنصراً رادعاً للحكومة إذا حادت عن مسارها الصحيح، وعن ابتغاء المصلحة العامة⁽¹⁾.

رغم الأهمية والدور البالغ للرأي العام في ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، إلا أن الخلاف حول هذا الموضوع، لا يزال قائماً ولم يتوصل الفقهاء بعد إلى وضع تعريف دقيق له، كون هذه الظاهرة تعرضت للدراسة من زوايا متعددة، وهو ما أدى إلى تباين وجهات النظر في التعريفات.

كما تعتبر رقابة الرأي العام عاملاً رئيسياً في ردع الحكام وإجبارهم على احترام الدستور بصورة عامة، وحقوق وحرريات الأفراد بصورة خاصة، والملاحظ أنه كلما كانت الرقابة قوية، كلما كان التقييد بالدستور قوياً، وكلما كانت رقابة الرأي العام ضعيفة أو معدومة، كلما كان احترام الدستور واحترام الحقوق والحرريات للأفراد بالتبعية، ضعيفاً أو معدوماً، وإن كان الدستور قد احتوى الضمانات "المثلى" لاحترامه.

كما أن للرأي العام أثره على تصرفات الحكومة والإدارة وذلك أن أي إدارة لا تستطيع أن تستمر كثيراً في إجراءات الظلم والقهر دون أن تحرك الرأي العام ضدها. بل أن بعض الدساتير تعطي الشعوب حق الكفاح ضد الظلم، كما ويوجه الرأي العام الصحافة ووسائل الإعلام والأحزاب السياسية، ويباشر الجمهور هذه الرقابة، عن طريق اختيار ممثلين عنه في البرلمان أو في المجالس المحلية، وتكون هذه الرقابة قوية وفعالة في الشعوب المتقدمة والمستنيرة⁽²⁾.

ومن هنا يعتمد نجاح العملية الرقابية على سلامة الرأي العام ومدى صواب هذا الرأي؛ لذلك لا بد من التعرف على مفهوم الرأي العام وعلاقته بالوعي الشعبي أولاً ثم تقدير فعالية هذه الرقابة وأثرها على تجسيد دولة القانون.

(1) ويؤكد جانب من الفقه أن درجة الوعي السياسي في الدول العربية ومنها العراق والجزائر، هي منخفضة قياساً بما هو موجود في الدول الغربية ذات الوعي العريق في مجال الديمقراطية، ومن هنا تتمثل مشكلة الموضوع وهو لمعرفة درجة الوعي السياسي خصوصاً في العراق ومدى فاعلية الرقابة على أعمال الحكومة.

(2) الشافعي أبو راس محمد، القضاء الإداري، طبعة 1، مكتبة النشر، جامعة الزقازيق، بدون سنة نشر، ص 81.

حيث تعددت تعاريف⁽¹⁾ الرأي العام⁽²⁾ في الفقه حيث يعرف الفقيه McKinnon الرأي العام على أنه "تلك العاطفة إزاء موضوع معين والتي يرحب بها أكثر أعضاء الجماعة اطلاعا وذكاء وتمسكا بالأخلاق، هذه العاطفة التي لا تفتأ تنتشر وتعتنق تدريجيا من جانب جميع الأشخاص تقريبا الذين تتكون منهم جماعة متعلمة ذات مشاعر سوية تعيش في دولة متمدنة متحضرة"⁽³⁾.

أو كما عرفه الفقيه Harlock Childs بأنه "مجموعة من الآراء يعتنقها عديد من الأفراد بصرف النظر عن درجة الاتفاق أو تطابق السبق وذلك أن درجة التطابق المسبق إنما هي مسألة ينبغي التحقيق فيها، بيد أنها ليست أمرا يجب بطريقة تعسفية توافره كشرط لقيام الرأي العام"⁽⁴⁾.

وكما عرفه الدكتور رمزي الشاعر على أنه "اجتماع كلمة أفراد الشعب، على أمر معين في مشكلة معينة أو حادثة ما، في حالة انتمائهم إلى مجموعة اجتماعية واحدة"⁽⁵⁾، ويعرفه الأستاذ محمد رمضان بطيخ بأنه "إنفاق غالبية أفراد الشعب، خلال فترة زمنية معينة على موقف محدد تجاه قضية أو حادث، يمس مصالحهم أو إحدى القيم الأساسية لهم، ويكثر حوله الجدل والنقاش"⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول أن الرأي العام هو الاتجاه السائد بين جماعة من الناس تربطهم مصلحة مشتركة نحو قضية تهم أفراد هذه الجماعة في وقت معين، على أن يتم التعبير عن هذا الاتجاه من خلال الحوار الواعي والنقاش الموضوعي والجدال المنطقي الذي تتنافس فيه الآراء المختلفة حيث يسود رأي منها تقتنع به الأغلبية، شريطة أن تتبناه الأغلبية والأقلية معا عن رضا واقتناع⁽⁷⁾.

(1) كما يراد بمصطلح الرأي العام " مجموعة الآراء التي تسود مجتمع معين في وقت ما بخصوص موضوعات معينة تتعلق بمصالحهم العامة والخاصة. ويشترك في تكوين الرأي العام مختلف الهيئات والتنظيمات الشعبية والنقابية والحزبية عن طريق طرح أفكارهم واتجاهاتهم والدعوة إليها بمختلف الوسائل التي تؤدي الصحافة والوسائل السمعية والبصرية دورا كبيرا في نشرها وتعبئة الرأي العام وتوجيهه من خلالها". ويمكن تعريفه أيضا على أنه " رأي الجمهور تجاه مسألة من المسائل الجماعية العامة وتأثيرها وتأثيره المباشر فيها، الأمر الذي يدعو الإدارة العامة في الدولة إلى الاهتمام والتصرف في هذه المسألة". كما عرف الباحث الأمريكي Leonard Dobb الرأي العام بأنه "ميول الناس نحو قضية ما، لو كان هؤلاء الناس من فئة اجتماعية واحدة". وكذلك عرف Young James الرأي العام بأنه "الحاكم الاجتماعي لجماعة ذات وعي ذاتي على موضوع ذي أهمية عامة بعد مناقشة عامة مقبولة"⁽¹⁾./نقلا عن: حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010. ص906.

(2) يعد اصطلاح الرأي العام من المصطلحات الحديثة التي ظهرت إبان الثورة الفرنسية، وعلى الرغم من ذبوع هذا الاصطلاح؛ إلا أن الفقه يجمعون على أن وجود رأي عام حر مستتير وواع. ويعد من أهم ضمانات التزام السلطة التنفيذية للقيام بأعمالها الإدارية والسياسية على مقتضى القانون، وإن البيئة المناسبة لازدهار الرأي العام تكمن في الأنظمة الديمقراطية دون غيرها."/ أنظر في ذلك: كريم كشاش، الرأي العام وأثره في نفاذ القاعدة الدستورية، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد10، العدد الأول، عمان، 1994. ص63.

(3) أنظر: محمد عبد القادر حاتم، الرأي العام وتأثره بالإعلام والدعاية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1993. ص20.

(4) أنظر: راغب جبريل خميس، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009. ص631.

(5) فزول محمد أكلي، دروس في الفقه والنظم السياسية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003. ص225.

(6) إبراهيم إمام، العلاقات العامة والمجتمع، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1968. ص178.

(7) محيي الدين عبد الحليم، الرأي العام في الإسلام، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008. ص28.

ومنه يعد الرأي العام الضمير الداخلي للأمة⁽¹⁾، فلا يمكن تصور استمرار إدارة معينة، والرأي العام غير راض عليها، فهو النسيج الذي تصنع منه القوانين في المجتمعات، ولقد ازداد الاهتمام به أكثر في عصر العولمة وثورة الاتصال، لأن النتيجة المباشرة لها أدى إلى تعاضم دور الرأي العام، باعتباره أحد مدخلات صنع القرار⁽²⁾. لذلك يعد أحد أهم القائمين على الرقابة الصارمة التي تمارس على الإدارة.

وغنى عن البيان أن الرأي العام يساهم في بناء الأنظمة الديمقراطية⁽³⁾ من خلال ما اتفقت عليه أغلبية الناس الناس يصبح أساسا لبرنامج العمل الديمقراطي، وذلك باعتبار أن في أي نظام ديمقراطي توجد أقلية تختلف آراؤها عن آراء الأغلبية.

وحيثما تتمكن الأقلية من إقناع عدد كبير من الناس بوجهات نظرها فإنها تستطيع أن تحدث تغييرا في الرأي العام. وهكذا فإن آراء الأقلية قد تصبح آراء للأغلبية، وبالتالي تصبح أساسا لبرنامج العمل الذي تتبناه الجماعة بشقيها، ومن هنا يصبح لرأي الأقلية ثقله واحترامه وسط الجماعة سواء أوافقت عليه أم لم توافق.

لذلك يرى الفقه أن الرأي العام يقوم بوظيفة الحكم في الأنظمة الديمقراطية، وهذا الحكم يأتي عن طريق مناقشة الرأي والوصول به إلى رأي أخير ملزم وفعال، فالديمقراطية تعتمد أساسا على حرية تكوين الرأي العام وحرية التعبير عنه، ثم تمكين الرأي العام من أداء وظائفه في التأثير على تصرفات الحاكمين وسلوك المحكومين.

ومن متطلبات الديمقراطية إعطاء الحق لكل إنسان في المساهمة في تكوين الرأي العام، وعلى ذلك فإن سحق الشعوب على وقائع معينة دون استطاعتهم الإفصاح الصريح عنه يعد رأيا باطنا، وإذا عبر عن هذا السخط مستخدما وسائل الإعلام فإن الرأي يتحول إلى عام وصريح⁽⁴⁾.

(1) لذلك يقال أن السياسيون يتوددون إليه ويستميلونه، ورجال الدولة يرجعون إليه ويستفتونه، والفلاسفة بمحدونه أو يلعنونه، والدكتاتوريون العسكريون يهابونه، وعلماء الاجتماع يجلونه، والأخصائيون يقيسونه، وصناع الدساتير يترجونه ويجعلونه صاحب السيادة.

(2) بسيوني إبراهيم حمادة، الرأي العام وأهميته في صنع القرار، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص 04.

(3) ومن المتفق عليه أنه لكي يكون هناك رأي عام مؤثر في مجتمع من المجتمعات ينبغي أن يكون ذلك المجتمع ديمقراطيا يحوز قدرا من التطور الاقتصادي والاجتماعي والاجتماعي والسياسي وينبغي تزويد الجمهور بقسط وافر من الإعلام حول القضية أو الشأن المطروح والمطلوب معرفة رأيه فيها، بعد تقدم كافة الضمانات للاطمئنان والأمن وقول الرأي بحرية. وما نلاحظه هنا بالخصوص أن للرأي العام حساسية شديدة تجاه الحوادث المؤثرة في حياته بحيث يظهر رد فعل يمكن أن تنتقل إلى النقيض بشيء من مرور الأمن والتعقل وأن المصلحة الذاتية هي التي تقر الرأي العام من الناحية النفسية، وأن معظم الأفراد قادرين على أن يعطوا رأيهم في مسألة محدودة وهدف معين دون أن يتبين الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الهدف.

(4) رمزي طه الشاعر؛ القانون الدستوري "النظرية العامة والنظام الدستوري المصري"، المرجع السابق، ص 265-266.

وبذلك تستمد الحكومات الشعبية قوتها وفعاليتها في النظم الديمقراطية من قوة وتأيد الرأي العام لها، حيث يلعب الرأي العام دوراً أساسياً في النشاط السياسي⁽¹⁾ وفي استمرار هذه الحكومات في مقاعد الحكم، وفي مدى هذا الاستمرار.

كما وتعد الديمقراطية شبه المباشرة - كأفضل أنواع الحكم الديمقراطي - تجسيدا لرقابة الرأي العام عن طريق مظاهرها التي تجسد مشاركة الشعب في ممارسة السلطة، فضلا عن وجود البرلمان، كالاتفتاء الشعبي والاعتراض الشعبي والاقتراح الشعبي والحل الشعبي وأخيرا حق العزل الشعبي.

كما يلعب دورا هاما في توجيه سلوك الإدارة في ظل التطورات الحديثة في أجهزة الإعلام والاتصال الجماهيري في العصر الحديث، وأصبح واقع التأثير على قراراتها التي تصدرها فهذا يجعل الإدارة دائما توضح الرأي العام لخدمة مرافقها، لأنه يمارس رقابة دائمة ومنظمة على أعمالها، عن طريق مختلف وسائل الإعلام، من صحافة وإذاعة وتلفزيون.

فهو يملك من خلال هذه الوسائل والأساليب، إمكانية التأثير على أعمال الإدارة عن طريق مناقشة المشاكل، وبيان أوجه القصور، والعجز الذي يواجه أعمال الإدارة، ومطالبتها بحل المشاكل والصعاب، وتحسين أدائها ورفع مستوى الخدمات الإدارية⁽²⁾.

فمثلا على المستوى المحلي، يمارس رقابة فعالة على أداء المجالس الشعبية البلدية، بعد انتهاء مدة الحكم، فيعاقب المنتخبين الذين لم يكونوا على مستوى المسؤولية، عن طريق عدم تجديد انتخابهم، وانتخاب أعضاء جدد، ناهيك عن إمكانية مطالبة السلطات الوصية بحل هذه المجالس، إذا تعسفت في استعمال السلطة.

كما وتتجلى رقابة الرأي العام⁽³⁾ كذلك في تقديم الشكاوى والطلبات إلى أجهزة الرقابة السياسية والإدارية والقضائية، والتي بدورها تكشف عن أخطاء المسؤولين في الإدارة وتبين انحرافهم عن المشروعية والصالح العام، ومما لا شك فيه أن الرأي العام المقبول هو الرأي العام الموضوعي، وأن الموضوعية نفسها تقتضي بأن تقبل الأقلية برأي الأكثرية، فأمر الحياة العامة أساسها الشورى بين الناس، والشورى تعني قبول الرأي الراجح لأنه يمثل روح الجماعة.

(1) إزدادت أهمية الرأي العام أكثر بعد ترسخ قناعة أساسية، بأن الشعب هو صاحب السلطة والسيادة فأصبح يوجه ويقود ويعبر في المعطيات السياسية والقانونية، وصار هو العين الساهرة على حماية الحقوق والحريات، وأصبح مصدر للرقابة وضمانة أساسية، لإجبار الإدارة العامة على احترام الصالح العام. / عبد الكريم محمد السري، الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الجمهورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009. ص 289.

(2) علي خطار شنتاوي، الإدارة المحلية، دار وائل للنشر، ط 1، عمان، الأردن، 2002. ص 230 .

(3) الجدير بالذكر: أن النظم الدستورية الحديثة تفترض بلوغ المواطن درجة من الثقافة يعرف معها حقوقه وواجباته، كما وتظهر رقابة الرأي العام في كتابة الصحف، وفي أداء الأحزاب السياسية والمنظمات الاجتماعية والمهنية، وفي الاجتماعات العامة، وفي أقوال الناس والمفكرين وكتابهم وأفعالهم إلى آخره.

غير أن سلامة الرأي العام وتوافقه مع مصالح الجماهير تحتاج إلى مقومات وشروط خاصة لكي تؤدي دورها المنشود، ولا يتحقق هذا الدور إلا في دول تحظى شعوبها بفرص وافية للارتقاء بأفرادها اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا، كما حظيت بتجارب عديدة من الكفاح الدستوري؛ فالرأي العام لا يمكن أن يتكون في دولة يعاني الأفراد فيها من الفقر والجهل، وليس يكفي أن يكون الفرد قادرا ماليا ومتعلما، بل يلزم أيضا أن يشعر بالرغبة في المشاركة في تلك المسائل وهي رغبة تحتاج في إذكائها إلى قيام أحداث مثيرة ومناقشات واسعة.

وما يهمننا في هذا الصدد هو أكثر العوامل تأثيرا في الرأي العام، وهو مستوى الوعي الشعبي، الذي يتناسب طردا مع سلامة الرأي العام، والذي بدوره يقاس عن طريق الاستفتاء الشعبي، وهذا يعني أن انخفاض مستوى الوعي ينتج رأيا عاما متخلفا، يقاس حتما بنتيجة استفتاء تعبر عن هذا التخلف، وكلما ارتفع مستوى الوعي، نكون أمام رأي عام أكثر تقدما، ويترجم ذلك بنتيجة استفتاء أكثر تحقيقا للمصالح العام، ومثال ذلك ما جرى في سويسرا بشأن منح المرأة حق التصويت في الشؤون العامة، حيث عبر الرأي العام بداية عن رفضه منح المرأة هذا الحق، وبعد مرور زمن معين تطور هذا الرأي وأصبح أكثر تقدما عندما منح المرأة حق التصويت⁽¹⁾.

وعليه، يمكن القول أن العامل الأهم - وليس الوحيد - الذي ساهم في الارتقاء بالرأي العام هو تقدم الوعي الشعبي لذلك يبنى نجاح الإستفتاء على نضج الشعب ورفقه من الناحية الثقافية والمدنية حيث أن ارتفاع الوعي والثقافة يشكلان القاعدة الأساسية المتينة التي يركز عليها نظام الاستفتاء الشعبي .

ويرى غالبية الفقه أن ارتفاع مستوى الوعي والثقافة المتقدمة يحقق المساهمة الفعالة والجدية للشعب بتلك الاستفتاءات، وبذلك تكون ديمقراطية وشرعية ومعبرة عن إرادة شعوبها الحقيقية ومجسدة لاهتمام تلك الشعوب بالمسائل العامة قدر اهتمامها بمسائلها الخاصة.

فالقيمة الحقيقية للإستفتاء الشعبي مثلا؛ لا تتحقق إلا بفهم المستفتى لموضوعه من جوانبه المختلفة ومن تم تصويته بالموافقة أو الرفض وفق ما يقتنع به من مسوغات. أما الموافقة المقترنة بعدم فهم المستفتى للموضوع ومضمونه من كافة الجوانب ليست في حقيقة الأمر موافقة معبرة عن رأيه، ولا يقصد بها سوى تلك الموافقة الصورية التي تضيي صفة الشرعية على موضوع الاستفتاء⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، لا يمكن إنكار مدى تأثير الأنظمة الديمقراطية بمستوى الوعي الشعبي، غير أن ذلك لا يعني إستبعاد هذا الأسلوب الديمقراطي بحجة ضعف الوعي، وذلك لأن الإستغناء عن إشراك الشعب في الشؤون العامة سيضعف من وعيه السياسي بشكل أكبر.

(1) وقد ترجم هذا المثال في الإستفتاءات التي كان آخرها عام 1973 والذي أعطى المرأة حق التصويت على مستوى الاتحاد السويسري بالكامل .

(2) أنظر: محمد كامل ليلة؛ النظم السياسية "الدولة والحكومة"، المرجع السابق، ص 23 .

لأن الوعي السياسي لا ينمو بالثقافة النظرية وحدها، كما أن ممارسة الحقوق السياسية، وتدخل المواطنين في شؤون الحكم، هو الذي يزيد من قدرة الشعب ويكسبه خبرة سياسية تفوق في بعض الأحيان خبرة مثقفين لم يمارسوا ذلك عمليا، مما يعني أن المشاركة الشعبية تؤدي إلى الارتقاء بالوعي الشعبي شيئا فشيئا، كما يسهم إشراك الناس في النقاش والحوار الذي يتم عبر وسائل الإعلام المختلفة في زيادة اهتمام المواطنين في الشأن العام؛ لذلك فإن المحاولة الفاشلة اليوم هي الخطوة الأولى لنظام ناجح غدا .

كما يتطلب نجاح الرأي تربية سياسية متطورة لكي يعي كل مواطن حقوقه الدستورية وكيفية الدفاع عنها ضد أية محاولات لخرقها ولكي يغدو ملما بواجباته وكيفية الاضطلاع بها، وكذلك لكي يكون على معرفة بآليات تسيير الحياة السياسية في البلاد. وتلك التربية لا تتأتى في الواقع من فراغ وإنما تصنعها عدة جهات، وتلك الجهات هي الأسرة والمدرسة ووسائل الاتصال الجماهيري المختلفة من تلفاز وإذاعة وصحف ومجلات فضلا عن الحكومة، وأكثر ما يحقق التربية السياسية للشعوب الممارسة السياسية الجدية للشؤون العامة، وكل ما سبق الحديث عنه لا يتصور وجوده إلا في بيئة ديمقراطية ومناخ من الحرية الحقيقية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مظاهر رقابة الرأي العام

أولا: رقابة المجتمع المدني

يشير مصطلح المجتمع المدني لكل أنواع الأنشطة التطوعية التي تنظمها جماعات الضغط المختلفة من نقابات مهنية وجمعيات مختلفة ووسائل إعلام، بوسائل وأدوات ضغط معبرة عن الإدارة العامة من أجل تقويم وتوجيه ممارسة السلطة والضغط عليها حتى لا تخرج عن إطار القانون وتلتزم جادة الصواب والحق⁽²⁾ حول مصالح وقيم وأهداف مشتركة.

وتشمل هذه الأنشطة الغاية التي ينخرط فيها المجتمع المدني كتقديم الخدمات، أو دعم التعليم المستقل، أو التأثير على السياسات العامة، منها الأحزاب السياسية والتنظيمات الثقافية والاتحادات المهنية والمنظمات غير الحكومية⁽³⁾.

(1) أحمد بدر؛ صوت الشعب "دور الرأي العام في السياسة العامة"، المرجع السابق، ص 197 .

(2) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 28.

(3) ناجي عبد النور، دور منظمات المجتمع المدني في تحقيق الحكم الرشيد في الجزائر - دراسة حالة الأحزاب السياسية -، م. م، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، بسكرة، فيفري، 2008، ص. 113.

وعليه، يقصد بالمجتمع المدني على أنه "مجموعة المؤسسات والفعاليات والأنشطة التي تحتل مركزا وسطيا بين العائلة باعتبارها الوحدة الأساسية التي ينهض عليها البنيان الاجتماعي والنظام القيمي في المجتمع من ناحية والدولة ومؤسساتها وأجهزتها ذات الصبغة الرسمية من جهة أخرى". ويقصد بالمجتمع المدني بالأساس؛ "الحركة الجموعية"⁽¹⁾ التي تعني الآلية التي تنظم العمل الجماعي المساعد للإدارة وأجهزتها التي بدونها لا يمكن أن يتحقق التنظيم الرسمي في الدولة".

وبهذا المعنى فإن منظمات المجتمع المدني⁽²⁾ تساهم بدور مهم في ضمان احترام الدستور وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وتمثل الأسلوب الأمثل في إحداث التغيير السلمي والتفاهم الوطني مع السلطة في سبيل تعزيز الديمقراطية وتنشئة الأفراد على أصولها وآلياتها. فهي الكفيلة بالإرتقاء بالفرد وبث الوعي فيه وتعبئة الجهود الفردية والجماعية للتأثير في السياسات العامة وتعميق مفهوم احترام الدستور وسيادة القانون⁽³⁾.

رغم أن المجتمع المدني هيئة تعاون للحكومة، إلا أنه يظهر تأثيره في قدرته على إرغام السلطات المركزية أو اللامركزية على الاستجابة لمطالبه، لأنه بإمكانه التأثير على المجتمع واقتناع المواطنين، فيمكنه العمل على مكافحة الفساد بالجانب السياسي داخل هياكل الدولة خاصة في مجال التنمية والديمقراطية والجانب الأمني وحقوق الإنسان مستخدمين كل الوسائل.

(1) في الجزائر نظم قانون رقم 90-31 الملغى بمقتضى القانون رقم 12-06، عمل الجمعيات فحدد هدفها بتبليغ إنشغالات المواطنين كالتكفل بما رفقة السلطات المحلية، كما عرف المنظمات ذات الطابع العام بالمادة 02/ منه، بأنها "تعتبر الجمعية في مفهوم هذا القانون، تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة"، ثم ألغى وحل محله القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات، حيث نص على كفاءات إنشاء هذه المنظمات وتنظيمها ونظام عملها على حسب تصنيفها سواء ذات الطابع العام أو الخاص، ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم و وسائلهم تطوعا ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لا سيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني، وهو ما يميزها على الأحزاب السياسية. / أنظر: قانون رقم 90-31 المؤرخ في 04/12/1990 المتعلق بالجمعيات (ج.ر.ج. رقم 90/53) والذي ألغى وحل محله قانون رقم 12-06 مؤرخ في 12/01/2012 يتعلق بالجمعيات (ج.ر.ج. رقم 02/12

(2) للإشارة يتم تقسيم المجتمع المدني: كما يلي:

- المنظمات ذات الطابع الخاص: كالمنظمات المهنية والاتحادات والنقابات والجمعيات، كاتحادات الطلاب والعمال والفلاحين والاقتصاديين ونقابة المحامين، والمهندسين، الأطباء، الصحفيين، الصيادلة، المحاسبين، المعلمين...إلخ.
- المنظمات ذات الطابع العام: كمنظمات البيئة والاتحادات التعاونية ومنظمات حماية المستهلك ومنظمات الوقاية الصحية. بالإضافة للمنظمات الداعية لتثافة معينة كمنظمات حقوق الإنسان، حقوق المرأة، حماية الطفل، رعاية الأسرة، الأمومة والطفولة.
- هيئات الإعلام ووسائله غير الحكومية: هي الهيئات غير الربحية المستقلة في سياساتها وبرامجها وميزانياتها، لكن أعمالها يجب أن تكون مخصصة في إطار القانون.

- المراكز البحثية: العلمية والمؤسسات العلمية والكليات الأهلية، ومجمعات العلوم واللغة ومجالس البحث العلمي، والروابط الأكاديمية. ينشط من خلالها المفكرون والباحثون وأصحاب الرأي والفكر، بما يطلق عليه بتجمعات المجتمع العلمي بما فيها الهيئات الدينية والجمعيات المتخصصة أو المهتمة بالتوعية والتنقيف الديني. / الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002. ص272 .

(3) محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص29 .

والجدير بالذكر، أن هناك مجالات يعمل ضمنها المجتمع المدني منها توفير الخدمات، والمساهمة في العملية التنموية لتقوية المجتمع، وصياغة البرامج التنموية وتنفيذها وتوسيع المشاركة الشعبية فيها، والمساهمة في رسم السياسات والخطط العامة وطنيا ومحليا، من خلال اقتراح البدائل والتفاوض عليها أو التأثير في السياسة العامة لإمكان إدراج هذه البدائل فيها.

فالمواطن اليوم أصبح لا يتردد في طرح أعقد القضايا على الإدارة المركزية أو المحلية على حد سواء، وأصبح أكثر وعيا من ذي قبل نظرا لفهمه لدوره كمواطن، لذا الحركة الجمعوية يجب أن تعمل بكل استقلالية وانفتاح على المجتمع مع امتلاك ثقافة التحاور حتى تضطلع بدور هام في التكفل بالقضايا المحلية وترقية مشاركة المجتمع، وتمكين المواطنين من التعرف على النقائص، ومن ثم العمل على التخفيف منها بالإضافة إلى تحسين تكفله بالقضايا المحلية داخل الأحياء والقرى.

ثانيا: رقابة وسائل الإعلام

تلعب وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة، دورا هاما وأساسيا في عالم اليوم، ونتيجة للتطور الهائل في شتى المجالات أصبحت أجهزة الإعلام والصحافة من العوامل الأساسية في حياة الأفراد، خاصة بعد تطور مجالات الاتصالات واكتشاف الأقمار الصناعية، واكتشاف الأنترنت، وتنامي دور شبكات البث العالمية، والسيطرة على وسائل الإعلام أصبح مطمعا لأصحاب الاتجاهات السياسية، والاقتصادية، والدينية .

كما تلعب دورا سياسيا مهما يساهم في تعبئة الرأي العام الشعبي، من خلال كتابات وأقوال المفكرين والصحف والفضائيات المرئية والمسموعة والاجتماعات والندوات التي تساهم في إطلاع الجماهير على المشاكل الأكثر إلحاحا والتي يتعرض لها المجتمع وتكون مراقب جماعي لصالح الشعب من خلال انتقاد سياسات الحكام وكشف فضائحهم وفسادهم وانتهاكهم لسيادة القانون.

إضافة إلى أنها تمثل وسيلة فعالة من وسائل الرقابة الشعبية غير مباشرة على أعمال الحكومة من خلال البرامج والتحقيقات التي تقدمها، وتمتاز بسهولة الوصول إليها لكشف أخطاء وتجاوزات الإدارة، ويسر وصولها إلى أصحاب القرار، وإلى الأجهزة الرقابية المختصة كافة بحيث تلفت انتباه الإدارة إلى الأخطاء التي تجاوزتها وتحرك الرقابة لدى الأجهزة المختصة من خلال المعلومات التي تطرحها وتقدمها.

كما يبرز دورها من خلال إثارتها للنقاش حول السياسة العامة والقرارات الحكومية والرقابة على تصرفات السلطات ومراقبة الإدارة وإرشادها إلى صواب المصلحة وإظهار كل انحراف أو تعسف، والمشاركة في الحملات الانتخابية وفي نشرها أو إذاعتها لشكاوى المواطنين وآرائهم حول تلك النشاطات ومن ضمنها الجهات الرقابية

الرسمية في الدول للتدخل والمحاسبة وذلك لرد الإدارة الى جادة الصواب والحفاظ على مبدأ المشروعية، فكم من الرؤساء والحكومات والمجالس العامة في الدول الديمقراطية المعاصرة أطاح بهم تقرير نشرته صحيفة أو إذاعته وبثه تلفزيون⁽¹⁾.

وتمارس وسائل الإعلام المختلفة دورا رقابيا عن طريق طرح المشكلات الإدارية المختلفة وبيان أوجه القصور والعجز⁽²⁾، ومطالبة الإدارة بحل تلك المشاكل والصعوبات الإدارية، وتحسين أداء عمل مختلف الأجهزة الإدارية، ورفع مستوى الخدمات المقدمة للأفراد⁽³⁾.

وغنى عن البيان، أنه حتى تقوم الصحافة وأجهزة الإعلام بواجب الرقابة الفعال، لا بد أن تتمتع بحرية⁽⁴⁾ كافية في التعبير عن مشاكل المواطنين عن طريق إعلام ديمقراطي حر، يتحسس هموم الرأي العام، ويتناولها بقوالب صحفية وإعلامية موجهة، حتى لو كان ذلك يمثل نقدا مباشرا لأعضاء الحكومة أو الجهاز الإداري⁽⁵⁾.

ومن جانب آخر، يؤخذ على الرقابة الصحفية عبر وسائل الإعلام، احتمالية إساءة استخدامها ومعالجتها شكاوى غير صحيحة وكيدية، ونشرها لتحقيقات غير دقيقة ينطوي عليها آثار خطيرة، فيمكن تخطي هذه الإنزلاقات عن طريق بث روح المواطنة والوعي لدى المواطنين وتمحيص وتدقيق الشكاوى قبل نشرها⁽⁶⁾.

كما لا يقتصر دور وسائل الإعلام في تمكين الشعب من انتخاب ممثليه بكل حرية، بل لهذه الوسائل دور آخر تلعبه وهو تهذيب وتكوين الرأي العام، وجعله يكتسب درجة من الوعي الثقافي والاجتماعي والسياسي، كما تهدف وسائل الإعلام لمراقبة عمل الإدارة في إطار نقدها البناء واظهار السلبيات التي من خلالها تبحث السلطات على تطوير وتحسين أداء العمل الإداري المركزي والمحلي منها بشكل خاص نظرا لقربها واحتكاكها المباشر بالمواطنين⁽⁷⁾.

فالرقابة المستمرة التي تقوم بها وسائل الإعلام هي ضمانة للأفراد من تعسف وانحراف السلطة المحلية، في الاستخدام السليم لسلطاتها أو توجيهها نحو البيروقراطية.

(1) فادي نعيم جميل علاونة، المرجع السابق، ص110.

(2) يتم ذلك باستخدام وسائل متعددة في رقابتها لأداء الجهاز الحكومي في الدولة منها: نشر شكاوى المواطنين وتعليقاتهم على بعض الممارسات التي تتم داخل الأجهزة الإدارية وإجراء تحقيقات صحفية عن الأعمال الإدارية وإبراز حسناتها وسيئاتها على صفحات الجرائد والمجلات والنشرات وتفي الإذاعة والتلفزيون وغيرها بنشر تصريحات وبيانات المسؤولين في الجهاز الإداري والتعليق عليها وإبراز الهدف منها .

(3) عبد الله إسماعيل البستاني، حرية الصحافة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، 1950. غنان سليم عرنوس، مبدأ التلازم بين السلطة والمسؤولية في النظم السياسية المعاصرة بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 2012. ص195.

(4) كما أن حرية الصحافة لم تعد تعني تعذر الصحفي من الناحية القانونية فحسب، أصبح يعني تحرره الاقتصادي مع توفير الإمكانيات المادية الضرورية التي تمكنه من كتابة ما يشاء ونشره ضمن حدود القانون. / كامل خورشيد مراد، مدخل إلى الرأي العام، دار المسيرة، عمان الأردن، 2012. ص191.

(5) إسماعيل صبري مقلد، دراسات في الإدارة العامة، طبعة2، دون مكان طبع، الكويت، 1980، ص29.

(6) عبد العزيز محمد سلمان، الحماية الدستورية لحرية الرأي في الفقه والقضاء الدستوري، ط2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2014. ص291.

(7) حمام محمد، تأثير تكنولوجيا المعلومات على الاتصال في الجماعات المحلية - اقتراح نموذج البلدية الالكترونية- رسالة دكتوراه في علوم الإعلام والاتصال، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، 2008/2009. ص125.

هذا وأصبح الإعلام صناعة عصرية وحضرارية لا يمكن الإستغناء عنها أو تجاهلها، ما يتطلب فهمها واستيعابها وامتلاك مقوماتها وعناصرها، ومواكبة التطورات التي تشهدها، إذ تعددت أدوات الإعلام وتنوعت، وأصبحت أكثر قدرة على الاستجابة مع الظروف والتحديات التي يفرضها الواقع الإعلامي.

ثالثا: رقابة الأحزاب السياسية

تمارس الأحزاب السياسية الرقابة على أعمال الإدارة العامة، في الدول ذات التوجه الديمقراطي⁽¹⁾، فالأحزاب هي عبارة عن تنظيمات دائمة تتحرك على المستوى الوطني والمحلي، من أجل الحصول على الدعم الشعبي، بغية الوصول إلى ممارسة السلطة وتحقيق سياسات معينة⁽²⁾. كما تقوم -خاصة المعارضة منها- بدور واضح في مراقبة ممارسات الأجهزة الإدارية⁽³⁾. سواء بطريق مباشر (بواسطة ممثليها ومنتخبينها لتلك الأجهزة) أو بطريق غير مباشر من خلال التعبير عن مواقفها وفقا للآليات والكيفيات الواردة بقانون الأحزاب⁽⁴⁾.

وهي تعد أعلى المؤسسات غير السمية في الدولة ولها مكانة هامة في النظام السياسي القائم، فهي تؤدي دورا رئيسا فيما يتعلق بربط الشعب بالحكومة، وتوثق الصلة فيما بين الوحدات السياسية المنفصلة في النظام السياسي داخل الحكومة أو خارجها وعلى جميع المستويات⁽⁵⁾.

فقد عرف جانب من الفقه الحزبي السياسي بأنه "تنظيم دائم يتم على المستويين القومي والمحلي، ويسعى للحصول على مساندة شعبية بهدف الوصول إلى السلطة وممارستها من أجل تنفيذ سياسة محددة". أو أنه "مؤسسة من أهم المؤسسات في النظام السياسي كونها تتميز عن بعضها البعض بعدد من السمات وهذه السمات في أساسها سمات إجتماعية وأهداف ذات أيديولوجية جماهيرية". كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "تنظيم دائم يضم مجموعة من الأفراد يعملون معا من أجل ممارسة السلطة، سواء في ذلك العمل على تولي السلطة أو الاحتفاظ بها"⁽⁶⁾.

(1) في الدول الاشتراكية الحزب هو من يتولى ممارسة جميع الوظائف في الدولة، يقوم بالرقابة على المجالس المنتخبة، سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي، ويتولى عملية ترقية المترشحين لهذه المناصب. فعلى المستوى الوطني يمارس البرلمان على أساس أن أعضائه، يتم اختيارهم عن طريق الترقية الحزبية، وفي الأخير هم يمثلون جميع فئات الشعب، وهم المخولون بممارسة الرقابة على أعمال الحكومة، بصفة خاصة، والإدارة بصفة عامة. ويجب الإشارة الى أن رقابة الحزب الحاكم في الدول الاشتراكية تلعب دورا حاسما لأنه يملك وسائل الرقابة كلها، كما يملك السلطات الفعالة التي تجعله المرجع الحقيقي من أجل اتخاذ الاجراءات الكفيلة بالإصلاح الإداري. أما في باقي الدول التي تعتمد النظم الديمقراطية، وتأخذ بفكرة التعددية الحزبية وحرية التعبير، فالأحزاب والجماعات الضاغطة في هذه الدول، تتولى ممارسة عملية الرقابة على أعمال الإدارة .

(2) أندري هوريو، مرجع سابق، ص.ص 241-242.

(3) لتوضيح أكثر لرقابة الحزب على الإدارة العامة، راجع خاصة: عمار عوابدي، القانون الإداري، المؤسسة الوطنية للكتاب، و.د.م.ج. الجزائر، 1990، ص 168.

(4) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 27.

(5) سعاد الشراوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، المرجع السابق، ص 200.

(6) حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 866.

وبالرجوع إلى المادة الثالثة من قانون الأحزاب السياسية الجزائري⁽¹⁾ فإننا نجد أنها تنص على أن "الحزب السياسي هو تجمع مواطنين يتقاسمون نفس الأفكار ويجمعون لغرض وضع مشروع سياسي مشترك حيز التنفيذ للوصول بوسائل ديمقراطية وسلمية إلى ممارسة السلطات والمسؤوليات في قيادة الشؤون العمومية".

وتسعى الأحزاب بعد تشكيلها إلى حماية الصالح العام للشعوب، ولعل من أهم هذه المصالح العامة هي ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، باعتبارها مدرسة تعليمية، تقدم للشعوب مختلف المعلومات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فتكون الأحزاب بمثابة الرقيب على جميع تصرفات الإدارة، وذلك من خلال التمثيل أي توجد أعضاء داخل الإدارة العامة، كما تستعمل وسائل عديدة لتحريك الشعوب في مواجهة تصرفات الإدارة، التي لا تتوافق والمصلحة العامة، فتتحرك جميع وسائل الاتصال بالشعب، من خلال الصحف والإذاعات والتلفزيون والمدارس، مما يجبر الإدارة على التراجع وسحب قراراتها.

كما أنها تشجع على الإصلاح الاجتماعي والسياسي في نشاط الدولة، وتغيير نمط السلوك السياسي التقليدي وتساهم في نشر وسائل الاتصال والتعليم والمعرفة في الحياة العامة، كما تساهم في تنشيط المجتمع المدني وتطويره باتجاه الديمقراطية وتحديد الحياة السياسية⁽²⁾.

ومما لاشك فيه أن رقابة الأحزاب لأداء الحكومة تأخذ صورا متباينة؛ وذلك بالتوصية أو بالنصح والإرشاد وتوجيه النقد الذي يصل إلى حد التحريج، من خلال وسائلها الخاصة بها كالصحف، والندوات، والنشرات الاجتماعية، والمؤتمرات التي تعقدتها هذا الخصوص⁽³⁾ وقد يتطور إلى تحريك الرأي العام ضد الحكومة حتى تتراجع وتعيد النظر في تصرفاتها، وقد يؤدي إلى سحب الثقة من الحكومة أو عدم مساندتها في الانتخابات⁽⁴⁾.

وعليه فالأحزاب السياسية تمارس رقابة على أعمال الإدارة، من خلال محاولة توجيه أعمال وتصرفات الإدارة، بما يخدم الصالح العام، فهي تعترض على أعمال الإدارة المخالفة للقوانين والأعراف، وهذا ما يجبر الإدارة العامة حين إصدارها للقرارات، أن تأخذ بعين الاعتبار مطالب وأراء الأحزاب السياسية، وهذا دليل على فاعلية الرقابة الحزبية على أعمال الإدارة .

ومن خلال ما تقوم به من ترتيب للأفكار والمبادئ السياسية والاجتماعية من برامجها ونشاطاتها، وما تقوم به من تنظيم انتقاد الجهاز الحكومي والإداري وكشفه أمام الرأي العام، وكذلك عندما تتناقش على عضوية المجلس التشريعي والمجالس البلدية والنقابات والاتحادات وغيرها. وتقوم بوظائف هامة ومتعددة، منها التعليمية والاجتماعية

(1) أنظر: القانون العضوي رقم 04 - 12 يتعلق بالأحزاب السياسية، مؤرخ في 12 يناير سنة 2012 الجريدة الرسمية رقم 02.

(2) سلام إيهاب زكي، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب، القاهرة، 1983. ص 266.

(3) رجب عبد الحميد، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009. ص 100.

(4) فرحان نزال المساعيد، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام النيابي الأردني، دار وائل للنشر، ط01، عمان، 2011، ص 887.

والإقتصادية والسياسية والثقافية، وأهم الوظائف التي يقدمها الحزب، تتوقف بالدرجة الأولى على قوة الحزب ومدى تأثيره في الجمهور وتأثره به، وكذلك تأثيره في المؤسسات السياسية الأخرى .

فالحزب أصبح يقوم بدور هام وضروري في كثير من الدول، حيث يسعى إلى تحقيق الصالح العام إلى جانب مصلحته الخاصة في الدولة، ويلعب أحيانا دور الحاكم وأحيانا أخرى دور المراقب عندما لا يكونون جزء في الحكم. كما تتوفر للأحزاب السياسية وسائل تمكنها من القيام بذلك كالاتتماعات الحزبية والندوات العامة والصحافة ومن خلال ممثليها في المجلس التشريعي، وتتحدد صور رقابة الأحزاب السياسية على الجهاز الحكومي والإداري باختلاف ما إذا كانت تشارك في الحكم أم كانت في المعارضة، إذ تعتمد تلك المشاركة بالحكم إلى النصح والتوجيه أو اللوم العنيف لأعضائها في الحكومة، وقد تعتمد إلى استبدالهم بغيرهم إذا حادوا عن السياسة التي تحقق المصلحة العامة.

لهذا يتميز النظام البرلماني⁽¹⁾ بوجود الأحزاب السياسية المنظمة التي تتنافس فيما بينها من أجل الوصول إلى الحكم عن طريق عرض برامجها الحزبية الخاصة بها ومحاولة كل حزب إقناع جمهور الناخبين بأن برنامجه هو أكثر البرامج صلاحية وتحقيقا للمصلحة العامة، كما تقوم بدور⁽²⁾ هام في الرقابة على هيئات ومنظمات الجهاز الإداري في الدولة⁽³⁾.

وتستخدم الأحزاب المعارضة في ممارستها لتلك الرقابة وسائل متعددة إما عن طريق نواب تلك الأحزاب في المجالس النيابية أو بواسطة الصحف التي تصدرها أو من خلال الاجتماعات والندوات والمؤتمرات التي تعقدتها وذلك للمطالبة بتصحيح الأوضاع وإصلاح هذه المخالفات في سبيل تحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ويبدو دور الأحزاب فعالا في رقابة الحكومة في الدول البرلمانية القائم على تعدد الأحزاب، حيث يقوم الحزب الحائز على الأغلبية بتشكيل الحكومة، وفي مقابل ذلك تراقب أحزاب المعارضة أداء الحكومة بشكل مستمر ودقيق؛ وذلك لوضع الحزب الحاكم تحت رقابة مباشرة، ومحاولة النقاط أخطائه وفضح أمره أمام الرأي العام، وهذا الأمر فيه مصلحة عامة مصلحة خاصة للحزب ذاته، تكسبه ثقة الرأي العام، وينتامي دوره ويضعف دور منافسه. كما تعد الأنظمة الديمقراطية البيئة الخصبة لازدهار الأحزاب السياسية، خاصة إذا ما أدركنا أن الأنظمة الديمقراطية قائمة على الأحزاب السياسية، حتى قيل إنها أساس الديمقراطية، فهي تمثل حلقة الوصل بين الرأي العام الشعبي وبين مؤسسات الدولة الحكومية، ومن ثم فإن الأحزاب السياسية تؤثر وتتأثر بالرأي العام والأفكار السائدة في الدولة، مع ملاحظة أنه لا يوجد ارتباط حتمي بين الديمقراطية والأحزاب السياسية حيث يتصور ديمقراطية دون أحزاب سياسية. / أنظر في هذا الشأن: أبو رأس الشافعي، التنظيمات السياسية الشعبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974.

⁽²⁾ وجه نقد إلى رقابة الأحزاب لأداء الحكومة في حال تعدد الأحزاب بأن الجهة التي تقوم برعاية مؤسسة غير حكومية لا تتسم بالمسؤولية؛ لأن عملها سري ومغيب عن الجمهور وتخضع لتوجيهات اللجان العليا في الحزب، وإذا ما كانت الدولة تقوم على نظام الحزب الواحد، فإن الرقابة تتلاشى إذ يصبح الحزب الحاكم والرقيب في آن واحد. والنظام الحزبي السائد في الدولة يعد ضمانة أكيدة للحقوق والحريات العامة للأفراد، من خلال ممارسة الأحزاب السياسية لدور الرقابة على أعمال الحكومة، وتوجيه الإدارة وتصحيح أخطائها ومحاسبتها عن طريق أعضاء الحزب في البرلمان، أو عن طريق الوسائل الخاصة بالحزب كالصحف، والندوات، وعقد الاجتماعات، والمؤتمرات، وغيرها من الوسائل التي تؤدي إلى توجيه الرأي العام تجاه مخالفات الإدارة وتجاوزاتها، ومن ثم ترجع الإدارة عن التصرفات المخالفة وتحافظ على مبدأ الشريعة. / سليمان صالح الغويل، المرجع السابق، ص 14.

⁽³⁾ الشافعي أبو رأس محمد، المرجع السابق، ص 81.

⁽⁴⁾ عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 75.

الفرع الثالث

تقدير رقابة الرأي العام

تظهر أهمية رقابة الرأي العام في المجتمعات، من خلال نشر الوعي السياسي بين كافة أفراد المجتمع، وذلك ما ينعكس إيجاباً على رفع كفاءة الأفراد وحثهم على ممارسة هذا النوع من الرقابة .

إن هذه الرقابة هي التي تجعل اشترك الشعب فعلياً في إدارة شؤون الدولة، وبذلك تتحقق سيادة الشعب فعلاً لا حكماً، وتضمان الحرية والمساواة السياسية، والواقع يهتم لضمان الحريات وكفالتها وتحقيق المساواة السياسية للأفراد بأن يكون البرلمان هو الذي له حق اقتراح المسائل والفصل فيها أم يكون ذلك للحكومة إذا كانت جميع نواحي النشاط في الدولة تخضع لرقابة رأي عام قوية وفعالة، هذه الرقابة هي المميز الحالي والبارز للديموقراطية في الوقت الحاضر.

ولكن فعالية هاته الوسائل تكمن في استقلاليتها استقلالاً تاماً عن الدولة، وهذا مالا يوجد في بعض الدول، إذ أن أغلب وسائل الإعلام إن لم نقل كلها تبقى تابعة للسلطة التنفيذية. في الوقت الذي تجعل العديد الأنظمة في العالم هاته الوسائل سلطة رابعة في الدولة.

ولهذا فقد قيل ليس هناك من حكومة ديموقراطية تنكر على شعبها حق ممارسة الدور الإيجابي البناء، من خلال أجهزة النشر المتاحة جميعها باعتبار أن تلك الممارسة دعامة أساسية من دعائم الحكم الديموقراطي، وليس من قبيل المبالغة أو التجاوز أن تسمى الصحافة بالسلطة الرابعة، تأكيداً على خطورة المسؤولية التي تضطلع بها إلى جانب أجهزة الحكم المختلفة⁽¹⁾.

وهذا ما يلاحظ بشكل كبير في الدول التي تبلغ شعوبها مستوى متدني وينتشر الجهل والامية فيها، حيث تقوم تلك الدول بإجراء استفتاءات لا تهدف منها سوى لإضفاء الصفة الشرعية على ما تنوي تنفيذه واتخاذ من قوانين وقرارات وإجراءات⁽²⁾.

كما تبرز أهمية⁽³⁾ الرأي العام في الدولة الحديثة بصور مختلفة، فهو شديد الفعالية بالنسبة لبعضها وتضعف أحياناً في دول أخرى، ويمكن القول أن الرأي العام له أهميته في جميع الدول بطريق مباشر أو غير مباشر كأداة من

(1) علي خطار شطاوي، القضاء الإداري الأردني، مطبعة كنعان، عمان، 1995، ص163.

(2) أنظر: نورجان الأيوبي عبد الرحمن، القضاء الإداري في العراق، رسالة دكتوراه، دار مطابع الشعب، جامعة القاهرة، 1965. ص.ص08-09.

(3) ويعيد Lincoln Abraham خير من عبر عن أهمية الرأي العام وحذر من خطورة إهماله، حيث قال " إنك تستطيع أن تخدع الناس بعض الوقت، كما أنك تستطيع أن تخدع بعض الناس كل الوقت، ولكنك لن تستطيع أن تخدع كل الناس كل الوقت." / نقلاً عن : عبد الحليم محي الدين، المرجع السابق، ص18.

أدوات الرقابة الشعبية على أعمال الحكومة، حتى الأنظمة الدكتاتورية المستبدة، وإن كان يستبعد تأثيره، إلا أنه لا يمكن القول بعدم وجود رأي عام فيها، وقد يكون الرأي العام صريحاً وعلنياً، وقد يكون مجرد همس خافت⁽¹⁾.
فالحقيقة أن ضمانات الرأي العام، هي من أعز الضمانات تحقيقاً، فهي لم تشيد إلا في دول حظيت شعوبها بفرض واعية للارتقاء بأفرادها وبتجارب عديدة من الكفاح الدستوري؛ ولذلك فإن الرأي العام لا يتكون أو يباشر دوره في دولة ما إلا إذا توافرت فيها للأفراد حرياتهم الأساسية، من حرية شخصية، وحرية الرأي، وحرية الاجتماعات، وحرية الصحافة ووسائل الإعلام، وحق المعرفة أو حرية تدفق المعلومات⁽²⁾.

المبحث الثاني

الرقابة البرلمانية

سنتصدى لهذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى مدلول الرقابة البرلمانية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث مظاهر الرقابة البرلمانية، وفي المطلب الثالث نبحت فكرة تقدير الرقابة البرلمانية وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مدلول الرقابة البرلمانية

إذا كان مفهوم الديمقراطية المباشرة يجعل من الشعب السياسي الهيئة الحاكمة التي تمارس شؤون السلطة من تشريعية وتنفيذية وقضائية. فلا يكون هناك برلمان أو وزارة أو قضاة، وتظهر الطبقة المحكومة بمظهر الهيئة الحاكمة دون أدنى إنابة أو تمثيل. ولكن تطبيق الديمقراطية المباشرة يبدو مستحيلاً نظراً لزيادة عدد السكان زيادة هائلة في الدول المختلفة.

ولأن الطابع الفني والعلمي الذي تتميز به شؤون السلطة في وقتنا الحالي يعمل كذلك على استحالة الأخذ به، ونتيجة لهذه العوامل لجأت دول كثيرة إلى اعتماد مفهوم الديمقراطية النيابية (التمثيلية) التي تقوم على إسناد شؤون سلطة التشريع لنواب الشعب، واستقلال هؤلاء بمباشرة شؤون السلطة المقررة لهم عن الشعب⁽³⁾.

(1) رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 582.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 276.

(3) أنظر في هذا الشأن: إيهاب زكي سلام، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب، القاهرة، 1983، ص 17.

على أن نواب الشعب في الديمقراطية النيابية لا يقتصر عملهم على وضع التشريعات، بل يمتد ليشمل رقابة أعمال الإدارة. وتختلف هذه الرقابة قوة وضعفا وفقا للنظام السياسي القائم في البلاد، فهي واضحة وقوية في النظام البرلماني على عكس الوضع في النظام الرئاسي⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن فقهاء القانون الدستوري لم يولوا إهتماما كبيرا بغرض وضع تعريف للرقابة البرلمانية على الرغم من أنها تعد وظيفة من أقدم وظائف البرلمان⁽²⁾، الأمر الذي انعكس على قلة التعاريف التي وضعها باحثي الفقه الدستوري. فقد عرفها Pierre بأنها " واحدة من أقدم وظائف البرلمانات وهي تهدف إلى وضع القيود أمام السلطة التنفيذية". وعرفها أيضا الفقيه Harris بأنها " عملية فحص القوانين بعد تشريعها لبيان مدى تنفيذها، وهل حققت النتائج المرجوة منها وماهي الإجراءات الكفيلة بتصحيح الأخطاء بهذا الشأن"⁽³⁾.

كما يرى جانب آخر من الفقه على أنها "سلطة سياسية حولت للبرلمان في النظام البرلماني، للوقوف على حالة ونشاط السلطة التنفيذية". ويرى جانب آخر بأنها "تقصي الحقائق من جانب السلطة التشريعية لأعمال الحكومة للكشف عن عدم التنفيذ السليم للقواعد العامة في الدولة، وتحديد المسؤول عن ذلك ومسائلته"⁽⁴⁾.

كما أن المقصود بالرقابة البرلمانية تلك "الرقابة التي تمارسها المجالس النيابية - والتي قد تسمى بالبرلمان أو بالجمعية الوطنية أو مجلس النواب أو كما تسمى في الجزائر حاليا بالمجلس الشعبي الوطني- على أعمال أو أشخاص الهيئة التنفيذية"⁽⁵⁾، هذا ما يوضح لنا أن الرقابة البرلمانية تضم طرفين، الطرف الأول وهو عضو البرلمان الذي يمارس الرقابة، والطرف الثاني الذي يخضع للرقابة عضو السلطة التنفيذية، وطالما أن الأمر متعلق بسلطات الدولة الأساسية ما يقتضي أنها عملية تتأثر بطبيعة النظام السياسي ونظام الحكم.

هذا وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في تعريفاتهم للرقابة، إلا أن هذا الاختلاف لا يعد اختلافا جوهريا يؤثر على عملية الرقابة أو مضمونها كونهم اتفقوا على تحديد الهدف الرئيسي للرقابة البرلمانية المتجسد بكشف عدم

(1) وعلة وضوح الرقابة وقوتها في النظام البرلماني ترجع إلى أن هذا النظام يقوم على أساس مسؤولية الوزراء مسؤولية تضامنية ومسؤولية كل وزير مسؤوليه فردية في نطاق وزارته التي يشرف عليها، ويقابل هذه الرقابة الممارسة من المجلس، رقابة مماثلة من جانب الهيئة التنفيذية للمجلس النيابي، وما قد يرتبه ذلك استعمالها حق حل هذا المجلس./الدكتور محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص331.

(2) تعد الوظيفة الرقابية في عمل السلطة التشريعية أسبق في الوجود من الوظيفة التشريعية، فقد نشأت البرلمانات للموافقة على الضرائب وتطورت هذه الوظيفة حتى أصبح للبرلمان حق في الرقابة الكاملة على الشؤون المالية .

(3) وسيم الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008. ص11.

(4) فارس عمران، التحقيق البرلماني في مصر والولايات المتحدة ولحمة عنه في بعض الدول العربية، مجموعة النيل العربية، القاهرة، 1999. ص332.

(5) وفيما يرى غالبية الفقه، أنه لا خلاف حول خضوع كافة الأعمال الصادرة عن الجهاز التنفيذي للرقابة البرلمانية، ذلك في حين يحرص البعض مجال سلطة الرقابة في ثلاثة أعمال هي: السياسة العامة للحكومة، وسياستها المالية، والمخارجية، بحيث يخرج عن الرقابة التدخل في الأعمال الإدارية والتنفيذية للحكومة./ محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص95.

التنفيذ السليم للقواعد العامة في الدولة، ومساءلة المسؤول عنه سياسياً⁽¹⁾. فالرقابة بهذا المفهوم تعتبر الأداة المعبرة عن إرادة الأمة والأمين على الأموال العامة والرقيب على النشاطات الحكومية والإدارية.

كما، يتوفر للهيئة المكلفة بالرقابة⁽²⁾ وسائل عديدة لبسط رقابتها على البرنامج الحكومي وسياسة الحكومة وخططها في مختلف المجالات كما أنها مخولة للمصادقة على الموازنة العامة ومتابعة طريقة تنفيذها خلال السنة المالية وحق اعتماد الحساب الختامي⁽³⁾ أي إخضاع السلطة التنفيذية للرقابة والمسائلة والمحاسبة البرلمانية.

والجدير بالذكر أن الرقابة البرلمانية تجد أساسها في كون أعضاء السلطة التشريعية منتخبين من قبل الشعب السياسي، ومن ثم فهي تحمل التعبير عن إرادته، ومن واجباهم ضرورة مراقبة السياسة العامة للدولة، فهي تنصب على جهاز هام وحساس من أجهزة الدولة ممثلاً في السلطة التنفيذية ويشمل موضوعها مختلف مناحي الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

فطبيعة الصفة التي يكتسبها النائب تستلزم السهر على حماية القواعد القانونية، فضلاً عن كونها رقابة وقائية وعلاجية بالوقت نفسه، فهي تراقب الأعمال الحكومية وتصحح أخطاءها، وبالتالي تعمل على حفظ مبدأ المشروعية⁽⁴⁾.

ومما لاشك فيه إن الرقابة البرلمانية، تهدف إلى جعل السلطة التنفيذية تمارس مهامها في إطار الدستور والقانون لتحقيق الصالح العام للشعب صاحب السيادة، وهذا هو أساس فكرة المراقبة إذ يمارس أعضاء⁽⁵⁾ البرلمان الرقابة على أعمال الحكومة بشكل عام⁽⁶⁾، ومما يستلزم تفصي الحقائق حول كافة أسباب ومخاطر البيروقراطية والانحرافات والانحرافات والأخطاء والفساد السياسي واستغلال النفوذ، الاختلاس والاستخفاف بقيم وأخلاقيات دولة القانون.

(1) لأكثر توضيح أنظر: عوابدي عمار، دور الرقابة البرلمانية في ترقية حقوق المواطن والإنسان، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد الأول، ديسمبر، 2002، ص 51.

(2) مثلاً رقابة المفوض البرلماني "الامبدوسمان" هو صورة من صور رقابة البرلمان على السلطة التنفيذية إعمالاً لمبدأ المشروعية، حيث يستطيع البرلمان بهذه الطريقة تأكيد التزام الحكومة بمبدأ سيادة القانون ويسمى هذا النظام بموجب دستور السويد لعام 1809، ثم نقلته عدة دول مع اختلاف في التسمية ووسيلة التعيين ومجال الاختصاص.

(3) محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 22.

(4) سالم عبد الفتاح المسعود، الرقابة البرلمانية على أعمال الوزارة - حق السؤال وحق الاستجواب -، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1997، ص 23.

(5) وضع بين يدي النائب كافة الآليات والوسائل للحصول على المعلومات والوثائق اللازمة عن مختلف أجهزة الدولة، بحيث يمكنه بواسطتها الإحاطة بمجريات الأمور، غير أن حجب هذه المعلومات عنه سيؤدي إلى عجزه عن القيام بدوره الرقابي، بالإضافة إلى وقوعه تحت سيطرة جماعات المصالح المختركة لتلك المعلومات، مما يؤدي إلى التأثير على أداء النائب لدوره التشريعي والرقابي تحقيقاً لأغراضها. / أنظر: محمد باهي أبو يونس، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في النظامين المصري والكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 14.

(6) لمى على فرج، المرجع السابق، ص 502.

كما تهدف إلى ضمان حسن تطبيق السياسة العامة وبرنامج الحكومة الذي صادق عليه البرلمان، بالإضافة إلى حسن تطبيق النصوص التشريعية المجسدة لهذه السياسة والبرنامج الحكومي والتطبيق السليم لقوانين المالية المصادق عليها من طرف البرلمان.

من هنا يتضح أن الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة تتم وتتجسد من خلال المجالس النيابية- البرلمانات- بالوسائل القانونية المقررة لذلك تبعا لطبيعة النظام السياسي، ففي النظام البرلماني نجد مظاهر الرقابة أوسع⁽¹⁾ من تلك المقررة في النظام الرئاسي؛ كونها تقوم على أساس مبدأ التعاون والتوازن بين السلطة التشريعية والتنفيذية، فكل سلطة تملك وسائل مراقبة تجاه السلطة الأخرى، فالسلطة التشريعية تملك حق سحب الثقة من الوزراء، ولها حق المراقبة على أعمالها عبر الوسائل الرقابية المقررة لها سواء عن طريق السؤال، الاستجواب، التحقيق، سحب الثقة، وطرح موضوع للمناقشة في حين تملك السلطة التنفيذية حق حل السلطة التشريعية قبل انتهاء المدة المحددة لها⁽²⁾. أما في النظام الرئاسي نجد يقوم على مبدأ الفصل الجامد⁽³⁾ بين السلطات، فالسلطة التشريعية تستقل بممارسة عملها دون أدنى مشاركة من السلطة التنفيذية، كذلك تستقل السلطة التنفيذية بمباشرة عملها إذ تتركز السلطة بيد رئيس الدولة الذي يملك تعيين الوزراء وعزلهم وإبعادهم إذا ثبت قيامهم بعمل مخالف لسياسته، وبذلك لا توجد علاقة مع البرلمان الذي ليس له حق محاسبتهم عن أعمالهم بتوجيه السؤال أو الاستجواب أو تقرير مسؤولهم عن السياسة العامة كما هو الحال في النظام البرلماني، فالوزراء والحالة هذه مسؤولون أمام رئيس الدولة وحده⁽⁴⁾.

(1) النظم الديمقراطية التي تقوم على أساس التعددية الحزبية تعطي حرية كاملة لعضو البرلمان في إبداء رأيه تجاه الحكومة أو ممارسة دوره الرقابي، غير أن هذه الحرية تبدو واضحة في المجال النظري فقط، حيث أن التطبيق العملي لهذا الحق قد يدخل العملية السياسية في مأزق سياسي أو ربما يؤثر مشاكل للعضو الذي يمارس دوره الرقابي إذ كان منتقيا للحزب الحاكم خاصة في الدول التي تشهد تماسك بين العضو وحزبه كما في بريطانيا فلا يصوت العضو ضد حزبه. أما في النظم التي تقوم على احادية التنظيم السياسي، حيث يسود الحزب الواحد أو الحزب المهيمن، فإن الرقابة البرلمانية لا تعد مجدية كون جميع أعضاء البرلمان أو غالبيتهم من منتسبين للحزب الواحد الأمر الذي ينعكس تماما على الرقابة، غير أن الثقافة السياسية للمواطن، بدرجة عامة وعضو البرلمان بدرجة خاصة قد تلعب دورا كبيرا من التغلب على تأثيرات الحزب ومناورات السياسة خصوصا أن بعض التكتلات الحزبية قد تمارس دورا فعالا على أداء الحكومة. /أنظر: ملهى علي فرج، نفس المرجع، ص 500.

(2) محمد أبو زيد، توازن السلطات ورقابيتها، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2003، ص 12.

(3) هذا من الناحية النظرية، غير أن التطبيق العملي عرف شيء من التعاون بين السلطتين كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فلم يبق مفهوم الفصل بين السلطات على أساس الفصل الجامد. ل يسمح بأن يكون فضلا مرنا ويسمح و بتعان السلطات مع بعضها كما يسمح ها برقابة بعضها البعض أيضا؛ إذ منح سلطة الكونغرس في حصوص تشكيل لجان تحقيق في أعمال السلطة التنفيذية لعل السند الذي استند عليه في ذلك ليس إلى نص دستوري، إنما استمد من الأحكام الصادرة عن القضاء الأمريكي القضائي، بتوسيع سلطة الكونغرس في تشكيل لجان تجعلها تشكل جميع الجوانب في جميع المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولم يقيد في ممارسته لها إلا بغير واحد وهو ألا تكون تلك الممارسة غاية في حد ذاتها بل يقصد استقصاء الحقيقة. /وسيم الأحمد، المرجع السابق، ص 143.

(4) عثمان حسين عثمان، المرجع السابق، ص 244.

وتنص الدساتير عادة على إختصاص البرلمان بوظيفة الرقابة على أعمال الحكومة إلى جانب وظيفتها الأساسية وهي التشريع⁽¹⁾، والأصل أن تتولى الدساتير بنفسها تحديد طرق وأساليب الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة أو السلطة التنفيذية، نظرا لتعلقه بموضوع العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومحافظة على استقلال كل منهما في مواجهة الأخرى.

و الملاحظ عملا أن الدساتير تنص عادة على بعض مظاهر الرقابة التي تنصب على أعضاء السلطة التنفيذية كالوزراء ورئيس الوزراء، علاوة على بعض المظاهر الأخرى التي تنصب على أعمال السلطة التنفيذية.

المطلب الثاني

مظاهر الرقابة البرلمانية

سنتطرق لهذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول الرقابة البرلمانية على أعضاء السلطة التنفيذية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث مناقشة بيان السياسة العامة، وأما الفرع الثالث نبحت فيه مناقشة قانون المالية، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

الرقابة البرلمانية

على أعضاء السلطة التنفيذية

تختلف مظاهر هذه الرقابة باختلاف النظام السياسي السائد في الدولة، ولعل أكثر النظم التي تبدو فيها هذه المظاهر قوية وواضحة، هو النظام النيابي البرلماني، و ذلك على خلاف النظام الرئاسي. فنظرا لأن النظام البرلماني يقوم على أساس مسؤولية أعضاء، فإن ذلك يتيح للبرلمان إما محاسبة الحكومة ككل، وإما محاسبة الوزير عن مختلف أعمال وزارته باعتباره مهيمنا على جميع المصالح التابعة لوزارته وعلى الموظفين

⁽¹⁾ ومن ذلك مثلا المادة /86/ من الدستور في مصر و التي تنص على أن " يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع... كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كله على الوجه المبين في الدستور"، والفصل الأول من الباب الثالث بعنوان "الرقابة ومراقبة الانتخابات والمؤسسات الاستشارية" من المادة /178/ إلى /180/ من دستور الجزائر الحالي.

العاملين بها⁽¹⁾. وتتم هذه الرقابة عن طريق الأسئلة والاستجابات والتحقيقات وذلك وفقا لما يحدده دستور الدولة⁽²⁾.

كما أن الرقابة البرلمانية تتم إما نتيجة نشاط نواب البرلمان وممارستهم لوظيفتهم الرقابية من تلقاء أنفسهم، وإما نتيجة بحث العرائض التي تقدم للبرلمان من الأفراد أو الجماعات المختلفة واستيضاح الوزارات المعنية بالأمر عن مدى صحة ما يرد في هذه العرائض من شكاوي وتظلمات من تصرفات الإدارة قبلهم⁽³⁾.

وتمارس الهيئة التشريعية سلطاتها في رقابة أعمال الإدارة العامة بطرق متعددة يبينها دستور الدولة ويوضح حدودها⁽⁴⁾، وهذه الطرق تتجلى بأشكال متعددة أهمها:

أولاً: الأسئلة والإستجابات

تعد الأسئلة والاستجابات الآلية الأكثر استخداما وشيوعا في مباشرة الوظيفة الرقابية على أعمال الحكومة من قبل أعضاء البرلمان⁽⁵⁾، فهي تعد وسيلة يستعملها أعضاء المجلس التشريعي للإعلام والإخبار عن سياسة الحكومة⁽⁶⁾، ونعني بها طلب إرشادات وتفسيرات يقوم بها أعضاء البرلمان سواء كانت كتابية أو شفوية⁽⁷⁾.

فالسؤال يحمل معنى طلب المعرفة أو تبادل الرأي لاستيضاح أمر ما، أما الاستجواب فهو أقوى من السؤال وأخطر منه في نتائجه لأنه قد ينتهي الأمر في حالة عدم الاقتناع بالنتيجة الى التصويت على الثقة في حدود إجراءات معينه . أي أنه مقدمة لطلب ثقة الحكومة أو الوزير إذا لم يكن يرد عضو الحكومة على الاستجواب

(1) أنظر: فكاير نور الدين، ملامح طبيعة النظام السياسي الجزائري في ظل دستور 1996، م. ف. ب، العدد 10، أكتوبر، 2005، ص48.

(2) لأكثر تفصيل أنظر: عوابدي عمار، عملية الرقابة البرلمانية ودورها في الدفاع على حقوق المواطن، مرجع سابق، ص47. / الأمين شريط، التجربة البرلمانية الجزائرية في ظل التعددية، م. ف. ب، العدد، 04 أكتوبر، 2010، ص116.

(3) بن سعيدان شايب، مدى فاعلية رقابة المجلس البرلمانية العليا على أعمال الحكومة (حالة مجلس الأمة في البرلمان الجزائري)، م.ف.ب، العدد17 سبتمبر، 2007، ص33.

(4) أنظر: محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص14. / خرباشي عقيلة، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص265.

(5) لأكثر تفصيل أنظر: عباس عمار، دور الأسئلة البرلمانية في الرقابة على عمل الحكومة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، العدد 02، 2009، ص154 وما يليها. / خرباشي عقيلة، رقابة مجلس الأمة لعمل الحكومة بواسطة آلية السؤال، م. ف. ب، العدد 23 جويلية 2009، ص19.

(6) عزيزة شيري، السؤال كآلية من آليات الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، ص223.

(7) عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط05، مطبعة جامعة دمشق، 1996، ص42.

مقتعا⁽¹⁾. ومن أجل تمييز هذه الآلية عن غيرها من آليات الرقابة جعل حق السؤال حقا فرديا يملكه كل عضو⁽²⁾.

1 - السؤال

اعتبر جانب من الفقه السؤال⁽³⁾ على أنه "إحدى الوسائل الرقابية المنظمة دستوريا، ويعرف بأنه إمكان عضو البرلمان توجيه أسئلة للوزراء للاستفسار عن أمر يجمله العضو أو بقصد لفت نظر الحكومة إلى أمر من الأمور"⁽⁴⁾، فهذا التعريف وإن تميز بأنه تقرير لأوضاع السؤال المختلفة إلا أنه لا يبين عناصره، أي أنه يعتبر وصف وصف للسؤال وليس تعريفا له.

ويعرفه العميد Duguit على أنه "ذلك الطلب الذي يريد عضو البرلمان من خلاله الحصول على استفسارات من أحد الوزراء حول موضوع محدد"⁽⁵⁾، وكما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه "طلب عضو المجلس التشريعي من وزير إيضاح نقطة معينة"⁽⁶⁾، أو أنه "أسلوب يوجه بمقتضاه أعضاء الهيئة التشريعية أسئلة إلى الوزراء للاستفسار عن التدابير المتخذة بشأن موضوع معين، وتلقي الجواب عنه، خلال مدة معينة".
وعرف بأنه "تقصي عضو البرلمان من وزير مختص ومن رئيس الحكومة عن حقيقة أمر معين خاص بأعمال الوزارة أو الحكومة ككل"؛ ويأخذ على هذا التعريف أنه وإن كان قد بين طرقي السؤال (المقدم والمقدم إليه) إلا أنه

(1) خرياشي عقيلة، مرجع سابق، ص38.

(2) قد حاولت الجمعية الوطنية الفرنسية تعديل لائحتها الداخلية بما يسمح لرؤساء اللجان البرلمانية من توجيه الأسئلة إلى الوزراء بإسم لجائهم، إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي أقر بعدم دستوريته. / وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرقاسي - دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008. ص229.

(3) الأصول التاريخية للأسئلة البرلمانية: لم تكن السوابق الأولى للسؤال متوفرة في بريطانيا باعتبارها مهد النظام البرلماني غير أن المعلوم والمتفق عليه أن السؤال قد بدأ في 9 فيفري سنة 1721 في مجلس اللوردات حينما وجه إيرل كاوبر سؤالاً للوزير الأول وبدأ في مجلس العموم في سنة 1783. وبهذا أصبحت الأسئلة بعد أكثر من ستين سنة نظام كامل، واعتبرت إجراء من الإجراءات البرلمانية، حيث كانت في بداية الأمر تعتبر استثناء من القواعد الأساسية في المناقشة وكان يمكن الحصول على معلومات بالطرق العادية للمناقشة، ولو أن هذه الطريقة كانت تواجهها صعوبات:

الأولى: هي أن الوزير المسؤول لا يحضر جلسات المجلس، إذ لم يكن الوزراء في ذلك الوقت يحضرون، وإن حدث كان حضورهم غير منظم.

الثانية: هي أن العضو السائل كان يمكنه التكلم مرة واحدة، ويجيب الوزير، وإذا أراد التعقيب فعليه باللجوء إلى ما يسمى سؤالاً جديداً، وإذا حاول بعض الأعضاء التعقيب فإن الوزير لا يجيب إلا مرة واحدة. وكان جل ما يقوم به توضيح الأجزاء المهمة من حديثه غير المفهوم أصلاً.

وقد بدأت الأسئلة قليلة، وتخص وسائل من السهل على الوزراء الإلمام بها، ثم تطورت ببطء، بسبب اعتبارها إستثناء من القواعد العامة في التحدث في المجلس، ثم أصبح حق الأعضاء متميزاً اعتباراً من سنة 1832، ومن ثم بدأ تقنين وتعديل ووضع القواعد والإجراءات التي تحكم الأسئلة ومحتواها.

أما في فرنسا: فقد نشأ السؤال أيضاً نتيجة العرف البرلماني، وحينما بدأت المجالس التشريعية، سواء مجلس النواب أو مجلس الشيوخ في تنظيم السؤال في اللوائح الداخلية، وكان أول شروط السؤال أن يكون مقبولاً Préalablement Acceptée في ما يخص السؤال الشفوي، أما بخصوص السؤال المكتوب فقد ظهر في 30 جويلية 1909، وأصبح في إمكان العضو أن يقدم سؤالاً مكتوباً، ويتلقى الإجابة مكتوبة من الوزير المختص وتنتشر الإجابة والسؤال في الجريدة الرسمية وكانت تترك مهلة للوزير للإجابة عليها خلال ثمانية أيام. وفي حالة الرفض من طرف الوزير للإجابة على السؤال فإن أمام العضو طريقة الاستجواب.

(4) لأكثر توضيح أنظر: عثمان خليل عثمان، النظام الدستوري المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956. ص327. / رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص354. / سامي عبد الصادق، أصول الممارسة البرلمانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982. ص371.

(5) عباس عمار، الرقابة البرلمانية على عمل الحكومة في النظام الدستوري الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006. ص28.

(6) محسن خليل، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، 1959. صص20-23.

حصر موضوعه في التقصي عن حقيقة أمر معين، مع أن السؤال قد يستهدف مجرد الاستعلام عما إذا كانت واقعة معينة صحيحة وكذلك يستهدف معرفة نية الحكومة في أمر من الأمور.

وبمقتضاه يوجه أعضاء السلطة التشريعية سؤالاً⁽¹⁾ لوزير معين، أو لعدد من الوزراء، للاستفسار حول أمر معين، وطلب الإجابة عليه خلال الجلسات العامة للمناقشات. كما تخصص جلسات محددة لهذا الغرض. حيث يوجه إلى الوزير المختص بموضوع السؤال، بقصد الاستفسار عن أمر يجمله عضو البرلمان أو للتأكد منه، لذلك كانت معظم التعريفات تشير إلى هذه الأوصاف.

والجدير بالذكر أن غالبية الفقه دأب على تقسيم الأسئلة إلى عدة أنواع هي السؤال المستعجل والسؤال الإيضاحي والسؤال المنجم والسؤال غير المنجم، والأسئلة المكتوبة والأسئلة الشفوية أو الأسئلة الحالية أو أسئلة الحكومة. فالأسئلة البرلمانية على أنواع مختلفة، ومع ذلك نعتقد أنه يمكن رد كل أنواع الأسئلة إلى نوعين أساسيين هما الأسئلة المكتوبة والأسئلة الشفوية، أما الأسئلة العاجلة فهي في الواقع ليست إلا نوعاً من أنواع الأسئلة الشفوية.

- **الأسئلة المكتوبة**⁽²⁾: ويقصد بها طلب معلومات موجه من قبل برلماني إلى عضو من أعضاء الحكومة الذي يتوجب عليه أن يرد ضمن مهلة محددة - تكون طويلة نسبياً - كما يكون الرد عليها كتابة، هذه الأسئلة تعد مصدراً قيماً للمعلومات من أجل حل عديد المسائل المعروضة عليهم من قبل ناخبهم، وآلية الحصول على الاستشارة القانونية المجانية نظراً لأن الموظفين الذين يتولون الإجابة عليها في الغالب أكفاء.

كما أن الإجابة المقدمة من أعضاء الحكومة لا تعد بمثابة قرارات إدارية قابلة للطعن أمام القضاء الإداري من قبل ذوي المصلحة، لذلك يأتي السؤال على شكل استفهام يناط بمسألة ليس للبرلماني علم بها أو للتأكد من حدوث واقعة ذات أثر سلبى أو لها صلة بترجمة نص أو إتمام إجراء شكلي أو توضيح الرؤى بخصوص مسألة محددة بالذات ليكون للبرلماني حرية الاستفسار حول أية مسألة عدت غامضة⁽³⁾.

(1) في الجزائر بموجب المادة 152/ من التعديل الدستوري لسنة 2016 فإن أعضاء البرلمان يمكنهم توجيه أسئلة إلى أعضاء الحكومة، بنصها " يمكن أعضاء البرلمان أن يوجهوا أي سؤال شفوي أو كتابي إلى أي عضو في الحكومة ويكون الجواب عن السؤال الكتابي كتابياً خلال أجل أقصاه 30 يوماً. بالنسبة للأسئلة الشفوية يجب ألا يتعدى أجل الجواب ثلاثين يوماً. يعقد كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، بالتداول، جلسة أسبوعية تخصص لأجوبة الحكومة على الأسئلة الشفوية للنواب وأعضاء مجلس الأمة".

(2) لأكثر توضيح حول السؤال: وسيم حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 43. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 206.

(3) عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 500.

- وغنى عن البيان أن للأسئلة المكتوبة شروط وإجراءات⁽¹⁾ يستوجب توافرها وهي عبارة عن ضوابط من شأنها الحيلولة دون إساءة استعمال هذه الأداة الرقابية، وعادة ما تحدها النظم الداخلية للبرلمان في العناصر التالية:
- أن يكون السؤال مكتوبا؛
 - أن يكون السؤال من الموضوعات التي تدخل في اختصاصات الوزير؛
 - أن يكون واضحا ومقصورا على الأمور المراد الاستفهام عنها دون تعليق؛
 - أن يتضمن نص السؤال موضوعا واحدا وأن يحدد بوضوح عضو الحكومة الموجه إليه السؤال؛
 - أن يكون مضمون السؤال متعلقا بأمر من الأمور ذات الأهمية العامة؛
 - ألا يكون السؤال متعلقا بمصلحة خاصة وألا تكون له صفة شخصية؛
 - أن يكون خاليا من العبارات الغير لائقة، ومختصرا ومحجرا باللغة العربية... الخ.

كما ينتهي السؤال المكتوب بمجرد حصول النائب على إجابة الوزير عنه وقد استعملت الأسئلة المكتوبة كوسيلة للحصول على البيانات والمعلومات التي يحتاج إليها الأعضاء والتي تتطلب بعض الوقت لإعدادها⁽²⁾ مما لا يمكن معه الحصول عليها عن طريق استعمال الأسئلة الشفوية، كما أستعمل هذا النوع من الأسئلة للحصول على تفسيرات لنصوص القوانين واللوائح⁽³⁾.

والأصل هو أن يفصح مقدم السؤال عن رغبته في الحصول على الإجابة مكتوبة، ومن ثم تقوم الجهة المختصة بتصنيف السؤال بإدراجه ضمن الأسئلة المكتوبة، إلا أنه قد لا يفصح مقدم السؤال عن رغبته في الحصول على الإجابة مكتوبة ومع ذلك يتلقى الإجابة عن سؤاله كتابه.

(1) في الجزائر حدد القانون العضوي 16-12 الشروط والإجراءات الواجب توافرها في السؤال الكتابي وهي:

- يتم إيداع نص السؤال الكتابي من قبل صاحبه حسب الحالة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة ويتم إرسال السؤال فورا إلى الوزير الأول من قبل رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة.
- الإجابة عن السؤال الكتابي من قبل عضو الحكومة تكون خلال أجل أقصاه ثلاثين يوما الموالية لتبليغ السؤال الكتابي .
- يتم إيداع الجواب لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، أو مكتب مجلس الأمة و يبلغ إلى صاحبه.
- إذا ارتأت إحدى غرفتي البرلمان أن جواب عضو الحكومة الكتابي يبرر إجراء مناقشة تفتح هذه المناقشة حسب النظام الداخلي لكل غرفة وتقتصر المناقشة على عناصر السؤال الكتابي المطروح على عضو الحكومة.
- يتم نشر الأسئلة الكتابية والأجوبة المتعلقة بما حسب نفس الشروط الخاصة بنشر محاضر مناقشات كل غرفة من البرلمان/ أنظر: المادة /152ف4/ من التعديل الدستوري لسنة 2016 والمواد من /69 إلى /76/ من القانون العضوي رقم 16-12. /عزيزة شبري، مرجع سابق، ص80.

(2) لمزيد من التفاصيل حول ذلك ينظر: نعمان عطاءالله الهبتي، الرقابة على الحكومة، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، 2007. ص95 وما بعدها.

(3) تغريد عبد القادر علي، رقابة مجلس النواب على أعمال الحكومة (دراسة في السؤال البرلماني)، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد الثالث، العدد العاشر، السنة الخامسة، 2010، ص19.

- **الأسئلة الشفوية**⁽¹⁾: الأسئلة الشفوية⁽²⁾ هي النوع الثاني من الأسئلة البرلمانية بل هي الأصل، إذ تعد الأسئلة المكتوبة بمثابة استثناء، فقد ظهرت بعد أن تبنت البرلمانات نظام الأسئلة الشفوية بفترة طويلة. والأسئلة الشفوية تتطلب حضور الوزير المسؤول أمام البرلمان للإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، بخلاف الأسئلة المكتوبة التي لا تتطلب ذلك، إذ يكفي عادة بوصول الإجابة إلى العضو السائل⁽³⁾.

والواقع أن الأسئلة الشفوية شأنها في ذلك شأن الأسئلة المكتوبة لا تؤدي، ولو من الناحية النظرية على الأقل، إلى إجراء تصويت على الثقة بالحكومة، ولذلك فهي أقل أهمية من المناقشات التي تدور حول الميزانية والتي تطرح فيها الأسئلة الشفوية، أو من المناقشات التي تحدث عند إعلان الحكومة عن سياستها العامة .

ولا يعني ذلك التقليل من أهمية الأسئلة الشفوية، إذ يستعملها النواب كأداة لعرض مشاكل ناخبهم، وشكاواهم من الدوائر الحكومية المختلفة وتعريف الحكومة بها، وتهدف هذه الأسئلة إلى حمل الوزراء وأعضاء الحكومة، على تحديد مواقفهم تجاه بعض القضايا المهمة المطروحة سياسياً. فهي تستعمل في بعض الأحيان كوسيلة للتقليل من خطر الاستجابات التي تتعرض لها الحكومة، ومع ذلك فإن هذا الأسلوب اختلفت نتائجه من دولة إلى أخرى.

والسؤال⁽⁴⁾ لا يرتب أي أثر لمسؤولية الحكومة، حيث غالباً ما تكون الأسئلة لها طابع محلي أو لفوات مبررات طرحه⁽¹⁾، أما السؤال الشفهي أكثر وقعا من الكتابي على البرلمانيين والرأي العام والحكومة، خاصة مع تطور

(1) لأكثر تفصيل أنظر: يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، طه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص275. / وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص44.

(2) أدخلت الأسئلة الشفوية في لائحة مجلس النواب البلجيكي عام 1897 بهدف التقليل من عدد الاستجابات التي تقدم ضد الحكومة، ولكنها سرعان ما ألغيت عام 1908 لتحل محلها، وإلى اليوم الأسئلة المكتوبة، ومع ذلك لا بد من الإشارة إلى أن بعض الأعضاء يحاولون التحايل على نصوص اللائحة لطرح هذا النوع من الأسئلة، وقد قدمت بعض الاقتراحات لإيجاد نظام الأسئلة الشفوية، على غرار ما هو متبع في انكلترا، ولكن هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح، ولا يقبل في الوقت الراهن، بصورة رسمية من الأسئلة الشفوية إلا الأسئلة ذات الطبيعة العاجلة، والتي لا تخص مشكلة فردية أو محلية وعلى العكس من ذلك، أدى نظام الأسئلة الشفوية في فرنسا إلى كثرة طرح الاستجابات التي تتعرض لها الحكومة، إذ كثيراً ما يحول العضو السائل سؤاله إلى استجواب، وهو ما كان يهدد الاستقرار الوزاري هناك إلى درجة كبيرة. - عاشوري العيد، نحو تطوير رقابة عمل الحكومة بواسطة الأسئلة الشفوية والكتابية، م. ف. ب، العدد، 14، نوفمبر 63، ص 2006

(3) عاصم علي محمد العمري، الوظيفة الرقابية لمجلس الأمة الأردني، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص43.

(4) في الجزائر حدد القانون العضوي 16-12 الشروط والإجراءات الواجب توافرها في السؤال الشفوي وهي:
- خلال الدورات العادية للبرلمان يتم تخصيص جلسة أسبوعية (07 أيام) لإجابة الحكومة على الأسئلة الشفوية المطروحة عليها، ويحدد اليوم المخصص لذلك بالتشاور بين الحكومة ومكتبي البرلمان.
- يودع نص السؤال الشفوي من قبل صاحبه حسب الحالة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة خلال عشرة (10 أيام) عمل على الأقل قبل يوم الجلسة المقررة لهذا الغرض.

- يتم إرسال السؤال فوراً إلى الوزير الأول من قبل رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة.
- يتم ضبط عدد الأسئلة التي يتعين الإجابة عليها من قبل أعضاء الحكومة بالتشاور بين الحكومة ومكتبي البرلمان .
- يعرض صاحب السؤال الشفوي سؤاله في الجلسة المخصصة لذلك بعد أن تكون قد بلغت الأسئلة الشفوية المبرمجة لأعضاء الحكومة، ولنواب المجلس الشعبي الوطني من قبل مكتب المجلس الشعبي الوطني سبعة أيام على الأقل قبل الجلسة وخمسة عشر يوماً على الأقل بالنسبة لمجلس الأمة.=

وسائل الاتصال الحديثة والبت المباشر للتلفزيون، ومن أهم مظاهر فعالية الرقابة بواسطة الأسئلة هو إجراء مناقشة عامة لأجوبة الحكومة سواء كان شفويا أو كتابيا.

2- الإستجواب

يعرف بعض الفقه الاستجواب⁽²⁾ على أنه "الإجراء الذي يمكن به لعضو البرلمان أن يكلف الحكومة توضيح عمل معين أو السياسة العامة" أو أنه "العمل الذي يكلف به عضو البرلمان رسميا وزيرا لتوضيح السياسة العامة للحكومة، أو توضيح نقطة معينة.

لكن الملاحظ على هذين التعريفين أنهما يغفلان العمل الجوهري في الاستجواب، حيث أن سعي عضو البرلمان للكشف عن الحقيقة في مخالفة معينة، لا يقتصر الأمر على مجرد توضيح عمل معين أو سياسة معينة، بالإضافة إلى أنهما لم يذكر عنصر هام آخر وهو اشتراك بعض الأعضاء في مناقشة الاستجواب، حيث أن هذا العنصر الأخير يفرق بين السؤال والاستجواب. وقد يتصف الاستجواب في حالات معينة بنوع من الاتهام نظرا لتصرفات الوزارة، وقد ينتهي الاستجواب إلى طرح ثقة الوزارة فإذا لم تنل الثقة فإنها تكون مضطرة إلى تقديم الاستقالة⁽³⁾.

وكما عرفه الدكتور مولود ديدان على أنه "إستيضاح وتحري مشوب بالاتهام أو النقد مخول لأعضاء الغرفتين يمكن من مطالبة الحكومة توضيح وشرح أسباب تصرفها في قضية من قضايا الساعة والغاية من الهدف من التصرف الذي أقدمت عليه الحكومة في هذه القضية"⁽⁴⁾، أو كما عرفه المشرع المصري بأنه "طلب كتابي يتقدم به

= إذا ارتأت إحدى غرفتي البرلمان أن جواب عضو الحكومة الشفوي يبرر إجراء مناقشة تفتح هذه المناقشة حسب النظام الداخلي لكل غرفة وتقتصر المناقشة على عناصر السؤال الشفوي المطروح على عضو الحكومة.

- يتم نشر الأسئلة الشفوية والأجوبة المتعلقة بما حسب نفس الشروط الخاصة بنشر محاضر مناقشات كل غرفة من البرلمان. / أنظر نص المادة /152ف4/ من التعديل الدستوري لسنة 2016 والمواد من /69 إلى /76 من القانون العضوي رقم 16-12 .

(1) تحدث نائب في سؤال موجه إلى وزير العلاقات مع البرلمان محمود حدري، الذي يتولى تنسيق العلاقات بين السلطة التنفيذية والبرلمان، عن طول المدة التي يستغرقها أعضاء الحكومة للرد على نواب الأمة، ما يفقد الكثير من الأسئلة جدواها لتغير معطيات الظرف والتوقيت والمناسبة وغيرها.

(2) ظهر الاستجواب مع بداية دستور الثورة الفرنسية سنة 1791 لكنه اختفى بعد ذلك في دستور السنة الثالثة من الثورة، لأن الوزراء لم يسمح لهم بالدخول في المجالس التشريعية، ولم يكن في الإمكان توجيه أسئلة لهم وكذلك استجوابهم، كذلك كان الحال في القنصلية أو الإمبراطورية، وبالرغم من دخول الوزراء في عهد الملكية أو التنوير في المجلسين. إلا أن الاستجواب لم يظهر لأنه لم يكن المجلسان يمارسان حق الرقابة ما عدا حالة التصويت على إعلان الحكومة أو على الميزانية. وفي 1848 استعمل أعضاء الجمعية الوطنية الفرنسية الاستجواب بطريقة واسعة، ثم بدأت الجمعيات التشريعية عام 1849 في تنظيم هذا الحق، وصدر رسميا سنة 1852 في مجلس الشيوخ الاستشاري وفي سنة 1873 صدر الاستجواب وسمح بأن يوجه إلى الوزراء دون توجيهه إلى رئيس الجمهورية.

وإذا كان الاستجواب في فرنسا قد استند إلى العرف في بداية نشأته، غير أنه في مصر استند منذ البداية إلى النصوص الدستورية ولم يكن الاستجواب مأخوذا به في اللامحة الداخلية للجمعية الدستورية الصادرة سنة 1913 وذلك لحدائث النظام والاتجاه إلى أن تكون الجمعية مجرد جهاز استشاري. وحين صدر دستور سنة 1923 تضمن نضا خاصا بالاستجواب في المادة 107 وأصبح لكل عضو من أعضاء البرلمان أن يوجه إلى الوزراء استجوابات على الوجه المبين بالتحتي كلا المجلسين. / إيهاب زكي سلام، المرجع السابق، ص 89 .

(3) مازن ليلو راضي، القضاء الإداري الليبي، المرجع السابق، ص 40.

(4) مولود ديدان، المرجع السابق، ص 441.

أي عضو من أعضاء مجلس الشعب يحمل بين طياته إتهاما للحكومة ولومها وتجريح سياستها، أو محاسبة أحد أعضائها على تصرف ما بصدد شأن من الشؤون المتعلقة بوزارته"، ولا يخرج هذا المفهوم عن تعريف الفقه الفرنسي للاستجواب، فالاستجواب وسيلة رقابية حولها الدستور للسلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية المسؤولة عن تنفيذ السياسة العامة⁽¹⁾.

وعليه؛ فالاستجواب يهدف إلى انتقاد طريقة تنفيذ الحكومة لبرنامجها، إذا تبين قصور في الأعمال التي تمس بالصالح العام، فهو يثير بحثا جديا، ومناقشات فعالة تستمر إلى نهايتها حتى ولو تخلى النائب عن إستجوابه، لأن الاستجواب إذا قدم للبرلمان أصبح حقا للبرلمان وليس للنائب، وبهذا يختلف الاستجواب عن السؤال، لأن السؤال يقتصر على السائل والوزير، أما الاستجواب يخضع لجملة من الشروط والإجراءات، تحدد طرق استخدام هذه الآلية الرقابية.

والجدير بالذكر أن أسلوب الحوار في السؤال هو استفهام من عضو يقابله رد من وزير، أما الاستجواب⁽²⁾ فإنه يعتبر أسئلة حول موضوع أو وضع معين من قبل عضو أو بعض الأعضاء تقابله ردود من جهة الوزير، ومن طبيعية الاستجواب أنه لا يحصر المناقشة بين من قدم الاستجواب والوزير، بل إنه يتضمن إمكانية إثارة مناقشة عامة يتدخل فيها كل من يرغب من أعضاء المجلس النيابي⁽³⁾.

يجوز استجواب الحكومة⁽⁴⁾ في كل موضوع ما دام ضمن اختصاصها، سواء تعلق بمسألة داخلية أو خارجية عمومية أو محلية طالما تم احترام نصوص الدستور والقوانين⁽⁵⁾، بهدف نقد السلطة التنفيذية من خلال تجريح سياستها ونقد تصرفاتها في أي مسألة أو قضية من قضايا الساعة خاصة المحلية منها⁽⁶⁾، وتعد هذه الآلية أقوى وأشد من آلية السؤال لأنه يكون مصحوب باتهام⁽⁷⁾؛ ويستهدف تحريك المسؤولية السياسية في مواجهة الحكومة

(1) ميلود ذبيح، فعالية الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في الجزائر، المرجع السابق، ص 141.

(2) في الجزائر كان العدد المقترح لتقديم استجواب خمسة عشر عضو في النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة 1998 وقد تضمن القانون سالف الذكر أربع مواد من المادة 76/ إلى المادة 79/ تتعلق بالاستجواب وذلك قبل أن يصدر القانون العضوي 99-02 الصادر بعد النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة 1999 ثم تلاه النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة 2000 وكلاهما صدرا خاليين من المواد السالفة، إلا من مادة واحدة هي المادة 73/ ولم تنص على هذا العدد من الموقعين المطلوب في الاستجواب بل اكتفى بما هو موجود في القانون العضوي 99-02 يجب أن يوقعه على الأقل ثلاثون عضو من بين أعضاء الغرفتين كل غرفة على حدى حسب الحالة، وترمخ جلسة الإجابة خلال خمسة عشر يوما التالية لتبليغه لتنجيب الحكومة على الاستجواب، كما يشترط كحد أدنى لمباشرة إجراءات الاستجواب من قبل كل غرفة في البرلمان ثلاثون نائب أو عضو، وه و نفس العدد الذي نص عليه القانون العضوي 16-02 وفقا لأحكام الدستور الجزائري في المادة 151/، وهو عدد مبالغ فيه مقارنة بالعدد المطلوب للمبادرة بالقانون وهو عشرون نائبا، مما يؤدي إلى إضعاف هذه الآلية. / أنظر: خرباشي عقيلة، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بعد التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996، دار الخلدونية، الجزائر، 2007. ص 146.

(3) حسين عثمان محمد: النظم السياسية والقانون الدستوري، سنة 1989، الدار الجامعية، ص 163.

(4) شري عزيزة، النظام الإجمالي للأسئلة البرلمانية في الجزائر، مجلة المنتدى القانوني، العدد، 07 أبريل، 2010. ص 223.

(5) بن نويوة عبد المجيد، دور الاستجواب في الرقابة على العمل الحكومي، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010. ص 43.

(6) بن بعلية ليلي، آليات الرقابة التشريعية في النظام السياسي الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2003. ص 19.

(7) خرباشي عقيلة، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، المرجع السابق، ص 145.

أو أحد الوزراء، ونظرا لخطورة الاستجواب فقد ضبط بضمانات وقيود كثيرة لضمان عدم إساءة استعماله بحيث يجعل منه وسيلة رقابية فعالة لا وسيلة نقد وتجريح.

ثانياً: لجان التحقيق

بالنسبة لحق البرلمان في اجراء التحقيقات اللازمة لمباشرة الرقابة، فان ذلك يتم عن طريق تعيين لجان من بين أعضائه تسمى بلجان التحقيق البرلمانية أو لجان تقصي الحقائق، وذلك بهدف الوصول الى معرفة الحقيقة في صدد أمو معينة تتعلق بمصالح الدولة⁽¹⁾.

وعليه يعتبر التحقيق البرلماني من الآليات المهمة والخطيرة التي يستخدمها البرلمان للرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، إذ يمكن للبرلمان من خلاله أن يحقق في أية مخالفة أو تجاوز للقوانين والأنظمة في الدولة، وبالتالي حماية الدستور من أي تجاوز أو تعدي على أحكامه وقواعده، فبإجراء التحقيق يتوصل البرلمان نفسه إلى ما يريد معرفته من حقائق⁽²⁾.

وقد عرفه جانب من الفقه على أنه "وسيلة لرقابة البرلمان على الحكومة، تمارسها لجنة منه تستظهر بنفسها ما قد يهم البرلمان من حقائق في موضوع يدخل في اختصاصه بتوظيف كامل صلاحياتها، وتنتهي العملية بتقرير ترفعه إلى البرلمان لاتخاذ قراره النهائي"⁽³⁾. وعلى هذا الأساس يترتب على التحقيق البرلماني مايلي:

- أن الباعث على التحقيق هو إستجلاء الحقائق، وفحص الوقائع، واقتراح القرارات أو الحلول ضمن تقرير تعده لجنة التحقيق لذلك، على أن توظف لأجل ذلك كل السلطات والصلاحيات المخولة لها.
- أن اللجان تتشكل من أعضاء البرلمان، ولا يجوز أن ينتسب إلى تشكيلتها أحد من خارجه.
- أن البرلمان لا يمكنه أن يسند التحقيق إلى لجان من الحكومة لئلا تكون خصما وحكما في نفس الوقت.
- أن اللجان لا تحقق إلا في مواضيع من إختصاصها، ولا تمتد إلى هيئات أو سلطات أخرى كالسلطة القضائية.
- أن البرلمان لا يستطيع أن يكشف بالوسائل الأخرى العيوب والاختلالات في الجهاز الحكومي، كما لا يمكنه معرفة عيوبه ومساوئه إلا باللجوء إلى التحقيق البرلماني الذي يكشفها ويقرر الإجراء المناسب لوضع حد لها.

يهدف التحقيق البرلماني إلى بسط رقابته على نشاط الحكومة، قد تصل إلى حد تقرير المسؤولية السياسية للحكومة⁽⁴⁾، كما وتعد لجان التحقيق البرلمانية من بين أهم الآليات التي يستخدمها البرلمان، بمقتضاها يستطيع

(1) أنظر: بن سعيدان شايب، المرجع السابق، ص33.

(2) بن بغيلة ليلي، نفس المرجع، ص39.

(3) ميلود ذبيح، المرجع السابق، ص130.

(4) أحمد نبيل أحمد صوص، الاستجواب في النظام البرلماني (دراسة مقارنة فلسطين ومصر)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2007. ص30.

البرلمان التحقق من أي مخالفة، أو تجاوز للسلطة أو القوانين في الدولة وتؤكد مدى احترام النصوص الدستورية⁽¹⁾، حيث أن حق التحقيق عن طريق اللجان لا يستدعي بالضرورة، تشكيل لجان خاصة، بل قد يعهد بها إلى اللجان الدائمة في البرلمان⁽²⁾ وهذا بحسب طبيعة الموضوع المراد التحقيق فيه⁽³⁾.

كما يتم التحقيق من خلال بحث العرائض التي تقدم إلى الهيئة التشريعية من قبل الأفراد والهيئات المختلفة التي تنص الدساتير عادة على حقها في تقديم الشكاوى إلى البرلمان الذي يملك إجراء التحقيق فيها أن يناقش الوزراء المختصين، وأن يطلب منهم إيضاحات في شأنها⁽⁴⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه الرقابة لا تتعدى الجانب السياسي وحده، بمعنى أنها لا تعطي الحق للهيئة التشريعية وفقاً لمبدأ فصل السلطات بأن تتدخل مباشرة في أعمال الإدارة، فهي لا تملك إصدار أوامر لها، كما أنها لا تستطيع أن تلغي قراراتها أو أن تعدل فيها⁽⁵⁾.

وتهدف لجان التحقيق البرلمانية، للوقوف على الأخطاء التي يقع فيها أي جهاز من أجهزة الدولة، وفي هذه الحالة فإن الهدف من اللجان الرقابية، ليس البحث عن المعلومات، وإنما تتيح لأعضاء البرلمان الحق في التعرف على مدى انتظام سير المرافق العامة، والوقوف على أوجه التقصير أو الانحراف، وحتى تتمكن اللجان البرلمانية من بلوغ أهدافها، يتطلب ذلك توفر جملة من الوسائل المادية، التي تساعد هذه اللجان في تفعيل دورها الرقابي، إلا أن هذه اللجان في الغالب تواجهها صعوبات تحول دون تحقيق أهدافها.

كما ويقسم فقهاء القانون الدستوري لجان التحقيق إلى نوعين هما:

(1) وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 245 وما يليها.
(2) لكي يتمكن البرلمان الجزائري من بسط رقابته على كافة أعمال السلطة التنفيذية بشكل واقعي فقد منح المشرع الدستوري وفق المادة 180/ للبرلمان الحق في تكوين لجان تقصي حقائق وظيفتها تقصي الحقائق في القضايا ذات المصلحة العامة أو في إحدى الإدارات العامة. وقد أكد ذلك نص المادة 77/ من القانون العضوي 16-12 تشكيل لجان تحقيق من بين أعضائه لإجراء تحقيقات بقصد الوصول إلى معرفة أمور معينة والكشف عن الخلل الموجود في إحدى مصالح الإدارة العامة .

(3) عباس عمار، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في النظام الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص 98.

(4) أمين سلامة العضيلية، لجان التحقيق البرلمانية في الأردن في غياب آلية دستورية تنظمها -دراسة مقارنة-، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، العدد 04، المجلد الثاني، تشرين أول، 2010. ص 219 .

(5) قد أوجدت بعض الدول نظام " المفوض البرلماني " والذي تكون مهمته مراقبة مختلف نشاطات وفاعليات الإدارة العامة . وهذا النوع من الرقابة أخذ في الانتشار تدريجياً، فهذا النظام وجد أصلاً في السويد، وأصبح أسلوباً مقبولاً في كثير من دول شمال أوروبا ويعني دول الكومنولث البريطاني وهو يقضي بتعيين مفوض برلماني من قبل الهيئة التشريعية، ويتمتع بالاستقلال التام خلال فترة وكتلته ولا يكون مسؤولاً إلا أمام السلطة التي عينته وهذا المفوض يتولى الرقابة على الأجهزة الحكومية في مختلف مستوياتها، إما بنا على طلب أحد أعضاء الهيئة التشريعية أو بناء على الشكاوى أو التظلمات التي يقدمها المواطنون ضد الإدارة. ويقدم المفوض البرلماني تقريره إلى الهيئة التشريعية مبيناً فيه الأمور التي باشر التحقيق فيها والتدابير التي اتخذتها السلطات المختصة في شأنها.

1- اللجان الدائمة

تشكل هذه اللجان من عدد محدد من أعضاء المجلس حيث تتولى كل لجنة دراسة وبحث الموضوعات المتعلقة بوزارة معينة ثم يتم عرض نتائج بحثها على المجلس في شكل تقرير ومن أجل التوصل إلى ذلك توضع تحت تصرفها مصالح تقنية متخصصة كما يمكن لها أن تستعين بآراء بعض المتخصصين من خارج البرلمان وما تقوم به هذه اللجان يوفر الجهد والوقت للمجلس بدلا من أن يتولى دراسة كافة المسائل المعروضة عليه دراسة دقيقة، فهي تباشر الرقابة على النشاط أو القطاع الوزاري التابعة له بحيث يتولى أعضاء اللجنة الاستفسار حول القضايا التي تهم القطاع الوزاري المكلف به وذلك بالاستماع إلى الوزراء المعنيين، لتكون بموجبه قد مارست رقابة عن طريق الاستماع إلى الوزراء داخل اللجان⁽¹⁾.

2- اللجان المؤقتة

هي لجان مؤقتة أو خاصة من أجل النظر في مسألة معينة من غير المسائل التي تتولاها اللجان الدائمة، ويكون إنشائها من قبل مكتب المجلس بناء على مبادرة رئيستي لجنتي أو رؤساء عدة لجان أو عدد معين من النواب كما قد تنتدب اللجان الدائمة عددا من الأعضاء يختلف حسب الأعضاء وحسب طبيعة المسائل المعروضة للدراسة⁽²⁾.

الفرع الثاني

مناقشة بيان السياسة العامة⁽³⁾

إذا كانت آليات الرقابة التي تعرضنا إليها لا ترتب أية مسؤولية على الحكومة، إذ أنها عديمة الأثر، فإنه بالمقابل لأعضاء البرلمان آليات من شأنها أن ترتب المسؤولية السياسية للحكومة. يعد إقرار المسؤولية السياسية للحكومة، من قبل البرلمان آلية من الآليات، التي تعزز وتقوي مكانة السلطة التشريعية، في بسط رقابتها ونفوذها على السلطة التنفيذية، وتحميلها المسؤولية السياسية، لأن المسؤولية تتحملها

(1) لأكثر تفصيل أنظر: حامي ميلود، دور الحكومة في إطار الإجراء التشريعي، م. ف. ب، العدد 17، سبتمبر 2007، ص 69. / طرطار أحمد، دور اللجان البرلمانية في تفعيل الأداء البرلماني، م. ف. ب، العدد 17، سبتمبر 2007، ص 39.

(2) أنظر في ذلك: رقم رشيد، النظم الانتخابية وأثرها على الأحزاب السياسية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2006، ص 153. / بن بغيلة ليلي، المرجع السابق، ص 40.

(3) ينطوي بيان السياسة العامة على تقديم الحكومة سنويا عرضا عن مدى تنفيذ مخطط عمل حكومتها الذي سبق وإن وافق عليه البرلمان، فهو بهذا عبارة عن وسيلة إبلاغ أي إحاطة البرلمان بما تم تطبيقه أثناء السنة الفارطة من مخطط عملها، وما هو في طور التحقق، كما تبرز الحكومة من خلاله الصعوبات التي اعترضتها والآفاق المستقبلية التي تنوي القيام بها.

الحكومة دستوريا أمام البرلمان، وهذا ما كرسه دستور الجزائر الحالي، وقد منح المشرع بمقتضاه النواب في المجلس الشعبي الوطني، حق مواجهة الحكومة، إما بلائحة أو ملتمس الرقابة، إذا تبين عجز الحكومة⁽¹⁾ عن تحقيق البرنامج الذي تقدمت به وتمت مناقشته والموافقة عليه.

وفي حالة فشل الحكومة أو عجزها عن تنفيذ برنامجها فإن نواب البرلمان يقدمون حتما لائحة أو ملتمس الرقابة، لإجبار الحكومة على الإستقالة، وسنحاول تبيين هاتين الآليتين باعتبارهما أداتين تحملان المسؤولية السياسية للحكومة .

أولا: اللائحة

بعد عرض الحكومة لبيان السياسة العامة أمام المجلس الشعبي الوطني، وبعد اختتام جلسات المناقشة، تنتهي الجلسات بلائحة، يتم من خلالها إبداء آراء النواب حول مدى التزام الحكومة بتنفيذ البرنامج الذي ناقشته سابقا، فإذا تحقق وإن كان التقرير إيجابيا، فإن الحكومة ملزمة فقط، باتباع توجيهات واقتراحات النواب، أما إذا كان التقرير سلبيا فإن ذلك يطرح إشكالية، خاصة إذا ثبت سلبية التقرير، في جميع النواحي، حيث يبرز التقصير والانحراف الذي ارتكبه الحكومة، فتجبر الحكومة على تقديم الاستقالة لأنها لا تحوز على ثقة البرلمان.

كما يعتبر إصدار اللوائح حقا دستوريا للنواب يمكنهم من إبداء آرائهم ومراقبة نشاط الحكومة، وحسب نص المادة /98 ف 03/ من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 فإنه يمكن أن تختتم المناقشة المترتبة على بيان السياسة العامة بلائحة⁽²⁾ (اتخاذ موقف) يفهم من هذه الفقرة أنها إذن وترخيص للمجلس بإصدار لائحة يعبر فيها عن موقفه من البيان، فيعتبر من خلالها عن رضاه ومسندته للأداء الحكومي.

أو قد يكون الموقف سلبيا يعبر عن امتعاض المجلس وسخطه عن هذا الأداء، فيصدر لائحة ويضمنها أوجه القصور ومواطن الانحراف في مخطط العمل الذي صادق عليه المجلس، فيكون هذا الموقف إنذارا بوجود معارضة

⁽¹⁾ فالحكومة بعد تشكيلها، هي مجبرة على عرض برنامج عملها أمام أعضاء البرلمان أين يقوم النواب بمناقشة هذا البرنامج ، وإبداء آرائهم حوله، ولهم الحق في اقتراح بعض التعديلات الضرورية، ولا يدخل هذا البرنامج حيز التنفيذ، حتى تتم المصادقة عليه قبل البرلمان، وهذا ما يعرف بالرقابة السابقة، أي الرقابة القبلية كما هو معمول به في النظام السياسي الجزائري .

⁽²⁾ شروط إقتراح اللائحة في النظام الدستوري الجزائري: حرص المؤسس الدستوري الجزائري على أن يكون للمجلس الشعبي الوطني دورا أساسيا في تقييم بيان السياسة العامة فأذن له بإمكانية اتخاذ موقف منه بموجب لائحة، ولقد نظم القانون العضوي 16-12 في المواد من 15/ إلى 56/ شروط اقتراح اللائحة كما يلي:

- من حيث توقيع اللائحة: يوقع إقتراح اللائحة عشرون نائبا على الأقل حتى تكون مقبولة، ولا يمكن أن يوقع النائب الواحد أكثر من إقتراح لائحة.
- من حيث تقديم اقتراح اللائحة: تقدم اقتراحات اللوائح المتعلقة ببيان السياسة العامة خلال الاثنان وسبعون ساعة الموالية للاختتام المناقشة الخاصة بالبيان.
- من حيث جهة إيداع مقترح اللائحة: يتم إيداع إقتراح اللائحة من قبل مندوب أصحاب الاقتراح الى مكتب المجلس الشعبي الوطني.

لسياستها وبالمقابل فإن الحكومة قد تستقيل ، أو تتقدم بطلب التصويت بالثقة أو تقدم وعودا للبرلمان بمعالجة هذه النقائص وتصويب هذه الانحرافات⁽¹⁾.

وما نخلص إليه أنه من خلال آلية اللائحة، يقرر حق ممارسة الرقابة على أعمال الحكومة، من قبل البرلمان، وجعلها حقا دستوريا، يجبرها على تحمل المسؤولية السياسية.

ثانيا: ملتمس الرقابة

يعتبر ملتمس الرقابة أو لائحة اللوم، وسيلة رقابة على أعمال الحكومة، وهو إجراء يتخذ ضد الحكومة بأكملها ومن خلاله يتم وضع حد لها. أو هي أداة رقابة على الحكومة تتيح اللجوء إلى إسقاط الحكومة إذا أساءت تطبيق البرنامج أو أفرز التطبيق نتائج سلبية.

فإذا كانت اللائحة عبارة عن إجراء يتم بموجبه إفصاح النواب عن مواقفهم من الحكومة، سواء بالمساندة أو المعارضة، دون ترتيب جزاءات إلا في حالات الإنحراف⁽²⁾ فإن ملتمس الرقابة، هي عبارة عن لائحة يوقعها عدد معين من النواب، يعربون من خلالها عن إنتقادهم لطريقة تنفيذ الحكومة لبرامجها⁽³⁾.

كما يعد حق ملتمس الرقابة حق دستوري، يؤهل النواب في البرلمان لإسقاط الحكومة إذا ثبت إن انحرفت هذه الأخيرة، عن البرنامج الذي تقدمت به و تمت الموافقة عليه من قبل البرلمان سلفا، وقد أحاط المشرع الجزائري هذا الحق بجملة من الشروط والإجراءات⁽⁴⁾، حفاظا منه على الإستقرار الحكومي.

يمكن البرلمان أن يحدد مسؤولية الحكومة بموجب ملتمس رقابة يتقدم به على الأقل سبع (7/1) النواب للتصويت عليه من طرف أعضاء المجلس، وفي حالة الموافقة عليه بأغلبية الثلثين (2 /3)، وفقا للمادة /153/ من التعديل الدستوري الجزائري 2016، ويترتب على ذلك تقديم استقالة الحكومة لرئيس الجمهورية وهذا حسب المادة /154/ و /155/.

(1) ميلود ذبيح، المرجع السابق، ص 291.

(2) ليلى بن بغيلة، المرجع السابق، ص 52.

(3) عباس عمار ، المرجع السابق، ص.ص 271-273.

(4) شروط وإجراءات ملتمس الرقابة في النظام الدستوري الجزائري: نظرا لخطورة هذا الإجراء فقد ربط المشرع الجزائري اللجوء إليه ببيان السياسة العامة وذلك ضمانا للاستقرار الحكومي، وقد أحاطه بمجموعة من الشروط والقيود والإجراءات التي تتمثل في:

- من حيث توقيع ملتمس الرقابة: يوقع ملتمس الرقابة سبع عدد النواب على الأقل ولا يمكن أن يوقع النائب الواحد أكثر من ملتمس رقابة
- من حيث جهة إيداع ملتمس الرقابة: تم إيداع ملتمس الرقابة من قبل مندوب أصحابه لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، ويتم نشره في الجريدة الرسمية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني، ويعلق ويوزع على كافة النواب وهو ما تضمنته نص المادة /60/ من القانون العضوي، 16-12 لذلك تعتبر مرحلة الإيداع تدل على مدى جدية النواب في إثارة مسؤولية الحكومة.
- من حيث التصويت والموافقة على ملتمس الرقابة: لا يتم التصويت على ملتمس الرقابة إلا بعد ثلاثة أيام من تاريخ إيداعه، وتتم الموافقة عليه بتصويت أغلبية ثلثي النواب، وهذا تجنباً للتعسف وعدم استقرار الحكومة تتطلب الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس من أجل إسقاط الحكومة .

وتأسيسا على مسبق، تعد لائحة ملتزم الرقابة من أهم الوسائل الرقابية على أعمال الحكومة، إلا أن الوسائل التي ترتب المسؤولية السياسية للحكومة، في واقع بعض البلدان تواجهها عدة صعوبات، تحول دون تحقيق أهدافها.

ثالثا: التصويت بالثقة

إن سحب الثقة من الحكومة هو يعبر عن عدم رضا البرلمان عنها، ويكون بالأغلبية (في الجزائر مثلا) المطلوبة للاستمرار في الحكم، مما يترتب عليه فقدان الوظيفة المسندة للحكومة، لذلك يعتبر طلب التصويت بالثقة سلاحا قويا يسمح بالتحقق من مدى الإتفاق القائم بين الحكومة والأغلبية البرلمانية، وفي نفس الوقت يعتبر وسيلة ضغط في يد الحكومة توجهها للمجلس متى رأت ذلك ممكنا.

ومن هنا تعتبر آلية التصويت بالثقة التي تطلبها الحكومة وسيلة مثل وسيلتي عدم الموافقة على مخطط عمل الحكومة في الجزائر - قد يكون برنامج حكومي في دولة أخرى - والمصادقة على لائحة ملتزم الرقابة، من الوسائل المقررة لتحريك عملية انعقاد المسؤولية السياسية للحكومة أمام البرلمان . لذلك نجد الأنظمة البرلمانية تقوم على خاصية جوهرية هي أن الحكومة لا تستطيع مواصلة ممارسة عملها إلا إذا ضمنت مساندة البرلمان لها.

ودعما لمر كزه السياسي وتأييدا له، يمكن للوزير الأول الجزائري -رئيس الحكومة سابقا- أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني، وفقا للمادة⁽¹⁾ 98/ ف05/ من التعديل الدستوري 2016 للجزائر، تصويتا بالثقة. وفي حالة عدم الموافقة يقدم استقالة حكومته إلى رئيس الجمهورية الذي له أن يقبلها أو - بالعكس - يلجأ إلى حل المجلس الشعبي الوطني .

إن طلب التصويت بالثقة يعتبر آلية لرقابة نشاط الحكومة، وبالتالي تكون نتيجته إما الموافقة على السياسة المتبعة وعليه الاستمرارية في النهج المسطر، وإما معارضة سياسة الحكومة ومنه تقرير مسؤوليتها التي تؤدي لاستقالة الحكومة. فإذا صوت النواب بالثقة فإنهم يلتزمون بمساندة الحكومة وتأييدها أما إذا صوتوا بعدم الموافقة على منح الحكومة الثقة، يستقيل الوزير الأول وجوبا، مما يؤدي إلى إمكانية نشوب نزاع بين المجلس ورئيس الجمهورية، قد يتطور إلى درجة حل المجلس الشعبي الوطني.

ويمكن لرئيس الجمهورية أن يتدخل بعد التصويت بعدم الموافقة على لائحة الثقة، إذا كانت له قناعة أن المجلس الشعبي الوطني هو المتسبب في سوء العلاقة مع الحكومة وعرقلة سير شؤون الدولة.

(1) تنص المادة 98/ف5 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه " للوزير الأول أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني تصويتا بالثقة وفي حالة عدم الموافقة على لائحة الثقة يقدم الوزير الأول إستقالة الحكومة، وفي هذه الحالة يمكن رئيس الجمهورية أن يلجأ قبل قبول الاستقالة إلى أحكام المادة 147/... ".

ولرئيس الجمهورية أن ينظر مسألة قبول أو عدم قبول إستقالة الحكومة له أن يلجأ إلى تطبيق نص المادة /147/ من التعديل الدستوري لسنة 2016 والتي تمكنه من تقرير حل المجلس الشعبي الوطني وإجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الرقابة على الاعتمادات

المالية لكل سنة مالية

يحتاج مخطط عمل الحكومة المصادق عليه من طرف البرلمان إلى موارد مالية لتنفيذ السياسات المالية المعتمدة من طرف الحكومة، تقتضي آلية قانونية عن طريق قانون المالية، وعلى هذا الأساس منحت جل دساتير العالم الاختصاص فيها للبرلمانات تأسيسا على قاعدة عدم جواز فرض أو زيادة الضرائب إلا إذا وافق عليها ممثلو الشعب.

فالتشريع في المجال المالي خالص للبرلمان نظريا أما واقعا فالملاحظ إتجاه الدساتير الحديثة إلى الحد من صلاحيات البرلمانات في مجال التشريع المالي وإعطاء الحكومات اختصاصا حقيقيا في هذا المجال⁽²⁾. والجزائر كغيرها لم تشذ عن القاعدة إذ أن الحكومة هي من تتحكم في المجال المالي من خلال إعداد قانون المالية وجوانبه المتعلقة بتنفيذ القانون.

وعليه، إضافة إلى اختصاص البرلمان الجزائري بالمصادقة على قانون المالية واعتباره (رقابة قبلية)، فإن مراقبته تمتد أيضا إلى ما بعد نهاية السنة المالية (رقابة بعدية)، حيث تنص المادة / 179 / من التعديل الدستوري 2016 على ما يلي "تقدم الحكومة لكل غرفة من البرلمان عرضا عن استعمال الاعتمادات المالية التي أقرها لكل سنة مالية. تختم السنة المالية فيما يخص البرلمان، بالتصويت على قانون يتضمن تسوية ميزانية السنة المالية المعينة من قبل كل غرفة من البرلمان"⁽³⁾.

ويعتبر التصويت الذي يجريه البرلمان على قانون تسوية الميزانية المالية المعنية على أنه وسيلة وآلية من آليات ووسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة.

(1) جمال عبد الناصر مانع، المرجع السابق، ص37.

(2) عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص35.

(3) لأكثر توضيح أنظر: وزاني وسيلة، مجالات العلاقة الوظيفية بين البرلمان والحكومة في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري الجديد، م.ف.ب، العدد21، نوفمبر2008. ص57.

وتأسيسا على ما سبق، فالمشرع قرر مجموعة آليات ووسائل عملية الرقابة البرلمانية والتي تتعلق بجمع المعلومات والإطلاع على الحقائق المتعلقة بأعمال ونشاط الحكومة وإدارة الشؤون العامة وذلك في نطاق البرنامج المتفق عليه والنصوص التشريعية المصادق عليها من البرلمان و التي من خلال هذه المعلومات والحقائق يمكن تحريك مسؤولية الحكومة.

المطلب الثالث

تقدير الرقابة البرلمانية

مما شك في أنه إذا ما قام البرلمان بتكريس الرقابة بمهوما الواسع بهدف إرساء وتجسيد دولة القانون حسب التنظيم الدستوري في الدولة، فإن من شأن هذه الرقابة أن تؤدي إلى الحد من احتمالات انحراف الإدارة وتعسفها واستبدادها، كما تؤدي حتما إلى حماية الحقوق والحريات العامة، وبالتالي حماية مبدأ المشروعية والتزام الإدارة بالقانون حتى لا تتعرض لرقابة البرلمان .

إلا أنه وبرغم تعدد هذه الوسائل، يمكن أن يكون قصور في تحقيق هذه الوسائل لأهدافها ومع ذلك فإنه يلزم ألا نأمل كثيرا في فعالية هذه الرقابة ونعول عليها كثيرا للأسباب التالية:

الغالب أن ممارسة الرقابة البرلمانية تقتصر على الرقابة على أعضاء الحكومة أو السلطة التنفيذية، وهي رقابة على الأشخاص وليست على أعمالهم، وبالتالي فهي لا تؤدي إلى المساس بهذه الأعمال ذاتها، بينما المطلوب هو الرقابة على أعمال الإدارة وليس على القائمين بالعمل الإداري.

وبالنسبة للرقابة التي قد يمارسها البرلمان -وفقا للدستور- على بعض الأعمال الإدارية، فإنها قاصرة في معظم الأحيان على بعض أعمال الضرورة وهي أعمال تستطيع مخالفة القانون بما لها من قوة القانون، بينما تفلت الغالبية العظمى من الأعمال الإدارية في الظروف العادية من هذه الرقابة تماما، بل وقد تقتصر الرقابة على أعمال الضرورة على الأعمال اللائحية منها دون القرارات الفردية وهي القرارات التي تمس مباشرة حقوق الأفراد وحرياتهم.

كما أن الرقابة الحقيقية على أعمال الضرورة تقتصر على التصديق، وهو كما سبق وأن أشرنا ليس له آثار حقيقية أو فعالية سوى بالنسب للمستقبل، أي بعد سريان ونفاذ هذه الأعمال طوال فترة ممتدة إبان تحقق حالة الضرورة، بحيث لا تتحقق الرقابة عليها إلا بعد تحقيق الهدف الذي تتبناه الإدارة منها⁽¹⁾.

(1) أنظر في هذا المعنى: إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 227.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد ما يمنع من انحراف البرلمان ذاته، سيما عند ممارسة رقابته على الإدارة، وهو ما يحدث في بعض الأحيان نتيجة الاعتبارات الحزبية التي تتدخل في عمل البرلمان، فتشل رقابته ولا يتحقق الهدف المتبغى منها، بل وقد يسعى البرلمان إلى محاولة إضفاء المشروعية على انحرافات الإدارة وتعسفها حتى لا يخرجها أمام الرأي العام.

مما قد يؤدي إلى إسقاط الوزارة التي يرتبط بقاءها بمصلحة الأغلبية البرلمانية، فإذا ما حدث وحاولت المعارضة إثارة هذه الانحرافات بأقليتها البرلمانية، قامت الأغلبية بحصارها وإقرار القواعد التي تحد من قدرتها على إبداء رأيها بأن تقيد حقها في الإدلاء بموقفها أو في ممارسة أساليب الرقابة المختلفة وذلك بواسطة اللوائح الداخلية التي تحكم العمل داخل البرلمان، مع تفسير كافة تصرفات المعارضة بأنها خروج على أصول المعارضة والقيم والتقاليد البرلمانية، مما قد يؤدي إلى تقديم أفرادها للمحاسبة، علاوة على التهديد بإسقاط عضويتهم لإخلالهم بواجبات وظيفتهم.

الفصل الثاني

الرقابة الإدارية

تمارس الرقابة الإدارية من طرف الإدارة داخليا على أعمالها، ونشاطاتها، وهذا للتحقق من مدى مشروعية وملاءمة تصرفاتها، ومدى مطابقة هذه التصرفات للقانون واللوائح بما يحقق تجسيد دولة القانون، فتصحح ما تكشفه من أخطاء في تصرفاتها، إما من تلقاء نفسها أو بناء على تظلمات الأفراد، وما يترتب على ذلك من سحب أعمال أو إلغائها أو تعديلها⁽¹⁾.

ولا سبيل للإدارة عند ممارستها أداء مهامها، إلا أن تضع نصب عينينا ما هو محدد لها من الأهداف، وعدم تجاوزها لحدودها، بما قد يعسر حريات الأفراد، أو يمثل عدوانا على الحريات العامة. وللرقابة الإدارية صور متعددة سنحاول التعرض إليها تتجلى أساسا في الرقابة التلقائية، والرقابة بناء على تظلم، والرقابة بواسطة هيئة متخصصة (مستقلة)، والواقم أن مباشرة الإدارة لهذا النوع من الرقابة إنما ترمي إلى تحقيق مصلحة الإدارة نفسها، لأن حرص الإدارة على سلامة تصرفاتها وانتظام سير المرافق العامة بصورة تؤدي إلى تمكنها من تحقيق النفع العام وهو الغاية الأساسية للنشاط الإداري.

ولدراسة هذا الطريق في الرقابة، نتناول بالتفصيل طرق تحريك الرقابة الإدارية، ونطاقها، وأخيرا تقديرها. لهذا فإننا سوف نقوم بدراسة وبمحت المدلول العام للرقابة الإدارية وفقا للتقسيم التالي :

(1) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، طبعة 07، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996. ص 23.

المبحث الأول : الرقابة الذاتية.

المبحث الثاني : الرقابة المتخصصة والرقابة بناء على تظلم.

المبحث الأول

الرقابة الذاتية (التلقائية)

ستتصدى لهذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى مدلول الرقابة الذاتية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث الرقابة الرئاسية، وفي المطلب الثالث نبحت الرقابة الوصائية ، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مدلول الرقابة الذاتية

الإدارة مطالبة باحترام مبدأ المشروعية وهذا يفرض عليها أن تقوم برقابه ذاتيه قبل أن يتدخل القضاء وجهات الرقابة السياسية، وهذه الرقابة ⁽¹⁾ تسمى الرقابة التلقائية أو الذاتية. وتمارس على أعمال وأشخاص الإدارة المركزية من خلال الأجهزة سواء الداخلية أم الخارجية، وسواء السابقة أم اللاحقة، وأيضاً رقابة الإدارة المركزية على أجهزة وأعمال الإدارة المحلية.

فقد عرفها الدكتور عمار عوابدي على أنها "مراقبة السلطات والأجهزة الإدارية المركزية، واللامركزية لنفسها وذات أعمالها"⁽²⁾، وعرفها جانب من الفقه على أنها "الرقابة التي تقوم بها الإدارة على أعمالها و تباشرها من تلقاء نفسها"، كما عرفها الفقيه سامي جمال الدين بأنها "تلك الرقابة الذاتية التي تقوم بها الإدارة بنفسها لمراقبة أعمالها

⁽¹⁾ تعدد التعريفات حول مفهوم الرقابة وإن كانت لا تخرج عن نفس المعنى اللغوي المقصود للرقابة، فيعرفها الصباب على أنها تعني "مراجعة الأعمال للتأكد من مدى اتفاقها مع الخطة الموضوعة أو هي وظيفة مهمتها التثبت من صحة الاتجاه نحو الهدف وتقوم هذا الاتجاه إذا انحرف عنه"، كما أن الحبيبي يعرف الرقابة بأنها "النشاط الذي تمارسه الإدارة في (المنظمة) للتأكد من أن العمل فيها يسير وفقاً للسياسات والخطط الموضوعة لتحقيق أهداف المنظمة والكشف عن الانحرافات والعمل على إصلاحها وتعرف الرقابة الإدارية بأنها "قياس الأداء وتصحيحه من أجل التأكد من أن الأهداف قد تحققت وأن الخطط قد وضعت موضع التنفيذ بالطريق الصحيح" كما عرفت بأنها "متابعة العاملين بالمنظمة تنفيذاً للخطط الموضوعة، وتقوم أعمالهم أولاً بأول وذلك ضماناً لتحقيق الأهداف المرسومة للمنظمة على أفضل وجه وفي أقصر وقت، وبأكبر قدر من الدقة وأقل قدر ممكن من الأخطاء". هذا التعريف هو جامع لكل وظائف الرقابة من تقييم الأعمال وتوجيه النشاط بما يتفق مع الخطة الموضوعة، وفي نظر الباحث هو تعريف منطقي تطرق إلى الرقابة من كل جوانبها.

⁽²⁾ عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 10.

والتحقق من مدى مطابقتها للقانون أو ملاءمتها للظروف المحيطة بها". وذلك بإعادة النظر في قراراتها إما بالسحب أو التعديل أو الإلغاء للقرار، نظرا لعدم مشروعيته أو عدم ملاءمته⁽¹⁾. فهي إذن عملية داخلية تمارس ذاتيا⁽²⁾. وتمتاز الرقابة الإدارية التلقائية بأنها تنصب على مشروعية وملائمة أعمالها لظروف المكان والزمان، وذلك من تلقاء نفسها وفق ما يخوله لها القانون، حيث تتولى مهمة كشف الأخطاء وتصحيحها أو إلغائها إذا كانت مشوبة بعيب من عيوب عدم المشروعية⁽³⁾. فهي رقابة شاملة والأصل عدم خضوعها لشكليات وإجراءات مالم ينص القانون غير ذلك⁽⁴⁾.

ويسمى هذا النوع من الرقابة أيضا بالرقابة الذاتية الداخلية نظرا لاتحادهما في المنبع مع مصدر العمل الخاضع للرقابة، فالإدارة هي التي تراقب أعمالها بنفسها لتقف على مدى مشروعيتها وملائمتها، فقد ترى أن قرارها شابه عيب قانوني يبطله فتسعى إلى تصحيح ذلك العيب نزولا على حكم القانون، كما قد يتجاوز الزمن والظروف المحيطة قرارا سبق وأن أصدرته الإدارة فتعود على قرارها بقصد جعله أكثر ملاءمة مع مراعاة القيود السارية في هذا الشأن في ممارسة هذا الحق⁽⁵⁾.

في هذا النوع من الرقابة نجد أن الإدارة تراجع أعمالها وتصحح ما يظهر لها من أخطاء من خلال هذه المراجعة كي تبقى أعمالها في نطاق المشروعية فلا يطعن عليها أمام القضاء. وهذه الرقابة يمارسها الوزراء في وزاراتهم والرؤساء على مرؤوسيههم كما تمارس على هيآت وأعمال الهيآت اللامركزية، وعليه تكون الرقابة الإدارية تلقائية. وللإدارة في هذا النوع من الرقابة سلطة تقديرية واسعة⁽⁶⁾، في ممارستها فهي تمارس في أي وقت تشاء، وعلى أي مستوى من مستويات الإدارة، وفق ما تقتضيه آليات حماية المصلحة العامة⁽⁷⁾.

فقد تكتشف بعد إصدارها لقرارات إدارية معينة، أنها ارتكبت بعض الأخطاء كما لو تجاهلت بعض قواعد القانون التي سنّها المشرع لصالح الأفراد والتي كان يجب عليها مراعاتها والالتزام بها، ومن ثم تتجه إلى الرجوع في هذه القرارات وإبطالها بقصد احترام حكم القانون، مع مراعاة مصالح الأفراد الآخرين الذين تعلقت حقوقهم بتلك القرارات.

(1) زنكنة سلام عبد الحميد محمد، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، الدنمارك، 2008، ص 25.

(2) أحمد صقر عاشور، الإدارة العامة، دراسة مقارنة، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص 72.

(3) عمار عوابدي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، المرجع السابق، ص 12.

(4) جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 368.

(5) أحمد، رجب محمود، المرجع السابق، ص 100.

(6) أنظر: عمار عوابدي، نفس المرجع، ص 21.

(7) إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 231.

ومن جهة أخرى، قد ترى أحيانا أن هناك من الظروف الجديدة ما يدعوها إلى إعادة النظر في قراراتها السابقة التي غدت غير مشروعة أو غير ملائمة، وفي هذه الحالة تتجه إلى إصدار قرارات أخرى تتلاءم مع الظروف الجديدة، ويكون من شأن هذه القرارات إما إلغاء القرارات السابقة أو تعديلها⁽¹⁾.

ولما كان المقصود بالقانون الذي تخضع له الإدارة القانون بمعناه الواسع، وبما يتضمنه من قواعد عامة مجردة فإنه من البديهي استبعاد نوعين من أعمال الإدارة من نطاق مصادر المشروعية، الأول يتعلق بالعقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت مدنية أو إدارية، وذلك لأن العقود لا ترتب بصفة عامة آثارها إلا في مواجهة أطرافها ولا تولد آثارا موضوعية يمكن أن يخاطب بها غير أطراف العقد، وذلك استنادا إلى المبدأ العام الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

أما النوع الثاني من الأعمال المستبعدة من نطاق مصادر المشروعية فهو القرارات الإدارية الفردية وذلك لذات السبب حيث تتعلق بمركز قانوني محدد بأشخاص معينين بذاتهم ولا تتضمن قواعد عامة مجردة تنطبق على الكافة ما يعني أن مثل هذه القرارات الفردية ينتهي أثرها بمجرد تطبيقها على الحالة المحددة وتنتهي معها قوة وأثر القرار مما لا يجوز القياس عليه أو اعتباره مصدر لحالة عامة وهذا ما تطلب استثناءه، وكذلك الأمر ينصرف إلى العقود الادارية التي تبرمها في كل حالة على حدة وحسب مصلحتها وموضوع التعاقد مما يعني استبعادها ايضا. وإن كان هناك ما يعرف بالرقابة القضائية على مثل هذه القرارات.

كما يجب التنويه إلى أن الرقابة الإدارية ليست في درجة واحدة من القوة في كل الحالات، وإنما تتغير شدة ومرونة الرقابة وفقا لأسلوب التنظيم الإداري السائد في الدولة، إذ تكون الرقابة قوية ومحكمة في ظل النظام المركزي، ويضيق نطاقها بالنسبة للنظام اللامركزي، وسبب هذا التغير في قوة الرقابة يعود إلى أن هيئات الجهاز الإداري المركزي وموظفيه يخضعون لقاعدة التبعية أو التسلسل الإداري⁽²⁾ التي تعطي للرئيس سلطات مطلقة على مرؤوسيه. في حين أن الرقابة التي تمارسها الإدارة المركزية على أعمال الهيئات اللامركزية ليست مطلقة وإنما هي رقابة مقيدة ومحصورة في نطاق معين لا يصح أن تتجاوزه وإلا كانت محلا للطعن من قبل الهيئة اللامركزية.

وتبعاً لذلك فإن الهيئات المركزية لا تملك سلطة التوجيه أو إصدار الأوامر والتعليمات الملزمة للوحدات الإدارية المستقلة. في حين أنها حين تمارس سلطة التعقيب على أعمال هذه الوحدات، فإنها لا تملك في مواجهة هذه الأعمال إلا أخذ طريقين. فهي إما أن تصدق عليها جملة أو ترفضها جملة. ومفاد ذلك أنها لا تملك أن تلغي هذه الأعمال أو تسحبها أو تعدلها أو تعدل آثارها كلها أو بعضها، ذلك لأن الوحدات الإدارية المحلية تستطيع

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، ص 211.

(2) أنظر: الدكتور محمد فواد مهنا، المرجع السابق، ص 276.

التمسك بقراراتها رغم الاعتراض عليها من قبل الهيئات المركزية، بل تستطيع أن تخاصم هذه القرارات أمام القضاء الإداري في حال مخالفتها لمبدأ المشروعية⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن النظام المركزي يقوم على توحيد النشاط الإداري وجعله ينبثق من مصدر واحد، أي أنه يقوم على فكرة التدرج الهرمي في الأجهزة الإدارية، أين يخضع موظفي الإدارة المركزية للرقابة والمسؤولية الرئاسية التسلسلية، حيث تكون الدرجات الدنيا تابعة وخاضعة للدرجات العليا⁽²⁾.

وعليه فالرئيس يباشر رقابة قبلية ورقابة بعدية، على أعمال وقرارات مرؤوسيه كما له صلاحية تعديل أو إلغاء هذه القرارات، وفق ما يراه مناسباً ويخدم المصلحة العامة أما في التنظيم اللامركزي الذي يقوم على توزيع الوظيفة الإدارية، وليس تركيزها في يد الإدارة المركزية.

أي أنها تتقاسم الصلاحيات مع ممثلها على المستوى المحلي، مما ينتج عليها تعدد الأشخاص الاعتبارية في الدولة، ولكل منها ذمة مالية، وكيان قانوني يؤهلها لممارسة الرقابة، والمساءلة على موظفيه المستقلين عن موظفي الدولة، لكن هذا الاستقلال عن الدولة يبقى نسبي، في حدود تسيير وإدارة الشأن المحلي، ومع ذلك فالجهات المحلية تخضع لرقابة وإشراف الجهات الوصية، في إطار ما يعرف بالرقابة الوصائية.

كما تعد الرقابة الذاتية أمراً ضرورياً في العملية الإدارية، فهي التي تحد من القصور والانحراف الذي يشوب مراحل النشاط الإداري، وتعمل على صياغة الإجراءات المضادة لذلك الانحراف، وتدرك القصور مع عدم السماح بخروج النشاط الإداري عن الحدود المرسومة له، وطرح المعالجة الناجمة للأسباب التي أدت إلى ذلك، وتعتبر من أهم أشكال الرقابة وأكثرها فاعلية إذا ما مورست في إطار من النظام وسيادة القانون، لأنها تمكن الإدارة من مراجعة نفسها بوتيرة أسرع قبل استفحال المشكلات، وبما يحقق السير المنتظم للإدارة، وذلك بتنفيذ ما جاء في القانون.

ويقصد بها من الجانب الإداري الرقابة الصادرة من الجهات الإدارية التي تكون الجهاز التنفيذي والإداري للدولة، وينصرف مفهوم الرقابة الذاتية ليشمل المرافق العامة المركزية، وكذلك المرافق العامة اللامركزية، بهدف ضمان احترام القانون وحماية المصلحة العامة⁽³⁾.

وهذا النوع من الرقابة تعمد فيه الإدارة إلى مراجعة تصرفاتها التي صدرت عنها من تلقاء نفسها فتعيد النظر في بعض التصرفات الإدارية أو تعدلها أو تقوم بإلغائها وهذا النوع من الرقابة قد يتولاها الرئيس الإداري بناء على

(1) عمار عوادي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، المرجع السابق، ص 21.

(2) أحمد رجب محمود، المرجع السابق، ص 100.

(3) بكر القباني، الرقابة الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 20.

سلطته الرئاسية⁽¹⁾، وقد يتولاها نفس العضو الذي صدر عنه التصرف الإداري أو غير ذلك، ولكنها في نهاية الأمر صادرة عن جهة الإدارة بناء على رغبتها في تصحيح مسار العمل الإداري وهي أوضح صور الرقابة الذاتية⁽²⁾.

وتتحقق الرقابة الإدارية التلقائية بالرقابة التي يمارسها الرؤساء على المرؤوسين والتي تتجلى في مظاهر ووسائل متعددة منها إصدار المنشورات والتعليمات والأوامر للمرؤوسين بهدف إرشادهم إلى كيفية تنفيذ القوانين والأنظمة ومنها حق الرؤساء في مراجعة أعمال المرؤوسين لإقرارها أو وقفها أو تعديلها أو إلغائها أو حقهم في توقيع الجزاءات التأديبية عليهم أو قد تظهر في مجال الوصاية الإدارية التي تباشرها الحكومة أو السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية⁽³⁾.

كما تقوم بحسب العلاقة التي تربط الأجهزة الإدارية في درجاتها المختلفة، وتهدف إلى ضمان حسن سير وإطراد المرافق العامة، بما يحقق المصلحة العامة ويحقق الملائمة للنشاط الإداري، والتقييد الحسن باللوائح والقوانين، وفقاً لما تفتضيه مبادئ المشروعية.

ولتحقق الرقابة الذاتية الأهداف المناطة بها، فهي تعتمد على العديد من الوسائل كالتفتيش، والمتابعة والإشراف والتقارير وفحص الشكاوي، بغية تحديد أسباب العجز والقصور، التي تواجه النظم الإدارية. وللرقابة الذاتية صور متعددة سنحاول التعرض إليها تتجلى أساساً في الرقابة الرئاسية، والرقابة الوصائية.

المطلب الثاني

الرقابة الرئاسية

سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مدلول الرقابة الرئاسية، أما الفرع الثاني نتطرق

إلى بحث مظاهر الرقابة الرئاسية، وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص. 255-256.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص 145 وما يليها.

(3) محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص 23.

الفرع الأول

مدلول الرقابة الرئاسية

الرقابة الرئاسية هي الرقابة التي تمارسها الهيئات الإدارية العليا على أعمال الهيئات السفلى تبعا لعلاقة التبعية المتدرجة والخضوع الرئاسي، ومن هذا المنطلق فالموظفون ينتظمون في رابطة ذات مدارج تصاعدية، تنتهي إلى الرئيس الأعلى وينشأ عن ذلك أن يخضع عمل المرؤوس لرقابة الرئيس المباشر، وهذا الحق مقرر للرئيس الإداري، إذ يقع على عاتقه مسؤولية حسن سير العمل في حدود اختصاصاته، وحيث تكون المسؤولية تكون السلطة، فإن سلطة مراقبة الموظفين يجب أن تكون في يد الرئيس الإداري⁽¹⁾.

كما أن الرقابة الرئاسية قد تكون سابقة وقد تكون لاحقة على التصرف الإداري⁽²⁾، ففي الأولى تسبق الرقابة إجراء التصرف وتتضمن سلطة الرئيس في إصدار التوجيهات والإرشادات إلى مرؤوسيه، وفي الثانية تكون الرقابة لاحقة على إجراء التصرف الإداري وفيها يستطيع الرئيس الإداري ممارسة هذه الرقابة تلقائيا على أعمال مرؤوسيه لمطابقة هذه التصرفات لمبدأ المشروعية وملائمتها للظروف المقررة قانونا.

وفي كلتا الحالتين يستطيع الرئيس الإداري سحب، أو إلغاء أو تعديل القرار الذي أصدره المرؤوس، كما يمكن أن يحل محل المرؤوس مباشرة العامل حتى يتفادى ما به من أخطاء، غير أنه لا يجوز للرئيس الإداري إلغاء أو تعديل القرار إذا كان قد تضرر أو نجم عنه حق للغير إلا في حدود المواعيد المقررة قانونا فهي رقابة مفترضة تتم بقوة القانون⁽³⁾.

وتتحقق هذه الصورة في النظام الإداري المركزي، واستثناء في النظام اللامركزي، ونظرا إلى خضوع الجهاز الإداري المركزي وموظفيه لقاعدة التدرج الوظيفي أو التسلسل الهرمي الإداري، الذي بموجبه يعطي للرئيس الإداري سلطات مطلقة على مرؤوسيه، فإن الرقابة التي تمارسها الإدارة المركزية على أعمال الهيئات اللامركزية ليست مطلقة، وإنما تعد رقابة مقيدة قانونا فلا يجوز لها أن تتجاوزها.

وعلى هذا الأساس وانطلاقا من مفهوم التسلسل أو التدرج الإداري فإن الموظفين ينتظمون في رابطة ذات مدارج هذا النوع من الرقابة يأخذ طابع التفتيش، فالهيئة المركزية للرقابة والتفتيش جهاز مستقل لدى مجلس الوزراء

(1) أنظر في هذا المعنى: محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص26.

(2) عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، المرجع السابق، ص25.

(3) **Voir dans ce sence:** Jean Rivero, Droit Administratif, 6^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1980,p.284./ Maspétiol et Laroque, la Tutelle Administrative, Paris, 1930, p.10.

يتبع مباشرة رئيس مجلس الوزراء ويهدف الى تحقيق الرقابة على مختلف الأجهزة التنفيذية تصاعدياً تنتهي إلى القائد الإداري الأعلى. وينشأ عن ذلك أن يخضع عمل المرؤوس لرقابة الرئيس المباشر⁽¹⁾.

كما تتجلى الرقابة الرئاسية التي يمارسها الرئيس الإداري على أعمال مرؤوسيه وتصرفاتهم في شكلين: الرقابة التي تسبق إجراء التصرف وتتضمن حق الرئيس في إصدار التوجيهات والارشادات إلى مرؤوسيه، واللاحقة على إجراء التصرف، وتهدف إلى التأكد من مطابقتها لمبدأ المشروعية وملاءمتها للظروف والأوضاع المقررة لذلك⁽²⁾.

وغنى عن البيان أن الرئيس الإداري يستطيع ممارسة هذا النوع من الرقابة تلقائياً على أعمال مرؤوسيه، فيمكنه سحب أو إلغاء أو تعديل القرار الذي أصدره المرؤوس كما يمكن أن يحل محل المرؤوس ويقوم بنفسه بالعمل مباشرة حتى يتفادى ما به من أخطاء، ولكن إذا نجم عن القرار حق للغير فلا يجوز للرئيس إلغاؤه أو تعديله إلا في حدود المواعيد المقررة قانوناً، حيث تخول القوانين والأنظمة للرئيس الإداري حق التدخل والتعقيب على أعمال مرؤوسيه من أجل المصادقة عليها أو تعديلها أو الغائها، سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على تظلم أو طعن رئاسي أو سلمي⁽³⁾. وعليه فإن كل أعمال الموظف الإداري خاضعة - كأصل عام - لرقابة رئيسه التسلسلي، فليس ثمة أي نوع من مهامه الوظيفية مستثنى من الرقابة الرئاسية.

الفرع الثاني

مظاهر الرقابة الرئاسية

كم أشرنا سابقاً إلى أن الرقابة الرئاسية تهدف لتحقيق أغراض عديدة لعل أهمها، ضمان استمرار أداء وحدات الإدارة لأعمالها وقيامها بمختلف مهامها بما يتفق مع الأهداف المرسومة لها، ويحقق الأغراض المحددة لنشاطها⁽⁴⁾، مع ضمان عدم عدوانها على الحقوق الفردية، وعدم المساس بالحريات العامة إلا في الأحوال الاستثنائية، بشرط أن يتم كل ذلك في الحدود وطبقاً للإجراءات التي تحددها القواعد القانونية، وفي ظل ذلك لا بد من ضمان انتظام الخدمات العامة للمواطنين عند ممارسة النشاط الإداري على أساس المساواة أمام القانون بغرض تجسيد دولة القانون.

(1) لأكثر توضيح أنظر: محمود وعبد المنعم سلامة، أصول الإدارة والتنظيم، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1987. ص 116. / أحمد حافظ نجم، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، 1997، ص 267.

(2) أنظر في هذا المعنى: أحمد رجب محمود، المرجع السابق، ص 16.

(3) لأكثر توضيح راجع: عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها.

(4) وفي هذا الصدد تشير المادة 41/ من القانون الأساسي للوظيفة العامة الجزائري على أنه " يجب على الموظف أن يمارس مهامه بكل أمانة وبدون تحيز"، كما تشير المادة 47/ من نفس القانون على أنه: " كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسئول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه، لا يعفى الموظف من المسؤولية المنوطة به بسبب المسؤولية الخاصة بمرؤوسيه".

ومن هنا نجد أن الرئيس الإداري الأعلى يتمتع بسلطات واسعة، بالنسبة لما يصدر عن العاملين في الإدارة من أعمال، ويمكن ممارسة هذه السلطات عن طريق وسائل قانونية متمثلة أساسا في: الإشراف، ويعني متابعة أعمال المرؤوسين بغية توجيهها الوجهة السليمة، عن طريق الأوامر والتعليمات والنصائح والإرشادات الشفوية والكتابية، كما يتمثل الإشراف في توجيه العمل، وإدارة كل خطواته، وعلى ذلك فإن الإشراف لا يرتبط بمرحلة معينة من مراحل أداء العمل، ولا يقتصر على ناحية واحدة من نواحيه، وإنما هو يمثل العمل الإداري في مختلف مراحل، ومن شتى جوانبه، حتى ليتمكن القول أن مدى نجاح أية سلطة إدارية، إنما يرتبط إلى حد كبير بحسن قيامها بمهمة الإشراف على سير العمل، في مختلف الوحدات التابعة لها للتأكد من انتظام أدائه، وتحقيقه للأهداف المحددة⁽¹⁾.

أو التفتيش والملاحظة، حيث يعتمد هذا الأسلوب على قدرات المشرفين الإداريين على ملاحظة المرؤوسين أثناء قيامهم بأداء أعمالهم، وأيضا ملاحظة الأساليب والنتائج التي يتوصل إليها المرؤوسين أثناء العمل، كما يتضمن هذا الأسلوب إضافة إلى الملاحظة القيام بعمليات فحص الإجراءات الإدارية وسلامتها، من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وهنا يأتي دور عمليات التفتيش من خلال فحص الوثائق والسجلات والأوراق الرسمية، ويكون الأسلوب المتبع في إجراءات التفتيش فجائيا أو مخطط له.

وإما عن طريق التقارير الإدارية وهي تلك التقارير التي توضح مدى إنجاز الأعمال الإدارية وتقديرها، وتعطي صورة واضحة عن كيفية هذا الإنجاز، وتعد التقارير الإدارية⁽²⁾ من الأساليب الناجحة في إيصال المعلومات بشأن تلك الأعمال إلى السلطة الرئاسية لاتخاذ ما تراه مناسبا، وذلك متى ما كانت قد اتسمت بالدقة في المعلومات والبيانات والإحصاء والتحليل الصحيح وغيرها.

أو للرئيس الإداري أن يستخدم سلطة تعديل القرارات الإدارية الصادرة عن مرؤوسيه، بما يتفق مع القانون الملائم للمصلحة العامة، مع مراعاة أن يقوم المرؤوس بممارسة اختصاصه أولا، ثم يقوم الرئيس بإجراء التعديل بعد ذلك، وبذلك يعتبر التعديل من صور الرقابة اللاحقة على أعمال المرؤوسين.

(1) أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة العامة على القاهرة، دون تاريخ، ص 105.

(2) تقسم التقارير إلى نوعين:

- تقارير كفاءة العاملين: وهي التقارير الدورية التي توضع بواسطة الرؤساء المباشرين للموظف، تقيم فيها كفاءته وفاعليته، ولها أثر كبير في حياة الموظف الوظيفية، من حيث ترقيته أو إفادته في دورة تدريبية أو بعثة دراسية، وهذا ما جاء في المادة 97/ و 98/ من قانون الوظيفة العمومية حيث تنص المادة 97/ على أن "يخضع كل موظف، أثناء مساره المهني، إلى تقييم مستمر ودوري يهدف إلى تقدير مؤهلاته المهنية وفقا لمناهج ملائمة"، أما المادة 98/ نصت على أنه "يهدف تقييم الموظف إلى الترقية في الدرجات، الترقية في الرتبة، منح امتيازات مرتبطة بالمرئودية وتحسين الأداء، منح الأوسمة الشرفية والمكافآت".

- تقارير سير الأعمال الإدارية: توضع هذه التقارير بواسطة رؤساء الإدارات العامة، المتضمنة ما قامت به هذه الإدارات من أعمال وما تعتمزم القيام به، وترفع هذه التقارير للجهة المختصة لاتخاذ ما تراه مناسبا في شأنها، وقد تكون هذه التقارير شهرية أو نصف شهرية، أو سنوية وهذا هو الغالب.

وللرئيس الإداري سلطة إلغاء ما يصدر عن المرؤوسين من قرارات بصفة كلية أو جزئية، وذلك بسبب عدم مشروعية هذه القرارات أو عدم ملاءمتها واتفاقها مع المصلحة العامة، ويتم الإلغاء من تلقاء نفس الرئيس الإداري أو بناء على تظلم. كما له أن يستخدم وسيلة التصريح، والتي تمثل رقابة سابقة على الأعمال، ويعني ذلك حصول المرؤوس قبل مباشرته لأعماله وتصرفاته على الإذن أو التصريح اللازم لذلك.

أو عن طريق التصديق، وهو في مضمونه؛ صدور قرار إداري من المرؤوس غير قابل للتنفيذ -سيم بيانه بالتفصيل في أجزاء البحث الموالية- إلا بعد التصديق عليه من جانب الرئيس الإداري الأعلى، وبهذا يكون التصديق صورة للرقابة اللاحقة على أعمال المرؤوسين، أما قبل حصول التصديق وخلال فترة ما بعد صدور العمل وقبل التصديق عليه، فإنه يعد تصرفاً موقوفاً لا يسري في حق الغير، أو الإدارة ولا يرتب أي آثار قانونية إلا بعد التصديق عليه من قبل الرئيس الإداري أو الجهة المختصة، باعتماد ذلك العمل الإداري.

كما يمكن للرئيس الإداري أن يمارس رقابته عند إصدار القرارات الإدارية، وغى عن البيان أنها هذه القرارات تمثل مظهراً من مظاهر السلطات والامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية، وأداة فعالة في سبيل القيام بنشاطها الإداري، ويعتبر القرار الإداري عملاً قانونياً يصدر عن الإدارة نفسها بإدارتها المنفردة، وبما لها من سلطة بمقتضى القوانين، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً، وجائزاً قانوناً وكان الباعث منه ابتغاء مصلحة عامة.

وأخيراً يمكن للرئيس الإداري أن يمارس سلطته عن طريق الحل، ويعني ذلك قيام الرئيس الإداري بالحلول محل المرؤوس مع اتخاذ القرارات اللازمة، ومادام أن الرئيس يتمتع بسلطة تعديل قرارات المرؤوس، فإن ذلك يستتبع القول بجواز الحل⁽¹⁾ محله بصورة مطلقة وعامة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(1) لقد انقسم الفقه الإداري حول مدى جواز حلول الرئيس الإداري محل المرؤوس، وهو ما يسمى بالحلول في الاختصاص إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الرئيس الإداري يستطيع القيام بمباشرة أعمال المرؤوس مع اتخاذ القرارات اللازمة، وحجتهم في ذلك أنه ما دام من المسلم به طبقاً للرأي الراجح أن الرئيس يتمتع بسلطة تعديل قرارات المرؤوس، فإن ذلك يستتبع القول بجواز الحل بصورة مطلقة وعامة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الاتجاه الثاني: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بعدم جواز الحل لتعارضه مع مقتضيات التدرج الوظيفي وقواعد الاختصاص، ويرى هؤلاء أن التسليم للرئيس بالحلول في العمل محل المرؤوس يعتبر في الواقع تعدياً على الاختصاصات المقررة قانوناً للأخير، ويعتبر بالتالي تجاوز السلطة بسبب عدم الاختصاص، إذ أن التدرج الوظيفي لم يتقرر أصلاً لتحقيق الصالح الشخصي للرئيس الإداري، وإنما وجد لتحقيق حسن سير المرافق العامة المركزية كما أن التسليم للرئيس الإداري بالحلول في العمل محل المرؤوس يؤدي إلى حرمان المواطنين من الاستفادة من إحدى مزايا مركزية الإدارة، وهي إخضاع الأعمال الإدارية للفحص المزدوج من جانب المرؤوس أولاً، ثم من جانب الرئيس ثانياً، وهو الأمر الذي يتعذر تحقيقه في حال الحل. لذلك فإن الرئيس الإداري لا يملك سوى استعمال سلطة تأديب المرؤوس في حالة عدم قيامه بواجبه، فلا لا يجوز للرئيس بالحلول في العمل محل المرؤوس، إلا إذا ورد نص قانوني بذلك.

الاتجاه الثالث: يرى جواز الحل وفق ضوابط معينة ويقترح صيغة توافق بين الإتجاهين السابقين، ويرى عدم جواز استعمال الرئيس لسلطة الحل قبل مباشرة المرؤوس التصرف، وذلك احتراماً لقواعد توزيع الاختصاصات. فبعد أن يمارس اختصاصه، عندئذ يجوز للرئيس أن يحل محل المرؤوس بمناسبة التعقيب على تصرفاته، ويتم ذلك عن طريق إصدار تعليماته إلى المرؤوس، بأن يعيد النظر في تصرفاته التي سبق له اتخاذها، على أن يراعي في جميع الأحوال الحقوق المكتسبة والقواعد العامة المتعلقة، بإلغاء القرارات الإدارية، ومبدأ عدم المساس بالعقود التي أبرمها المرؤوس.

المطلب الثالث

الرقابة الوصائية

ستتطرق لهذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول مدلول الرقابة الوصائية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث مظاهر الرقابة الوصائية، وأما الفرع الثالث نبحث السلطات الإدارية المخولة بممارسة الرقابة الوصائية في الجزائر وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مدلول الرقابة الوصائية

تعد الرقابة الوصائية، صورة من صور الرقابة الذاتية، التي ترتبط بالنظام الإداري اللامركزي، أين تتمتع فيه الجهات اللامركزية بنوع من الاستقلال عن الجهات المركزية⁽¹⁾، لكن هذا الاستقلال لا يمنع من خضوعها لرقابة وإشراف الجهات المركزية⁽²⁾، لأن ذلك يعد أهم مقومات النظام اللامركزي، وهذا النوع من الرقابة يطرح العديد من الإشكاليات حيث أن القانون نص أنه لا وصاية إلا بنص، وأن سلطة الوصاية سلطة إشرافية تراعي مدى تطبيق القانون، واستيفاء لجميع الإجراءات الشكلية والموضوعية، دون أن تمتد إلى رقابة الملائمة، التي تقدرها الجهات اللامركزية بمفردها.

والرقابة الوصائية في أصولها تعود إلى قواعد القانون المدني⁽³⁾، وليس القانون الإداري، حيث يدل على نمط إدارة أموال بعض عديمي الأهلية، كالقصر مثلا، أما في القانون الإداري فإنها تدل على ذلك النوع من الرقابة

⁽¹⁾ René Chapus, Droit Administratif General, Tome 01, 9^{ème} Edition, op.cit, P.360.

⁽²⁾ مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2001. ص115.

⁽³⁾ نستعرض بإختصار أوجه الفرق بين الوصاية في القانون الإداري والوصاية في القانون المدني كما حددها الفقه لرفع أي لبس بين المصطلحين، فهناك من يرى وجود تداخل في مصطلح الوصاية بين القانون المدني وبين القانون الإداري لذلك نوجز أهم أوجه الاختلاف فيما يلي:

- الوصاية المقررة في القانون المدني مقررة لناقضي الأهلية المذكورين في نص المادة /81/ من قانون الأسرة الجزائري، أما الوصاية الإدارية فليست مقررة لنقص أهلية الهيئة اللامركزية، لأنها مستقلة في تصرفاتها عن الإدارة المركزية وتملك الأهلية القانونية طبقا للمادة /79/ من القانون المدني الجزائري، وبالتالي الوصاية مقررة لها من أجل الحفاظ على المصالح العامة .

- الوصاية في القانون المدني تقرر للوصي مباشرة أي عمل يكون في صالح الموصى عليه كما لو قام به هو لأنه يملك سلطة التصرف، لكنها قد تكون أبدية على الموصى عليه كالمجنون الذي لا يرشد أبدا وقد تنتهي طبقا لنص المادة /96/ بموت القاصر أو بلوغه سن الرشد أو زوال أهلية الوصي أو موته أو عزله في حالة تحديده لمصلحة القاصر حسب المواد /91/ و /96/ و /108/ من قانون الأسرة، وهي الحالات التي لا يمكن تصورها في القانون الإداري حيث كلا من الهيئة المركزية واللامركزية يملك حرية التصرف بإسمه ولمصلحته.

- الوصاية في القانون المدني هدفها الأساسي حماية المال الخاص للموصى عليه ويتحمل المسؤولية عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره، كما يمكن أن تتعارض مصالح الوصي مع مصالح الموصى عليه فهنا يتدخل القاضي ويعين متصرف يتولى حماية مصالح الموصى عليه حسب المادتين /90/ و /98/ من قانون الأسرة، أما في القانون الإداري المهدف من الوصاية حماية المال العام، وهو المهدف الذي لا يمكن أن تتعارض معه مصلحة الهيئتين المركزية واللامركزية لأن المهدف بالأساس هو تحقيق الصالح العام في الوصاية المقررة في القانون المدني، الوصي يمارس وصايته بإسم ولحساب القاصر مادامت الوصاية قائمة، أما في الوصاية المقررة في القانون الإداري تمارس الجهات المختصة رقابتها بإسم الشخص المعنوي الذي يملك الأهلية والاستقلالية. أنظر: بوضياف عمار، الوجيز في =

الذي تمارسه السلطة المركزية على أعمال ونشاطات وأشخاص الجهات اللامركزية، وما دامت الجهات اللامركزية ليست عديمة الأهلية، فإن مصطلح الرقابة الوصائية أدق من مصطلح الوصاية الإدارية⁽¹⁾.

وعليه قبل التطرق لتعريف الرقابة الوصائية نشير إلى أنه هناك جانب من الفقه يفضل مصطلح الوصاية الإدارية⁽²⁾، وهناك من يعارضه ويفضلون مصطلح الرقابة الإدارية⁽³⁾، فيرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ أنه من الأفضل أن يتم استعمال عبارة الرقابة الإدارية باعتبارها الأقرب إلى أداء المعنى المقصود من الرقابة، ومن حججهم أن الاختلاف جوهري بين الوصاية الإدارية والوصاية المدنية، إذ أن المقصود بالوصاية المدنية الوسائل التي يلجأ إليها الوصي للدفاع عن مصالح ناقص الأهلية الذي يمثله وعن الآثار المترتبة عن تصرفاته⁽⁵⁾.

ويرى جانب آخر الأخذ بمصطلح الوصاية الإدارية ويفضله على مصطلح الرقابة، فيرون أنه من الضروري الاحتفاظ بمصطلح الوصاية الإدارية للدلالة على رقابة الدولة على الهيئات اللامركزية باعتبار أنه لفظ مختصر درج على استخدامه الفقه للدلالة على رقابة السلطات المركزية على المحلية، دون الحاجة إلى إضافة لفظ آخر إليه، في حين الرقابة قد تكون أوسع وتعبر على معنى لا يكون المقصود به رقابة السلطة المركزية على السلطة المحلية.

= القانون الإداري، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 177 وما يليها. / عادل محمود حمدي، الإنجازات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، جمهورية مصر العربية. ص 120.

(1) جورج فوديل، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الثاني، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص 303.

(2) أما موقف المشرع الجزائري في مسألة الأخذ بفكرة الرقابة أو الوصاية الإدارية، ومن خلال استعراض القوانين المتعلقة بالجماعات المحلية حيث نجد أحيانا يستخدم مصطلح الرقابة وأحيانا يستخدم مصطلح الوصاية مما يجعلنا نعتقد بأنه تبنى كلا المصطلحين وأعتبرهما يؤديان لنفس المعنى. فهو لم يهمل كلا المصطلحين فأحيانا استخدم مصطلح الرقابة وأحيانا أخرى مصطلح الوصاية للدلالة على نفس المعنى، حيث جاء في ميثاق البلدية 67-06 بأنه "تضاف إلى هذه النصوص التنظيمية والإدارية، المراقبة المتناسقة لسلطة الوصاية المنصوص عليها في القانون، وذلك لمنع البلديات الجديدة من اتخاذ مقررات لا تتلاءم مع المتطلبات الوطنية" إلا أنه في الفقرة التي تليها يستخدم مصطلح الوصاية "وتمارس هذه الرقابة على الأخص بواسطة الوصاية العمالية القريبة في نفس الوقت من السلطة المركزية"⁽²⁾، أما ميثاق الولاية في تبيان أسباب صدور قانون الولاية ذكر مصطلح الرقابة للدلالة على وصاية السلطة المركزية على المجالس المحلية "وبنفس الصفة فإن ضرورة إجراء مراقبة فعلية من قبل السلطة المركزية تحتم أولا على ممثل الدولة الذي هو أقرب إلى المواطنين وأكثر شعورا بالحقائق المحلية وأدرى بالمتطلبات الوطنية أن يسهر على أن يبقى مجلس الولاية ضمن حدود اختصاصاته والشرعية الثورية"، إلا أن قانون البلدية لسنة 1990 لم يذكر مباشرة لا مصطلح الرقابة ولا مصطلح الوصاية ونفس الأمر بالنسبة لقانون الولاية لنفس السنة، بل ذكر آليات تلك الرقابة دون إعطاء تعريف لها وهو التوجه الذي سار عليه في قانون البلدية والولاية الحاليين. أنظر: عبادي إسماعيل، أثر التعددية الحزبية على البلدية في الجزائر، مذكرة ماجستير، بجامعة محمد خيضر بسكرة، 2005. ص 89. / ميثاق البلدية (ج.ر.ج. رقم 06/67). / ميثاق الولاية (ج.ر.ج. رقم 44/69).

(3) Rene Chapus, Droit Administratif General, Tome 01, 9^{ème} Edition, op.cit, P.361.

(4) مختار بوشيبة، مظاهر السلطة الرئاسية والوصاية الإدارية على المؤسسات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990، ص 361.

(5) بوشيبة مختار، المرجع السابق، ص 361.

كما أن لفظ الرقابة قد يكون له مضمون أوسع من الوصاية، كما قد تستعمل الرقابة أحيانا وسائل غريبة عن وسائل الوصاية⁽¹⁾. ومصطلح الوصاية الإدارية يمكننا من التفريق بين الوصاية الإدارية والرقابة الرئاسية⁽²⁾، في حين مصطلح الرقابة الإدارية يشمل الرقابة الرئاسية ويخلط بينهما، ولذلك يؤيد الكثير الإبقاء على مصطلح الوصاية الإدارية⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس، تعددت تعاريف الفقه⁽⁴⁾ لمفهوم الرقابة الوصائية، وإن كانت في الغالب تدور حول الصلة، التي تربط الجهات الإدارية المركزية بالهيئات والجهات اللامركزية. حيث عرفها Jean Rivero على أنها "الرقابة التي تمارسها الدولة على الهيئات اللامركزية في إطار ما حدده القانون"⁽⁵⁾، وهو تعريف ناقص على أساس أساس أنه وإن كان قد أشار إلى طرفي الرقابة وضرورة مباشرتها في الحدود المقررة قانونا إلا أنه لا يتضمن أي إشارة إلى وسائلها و مهمتها.

أما Walin فعرفها على أنها "جملة الرقابات التي تمارس في مواجهة شخص معنوي أو أعضائه بواسطة عمال السلطة المركزية، أو بواسطة شخصية لا مركزية أحيانا، على أن تكون هذه الشخصية أكثر اتساعا من الشخصية المشمولة بالرقابة"⁽⁶⁾، فهذا التعريف يمتاز بتحديد لطرفي الرقابة الوصائية مع بيان إمكان صدورهما عن السلطة المركزية أساسا أو بعض السلطات اللامركزية أحيانا إلا أننا نلاحظ أن هذا التعريف لم يعنى ببيان وسائل هذه الرقابة ومهمتها، فضلا عن عدم بيان وجوب استنادها إلى نصوص قانونية .

و قد عرف Maspétiol et Laroque الرقابة الوصائية على أنها "مجموعة السلطات المحددة التي يمنحها القانون إلى سلطة عليا في مواجهة العمال اللامركزيين وأعمالهم، وذلك بقصد حماية المصلحة العامة"⁽⁷⁾. فقد أبرز

(1) لأكثر توضيح أنظر: عبد المجيد فياض، الوصاية الإدارية ومظاهرها على الهيئات اللامركزية المحلية في مصر، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 02، 1969/10/13. ص 939/. عادل محمود حلمي، الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1973. ص 196.

(2) لأكثر توضيح حول الفرق بين الرقابة الوصائية والرئاسية أنظر: محمد علي خطار، الأساس القانوني لنظام اللامركزية الإقليمية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة، العدد 02 مارس 1989، ص 143.

Ahmed Mahiou, les Collectivités Locales en Algérie, Annuaire de l'Afrique du Nord, 1969, p.76./ André De Laubadère, Traité de Droit Administratif, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 8^e Ed, op.cit, p.70.

(3) جدي مدحت النهري، الإدارة المحلية بين المركزية واللامركزية -دراسة تطبيقية تحليلية لنظام الإدارة المحلية في جمهورية مصر العربية-، مكتبة الجلاء الحديثة، مصر، 2001. ص 187.

(4) لأكثر تفصيل حول مفهوم الوصاية الإدارية أنظر: بن مشري عبد الحليم، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية في الجزائر، م.إ.ق، العدد 06، جامعة بسكرة، أفريل، 2010. ص 102./ هاني علي الطهراوي، قانون الإدارة المحلية-الحكم المحلي في الأردن وبريطانيا-، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2004. ص 141.

Marcel Waline, Précis de Droit administratif, édition montechristieu, 1969, p.316./ Marie Christine Rouault, Droit Administrative, 4^{ème} Edition, Gualino Editeur, Paris, P.2007./ Zahia Mooussa, Evaluation de la Décentralisation Territoriale en Algérie (1967-1988), Revue Africaine de Droit Internationale et Compare, Vpt2, T4, N^o:02, 1992, p.399.

(5) Jean Rivero, Droit Administratif, 6^{ème} Edition, op.cit, P.319 .

(6) Marcel Waline, Droit Administratif, 9^{ème} Edition, 1963, p.362.

(7) Maspétiol et Laroque, op.cit, p.10.

أبرز هذا التعريف طرفي الرقابة و أشار إلى بعض مهامها وإمكان إنصرافها إلى عمال وأعمال الهيئات اللامركزية وضرورة تقييدها واستنادها إلى القانون، إلا أنه لم يشير إلى رقابة المشروعية ولا إلى وسائلها.

و يعرف الفقيه البلجيكي Dembour الرقابة الوصائية على أنها "مجموعة السلطات المحددة التي تمنح لسلطة عليا بالقانون أو بمقتضى القانون، من أجل إحترام القانون وحماية المصلحة العامة، في مواجهة القصور الضار أو التجاوز أو التعدي الذي يمكن أن يصدر عن العمال اللامركزين"⁽¹⁾. ويحتوي هذا التعريف على جملة من المزايا، فقد أشار إلى طرفي الرقابة، فضلا عن وجوب إسنادها إلى نص، مع ضرورة تقييدها، كما أنه يبرز مهمة الوصاية، إلا أن هناك من انتقده على أساس أنه لم يشير إلى وسائل هذه الرقابة.

أو كما عرفها الدكتور عمار عوابدي على أنها "رقابة مشروعية على أعمال وتصرفات الجهات اللامركزية الإقليمية، أو المصلحية بواسطة الجهات المركزية، بمالها من سلطات في هذا الشأن، أما فكرة الوصاية الإدارية تعتبر رابطة أو علاقة تنظيمية إدارية، حيث تقوم بتحديد العلاقة القانونية بين السلطات الإدارية المركزية الوصية وبين المؤسسات والمنظمات والهيئات الإدارية اللامركزية إقليميا أو فنيا في النظام الإداري في الدولة، ومن ثم ففكرة الوصاية الإدارية هي فكرة قانونية تنظيمية رسمية بحتة"⁽²⁾.

في هذا التعريف لم يميز بين الرقابة والوصاية بل جعلهما يعبران عن ذات المعنى، كما بين أن للوصاية جانبان جانب إداري وآخر قانوني، الأول أساسه علاقة السلطة الوصية مع الهيئات الموصى عليها أما الجانب الثاني فهو التأكيد على الأساس القانوني الذي تعتمد عليه الوصاية، على أنها فكرة قانونية تنظيمية وبالتالي أساسها هو القانون فلا وصاية بدون نص.

ومن خلال ما سبق من تعاريف، يتضح لنا أن الرقابة الوصائية⁽³⁾، هي تلك الصلة أو الرابطة القانونية، التي بمقتضاها تتولى الجهات المركزية عمليات الإشراف والمتابعة، لجميع التصرفات والأعمال التي تصدر عن الجهات اللامركزية، حتى تتأكد عن طريقها من مدى التزام هذه الأخيرة بالقانون، وتأتي هذه الرقابة، مقابل الاستقلال التي تتمتع به هذه الجهات.

(1) Acques Dembour, les Actes de la tutelle Administrative en Droit Belge, Bruxelles, 1955, p.7.

(2) عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984. ص269.

(3) على ضوء التعريفات السابقة يمكن القول أن مفهوم الرقابة الوصائية يركز على عدة أسس وهي أن:

- الرقابة قد تمارسها بالأساس السلطة المركزية، وأحيانا بعض الجهات اللامركزية.

- تمارس الوصاية على الهيئات اللامركزية المحلية والمرقعية، بوصفها هيئات مستقلة عن السلطة المركزية.

- الوصاية عمل استثنائي وبالتالي عدم جواز مباشرتها إلا بنص وفي حدود القانون.

- إمكان انصرافها إلى أعضاء وأعمال الهيئات اللامركزية مع وجود وسائل محددة في القانون لمباشرة هذه الرقابة.

- تهدف الوصاية إلى احترام مبدأ الشرعية وحماية المصلحة العامة. / لأكثر توضيح أنظر: صالح عبد الناصر، الجماعات المحلية بين الاستقلالية والتبعية، مذكرة

ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010. ص104.

وتأسيساً على ما سبق، فإن الرقابة الوصائية تعد فكرة قانونية محضة لأن القوانين والتشريعات، هي من يتولى تحديد الجهات الإدارية، التي تمارسها وإجراءاتها ووسائلها ونطاقها، وذلك وفق القاعدة المعروفة، أنه لا وصاية إلا بنص، وعليه فالسلطات المركزية هي التي تختص بممارسة هذه الرقابة والإشراف، على أعمال ونشاطات الجهات اللامركزية.

ويجب أن تكون الرقابة الوصائية ووسائلها، محددة على سبيل الحصر بمقتضى القانون⁽¹⁾، وذلك كي لا تتعسف السلطات المركزية، بالتدخل في الأمور ذات الشأن المحلي، فلا يجوز لها استخدام امتيازات ووسائل، غير تلك الوسائل والامتيازات التي خولها لها المشرع.

وعليه فالرقابة الوصائية تعمل على التنسيق والتوفيق بين عمل السلطة المركزية والجماعات المحلية، بغية الحفاظ على الوحدة والانسجام بين الأنشطة الإدارية على مستوى الدولة، فالوحدات المحلية حين تطبق للتشريعات والقوانين قد يحدث وإن تعددت التفسيرات والتأويلات لهذه التشريعات، وهنا يتضح دور السلطات المركزية في توحيد تفسير النصوص القانونية، بما يتفق وهدف التشريع وتختلف الجهات التي تتولى ممارسة هذا النوع من الرقابة، بحسب نظام كل دولة.

ومن جهة أخرى تعتمد على جملة من الوسائل والآليات، التي يسعى من خلالها المشرع إلى وضع القواعد القانونية الهادفة إلى تغليب المصالح القومية على المصالح المحلية، خاصة في ظل حالات التعارض بينها، ويزداد هذا الهدف أهمية في ظل الاستقلال العضوي والوظيفي، الذي تتمتع به وبالتالي فالرقابة الوصائية تهدف إلى تحقيق التوازن الفعال، بين المصلحة العامة الوطنية القومية والمصالح العامة الجهوية والمحلية.

⁽¹⁾ وما نخلص إليه أنه يستلزم من الهيئات المركزية أن تخضع في ممارستها للرقابة الوصائية للحدود التي رسمها المشرع لها، وأن تحترم الضوابط والشروط القانونية التي يمكن أن تلتخص فيما يلي:

- عدم التوسع في تفسير النصوص القانونية، التي تحكم وتنظم إجراءات وآليات ممارسة هذه الرقابة .
- عدم جواز تدخل الجهات المركزية، في شؤون الجهات اللامركزية، كونها تتمتع بشخصية قانونية معنوية، تؤهلها لممارسة سلطاتها على المستوى المحلي .
- عدم جواز حلول السلطات المركزية محل الجهات اللامركزية في مباشرة أعمالها، لأنه لا يجوز لها أثناء مصادقتها على المداولات المختلفة أن تقوم بتعديلها بالزيادة أو بالنقصان، فالقانون أعطاهم الحق في المصادقة أو الرفض دون الحق في التعديل، لأن أي محاولة تعديل تعد حلولا، وهذا مخالف لفكرة اللامركزية أساسا، كما أن نفاذ القرارات والعقود الإدارية، وجميع التصرفات التي تتخذها الجهات اللامركزية، تكون باطلة أو مقبولة، من تاريخ صدورها من الجهات اللامركزية، لا من تاريخ مصادقة السلطات المركزية عليها. / أنظر: عمار عوادي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، المرجع السابق، ص 270.

كما تهدف⁽¹⁾، لحماية الكيان السياسي للدولة، فالجهات اللامركزية تتمتع بنوع من الاستقلال، الذي يؤهلها لممارسة جملة من الصلاحيات، دون الرجوع للجهات المركزية، لكن هذا الاستقلال لا يجب أن يتحول إلى فوضى، تهدد أوصال الدولة أي أنه لا يتعدى الاستقلال الإداري، الذي يمكننا من إدارة وتسيير الشؤون المحلية المتصلة بالمصالح المباشرة للمواطنين، وتكييفها مع المصالح العليا للبلاد⁽²⁾.

وذلك ضمانا للوحدة داخل الدولة من الناحية الدستورية والسياسية⁽³⁾، لفكرة ولاء الهيئات اللامركزية للسلطات المركزية⁽⁴⁾، فيما يتعلق بالكيان السياسي والسيادي للدولة⁽⁵⁾، وبالتالي تضمن مشروعية أعمال الجماعات المحلية أن تقوم بها وفقا للقوانين والأنظمة واللوائح المعمول بها، وهو الذي يعد أهم الأهداف الإدارية التي ترجوها الرقابة الوصائية.

وفي الجزائر يتولى ممارسة هذه الرقابة، رئيس الجمهورية في حالات محددة، وزير الداخلية بصفة أساسية، لأنه من يتولى ممارسة هذه الرقابة على الولايات بالإضافة إلى وزير المالية، إذا كان موضوع الرقابة ذو أبعاد مالية، وكذلك الوزراء المعينون، بممارسة دورهم الرقابي، إذا تعلق الأمر بالقطاع الذي يشرفون عليه، ويتولى ممثل السلطة المركزية في الولاية، (الوالي) ممارسة الرقابة الوصائية على المجالس الشعبية البلدية.

وما نستخلصه مما سبق هو أن الرقابة الوصائية هي رقابة استثنائية تمارس في حدود ضيقة جدا، لأن الجهات اللامركزية تتمتع بنوع من الاستقلال، يؤهلها لاتخاذ القرارات الإدارية في حدود اختصاصها، فلا يمكن للجهات

⁽¹⁾ وتهدف الرقابة الوصائية أيضا إلى الحد من: - اندماج أعضاء الجماعات المحلية في الأحزاب السياسية وما يترتب عليه من ولاء سياسي للحزب، وبالتالي خضوعهم في قراراتهم لسياسة الحزب المنتمون إليه، لذلك يستوجب من السلطة المركزية التأكد من أن الأعضاء يزاولون اختصاصاتهم لصالح الدولة وليس الحزب أو طائفة معينة من الناخبين. / - حماية سكان الوحدات المحلية، من اغترافات السلطات المحلية خاصة في حالات عدم قيام هذه الأخيرة بواجباتها على الوجه المطلوب، أي حالات عدم نزاهة وحياد أعمالها، فالرقابة الوصائية تعد الأداة الفعالة لضمان حياد هذه الجهات الإدارية وإجبارها على التقيد بالقوانين والتشريعات التي تقتضيها مبادئ المشروعية، وضمانا للحفاظ على فكرة الملائمة. / - حماية الغير المتعامل، مع هذه الإدارات المحلية، فالجهات الوصية، قد تتدخل وتجبر الجهات المحلية، على الوفاء بالتزاماتها وتعهداتها، فالجهات المركزية تقدم يد المساعدة والمساهمة، وذلك عن طريق تولى هذه الأخيرة الوفاء بجميع التزامات الجهات اللامركزية. / - مراجعة الأعمال المالية للهيئات المحلية، وذلك بقصد المحافظة على أموال هذه الهيئات من أي انحراف أو تبديد أو إنفاق غير مشروع، في مشاريع لا تخدم الصالح العام، ومع ذلك ما تزال الانتقادات موجهة إلى الجهات المحلية، لأنها تكلف الخزينة العمومية أموال كبيرة، نتيجة التبذير والتعامل غير العقلاني مع الموارد المالية. / **أنظر على الخصوص:** حسين مصطفى حسين، الإدارة المحلية المقارنة، الطبعة الثانية، د. م. ج، الجزائر، 1998. / عيساني عبد الحميد، النظام القانوني لمداوات المجلس الشعبي البلدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001. ص 110.

⁽²⁾ **أنظر:** عمار بوضياف، الرقابة الإدارية على مداوات المجالس البلدية في التشريعين الجزائري والتونسي، م. إ. ق، العدد 06، جامعة محمد خيضر بسكرة، أفريل 2010، ص 17.

⁽³⁾ محمد أنس جعفر قاسم، ديمقراطية الإدارة المحلية اللبرالية والاشتراكية، د. م. ج، الجزائر، بدون تاريخ الطبع، ص 29.

⁽⁴⁾ **أنظر:** محمود بن يحيى أحمد الحمزي، نظام الإدارة المحلية ودوره في خدمة المواطن - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري واليمني -، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011/2012. ص 227.

⁽⁵⁾ على خاطر شنطاوي، الإدارة المحلية، المرجع السابق، ص 227.

المركزية الحلول محل الجهات اللامركزية، أو التدخل في الشؤون الخاصة بها، والتي تحمل طابعا محليا. وأنها رقابة قانونية لا تمارس إلا في الحدود التي رسمها المشرع لها.

الفرع الثاني

مظاهر الرقابة الوصائية

تمتلك السلطات المركزية حق بسط الرقابة على بعض من أعمال الهيئات اللامركزية، وتعتبر أهم وسائل الرقابة وأكثرها ممارسة، تنصرف إما إلى الأعمال الإيجابية وتتخذ شكل التصريح أو التصديق أو الإلغاء أو الحلول، كما تنصرف إلى الأعمال السلبية للهيئات اللامركزية، والتي تبقى خاضعة لرقابة السلطة الوصية، فإذا إمتنعت عن القيام بعمل يوجبه القانون، كان للسلطة المركزية في بعض الحالات أن تحل محل الهيئة اللامركزية في أداء ذلك العمل⁽¹⁾.
الأصل والقاعدة العامة أن الهيئات اللامركزية تصدر قراراتها في حدود اختصاصاتها وتكون نافذة بذاتها⁽²⁾، وهي من يقوم بالنشاط الذي يحقق المصلحة العامة المحلية. ومع هذا يوجب القانون في بعض الحالات الحصول على إذن مسبق أو تصريح من السلطة المركزية قبل قيام الجماعات الإقليمية ببعض الأنشطة وأحيانا يشترط الحصول على تصديق لاحق من السلطة المركزية كي يكون العمل نافذا. وقد يصل الأمر إلى إلغاء العمل الذي قامت به الهيئات اللامركزية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المستخدمين المعينون بصفتهم موظفون رؤوسون في الجماعات المحلية يخضعون إلى الرقابة الرئاسية⁽³⁾، لذا هم ملزمون بالامتثال لها والخضوع لكل تعليماتها وتطبيق أوامرها⁽⁴⁾.
وتهدف هذه الرقابة كما يرى جانب من الفقه إلى تأمين شرعية وملائمة قرارات السلطات اللامركزية، فلا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق مراقبة الأعمال⁽⁵⁾، كما أنها تهدف إلى التحقق من قيام المجالس المحلية بمهامها دون إهمال أو انحراف وأنها تحسن استخدام المنح والإعانات التي تتلقاها من السلطة المركزية، كما أنها تقوم بتنفيذ الخطط والبرامج الاقتصادية التي تضعها هذه السلطة المركزية في إطار القانون هادفة لتحقيق المصلحة العامة⁽⁶⁾.
وعليه سنتناول الرقابة على الأعمال، ونضيف لها التصريح باعتباره أحد صور الوصاية الإدارية.

(1) بن مشري عبد الحليم، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية في الجزائر، المرجع السابق، ص 107.

(2) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 227.

(3) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 264

(4) عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، المرجع السابق، ص 325.

(5) أحمد محيو، ترجمة محمد حرب صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص 189.

(6) عادل محمود حمدي، المرجع السابق، ص 282.

أولاً: التصريح

التصريح هو "الإجراء الذي يجوز بمقتضاه لجهة الوصاية أن تقرر مقدما بمقتضى سلطاتها الاستثنائية المحددة قانونا، بأن مشروع القرار الذي تود الجهة اللامركزية اتخاذه لا يخالف أية قاعدة قانونية، ولا يمس المصلحة العامة". وهو ما يوجب بحسب الأصل عدم صدوره قبل التصريح أي قبل استئذان جهة الوصاية⁽¹⁾، فهو إذن شهادة من الجهة الوصية بالموافقة على مشروع عمل الجهات المحلية وبالتالي نكون والحالة هذه أمام رقابة سابقة باعتبار أن حصول الموافقة مشروط قبل اتخاذ القرار المشمول بهذه الرقابة.

قد يكون التصريح إلزاميا ويأخذ صورة الإذن المسبق أو الموافقة المسبقة على حسب الحالة⁽²⁾، بحيث تلزم الهيئة المحلية من الحصول على رأي مسبق من الوصاية، فإذا قامت الهيئة المحلية بالعمل دون الحصول على التصريح المسبق كان العمل باطلا، لأن التصريح هنا يعد إجراء جوهري يجب القيام به.

وقد يكون اختياريا للقيام بعمل معين وهو ما يعرف بالإستشارة⁽³⁾، فهنا لديها الاستقلالية في اتخاذ القرار وفي طلب المشورة أو عدم طلبها، وحين تطلبها يمكنها القيام بعملها دون الأخذ بنتيجة تلك المشورة ولا يترتب على إغفاله أي بطلان⁽⁴⁾. إذ يمكنها أن تستطلع الرأي من السلطة الوصية لتزويدها بالمعلومات اللازمة

(1) صالحى عبد الناصر، المرجع السابق، ص 120.

(2) قد يوجب القانون موافقة مسبقة تتجسد من خلال موافقة السلطة المركزية على الأنظمة الخاصة التي تضعها المجالس المحلية من أجل تنظيم أعمالها أو إذن مسبق تقرر بمقتضاه الوصاية مقدما بأن مشروع القرار المزمع اتخاذه من الجهة اللامركزية، هو إجراء غير مخالف، فأحيانا لا تستطيع الهيئات اللامركزية أن تتخذ بعض القرارات أو الإجراءات في مواقف معينة ما لم تحصل على إذن. حيث أن القانون يلزمها بالحصول على الإذن قبل الإقدام على عمل معين وهو إجراء هام ولازم قبل القيام بالعمل، لأن سلطة الوصاية لا تأذن إلا لما يحقق الصالح العام، مثاله ما نصت عليه المادة 50/ من قانون الولاية الجزائري لسنة 1969 التي تخول للوالي بتوقيع الاتفاقيات والعقود والصفقات المبرمة باسم الولاية وعقود البيع والشراء والمبادلة أو الإيجار. لكن بالرجوع لقوانين البلدية والولاية المتتالية لم يذكر المشرع صراحة هذا الإجراء في القانونين، وغالبا للإشارة لهذا الإجراء يذكر مصطلح "بيادر" مما ينم على رغبته في ترك الحرية الكاملة للهيئات المحلية لتبادر باتخاذ القرارات التي تراها مناسبة لها في ممارسة عملها ومثاله نص المادة 171/ من قانون البلدية الجزائري " يخضع قبول الهبات والوصايا الأجنبية للموافقة المسبقة للوزير المكلف بالداخلية ويتم جردها وإدراجها في الميزانية"، كما نصت المادة 197/ من نفس القانون على " أنه لا يمكن أيا كان في إقليم البلدية القيام بتحصيل حق أو رسم، مع مراعاة الحالات المنصوص عليها قانونا، من دون الموافقة المسبقة المتداول عليها في المجلس الشعبي البلدي". أما قانون الولاية الجزائري فتناول المادة 134/ ف 3 الموافقة المسبقة أو التصريح حين نص على " يخضع قبول الهبات والوصايا الممنوحة للولاية من الخارج إلى الموافقة المسبقة من الوزير المكلف بالداخلية". وبما أن طلب المشورة شرط ملزم للقيام بالعمل المطلوب يتخلفه عد عملها باطل قانونا. / أنظر لأكثر توضيح: قانون البلدية 10-11 مؤرخ في مؤرخ في 20 رجب عام رجب 1432 هـ الموافق 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية. / قانون الولاية 12-07 مؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012 يتعلق بالولاية. زغودو علي، الإدارة المركزية في الجمهورية الجزائرية، المرجع السابق، ص 29 .

(3) تمثل الاستشارة في طلب السلطات المحلية مشورة أو رأي من السلطات الوصية لأجل الحصول على إرشادات ومعلومات قد تساعد الهيئة المحلية في إنجاز أعمالها. لأن الهدف الذي تنشده تحقيقه هو التنمية المحلية، ويقع على عاتقها عدم الخروج على الإطار السياسي والقانوني العام للدولة، فرغم أنها تحوز من الصلاحيات ما يمكنها من القيام بأعمالها ونشاطاتها بمقتضى قانون البلدية والولاية، لكن رغم ذلك يبقى من الضروري والمهم أن تتم عملية التنسيق بين جميع الهيئات المحلية هذا من جهة، وبين هذه الهيئات والسلطات المركزية من جهة أخرى. / بن مشري عبد الحليم، المرجع السابق، ص 107.

(4) عيساني عبد الحميد، المرجع السابق، ص 112.

والإرشادات التي تنفيذها أثناء القيام بأعمال معينة نظرا لما تتمتع به السلطة المركزية من إمكانيات وخبرات قد لا تتوفر لدى الهيئات المحلية⁽¹⁾.

ثانياً: المصادقة أو التصديق

بالنظر إلى كثرة واتساع مجال اختصاص الهيئات المحلية وجب عندئذ إخضاعها للرقابة - كما ذكرنا سابقا - بهدف ضمان مشروعية مداولاتها⁽²⁾ وملائمتها لمقتضيات المصلحة العامة⁽³⁾، وفي حالات محددة يوجب المشرع إجراء يضفي الشرعية على أعمالها وهو ما يطلق عليه إسم "التصديق". فهو يصدر عن سلطة الوصاية، بخصوص قرار بلدي أو ولائي لا اعتبار أعمالها لا تخالف القانون. إلا أن القاعدة العامة هي أن قرارات البلديات قابلة للتنفيذ دون حاجة إلى موافقة السلطة الوصائية⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس، فالتصديق⁽⁵⁾ إذن هو العمل القانوني الصادر من الجهات المركزية⁽⁶⁾، والذي بمقتضاه تقرر الوصاية أن العمل أو القرار الصادر من الجهات اللامركزية لا يخالف القانون ولا يتعارض مع المصلحة العامة ويجوز تنفيذه، أو هو عمل قانوني لاحق للعمل الذي قامت به الجهات اللامركزية، وهو ما يضفي الشرعية لأعمال الجهات اللامركزية، حتى تتمكن من تنفيذها.

ولا يجوز للجهات المركزية أن تعدل قرارات السلطة، سواء أكان بالزيادة أو النقصان، لأن ذلك يعتبر حلولا، وهذا مخالفا أساسا لفكرة اللامركزية، كما أن السلطة المركزية ملزمة أن تمارس اختصاصها بالتصديق خلال الآجال القانونية، التي حددها المشرع، وإلا عد سكوتهما تصديق ضمني⁽⁷⁾.

(1) مقطف خيرة، تطبيق نظام اللامركزية في الجزائر من 1967 إلى يومنا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002. ص176.

(2) المواد /56/ و /57/ و /58/ و /59/ من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية.

(3) عمار بوضياف، التنظيم الإداري في الجزائر بين النظرية والتطبيق، حوسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص260.

(4) مسعود شيهوب، أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، (د.م.ج)، الجزائر، 1986، ص20.

(5) يشترط لصحة التصديق توافر ما يلي:

- لا يتم تقريرها إلا بنص.

- يجب أن يكون كليا وليس جزئيا وإلا اعتبر ذلك تعديلا لقرار وهو الاختصاص الذي لا تملكه الوصاية.

- لا يمكن أن يعلق على شرط واقف أو فاسخ. له أثر رجعي إلى تاريخ صدور القرار.

(6) يقول الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي في هذا الشأن "المفروض نظريا أن تنفذ قراراتها، بغير حاجة إلى تصديق السلطة المركزية، ولكن على الرغم من اتساع هذا المبدأ، فإن المشرع بما جاء به من تنظيم قد ضيق من نظامه إلى حد بعيد، حتى أصبح المبدأ في الحقيقة هو عدم نفاذ قرارات المجلس إلا بتصديق أو موافقة". /أنظر: مصطفى أبو زيد فهمي، نظام الإدارة المحلية في القانون المقارن، مجلة العلوم الإدارية، العدد 01، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، مصر، 1961. ص171.

(7) عادل محمود حلمي، المرجع السابق، ص169.

وفي حالات محددة قد يجعل المشرع التصديق وجوبيا على بعض القرارات ويجدها على سبيل الحصر ولا يعتبرها نافذة ما لم يتم التصديق عليها من جانب الوصاية ولا تنتج أي آثار قانونية فهي تعتبر بمثابة مشروعات غير كاملة لا تستطيع الهيئات اللامركزية تنفيذها إلا بعد التصديق عليها⁽¹⁾.

ويكتسي التصديق⁽²⁾ أهمية قصوى تتمثل في تلافي الأخطار الناجمة عن تطبيقه، فهو وسيلة وقائية تستطيع السلطة المركزية حماية الأشخاص والهيئات من تنفيذ الهيئات اللامركزية لقراراتها المعيبة، الصادرة عن عدم دراية وخبرة أو لسوء قصد بعض الأعضاء⁽³⁾.

والجدير بالذكر أن المصادقة على أعمال الجماعات المحلية قد تكون ضمنية، من خلال سكوت السلطة الوصية إلى غاية نهاية الآجال المحددة التي يجب عليها خلالها إبداء رأيها فيها، وعندها يصبح القرار نافذ بقوة القانون⁽⁴⁾، وإما مصادقة صريحة وتكون بإقرارها صراحة لرأيها في عمل الهيئة المحلية.

فالمصادقة الضمنية⁽⁵⁾ تظهر عندما تنفذ مداوات الجماعات المحلية بقوة القانون، مثلا في الجزائر حددت المدة المدة بعد مرور 21 يوم من تاريخ إيداعها بالولاية، فيما عدا المداوات المستثناة قانونا وهذا ما قضت به المادة 56/ من قانون البلدية والمادة 54/ من قانون الولاية، فخلال هذه المدة يتخذ الوالي قرار التصديق فيما يخص شرعية المداولة وصحتها. كما تملك الجهتين الحق في التراجع عن المداولة التي أقرتها سابقا حين ترى أنها مشوبة

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، المقال السابق، المرجع السابق، ص 163.

(2) للتصديق عدة آثار يمكن إجمالها فيما يلي:

- التصديق ينصرف بأثر رجعي لتاريخ صدور قرار الهيئة المحلية من جهة، ومن جهة أخرى تاريخ التصديق يعد هو التاريخ الذي منه يكون عمل الهيئات المحلية قابلا للطعن فيه، فقرار الجماعات المحلية بذاته لا يرتب وحده ضررا في الحال رغم صدوره مكتمل الأثر.
- التصديق لا ينسب العمل المصادق عليه للسلطة الوصية بل العمل يبقى صادر من الشخص اللامركزي وينسب إليه وحده، وبالتالي هو من يتحمل مسؤولية الأضرار الناشئة بسبب تنفيذه فهو من يلزم بالتعويض.
- العمل المصادق عليه من السلطة الوصية لا يلزم الجهة المحلية التي أصدرته بالتنفيذ فقد تعدل عنه أو تلغيه أو تسحبه أو تعدله.
- التصديق لا يظهر العمل الصادر من الجهات المحلية من العيوب التي تشوب القرار الإداري فيظل قابلا للإلغاء إذا شابه أحد العيوب. / أنظر: إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 224.
- (3) محمد إبراهيم رمضان، الوصاية على الهيئات المحلية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1976. ص 358.

(4) René Chapus, Droit Administratif General, Tome 01, 9^{ème} Ed, op.cit, p.363.

Jean Rivero, Droit Administratif, 6^{ème} Edition, op.cit, P.321.

(5) بالرغم من هذا تبقى قيودا على الوصاية حتى تنتبه لأعمال البلديات التي هي مكلفة بها، والا عوقبت بتملص هذه الأعمال من رقابتها بعد هذه المدة طبعاً، وبالتالي فالمصادقة الضمنية هي بمثابة الجزاء الذي يسلط على الهيئة المكلفة بالوصاية في الحالتين القصدية أو غير القصدية، أي حين تعمدتها السلبية، وتجازى به أيضا نظير رعوتها وإعمالها حال السكوت غير القصدية. / أنظر: عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 107.

بعبء عدم المشروعية، ولكن ذلك ضمن آجال قانونية محددة وهو ما أكده مجلس الدولة في قراره في قضية (ك.م) ضد والي قسنطينة⁽¹⁾.

أما المصادقة الصريحة فنظرا لخطورة بعض المواضيع التي تتداول بشأنها الجماعات المحلية كان لا بد على المشرع من اشتراط المصادقة الصريحة على بعضها⁽²⁾، مثلا - في الجزائر - بالنسبة لمداوات المجلس الشعبي البلدي نصت المادة /171/ من قانون البلدية أنه لا تنفذ المداوات التي تتناول مواضيع محددة⁽³⁾ إلا بعد مصادقة الوالي عليها، وحسب المادة /134/ من قانون الولاية تم وضع نفس الأحكام فيما يتعلق بقبول الهبات والوصايا الأجنبية الموجهة للولاية فأخضعها للموافقة المسبقة لوزير الداخلية. وهذا ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراراته⁽⁴⁾.

ثالثا: للحلول

للهيئات اللامركزية كامل السلطة في أداء مهامها دون تدخل من الوصاية، فلها أن تقدر ملائمة القيام بعمل معين أو عدم القيام به حسب ما تراه من تحقيق المصلحة المحلية، غير أنه قد يحدث أن تعجز أو تقصر أو تهمل الجماعة المحلية في أداء مهام يلزمها القانون بالقيام بها، الأمر الذي يمكن أن يعرض المصالح المحلية للخطر⁽⁵⁾ وتفاديا لحدوث مثل هذه الإختلالات، وضعت سلطة استثنائية بيد السلطة المركزية في الحالات التي يتطلبها الوضع الاستعجالي وهي سلطة الحلول.

فالمراد بالحلول أو سلطة الاستبدال هو قيام الجهات المركزية مقام الجهات المحلية، لتنفيذ بعض الالتزامات القانونية، التي لم تلتزم بها الجهات اللامركزية أو أهملتها⁽⁶⁾، كما يقصد بالحلول سلطة تمكن الجهات الوصية، من إمكانية التقرير بدلا من الجهات اللامركزية. أي قيام الوصاية بمقتضى سلطاتها الاستثنائية محل الجهة اللامركزية لتنفيذ بعض التزاماتها القانونية التي هي مطالبة بها، ولم تقم بها بقصد أو لعجز أو إهمال. ولذلك سلطات الوصاية

(1) أنظر: قرار مجلس الدولة رقم 010834 بتاريخ 17/06/2003، حيث قضى بأن " قاعدة الإنشاء هي قاعدة الإلغاء وكان ينبغي تنظيم السوق أن تقدم توصياتها إلى الجهة المعنية التي عليها أن ترفع دعوى قضائية لاستصدار حكم بفسخ العقد... ولكن المستأنف عليها الثانية قامت بإجراء مخالف وحلت محل القضاء في ممارسة الاختصاص وجعلت نفسها خصما وحكما"، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص 74.

(2) عمار عوابدي، مبدأ الديمقراطية الإدارية وتطبيقاته في النظام الإداري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 191.

(3) وهي الميزانيات والحسابات وقبول الهبات والوصايا الأجنبية واتفاقيات التوأمة والتنازل عن الأملاك العقارية البلدية، أما بالنسبة للهبات والوصايا الأجنبية نظرا لخطورتها فقد أكد المشرع قبول أو رفض الهبات والوصايا الممنوحة للبلدية للموافقة المسبقة لوزير الداخلية

(4) أنظر: قرار مجلس الدولة رقم 008105 بتاريخ 2002/06/24. مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2002، ص 137. / قرار الغرفة الأولى لمجلس الدولة رقم 244 بتاريخ 19/04/1999 في قضية (دم) ضد رئيس بلدية بوسعادة ومن معه. / الحسين بن شيخ آث ملوفا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ص 31.

(5) عمر صدوق، دروس في الهيئات المحلية، د. م. ج، الجزائر، 1988، ص 3.

(6) محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة العامة، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، القاهرة، مصر، 1974، ص 17.

لها أن تعترض على النشاط غير القانوني للهيئة المحلية، كما لها أيضا أن تحل محلها عند امتناعها عن القيام بعمل ما⁽¹⁾. لذلك يتوجب على الوصاية أساسا الحفاظ على احترام مبدأ المشروعية وحماية المصلحة العامة، فتتخذ القرارات ذات النفع العام، على حساب مسؤولية الشخص اللامركزي. قاصدة من ذلك منع التجاوزات التي قد ترتكبها الهيئة المحلية بمخالفتها القوانين والتنظيمات خاصة المتعلقة بالجمال المالي.

وعلى هذا الأساس، فالحلول أخطر أنواع الرقابة الممارسة على الجماعات المحلية⁽²⁾، لسماحه إستثنائيا ووفق إجراءات محددة قانونا للسلطة الوصية بتسيير الشؤون المحلية بطريقة مباشرة، تحدد على سبيل الحصر، حتى لا تتعسف السلطات الوصية في استعمال هذا الحق، الذي يقوض فكرة استقلالية الهيئات المحلية. لأن ممارسة هذه السلطة تعتبر أقرب إلى أسلوب عدم التركيز منه إلى اللامركزية.

كما ويرى الباحث أنه يفترض في جوهر سلطة الحلول أنها تكمن في التوفيق بين حماية الحريات المحلية، التي استلزم إعطاء الشخصية المعنوية للسلطات اللامركزية، وبين فكرة الصالح العام التي يجب أن تبقى بمعزل عن الخلافات المحلية⁽³⁾.

1- صور الحلول على أعمال الجماعات المحلية⁽⁴⁾: يأخذ الحلول عدة صور أهمها:

- **الإجراء المباهر**: تتولى الوصاية بموجبه القيام بعمل تقاعست الهيئة المحلية عن أدائه، فالحلول تدخل مباشر في أعمال الجماعات المحلية، مما يجعل استقلاليتها وحريتها مهددتين.

- **إرسال مندوب خاص**: تتولى الوصاية⁽⁵⁾ القيام بإدارة مرفق بأكمله، بحيث ترسل مندوب مفوض من قبلها يقوم بإدارة المرفق، وتوضع تحت تصرفه كل الوسائل التي تملكها الهيئة وقراراته ملزمة للسلطات المحلية وكأنها صادرة منها

(1) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 14.

(2) لذا قيده المشرع الجزائري بجملة من الشروط وهي:

- لا يسمح للسلطة الوصية بالحلول محل السلطة الموصى عليها إلا بنص صريح، وهذا في حد ذاته ضمانا للاستقلالية المحلية.

- لا يسمح للسلطة الوصية بالحلول محل السلطة الموصى عليها، إلا في الحالة التي لا تقوم فيها السلطة الموصى عليها بأداء واجباتها، وبالتالي الحلول لا يكون جائزا إلا إذا كانت الهيئة المحلية ملزمة قانونا بالتصرف وامتنت عن القيام به، فالحلول لا يكون جائزا إلا في نطاق السلطة المقيدة للإدارة، أما السلطة التقديرية فلا تستوجب الحلول.

- لا يكون الحلول إلا بعد إنذار للسلطة الموصى عليها دون جدوى، فالإنذار شرط ضروري للمحافظة على استقلالية الجماعات المحلية، هذا الإنذار يأخذ شكل صريح أو ضمني، فإذا رفضت الهيئة المحلية الاستجابة للإنذار أو التزمت الصمت تجاهه، أصبح قرينة على امتناعها عن أداء عملها مما يجيز للسلطة الوصية الحلول محلها. /أنظر: عادل محمود حلمي، المرجع السابق، ص 182.

(3) عيساني عبد الحميد، المرجع السابق، ص 131.

(4) **لأكثر توضيح حول سلطة الحلول أنظر**: لباد ناصر، المرجع السابق، ص 147. / بومعزة فاروق، تدعيم مكانة الوالي من خلال النصوص المنظمة للإدارة المحلية، المحلية، المرجع السابق، ص 95.

(5) حسب المرسوم 90-226 خاصة المادة/03/ منه، فإن وزير الداخلية هو المسؤول دون غيره من الوزراء عن الولاية وهو المختص بالتدخلات وشكاوى المواطنين. المواطنين.

والصورة الغالبة للحلول هو قيام والي الولاية بالحلول⁽¹⁾ محل رئيس المجلس الشعبي البلدي وفق الحالات التي حددتها المواد 100/ إلى 102/ من قانون البلدية الحالي⁽²⁾.

رابعاً: الإلغاء

يعرف الإلغاء بأنه ذلك الحق الذي يعطي الجهات الوصية الحق برفض وإلغاء قرار صادر عن جهات لامركزية لأنه مخالف للقاعدة القانونية أو يمس المصلحة العامة، شريطة أن يؤسس على نص قانوني يخولها حق الإبطال على أن يتم ذلك في مواعيد محددة قانوناً⁽³⁾. وذلك من أجل ضمان استقرار الأوضاع القانونية.

وعليه فالإلغاء هو المكنتة التي تخول الجهات الوصية حق إلغاء الأعمال التي تعتبر غير مشروعة، وهي عملية لاحقة تتم بعد عملية التنفيذ من الجهات اللامركزية بخلاف التصريح والتصديق، فالرقابة فيهما سابقة عن تنفيذ القرارات⁽⁴⁾. وبذلك فهو وسيلة لاحقة تبتغي إنهاء واعداد هذا القرار.

لذلك يعتبر من أهم أوجه الرقابة التي تباشرها السلطات المركزية تجاه أعمال المجالس المحلية، غير أن حق السلطة المركزية يقتصر في حالة الإلغاء على إلغاء القرار المحلي كلياً دون أن تملك إلغاء بعض أجزائه والموافقة على الأجزاء الباقية، إذ يعد ذلك بمثابة تعديل للقرار، وتعتبر بعض المداوالات ملغاة بحكم القانون عندما تتناول موضوعاً خارجاً عن اختصاصه، أو عندما تكون مخالفة لأحكام الدستور والقوانين والتنظيمات، وكذا المداوالات التي تجري خارج الاجتماعات المشروعة للمجلس الشعبي البلدي.

أما البعض الأخر من المداوالات فيعتبر قابل للإلغاء ولاسيما المداوالات التي قد يشارك في اتخاذها أعضاء المجلس الشعبي البلدي، سواء كان لهم مصلحة شخصية في القضية المطروحة أو كانوا وكلاء عنها، ومن ثم يعتبر هذا البطلان من أشد أنواع الرقابة على البلديات⁽⁵⁾.

وتضع بعض التشريعات شروطاً لإستعماله منها أن يكون قرار الإلغاء مكتوباً وصريحاً ومسبباً، كما تحدد أجالاً معينة يتعين خلالها أن تتدخل الوصاية وإلا أصبح قرار الهيئة اللامركزية نهائياً، ويمتنع عليها التدخل بعد

(1) يمارس والي الولاية في الجزائر بصفته الرئيس الإداري الأعلى سلطة الحلول محل رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلاً للبلدية وفق الحالات التي حددتها المواد 101/ إلى 103/ من قانون البلدية. أما باعتباره ممثل للدولة فإنه يخضع لرقابة تسلسلية يمارسها الوالي ووزير الداخلية، وفيما يخص الوالي فهو يجسد صورة = عدم التركيز الإداري ويخضع للرقابة الرئاسية لوزير الداخلية من خلال أعماله الإدارية المتمثلة في الطعون الإدارية والتظلمات والشكاوى التي يرفعها الموظفون والمواطنون. / أنظر: بلجيل عتيقة، فعالية الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة المحلية، م. إ. ق، العدد 06، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010، ص 197.

(2) أعطى الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13/08/1985 للوالي حق الحلول محل رئيس المجلس الشعبي البلدي بالاستناد للمادة 233/ من قانون البلدية في إطار هدم البناءات التي تتم بدون ترخيص مسبق.

(3) محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 17.

(4) أحمد محيو، ترجمة محمد حرب صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الادارية، المرجع السابق، ص 118.

(5) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 110.

ذلك⁽¹⁾. كما يتم إصداره بقرار صادر عن السلطة الوصية وهو قرار منفصل ومتميز عن القرار الصادر من الهيئة المحلية. فلا يمكن لها اللجوء إلى هذه الآلية، إلا إذا نصت على ذلك قاعدة قانونية صريحة وواضحة، لأن الخروج عن القاعدة القانونية يعد مساسا بفكرة استقلالية اللامركزية الإدارية، والإلغاء أو البطلان نوعان، نسبي⁽²⁾ ومطلق. في الجزائر حولت السلطة الوصائية صلاحية إلغاء مداوات المجالس المحلية في حالات محددة تتمثل أساسا في:

- عدم الإختصاص الموضوعي: بحيث تعتبر باطلة وكأنها لم تكن جميع القرارات والمداوات التي تنصب على موضوع لا يدخل في صلاحيات واختصاصات المجالس المحلية (البلدية والولاية)⁽³⁾.

فالمشروع الجزائري لم يحدد اختصاصات الجماعات الإقليمية على سبيل الحصر وإنما إعتدما مبدأ "قاعدة الإختصاص العام"، وهو نفس الأسلوب الذي أخذ به المشروع الفرنسي حيث جعل اختصاص الجماعات الإقليمية عاما ومطلقا في كل ما يتعلق بشؤون الوحدة المحلية. ولهذا فإنه لا يمكن تحديد اختصاصات الهيئات المحلية بكل دقة، فقد يكون اليوم تصرفا أو عملا من صلاحيات السلطة المركزية وقد يصبح بعد مدة من اختصاص الهيئات اللامركزية، كما أن اختصاصات الهيئات المحلية تزداد بصفة مستمرة.

- مخالفة القانون: ويقصد بالقانون هنا معناه الواسع فيشمل كل من الدستور، القانون والتنظيم والعرف الإداري، حيث ذكر المشروع الجزائري⁽⁴⁾ عبارة المداوات المخالفة للقوانين والتنظيمات⁽⁵⁾.

- مخالفة الشكل والإجراءات: حيث تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، المداوات التي تجري خارج الدورات العادية والاستثنائية، والاجتماعات القانونية التي يعقدها المجلس المحلي أو التي تتم خارج مقره. ومن ثم لا يعقل أن يسمح لأعضاء المجلس، بعقد اجتماعات خارج الإطار الذي رسمه القانون وبالكيفية التي حددها⁽⁶⁾.

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، نظام الإدارة المحلية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 164.

(2) تتحقق حالة البطلان النسبي في إبطال المداوات التي يشارك في اتخاذها أعضاء من المجلس، وتكون لهم مصلحة شخصية في موضوع المداولة، سواء بصفتهم الشخصية أو كوكلاء. كما نص على ذلك صراحة المشروع الجزائري بمقتضى المادة /60/ من قانون البلدية والمادة /52/ من قانون الولاية. والحكمة في إبطال هذا النوع من المداوات، حتى يحافظ المشروع على مصداقية المجلس ومكانته وسط المنتخبين، وأن يبعد الأعضاء عن كل شبهة.

(3) مسعود شيهوب، أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، المرجع السابق، ص 122.

(4) لم يكتفي المشروع الجزائري في قانون البلدية بذكر عبارة المداوات المخالفة للقوانين والتنظيمات، كما جاء في قانون الولاية، بل ذكر صراحة أحكام الدستور وخص بالتحديد المواد /02/ و /03/ و /09/ وهذه المواد في مجملها تشكل ثوابت وطنية لا يلزم المجلس الشعبي البلدي وحده بالتقيد بما بل مختلف المجالس المحلية. وذكر هذه المواد الدستورية في قانون البلدية بين اتجاه إرادة المشروع الجزائري نحو الحد وتقيد استقلالية الجماعات الإقليمية والحفاظ على الوحدة السياسية للدولة فغالبا ما تكون المطالبة بالاستقلال مبنية على أسس لغوية أو دينية أو جهوية. كما أن الحفاظ على الوحدة السياسية الوطنية تعتبر من أهم الأهداف التي تسعى الرقابة الوصائية لتحقيقها، غير أن المشروع لم يذكر نفس المواد الدستورية في قانون الولاية رغم أن الأمر قد يطرح على مستوى المجالس الشعبية الولائية مما يجعل هذا الإغفال غير مبرر ما أن إقرار هذا السبب لبطلان مداوات المجالس الشعبية المحلية إنما يهدف إلى إحترام مبدأ الشرعية وضمنان تدرج القواعد القانونية في الدولة. / محمد صغير بعللي، قانون الإدارة المحلية الجزائرية، المرجع السابق، ص 103.

(5) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 143.

(6) عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 104.

وفي هذا الإطار حول المشرع الجزائري للوالي التصريح ببطان المداولة بموجب قرار معلل بالنسبة لمداولات المجلس الشعبي البلدي وحول لوزير الداخلية بالنسبة لمداولات المجلس الشعبي الولائي، واشترط أن يكون قرار البطان معللا وذلك لحماية المجالس المحلية من تعسف السلطة المركزية من جهة ولتمكين السلطة القضائية من ممارسة الرقابة القضائية.

وعلى هذا الأساس نص المشرع الجزائري على الأداة القانونية لممارسة سلطة إلغاء⁽¹⁾ قرارات الهيئات المحلية، فقرر بأن مداولات المجلس الشعبي البلدي تبطل بموجب قرار معلل من قبل الوالي، وذلك خلال شهر، ابتداء من تاريخ إيداع محضر المداولة لدى الولاية. أما فيما يخص مداولات المجلس الشعبي الولائي، فإنها تلغى بموجب قرار معلل من وزير الداخلية.

ومن جهة أخرى، إذا كان القانون أعطى الحق للوصاية أن تراقب أعمال البلدية، فإن لجوء رئيس المجلس الشعبي البلدي بمنازعة أي قرار موضوعه إبطال أو عدم المصادقة على المداولة معترف به أيضا، فيتعين ضمان حقوق كل الأطراف، لا سيما الطرف الأضعف (البلدية) بأنه إذا ما تبين أن هناك تجاوزا أو إساءة استعمال للوصاية من الوالي، أن يعرض النزاع على جهة مستقلة وهو القضاء الإداري⁽²⁾، هذا ما أورده المادة 61/ من قانون البلدية الجزائري، والتي أتاحت إمكانية رفع تظلم إداري كطريق آخر لحسم النزاع⁽³⁾.

الفرع الثالث

المسائل الإدارية المخولة

بممارسة الرقابة الوصائية في الجزائر

(1) يصدر قرار الإبطال بعد أن يقدم طلب الإلغاء إما من:

- الوالي باعتباره ممثلا للسلطة المركزية، وذلك في غضون 15 يوما الموالية لاختتام الدورة التي أقرت فيها المداولة المعنية.
- من الناخب أو دافع الضريبة، وذلك خلال 15 يوما من إشهار المداولة، وينبغي إرسال الطلب من قبل الناخب أو دافع الضريبة عن طريق البريد بموجب رسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام إلى وزير الداخلية، الذي يفصل فيه خلال مدة شهر، وإذا لم يصدر الوزير رده بعد انقضاء هذا الأجل تصبح هذه المداولة نافذة. ويترب على طلب الإلغاء سواء من الوالي أو الناخب أو دافع الضريبة، تأجيل تنفيذ المداولة محل إجراء طلب الإلغاء.
والملاحظ أن المشرع أعطى للناخب أو دافع الضريبة الحق في طلب إلغاء مداولات المجلس الشعبي الولائي، في حين لم يمكن الأفراد من ذلك فيما يتعلق بمداولات المجلس الشعبي البلدي، غير أنه أعطاهم فرصة الطعن القضائي في هذه المداولات مع إنقاص أجل الطعن إلى شهر واحد بدل أربعة أشهر المقررة لرفع دعوى الإلغاء ضد قرارات الهيئات اللامركزية.

(2) تختص المحاكم الإدارية بالفصل في المنازعات الإدارية، التي تتصدى لقرارات الوالي السابقة بموجب المادة 800/ من القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تكون الولاية طرفاً فيها، مع إمكانية الطعن في حكم المحكمة الإدارية القابل للاستئناف أمام مجلس الدولة.

(3) للمزيد أنظر: عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص 293.

كأصل عام تعتبر السلطة المركزية هي الجهة المختصة بممارسة الرقابة الوصائية⁽¹⁾. ولكن قد تمارس هذه الرقابة عن طريق هيئات عدم التركيز أي بواسطة ممثلي السلطة المركزية لدى الجماعات الإقليمية. وقد يصل توزيع سلطة الرقابة إلى أبعد من ذلك، فيخول المشرع بعض الهيئات اللامركزية الوصاية على الهيئات التي دونها، وهذا ما يعرف بلا مركزية الرقابة⁽²⁾، وبالرجوع للعديد من القوانين نجد الجهات التي تملك حق الوصاية هي رئيس الجمهورية والوزير الأول والوزراء وأيضا الولاة ورؤساء الدوائر.

أولا: السلطات الوصائية المركزية

تمارس السلطة المركزية الرقابة على الهيئات اللامركزية بما لها من سلطة تنظيمية⁽³⁾ وينصرف مصطلح الإدارة المركزية إلى المصالح الإدارية الموجودة في قمة الهرم الإداري، وعلى وجه التحديد المصالح الموجودة بالعاصمة وتمثل أهم هذه السلطات في رئيس الجمهورية والوزير الأول والوزراء .

1- رئيس الجمهورية

يعد رئيس الجمهورية الرئيس الإداري الأعلى بالنظام الإداري الجزائري وهو رئيس السلطة التنفيذية فله سلطة إصدار القرارات الإدارية النهائية بإسم الدولة ولحسابها، وتكون سارية المفعول في كل إقليم الدولة الجزائرية وأهمها، سلطة التعيين باعتباره الرئيس الإداري الأعلى في الدولة يختص بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية وفي بعض المناصب السامية، منها الوزير الأول والوزراء والولاة⁽⁴⁾، والسلطة التنظيمية التي تتمثل في تمكينه من إصدار قرارات تنظيمية في شكل مراسيم والسلطة هنا استثنائية بالتشريع بأوامر في حالات معينة⁽⁵⁾. وسلطة التنسيق لكونه الرئيس الإداري الأعلى للسلطة التنفيذية بالدولة، ولأجل أداء هذه الوظيفة يصدر تعليمات وتوجيهات وارشادات تلتزم بالتقيد بها مختلف الأجهزة الإدارية بالدولة. وسلطة حفظ النظام العام، فله إصدار قرارات إدارية لائحية وتنظيمية من أجل حفظ النظام العام، وتسمى بلوائح الضبط الإداري.

2- الوزير الأول والوزراء

أهم صلاحيات الوزير الأول هي ذات طابع إداري، تتمثل أساسا في سلطة التعيين واعداد مخطط العمل والسهر على حسن سير الإدارة العامة وتوزيع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة بالإضافة لأن لديه صلاحية

⁽¹⁾ Seriak Lahcène, L'organisation et le fonctionnement de la Commune, op.cit.P.103.

⁽²⁾ أنظر في ذلك: عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص952/. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص134.

⁽³⁾ Ibid, p.103.

⁽⁴⁾ طبقا للمادتين 92/ و 93/ من الدستور ، حيث أصبح لرئيس الجمهورية مجال واسع في عملية التعيين، وهذه السلطة لا تقبل التفويض.

⁽⁵⁾ لأكثر توضيح أنظر: سعدي فرحات، التشريع المفوض والمنافس في الجزائر منذ 1963، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002. ص69/. فريجة حسين، علاقة السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية هل تحتاج إلى إعادة نظر؟، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، جامعة محمد خيضر بسكرة، أفريل، 2009. ص 19 .

التنفيذ⁽¹⁾، فله سلطة تنفيذ القوانين والتنظيمات الصادرة عن رئيس الجمهورية، كما يسهر على حسن سير الإدارة العمومية حسب المادة /99/ من الدستور، ويوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة ويوقع المراسيم التنفيذية بعد موافقة رئيس الجمهورية.

كما يمثل الوزير الدولة في الوزارة، وفي إطار ممارسته لعمله له صفتان من جهة هو رجل سياسة يساهم في رسم السياسة العامة للدولة في إطار وزارته، وضمن ذلك يكون تحت سلطة رئيس الجمهورية أو الوزير الأول، ومن جهة ثانية يقوم بتنفيذ السياسة العامة بالدولة ضمن وزارته، في هذا الإطار هو الرئيس الإداري الأعلى لوزارته.⁽²⁾

ثانياً: السلطات الوصائية اللاتركيزية (عدم التركيز الإداري)

كما سبق ذكره يمكن أن تمارس الرقابة الوصائية من طرف ممثلي السلطة المركزية لدى الجماعات الإقليمية أو من قبل هيئات عدم التركيز الإداري، على أساس أن السلطة الوصائية كما تمارس من السلطات المركزية تمارس من السلطات اللامركزية كالوالي ورئيس الدائرة، فالوالي يعد سلطة إدارية وسلطة سياسية في نفس الوقت ويستخلص من النصوص القانونية بأنه يشكل السلطة الأساسية في الولاية، وهو حلقة الاتصال بينها وبين السلطة المركزية إذ يمارس مهام الرقابة والإشراف على جميع المجالس الشعبية المحلية الداخلة ضمن نطاق اختصاصه، كذا يمارس حق التفتيش على الأجهزة التنفيذية للمجالس المحلية والمرافق العامة الخاضعة لإشرافها⁽³⁾.

ومن جهة أخرى إن بعد السلطة الوصية عن الهيئات المحلية تسبب في ظهور إشكال متعلق بكيفية ممارسة الرقابة على الهيئات المحلية مما استدعى ضرورة منح صلاحية الوصاية لهيئات أخرى تحقق ذلك⁽⁴⁾، لذا أصبح رئيس الدائرة يمارس الوصاية على أعمال الهيئات البلدية⁽⁵⁾.

فالدائرة لا تمثل هيئة أو جماعة إدارية محلية بل هي مجرد قسم إداري مساعد للولاية⁽⁶⁾ فلا تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي القرارات والتصرفات الصادرة عن رئيس الدائرة هي من زاوية القانون صادرة عن الولاية والدعوى

(1) المواد من /79/ إلى /86/ من دستور 1996 المعدل والمتمم.

(2) لأكثر توضيح أنظر: عادل محمود حلمي، الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية، المرجع السابق، ص130. / محمد بعلي الصغير، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002، ص87.

(3) كامل بربر، نظم الإدارة المحلية-دراسة مقارنة-، المؤسسة الجامعية للنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 1996، ص149.

(4) أنظر: مرسوم رقم 82-31 مؤرخ في 23/01/1982 المتعلق بتحديد صلاحيات رئيس الدائرة (ج.ج.ج. رقم ٠).

(5) وذلك وفق الشروط التالية:

- الموافقة على مداوات المجالس الشعبية البلدية التي يقل عدد سكانها عن 50.000 نسمة.

- الموافقة على المداوات والأعمال الخاصة بتسيير المستخدمين في البلدية ما عدا حركاتهم الإدارية وانحاء مهامهم.

(6) عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص277.

ترفع ضد الوالي وليس ضد الدائرة⁽¹⁾، هذا ما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة ففي عدة قرارات له ألغى قرارات صادرة عن رئيس الدائرة لتجاوز السلطة⁽²⁾.

كذلك للوالي أن يفوض لرئيس الدائرة⁽³⁾ سلطة الإمضاء لممارسة كافة صلاحياته، كما له عدة صلاحيات يتولاها في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها حددتها المواد /09/ و/10/ و /11/ من المرسوم التنفيذي 94-215 يمارسها تحت سلطة الوالي⁽⁴⁾ بتفويض منه، وبما أن الدائرة هيكل تابع للولاية ولا تتمتع بالشخصية الاعتبارية فلا يجوز مقاضاة رئيس الدائرة بصفة منفردة ومستقلة⁽⁵⁾، كونه مثلا امتنع عن تسليم جواز السفر لمواطن بل يتم مقاضاة الوالي.

كما يقوم رئيس الدائرة وتحت السلطة الرئاسية للوالي بممارسة رقابة الوصاية على أعمال البلديات وخاصة المصادقة على بعض مداوات المجالس الشعبية البلدية التي لا يتعدى عدد سكانها 50.000 نسمة⁽⁶⁾. ويقوم بصفته ممثل للوالي بأعمال التنسيق فيما بين البلديات التابعة له ويقدم لها الاستشارة.

المبحث الثاني

الرقابة المتخصصة والرقابة بناء على تظلم

سنتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى الرقابة بناء على تظلم، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث الرقابة الإدارية المتخصصة، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

(1) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص358.

(2) أنظر: قرار مجلس الدولة رقم 011803 بتاريخ 2002/12/03 قضية (الشركة ذات الإسم الجماعي "شركة شعبان" ضد أ. ش. د. والي ولاية تيزي وزو)، حيث أعتبر هذا القرار أن قرارات رئيس الدائرة تعتبر منعقدة بطلانها من النظام العام وذلك لصدورها عن جهة غير مختصة. /أنظر: مجلة مجلس الدولة. العدد03، جانفي - جوان، 2003، ص.ص171-172.

(3) الدائرة تسير إذن من طرف رئيس الدائرة المعين بمرسوم رئاسي وباقتراح من الوالي، وتنتهي مهامه بنفس الطريقة، يتولى تنشيطها ومراقبة أعمال البلديات التابعة له من خلال الإشراف على بلدية أو بلديتين أو أكثر من بلديات الولاية يستمد شرعيته من خلال وجوده على رأس الدائرة كمقاطعة إدارية، رغم أن الإطار الذي يعمل فيه غير واضح فنظامه القانوني يرجع إلى طبيعة الهيئة في حد ذاتها، وهو يعمل تحت السلطة الرئاسية للوالي كما ذكرنا سابقا، وبهذه الصفة يمارس صلاحيات تتعلق الأولى بتمثيله للسلطة المركزية وأخرى اتجاه البلديات، فوجوده تعبير عن إرادة السلطة المركزية على المستوى المحلي، وظيفته الأساسية تنشيط وتنسيق نشاط البلديات والمؤسسات العمومية البلدية.

(4) بومعزة فاروق، تدعيم مكانة الوالي من خلال النصوص المنظمة للإدارة المحلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013. ص 97 وما يليها.

(5) عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، المرجع السابق، ص245.

(6) أنظر: مرسوم رقم 82/31 المؤرخ في 1982/01/23 المتضمن تحديد صلاحيات رئيس الدائرة ج.ر عدد 04.

الرقابة بناء على تظلم

ستتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مدلول الرقابة بناء على تظلم، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث صور التظلم، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مدلول الرقابة بناء على تظلم

إذا كانت الرقابة التلقائية، إختيارية وهي سلطة تقديرية للإدارة، فإن الرقابة بناء على تظلم، تجعل الإدارة تباشر صلاحيتها الرقابية، بناء على تظلم يتقدم به من له مصلحة فيها، أو من مسته أحد النشاطات التي تقوم بها الإدارة، سواء أكانت أعمالاً مادية أو قرارات تصدرها، تمس مراكز الأفراد القانونية، فيلتمسون من الجهات الإدارية المصدرة للقرار أو التصرف، إعادة النظر فيما صدر عنها، بما يجعله ملائماً لمبدأ المشروعية وعليه سنحاول التطرق للرقابة بناء على تظلم، بنوع من التفصيل من حيث مدلولها العام و أهم مميزاتها على صور الرقابة الإدارية الأخرى، وما هي أهم مظاهرها ووسائلها.

أولاً: مفهوم التظلم الإداري

ذهب جانب من فقه القانون الإداري إلى تعريف التظلم⁽¹⁾ الإداري على أنه "طلب مكتوب في أية صيغة كانت، يتقدم به صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو رئاستها، يتضمن رغبته في سحب الإدارة لقرار معين لعدم شرعيته". أو هو "طلب يتقدم به المعني بالقرار إلى الجهة الإدارية التي أصدرته، أو إلى الجهة الرئاسية، يطلب فيه إعادة النظر في القرار الإداري بسحبه أو تعديله وذلك قبل الالتجاء إلى القضاء"⁽²⁾.

⁽¹⁾ عرف التظلم لغة بأنه وضع الشيء في غير موضعه، وفي الشريعة عبارة عن التعدي عن الحق إلى الباطل وهو الجور، وقيل هو التصرف في ملك الغير ومجاوزة الحد، جاء في قاموس المعاني: تظلم (فعل) تظلم تظلم إلى تظلم من يتظلم، تظلماً، فهو متظلم، والمفعول متظلم للمتعدي تظلم من المعتدى عليه، شكاً من ظلمه، تظلم المظلوم صبر على الظلم، إحتتمل ظلمته فتظلم تظلمة حقه. ظلمته، إعتدى عليه. تظلم: (إسم)، الجمع: تظلمات، تظلماً لرئيسه لجنة تظلمات وكذلك جاء في لسان العرب: التظلم لغة تظلم منه شكاً منه، والمتظلم الذي يشكو رجلاً ظلمه، والمتظلم أيضاً الظالم، ويقال تظلمني فلان إلى الحاكم من فلان فظلمه تظليماً، أي أنصفه من ظالمه وأعانه عليه، والظلمة المانعون أهل الحق حقوقهم، وقيل الظلمة في المعاملة، ويقال ظلمته فتظلم أي صبر على الظلم. / أنظر: ابن منظور جمال الدين ومحمد ابن مكرم ومحمد ابن مكرم، (د.ت)، لسان العرب، مجلد 03، بيروت، لسان العرب، ص 65. / الجرجاني، الشريف علي بن محمد، التعريفات، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص 144.

⁽²⁾ محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 05.

أو كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه "الطلب الذي يقدمه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار، أو إلى الجهة الرئاسية طالبا تعديله أو سحبه". أو أنه "وسيلة قانونية لفض المنازعات الإدارية من نفس الإدارة، لطلبات صاحب الشأن كلياً أو جزئياً"⁽¹⁾.

وكما يعرفه أحدهم بأنه "إلتماس أو شكوى يقدمها أصحاب الصفة والمصلحة إلى السلطات الإدارية والولائية والرئاسية والوصائية واللجان الإدارية، طاعنين في قرارات وأعمال إدارية بعدم الشرعية وطالبيين بإلغاء أو سحب أو تعديل هذه الأعمال الإدارية يرغب المشروعة"⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، فالرقابة بناء على التظلم من تلك الرقابة الإدارية التي تقوم بها الإدارة بناء على تظلم لمراقبة أعمالها والتحقق من مدى مطابقتها للقانون أو ملاءمتها للظروف المحيطة بها⁽³⁾، أي تتحرك هذه الرقابة نتيجة قيام أصحاب الشأن بتقديم تظلمات إلى من صدر منه التصرف أو العمل لإعادة النظر في تصرفه ليعمل على تعديله أو إلغائه أو سحبه إذا ما اقتنع بصحة التظلم المقدم إليه⁽⁴⁾.

ويرى الباحث أن التظلم الإداري هو لجوء صاحب الشأن إلى الإدارة قصد التظلم من قرار ألحق الضرر بمركزه القانوني طالبا تعديله أو سحبه.

ولبيان، التظلم هو طلب مكتوب بصيغة معينة يتقدم بها صاحب المظلمة للجهة التي تصدر القرار الإداري أو السلطة الرئاسية، ويتضمن الرغبة بسحب القرار الذي يصدر عنها بسبب عدم المشروعية، وهو أحد الإجراءات الإدارية التي لا تتسم بالصفة القضائية، فهو دعوى يمكن أن تدفع الإدارة لسحب قرارها أو إلغائه أو تعديله، يتضمن كافة المعلومات المتعلقة بمحتوى القرار ومضمونه، ويجوز تقديمه من خلال البريد أو المحضر القضائي وباليد.

وعليه، الوضع الغالب في إجراء الرقابة أن الإدارة لا تتحرك في معظم الأحيان إلا بناء على تظلم إداري يقدمه صاحب الشأن، وفي هذه الحالة تتولى الإدارة بنفسها مراجعة تصرفاتها الصادرة عنها⁽⁵⁾. ومثال ذلك أن يتقدم مواطن إلى جهة الإدارة بطلب ترخيص للبناء أو لفتح محل تجاري، فترفض جهة الإدارة طلبه صراحة أو ضمناً بعدم الرد⁽⁶⁾.

(1) محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، ص331.

(2) فادي نعيم جميل علاونة، المرجع السابق، ص124.

(3) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص210.

(4) عبد الغني بسبوي عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص67.

(5) أنظر: البوريني عبد الرحمن، التظلم الإداري كوسيلة بديلة لفض المنازعات الإدارية في ضوء اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد3، العدد1؛ تشرين الأول 2011، ص11.

(6) إبراهيم عبد العزيز شيجا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص229.

والأصل في التظلم أنه اختياري⁽¹⁾، بحيث يحق للأفراد إبداء هذا التظلم أمام الإدارة ابتداءً، أو الطعن مباشرة ضد عمل الإدارة أمام القضاء، ومع ذلك فاستثناء من هذا الأصل للمشرع أن يوجب على كل ذي مصلحة التظلم سلفاً أمام الإدارة قبل الالتجاء إلى القضاء، وهو ما أخذ به المشرع في مصر عند تنظيم مجلس الدولة، حيث جعل التظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية التي تعلوها، أمراً إلزامياً في بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر والاستثناء، قبل اللجوء إلى القضاء⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق، قد يتوجه الفرد المتضرر من تصرفات الإدارة بتظلمه إلى رجل الإدارة الذي أصدر التصرف الإداري (تظلم ولائي)، أو إلى رئيس من صدر عنه التصرف محل التظلم (تظلم رئاسي)، أو أمام لجنة إدارية تشكل خصيصاً وفقاً للقانون لفحص تظلمات الأفراد، مما قد يمثل ضماناً أكثر جدية في الرقابة على أعمال الإدارة. وهذا هو المعنى المحدد في قضاء فرنسا ومصر.

والحالة هذه، تقوم الجهة الإدارية التي قدم لها التظلم بفحصه للتأكد من مدى صحة ومشروعية التصرف محل التظلم، فإذا تبين لها جدية التظلم وصوابه. فإنها تقوم على تصحيح تصرفها أو الرجوع عنه لتفادي ما شابه من عيوب. وتبدر الإشارة إلى أن التظلم الإداري تعرض من حيث السلطة المختصة به سواء أكان تظلماً ولائياً أو تظلماً رئاسياً إلى العديد من الانتقادات لاسيما عدم استناد هذا النوع من التظلم لاعتبارات قانونية، وإنما يعود إلى اعتبارات العفو، ويضع المتظلم موضع الإذلال، بل أنه قد يبدو الرئيس الإداري في شخص من يمنح ويمنع ليس غير، وربما يقابل التظلم في بعض الأحيان بنوع من المكابرة يستعلي بها مصدر القرار عن الرجوع فيه⁽³⁾.

كما أن أصول التنظيم القانوني تقتضي ألا تنظر المسألة أمام درجة واحدة من درجات التقاضي مرتين، بمعنى أنه لا يجوز أن يكون الرئيس الإداري خصماً وحكماً في ذات الوقت. كما أنه قد يؤدي إلى تراجع وإعادة التفكير من قبل صاحب الشأن الذي صدر بشأنه القرار التأديبي حتى لا يقف أمام نفس الجهة التي ينتمي إليها ولو

(1) الأصل أن تترك الحرية لتقدير أصحاب العلاقة فلا إجبار أو إكراه، فالتظلم يكون إختياري والإستثناء فيه إجباري، ففي بعض الحالات والظروف يقوم المشرع بتقدير الجدوى من التظلم قبل القيام بتحريكها، وذلك يعتبر شرط إضافي من الشروط الأساسية لقبول الدعوى. وقد إستقر القضاء الإداري في كثير من الدول على أن القرارات الإدارية يمكن أن تكون خلال مدة معينة للدعوى القضائية أو للتظلم الإداري، وهذا التظلم يجب أن يكون اجبارياً ليعتبر قاطعاً لموعد الطعن، حيث يقتصر التظلم الإجباري على الموظفين العموميين وعلى قرارات محددة تكون واردة وتمس بشكل مباشر حياتهم الوظيفية، والغاية منه التقليل من القضايا الواردة قدر الإمكان، والعمل على تحقيق عدالة إدارية بأسلوب أسهل للأفراد، وذلك بإنهاء المنازعة في المراحل الأولى إذا كانت الإدارة تعتقد أن مقدم التظلم يمتلك حقاً في التظلم الذي قدمه، وفي حالة رفضها أو عدم البت في التظلم خلال الموعد المحدد، فإن لمقدم التظلم اللجوء للتقاضي مع عدم إمكانية فعل ذلك قبل التقدم بهذا التظلم. وفي إحدى أحكامها قضت المحكمة الإدارية العليا الأردنية بأن " اللجوء إلى القضاء هو أمر إختياري، ولا يلزم الموظف باللجوء إلى القضاء كما يشترط أن يكون التظلم الإداري واضح ومعناه محدد وشامل لكافة العناصر التي تساعد على بحث هذا التظلم الذي يجب أن يكون منصب على قرار معين وألا يكون مبين فيه سبب التظلم الذي يتظلم منه. / أنظر: شحادة موسى مصطفى، مبدأ حق الإنسان في محاكمة عادلة في المنازعات الإدارية في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق، الكويت العدد الثاني، السنة الثامنة والعشرون، 2004، ص 115.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 211.

(3) الوكيل محمد إبراهيم خيري، التظلم الإداري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012، ص.ص 44-45.

كانت رئاسية موقف المتهم الذي يستعطف الإحسان. والأفضل أن يسلك المتظلم طريق رفع دعوى الإلغاء لدى محكمة القضاء الإداري لضمان حياد القاضي في إحقاق الحق .

وبالرغم من الإنتقادات الموجهة إلى التظلم فإنه حضي بعناية خاصة نظرا لأهميته باعتباره وسيلة من وسائل حل النزاعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة إداريا ووديا.

ثانيا: تمييز التظلم الإداري عن غيره

ما يميز التظلم عن الإلتماس أو الإسترحام، فالتظلم الإداري يقوم على وجود نزاع بين الإدارة والمتظلم؛ مما يميز التظلم عن طلب الإلتماس حيث تبدو فكرة النزاع في الإلتماس مستبعدة، كما أن التظلم يفترض محاصمة قرار إداري معيب، في حين يكمن توجيه الإلتماس على قرار صحيح قصد استعطف الإدارة نحو صاحب الشأن، كطلب تأجيل نقل موظف عام مراعاة لظروفه الصحية، فضلا عن ذلك فإن التظلم يتضمن بشكل صريح الطلب بإعادة النظر في القرار الإداري المعيب، إما بسحبه، أو بإلغائه، أو بتعديله، وهو ما لا يتوافر في الإلتماس.

كما إن للتظلم إجراءات محددة، ويقدم خلال زمن محدد كي ينتج أثاره القانونية في قطع مدة الطعن بالإلغاء فيما تغلب الاعتبارات الإنسانية على الإلتماس، فلا ينتج أثارا قانونية كتلك التي يرتبها التظلم الإداري⁽¹⁾. كما أن تقديم الإلتماس لا يحجب عن صاحبه حق تقديم التظلم الإداري فيما لو رفضت الإدارة الاستجابة للإلتماس المقدم إليها.

أما ما يميز التظلم الإداري عن دعوى الإلغاء، فعلى الرغم من الإرتباط الوثيق بينهما إلا أن ثمة فروق جوهرية كبيرة بين النظامين، وتتجلى هذه الفروق بالنقاط التالية:

- ليس للتظلم خصائص الدعوى، وإنما إجراء يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة طالبا منها العدول عن قرار غير مشروع، بينما الإدعاء بالإلغاء أمام القضاء من طبيعة قضائية، ولا بد من توافر سمات الدعوى القضائية كي ينتج أثاره.
- يختلف التظلم الإداري عن دعوى الإلغاء في نتيجة نظر الدعوى، فتفصل السلطة الإدارية في التظلم الإداري بقرار إداري يخضع للنظام القانوني للقرارات الإدارية، في حين أن المحكمة الإدارية تفصل في دعوى إلغاء القرار الإداري بحكم قضائي يخضع للنظام القانوني الذي يحكم الأحكام القانونية⁽²⁾.
- يختلف التظلم عن دعوى إلغاء القرار الإداري أمام القضاء، حيث يقدم التظلم الإداري إلى السلطات الإدارية التي تبت فيه بصفتها تلك، بينما تقدم دعوى إلغاء القرار أمام محاكم القضاء الإداري.

(1) الأحمـد نجم، التظلم الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 29، العدد 3، 2013، ص14.

(2) علي حطار شطناوي، المرجع السابق، ص140.

- تمارس الإدارة في التظلم رقابتي المشروعية والملاءمة، فتلغي أو تعدل أو تسحب القرار المعيب، بينما لا يزال الطابع العام للرقابة القضائية أنها رقابة مشروعية، وليست رقابة ملائمة، فتلغي المحكمة القرار غير المشروع دون أن يكون لها الحق في تعديله.

- يختلف التظلم عن دعوى الإلغاء من ناحية التبعات والأثار القانونية التي تنتج عن كل منهما، فالإدارة غير ملزمة قانونا بالرد أو الإجابة على التظلم الإداري حيث بإمكانها أن تتجاهله، في حين يتعين على المحكمة الإدارية قانونا أن تفصل في دعوى الغاء القرار الإداري المرفوعة أمامها.

الفرع الثاني

صور التظلم الإداري

ويمكن تصنيف التظلم الإداري بالنظر للسلطة الإدارية التي يقدم إليها التظلم إلى ثلاثة أنواع، تظلم ولائي، تظلم رئاسي وتظلم أمام لجنة إدارية.

أولاً: التظلم الولائي

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف التظلم الولائي بأنه "الطلب الذي يتقدم به ذو المصلحة المتضرر من القرار إلى من أصدر القرار المخالف للقانون طالبا منه أن يعيد النظر في قراره، إما بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله، أو باستبداله بعد أن يبصره بوجه الخطأ الذي شاب قراره" أو هو "الطلب الذي يتوجه به صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار موضوع التظلم يسألها مراجعته وإعادة النظر فيه بغرض تعديله أو الغائه أو سحبه بما يتفق وقواعد المشروعية وبما يتلاءم والاعتبارات المحيطة، وذلك بعد أن يبين المتظلم أوجه المخالفة التي شابت قرار الإدارة مشيراً إلى الأسباب التي يستند إليها في تظلمه"⁽¹⁾.

كما يعد التظلم الولائي نوعاً من أنواع التظلم الإداري، يتقدم به صاحب الشأن الذي صدر بحقه قرار إداري في صورة شكوى أو اعتراض إلى السلطة التي أصدرت القرار بشأنه، بغرض إعادة النظر مرة أخرى في هذا القرار، وذلك بالسحب أو الإلغاء أو التعديل أو الاستبدال بآخر، وذلك وفقاً لما تملكه هذه السلطة من صلاحيات في شأن النظر في هذا القرار⁽²⁾، أي يملك صاحب الشأن أن يقدم تظلماً إدارياً إلى مصدر القرار قبل مخاطبة مشروعيته قضائياً، ويعد تقديم هذا التظلم اختيارياً من حيث المبدأ العام ما لم يوجب القانون غير ذلك⁽³⁾.

(1) مشاقبة نايل عبد القادر، التظلم الإداري في قضاء محكمة العدل العليا - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، ص 27.

(2) الوكيل محمد إبراهيم خيزي، المرجع السابق، ص 41-42.

(3) العبادي، محمد وليد، المرجع السابق، ص 104.

حيث تكمن أهمية هذا النوع من التظلم بأنه يعطي الفرصة إلى مصدر القرار الذي قدم التظلم إليه بأن يعيد النظر فيه ومراجعته وتدقيقه فإذا تبين له عيب في القرار، يمكن له أن يعيد النظر ويتدارك الخطأ وفقاً لما نص عليه القانون سواء بسحب القرار أو إلغائه أو تعديله⁽¹⁾.

وغالبا ما ينظر إلى التظلم الولائي بصورة جادة من قبل مصدر القرار، إذا ما استند إلى أسباب معقولة خشية لجوء صاحب الشأن إلى الجهات الرئاسية، أو إلغائه قضائيا، غير أن هناك حالات يستنفذ فيها مصدر القرار سلطاته بمجرد صدور القرار، فلا يجوز له بعد ذلك الرجوع عنه ومن الأمثلة على ذلك القرارات الصادرة عن مجالس التأديب الإداري حيث أنه من المسلم به أن هذه المجالس تستنفذ ولايتها بمجرد صدور القرار التأديبي، كما لا تملك في الغالب أية جهة إدارية أخرى التعقيب على هذه القرارات بالإلغاء أو التعديل، ما لم يوجد نص قانوني صريح يقضي بغير ذلك⁽²⁾.

وتتحلى هذه الصورة بأن يقوم المتضرر من فعل الإدارة أو تصرفها بتقديم تظلم استرحامي إلى الجهة التي صدر منها هذا التصرف طالبا منها تصحيح خطأها سواء كان ذلك عن طريق العدول عن التصرف وتعديله أو استبداله بغيره⁽³⁾. حيث يتوجه المتضرر بالتظلم إلى الجهة التي صدر منها التصرف، يطلب مراجعة القرار، وإعادة النظر فيه، إلغاء أو تصحيحا أو تعديلا، وفق لما يقتضيه القانون⁽⁴⁾.

أي والحالة هذه، تقوم الإدارة بفحص هذا القرار المتظلم منه، والتأكد من مشروعيته واتخاذ الإجراءات اللازمة، لتفادي ما شابه من نقص ومحاولة تعديله، وجبر الأضرار الناجمة عنه.

وتأسيسا على ماسبق، يمكن لصاحب الشأن أن يقدم تظلمه إلى مصدر القرار قبل مخاصمة مشروعيته قضائيا، ويعد تقديم هذا التظلم اختياريا من حيث المبدأ العام ما لم يقضي القانون بغير ذلك. والتظلم هو اختياري في القانون الجزائري⁽⁵⁾.

ومن ثم فالتظلم الولائي ليس موازيا للتظلم الرئاسي، بل إنه بديل عنه في حالات الهيئات الجماعية أو التي ليس لها رئيس لتمتعها بالاستقلالية، كما هو الحال في القرارات الصادرة في المجالس واللجان ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة والوزير... الخ. فهؤلاء جميعا ليس لهم رئيس، فالوزير هو الرئيس الإداري الأعلى في وزارته لأنه

(1) محمود عبد الله محمد، الأحكام الجزائية والموضوعية للتظلم الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة طنطا، 1994. ص.42-43.

(2) مشاقبة نائل عبد القادر، المرجع السابق، ص.27.

(3) أنظر : خليفة عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص.13.

(4) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2001. ص.52.

(5) تنص المادة /830/ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار، في الأجل المنصوص عليه في المادة /829/ أعلاه".

المستول عن سير المرفق وليس رئيس الحكومة، الذي له عليه سلطات سياسية وليست إدارية، كذلك الحال لرئيس الجمهورية. ويقصد بالرئيس الإداري هو من يتمتع بعناصر السلطة الرئاسية الكاملة كالتعيين، التوقيف، التأديب... الخ⁽¹⁾.

ثانياً: التظلم الرئاسي

يقدم هذا التظلم للجهات الإدارية، التي لها الحق في ممارسة سلطة رئاسية، إلى الجهة التي أصدرت القرار محل التظلم، ويقدم ممن له مصلحة وشأن في ذلك⁽²⁾، حيث يطلب إعادة النظر في القرار، إما بتعديله أو سحبه أو إلغاءه وفق ما تقتضيه مبادئ المشروعية، والملائمة ولا يمكن تصور هذا النوع من التظلمات، إلا في ظل التنظيم الإداري المركزي، الذي يقوم على فكرة التدرج الهرمي⁽³⁾.

والتظلم الرئاسي هو التظلم المقدم إلى الرئيس الإداري الأعلى لمصدر القرار. وعلى هذا الأساس يوجه التظلم الرئاسي إلى السلطة الرئاسية للجهة مصدرة القرار وهي السلطة الإدارية التي تمتلك قانوناً حق رقابة مشروعيه قرارات مصدر القرار. إذ أن القوانين والأنظمة تسمح للرئيس الأعلى برقابة نشاط رؤوسيه ودراسة ملف الموضوع بموضوعيه تمكنه من اكتشاف أوجه الخلل والقصور في إدارته وتقييم أداء رؤوسيه وضمان تحقيق التنسيق المنشود لرفع كفاءة الإدارة⁽⁴⁾.

وقد سلك المشرع الجزائري مسلكاً يتسم بالبساطة فحسم الأمر بالنص صراحة على أن الهيئة التي يوجه إليها التظلم الرئاسي هي الجهة التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار وليس السلطة الرئاسية الأعلى الموجودة في قمة الهرم السلمي ولا باقي السلطات الأقل منها مرتبة. فعن طريق السلطة الرئاسية نلاحظ أن الرئيس يمارس رقابة على أعمال الرؤوسين، والهدف من ذلك تكريس المشروعية الإدارية، وذلك أن التظلم الرئاسي يرفع إلى الهيئات العليا الممارسة للرقابة على رؤوسيه⁽⁵⁾.

(1) محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 63.

(2) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية ديوان المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص 52.

(3) أنظر: سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 210.

(4) عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 14. وللزيد أنظر: فؤاد العطار، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 75.

(5) محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 27.

ومن أهم التطبيقات⁽¹⁾ على التظلم الرئاسي في التشريع الجزائري تقدم التظلم لدى الوزير المختص، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بالوزارة وخصوصا عند صدور القرار من جهة تتمتع بالشخصية المعنوية كالجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وغالبا ما يراعى ذلك تمهيدا لتحقيق الإجراءات الشكلية عندما لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

وما ننتهي إليه، أن التظلم الإداري الرئاسي يعتبر إجراء جوهرى وضروري لا بد أن يرفع إلى السلطة التي تعلق مباشرة الجهة مصدرة القرار.

ثالثا: التظلم أمام اللجان الإدارية

يحدث المشرع أحيانا لجانا إدارية يناط بها صلاحية الفصل في بعض صور التظلم الإداري ويحدد المشرع عادة الصلاحيات التي تتمتع بها إذا قررت قبول الاعتراضات المقدمة شكلا والاستجابة لها موضوعا، وتملك قبول أو رفض تلك الاعتراضات شكلا أو موضوعا ويتعين لممارسة لجان الاعتراض صلاحيتها بصورة قانونية أن تبقى تلك الاعتراضات قائمه حين نظرها أما إذا سحب المعارض تظلمه فتنتهي مهمة هذه اللجان⁽²⁾.

وتتشكل هذه اللجان من كبار الموظفين الإداريين مهمتها رقابة مختلف الأعمال والتصرفات التي تجريها الإدارة، قصد تعديل أو إلغاء أو سحب ما يكون منها مخالفا للقانون أو غير ملائم وقد توجد هيئات متخصصة في رقابة نوع معين من الأعمال الإدارية كديوان المحاسبات المصري الذي يتولى الرقابة المالية على إيرادات الدولة ونفقاتها وللتأكد من أن هذه الأخيرة قد تم صرفها في الأغراض التي خصصت الاعتمادات من أجلها.

أو كلجان متساوية الأعضاء في المسائل التأديبية في الوظيف العمومي في الجزائر؛ بحيث تتولى رقابة نشاط الإدارة المتصل بشؤون التوظيف ومختلف أوجه مسار الموظف فتتحقق من مدى مطابقة هذا النشاط أو عدم مطابقته للقوانين والتنظيمات والتعليمات الصادرة تنفيذا أو تفسيريا لها⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس، يقدم أصحاب المصلحة والشأن تظلما أمامها، فيحدث أن تخطر هذه اللجان الرئيس الإداري للجهة مصدرة القرار الذي يكون له الكلمة النهائية في هذا الخصوص، وقد يكون لهذه اللجنة صلاحية الفصل دون الرجوع للرئيس.

(1) وفي القضاء الإداري الأردني، ما ذهبت إليه محكمة العدل العليا الأردنية إلى القول " أن طلب المستدعي من المحافظ الايعاز لرئيس البلدية لإعادته إلى عمله هو من قبيل التظلم من القرار المطعون فيه والمتضمن الاستغناء عن خدماته للجهة الادارية صاحبة الوصاية على البلدية. قصد به العودة عن قرار إنهاء خدمته وسحبه ولا يعتبر إذعانا للقرار المطعون فيه. / قرار محكمة العدل العليا الأردنية، رقم 1994/305، هيئة خماسية تاريخ 1995/2/4 منشور في مجلة المحامين بتاريخ 1995/1/1.

(2) نورجان الأيوبي، المرجع السابق، ص.ص 17-18.

(3) عمار عوايدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، مرجع سابق، ص 15. / للمزيد أنظر: ماجد راغب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 60.

وتشكل لجان التظلم عادة من عناصر إداريه متعددة عالية الكفاءة ومتخصصة وتصدر قراراتها بالإجماع أو الأكثرية وغالبا ما تكون قطعية ينشئها المشرع بنصوص قانونية، تحدد اختصاصها وتبين صلاحيتها، حيث تتولى هذه الأخيرة مهمة فحص القرارات الصادرة عن الإدارة، وما مدى مشروعيتها دون الرجوع إلى الرئيس الإداري الأعلى، حيث تقرر إما تقرير العمل بالقرار أو سحبه أو تعديله أو إلغاءه.

المطلب الثاني

الرقابة الإدارية المتخصصة

(رقابة الهيئات المستقلة)

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مدلول الرقابة الإدارية المتخصصة، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث مجلس المحاسبة وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مدلول الرقابة

الإدارية المتخصصة

بالرغم من مما لصور الرقابة الأخرى من أثر وضمان احترام الإدارة للقانون في تعاملها مع الأفراد، وعدم لمساس بحقوقهم وحررياتهم، إلا أن ما يكتنفها من نقص، كاتصافها بالطابع العام في الرقابة، كما هو الحال بالنسبة للرقابة السياسية، أو التعقيد والبطء في إجراءاتها بالنسبة للرقابة القضائية، أو إمكانية انحيازها لجانب الإدارة؛ كما هو الحال في الرقابة الإدارية. لا يحقق النتائج المرجوة من تلك الرقابة، فأصبحت لا تتوافق والتطور السريع في عمل الإدارة، بالإضافة إلى تعقد العملية الإدارية واتساع مجالها، زاد من حالات تجاوزها وخرقها للقانون.

من ثمة، كان من الضروري تعزيز تلك الصور، وإيجاد بدائل إضافية لضمان تقويم عمل الإدارة ورد مخالفتها وتجاوزاتها، إذ عمدت العديد من الدول إلى استحداث آليات جديدة لمراقبة عمل الإدارة بالتوازي مع صور الرقابة الموجودة، وتجسدت هذه الآليات الرقابية المستحدثة، في شكل هيئات مستقلة تعنى أساسا بوظيفة الرقابة على أعمال الهيئات الإدارية والتصدي لتجاوزاتها ومخالفاتها، وذلك من خلال تعدد اختصاصاتها وصلاحياتها في المراقبة العملية والميدانية لمختلف أجهزة الإدارة العامة.

الرقابة الإدارية المتخصصة، هي تلك الرقابة التي تباشر بواسطة هيئات أو لجان إدارية، حيث تخصص كل منهما برقابة نوع معين من أوجه النشاط الإداري المختلفة، وكثيرا ما تعطى الضمانات التي تمكنها من إدارة الوظيفة الرقابية. فهي غالبا ما تتمتع بدرجة عالية من الاستقلال المالي والإداري، ويتمتع العاملون فيها بحصانة معينة، كما يكون لها صلاحيات واسعة في الحصول على البيانات والمعلومات التي تكفل قيامها بالمهام الرقابية⁽¹⁾.

فلما كان هدف الرقابة الإدارية هو ضمان سير المرافق العمومية بانتظام تحقيقا للصالح العام، فإن جل التشريعات تحرص دائما على تعزيز الرقابة الإدارية وتوليها اهتماما إضافيا في جميع أوجه نشاطاتها ومجالاتها، من خلال أجهزة أو لجان إدارية متخصصة⁽²⁾ بما يكفل تحقيق الغرض من الوقاية بصورة إيجابية ومثيرة.

ولما كان المفهوم الحديث للرقابة يتطلب اختصاصا وتقنية ومتابعة تتجاوز في أكثر الأحيان قدرة المشرفين وإمكاناتهم، فقد عمدت غالبية الدول إلى إيجاد أجهزة متخصصة تنظم أعمالهم في جميع تلك الصور. لتحقيق الرقابة بطريقتين؛ إما بتدخل الجهة الإدارية من تلقاء نفسها لممارسة الرقابة والتعقيب، وإما بتدخل السلطة الإدارية بناء على تظلم صاحب الشأن المتضرر من القرار الإداري المعيب، وبما أن التدخل التلقائي عمل اختياري وتقديري فإنها لا تثير أية إشكالية من جانب السلطة الرقابية، أما التدخل بناء على تظلم صاحب الشأن فإنه يترتب على سلطة الرقابة التزاما قانونيا بممارسة هذه الرقابة والرد على التظلم المقدم إليها بالرفض أو القبول⁽³⁾.

وبما أن التدخل التلقائي عمل اختياري وتقديري، فإنها لا تثير أية مشكلة من جانب السلطة الرقابية، أما التدخل بناء على تظلم صاحب الشأن يستوجب الرد على التظلم المقدم إليها بالرفض أو القبول، بحيث إذا رفضت ممارسة الرقابة، فإن تصرفها هذا يكون خاضعا للطعن فيه قضائيا بدعوى عدم المشروعية.

ويعرف هذا النوع من الرقابة بأنه رقابه خارجية، بحيث يباشر هذا النوع من الرقابة هيئات إدارية منحها القانون صلاحية رقابة أعمال بعض الوحدات الإدارية، ويختص كل منها برقابه نوع معين من أوجه النشاط الإداري المختلف، فمنها من يراقب الجوانب المالية ومنها من يختص بالرقابة على الأعمال الإدارية.

(1) أحمد صقر عاشور، مرجع سابق، ص 317 وما بعدها

(2) ثم تطور الأمر بهذه الهيئات -في بعض الدول- لتصبح مع الزمن هيئات قضائية بالمعنى الصحيح. / طبعمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 264-265.

(3) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 210.

هذه الأجهزة الخاصة تنشئها الدولة للقيام بدور رقابي، منها في الجزائر الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد⁽¹⁾ واللجنة الوطنية العليا لترقية وحماية حقوق الإنسان، وكافة مجالس وهيئات أخلاقيات العمل العام والمهني في المرافق والمؤسسات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة، ورقابة مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية، ويطلق عليها مصطلح الرقابة الأخلاقية، لأن الهدف الأول لهذا النوع من الرقابة هو حماية مجموع الأخلاق والقيم المتأصلة والنابعة من المجتمع، وأيضا حماية القيم والأسس والمقومات التي يستند عليها الحكم الراشد ودولة القانون. وعلى هذا الأساس ظهرت العديد من هاته النماذج الجديدة للرقابة على عمل الإدارة، في التطبيقات العملية للعديد من دول العالم، مع بروز بعضها كنماذج فعالة أثبتت نجاحها في ممارسة مهمة الرقابة وأخذت في الانتشار إلى نظم أخرى، كنظام وسيط الجمهورية⁽²⁾.

ونظام المفوض البرلماني أو اللامبودسمان⁽³⁾، والمدعي الإشتراكي العام⁽⁴⁾ وبعض النظم الأخرى، والتي نتعرض فيما يلي لبعض تطبيقاتها العملية وبيان كيفية تنظيمها واختصاصاتها الرقابية.

(1) وفي إطار الحملة ضد الفساد في الجزائر تم سن القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الذي ضمنه تم تأسيس الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بموجب المادة 17/ منه. هذه الهيئة لديها سلطة إدارية مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تعمل تحت سلطة رئيس الجمهورية، ولكي تؤدي مهامها الرقابية وصلاحياتها على النحو المطلوب في مكافحة الفساد وطنيا ومحليا يجب أن تتمتع بالاستقلالية، وقد تضمنت المادة 19/ من نفس القانون مجموعة من الأحكام المختلفة لقواعد الاستقلالية الخاصة بالهيئة، ويتم قياس استقلالية هذه الهيئة من خلال تدابير إما الطابع الجماعي للجهاز، وتعدد الهيئات المكلفة بتعيين واقتناء الأعضاء وتحديد عهدتهم بالإضافة لعدم خضوعهم للسلطة التنفيذية. وتم منحها اختصاصات بالمواد 20/ و 21/ و 22/ من نفس القانون، أغلبها ذات طابع استشاري فرغم تسميتها بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، إلا أن دورها يتعلق أساسا بالوقاية وليس بالمكافحة، خاصة أن المادة 22/ منه تنص على أنه يتعين على الهيئة عندما تتوصل إلى وقائع ذات وصف جزائي، أن تحول الملف إلى وزير العدل الذي يختص بتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء.

(2) تم استحداث وسيط الجمهورية في النظام الجزائري بموجب المرسوم 113/96 المؤرخ في 23/03/1996 كهيئة تعنى بمراقبة عمل الأجهزة الإدارية وتلقي شكاوى وتظلمات الأفراد ضد الإدارة، وله الفصل في العديد من القضايا الاجتماعية الاقتصادية، المالية، التجهيز، العدالة، التربية، الصحة الداخلية وغيرها من القضايا، مع استثناء الدفاع الوطني وامن الدولة والسياسة الخارجية. أنظر: صويلح بوجمعة، وسيط الجمهورية كأدوات الرقابة الإدارية الفعالة، محاضرة مقدمة للملتقى الوطني التأسيسي حول هيكلة الإدارة وفعاليتها وظيفتها في المجتمع -نظرة مستقبلية-، رئاسة الجمهورية الجزائرية، وسيط الجمهورية، 23 و24 مارس 1997، ص.ص 102-103. /لأكثر توضيح حول وسيط الجمهورية أنظر:

M. Gentot, Les Autorités Administratives, 2^e Ed, Clefs, Politique, Montchrestien, E.J.A, paris ? 1994, p.139.

(3) لأكثر توضيح حول المفوض البرلماني أنظر: حمدي عبد المنعم، نظام امبودسمان أو المفوض البرلماني، مجلة العدالة، العراق، 1981، ص 61.

(4) لأكثر توضيح حول المدعي الإشتراكي أنظر: جابر جاد نصار، مستقبل نظام المدعي العام اشتراكي في النظام القضائي المصري، بحث مقدم الى المؤتمر السنوي الثامن لجامعة المنصورة، ص 35.

الفرع الثاني

مجلس المحاسبة

يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، حيث تهدف الرقابة التي يمارسها أساسا إلى حماية النظام المالي الجزائري، وبذلك نجد أنه يأتي على أرس هيئات الرقابة التي استحدثتها المشرع الجزائري للمحافظة على المال العام.

إن المشرع الجزائري بإصداره للأمر رقم 20/95 المعدل بموجب الأمر رقم 10-02 أعاد تنظيم مجلس المحاسبة ليكرس بعض الصلاحيات بشكل أوسع في مجال الرقابة على استعمال الأموال العمومية والقيم والوسائل العمومية للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات، مهما كان الوضع القانوني لمسير هذه الأموال، كما أعاد هذا الأمر الاختصاصات القضائية لمجلس المحاسبة.

وتأسيسا على ما سبق يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية. وهو بهذه الصفة يدقق في شروط استعمال وتسيير الموارد والوسائل المادية والأموال العمومية من طرف الهيئات التي تدخل في نطاق اختصاصه ويتأكد من مطابقتها عملياتها المالية والمحاسبية للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

كما تهدف الرقابة التي يمارسها من خلال النتائج التي يتوصل إليها، إلى تشجيع الإستعمال المنتظم والصارم للموارد والوسائل المادية والأموال العمومية وترقية إجبارية تقديم الحسابات وتطوير شفافية تسيير المالية العمومية. ويساهم في مجال إختصاصه ومن خلال ممارسة صلاحياته في تعزيز الوقاية⁽¹⁾ ومكافحة جميع أشكال الغش والممارسات غير القانونية أو غير الشرعية التي تشكل تقصيرا في الأخلاقيات وفي واجب النزاهة أو الضارة بالأموال العمومية⁽²⁾.

وما يميزه عن غيره من الهيئات الرقابية هو تمتعه بالإستقلال العضوي⁽³⁾ وتمتعه بالسلطات والصلاحيات الكفيلة بقيامه برقابة بعدية فعالة على تسيير الأموال العمومية.

فمن حيث الهيآت الإدارية الخاضعة لرقابته تم تحديدها بموجب الأمر 95-20 في المواد من 07/ إلى 12/ منه، بحيث تخضع لرقابته :

(1) أنظر: القانون رقم 06 - 01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 والمتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته.

(2) أنظر: المادة 02 من الأمر رقم 95 - 20 المؤرخ في 19 صفر عام 1416 الموافق 17 يوليو سنة 1995 والمتعلق بمجلس المحاسبة.

(3) لأكثر تفصيل حول الطبيعة القانونية لمجلس المحاسبة أنظر: الأمر رقم 10 - 02 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010 يععدل ويتمم الأمر رقم 95 - 20 المؤرخ في 19 صفر عام 1416 الموافق 17 يوليو سنة 1995 والمتعلق بمجلس المحاسبة. / القانون رقم 80-05 المؤرخ في 01 مارس 1980 المتعلق بمجلس المحاسبة. / الأمر 95-23 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة.

- مصالح الدولة المتمثلة في رئاسة الجمهورية، الحكومة، الوزارات.

- الجماعات الاقليمية المتمثلة في الولايات والبلديات.

- المؤسسات والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري.

كذلك يراقب مجلس المحاسبة تسيير المؤسسات العمومية والشركات والهيئات مهما يكن وضعها القانوني، التي تملك فيها الدولة أو الجماعات الاقليمية أو المرافق أو الهيئات العمومية الأخرى جزء من رأس مالها، كذلك يراقب مجلس المحاسبة نتائج استعمال المساعدات المالية (إعانات و ضمانات أو رسوم)⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أنه كان يدخل ضمن إختصاصاته رقابة مالية المؤسسات العمومية⁽²⁾ ذات الطابع الصناعي والتجاري بمقتضى القانون⁽³⁾ رقم 90-32، تم إستبعادها بمقتضى التعديلات اللاحقة.

وتأسيسا على ما سبق تعتبر قرارات مجلس المحاسبة قرارات إدارية باعتباره هيئة دستورية تتمتع بصلاحيات إدارية⁽⁴⁾. وصلاحيات قضائية⁽⁵⁾ على أساس أن الاجراءات المتبعة في ممارسة مهامه الرقابية مشابهة للقضاء العادي، سواء من حيث حق الدفاع أو العلانية في إصدار القرارات، وحق الطعن الذي لا يختلف كثيرا عما هو معروف في القضاء العادي، فإذا كان موضوع الطعن يتمحور حول الفصل في خصومة مطروحة بين الأطراف على حق شخصي، فإن قرارات مجلس المحاسبة تهدف إلى حماية الأموال العامة للدولة⁽⁶⁾.

أما بالنسبة للقرارات الصادرة على أساس ممارسة الصلاحيات الادارية كميّار للفعالية والاقتصاد في مجال التسيير فإنها ذات طبيعة توجيهية تمكن الهيئة الخاضعة للرقابة من إصلاح الأخطاء، فهي ذات طبيعة توصيات أو إرشادات توجه إلى الهيئة المعنية أو تقارير توجه إلى رئيس الجمهورية.

أما الجزاءات المترتبة عن قرارات مجلس المحاسبة فيصدر عنه عقوبات من نوع خاص، تشمل العقوبات التأديبية والغرامات المالية، وقد تحرك الدعوى الجنائية، وهذا عند تأكد المجلس من ارتكاب المخالفات المالية. أما الجزاءات

(1) صدوق عمر، تطور التنظيم القضائي الإداري في الجزائر، ط1، تيزي وزو، 2001، ص30.

(2) أنظر: الأمر رقم 01-04 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها المعدل والمتمم.

(3) أنظر: القانون رقم 90-32 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 4 ديسمبر سنة 1990 والمتعلق بتنظيم مجلس المحاسبة وعمله.

(4) لأكثر توضيح حول الصلاحيات الإدارية لمجلس المحاسبة أنظر: محيو أحمد، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص104. / مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (الهيئات والإجراءات أمامها)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص104.

(5) أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 56-96 المؤرخ في 02 رمضان 1416 الموافق ل 22 يناير 1996، يحدد انتقاليا الأحكام المتعلقة بتقديم الحسابات إلى مجلس المحاسبة، ج ر ج عدد 06 صادرة في 24 جانفي 1996.

(6) زغدود علي، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص174.

المرتبة عن الصلاحيات الإدارية تتمثل في المذكرة التقييمية وتوصيات، الغرض منها تصحيح الأخطاء وتداركها، إضافة إلى التقارير المتعلقة بالتسيير، وتتمثل في التقرير الفصلي و السنوي⁽¹⁾.

المبحث الثالث

نطاق وتقدير الرقابة الإدارية

ستتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى نطاق الرقابة الإدارية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث تقدير الرقابة الإدارية، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

نطاق الرقابة الإدارية

كما ستتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول رقابة مشروعية القرارات الإدارية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث الرقابة الإدارية على ملائمة القرارات الإدارية الصحيحة وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

رقابة مشروعية

القرارات الإدارية

يتميز القرار الإداري بأنه عملاً إدارياً قانونياً نهائياً، يفصح عن مضمون الإرادة المنفردة والملزقة للإدارة في مواجهة الأفراد، بعد تخطيه لمراحل الإقتراح والتحضير، وبلوغه مرحلة إنتاج الأثر القانوني⁽²⁾، وبالرغم من ذلك؛ فإنه يخضع بعد صدوره للرقابة الإدارية للتأكد من مدى مشروعيته وملائمته⁽³⁾. وقد ينتهي الأمر بتعديله أو إلغاءه أو سحبه من قبل جهة الإدارة المختصة⁽⁴⁾.

(1) علي زغدود، نفس المرجع، ص 174.

(2) محمد فؤاد عبد الداسط، القرار الإداري "التعريف والمقومات- النفاذ والإنقضاء"، المرجع السابق، ص 26.

(3) محمد السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، د.ط، 164.

(4) فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة- دراسة لأصول هذه الرقابة ومدى تطبيقها في القانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة،

على أن يصدر بقرار إداري آخر صادر بنفس أداة القرار الأول ويتبع ذات الإجراءات؛ تطبيقاً لقاعدة توازي أو تقابل الأشكال، فالقرار المكتوب لا يلغيه إلا قرار مكتوب أيضاً. والقاعدة التنظيمية العامة التي تصدر بأداة من درجة معينة لا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بأداة من ذات الدرجة أو من درجة أعلى.

بالإضافة إلى التمييز بين القواعد التي تحدد الجهة الإدارية المختصة، والقواعد التي تبين الإجراءات والأشكال التي يصدر بمقتضاها القرار والقرار المضاد، ومن هنا تكون قاعدة توازي الأشكال صحيحة ومنتجة في ما يتعلق بالسلطة المختصة، أما في ما يتعلق بالشكل والإجراءات⁽¹⁾ فهي غير لازمة دائماً في حالة إلغاء القرار⁽²⁾.

والأصل أن الرقابة الإدارية تنصب على الأعمال غير مشروعة للإدارة، فتستطيع إلغاء هذه التصرفات، أو سحبها أو الاكتفاء بتعديلها. أما التصرفات الصحيحة، فالقاعدة العامة أنه لا يجوز سحبها أو إلغاؤها حتى ولو كانت مخالفة لمقتضيات ملاءمة إصدارها إلا استثناء لاعتبارات معينة.

كما أنه يجوز لها الرجوع في الأعمال غير مشروعة إستناداً إلى مقتضيات مبدأ المشروعية، ويختلف مدى هذا الحق المعترف به للإدارة باختلاف درجة عدم مشروعية العمل، فقد تكون مخالفة المشروعية كلية مما يدفعها إما إلى سحب العمل أي إبطاله بأثر رجعي منذ لحظة صدوره، وإما إلى إلغاء العمل أي إبطاله بالنسبة للمستقبل فحسب، وقد تكون المخالفة للمشروعية جزئية، ومن ثم تكفي بتعديل عملها بما يزيل الجوانب غير المشروعة في العمل مع إبقائه صحيحاً.

ولما كانت أعمال الإدارة إما أن تكون أعمالاً مادية أو أعمالاً قانونية، فإن الواقع يشير إلى إستحالة سحب الأعمال المادية، إذ أن الأثر الرجعي المترتب على السحب إنما يقوم على مجرد خيال قانوني، فإذا اصطدم هنا الخيال بالواقع فلا بد من تغليب هذا الواقع، وبناء عليه فإن الأثر الرجعي للسحب لا يمكن أن يؤدي إلى اعتبار أحد الأفعال التي وقعت في الماضي وكأنها لم تحدث.

وتطبيقاً لذلك فإذا كان لسحب الأعمال المادية أثر رجعي يستند إلى اللحظة التي تم فيها العمل، إلا أن هذا المحاز القانوني لا يمكن أن يهدم في الواقع ما تم فعلاً من أعمال مادية. وعليه فلا يتصور بالنسبة للأعمال المادية أن تسحب بأثر رجعي، وإنما يمكن إلغاء هذه الأعمال وهو ما يعني في حقيقة الأمر وقفها بالنسبة للمستقبل أي التوقف عن إتمامها، مع جواز إزالة ما قد يكون قد تم من أعمال قابلة للإزالة.

(1) وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في أحكام عديدة له أن السلطة المختصة بإصدار قرار الفصل هي نفس السلطة المختصة بالتعيين، دون أن تكون الأولى مع ذلك ملزمة باتباع نفس الإجراءات التي اتبعتها الثانية، ما لم ينص القانون صراحة على ذلك، ومن ثم يكون القرار الصادر بفصل موظف دون أخذ رأي جهة معينة نص القانون عليها في شأن التعيين يكون قراراً مشروعاً.

(2) ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

وتبعاً لما تقدم فإن المجال الطبيعي لسحب الأعمال الإدارية أو إلغائها إنما يتعلق بالقرارات الإدارية غير المشروعة دون غيرها من أعمال الإدارة.

أولاً: سحب القرارات الإدارية غير المشروعة

للإدارة أن تبطل القرار الإداري غير المشروع، أي المعيب من الناحية القانونية، عن طريق سحبه أي إبطاله بأثر رجعي وما يترتب على ذلك من زوال كل أثر قانوني للعمل منذ نشأته⁽¹⁾.

فقد عرف⁽²⁾ جانب من الفقه سحب القرار على أنه "العمل الذي ينهي القرار من قبل الجهة الإدارية التي أصدرته واعتباره كأن لم يكن" أو أنه "محو القرارات الفردية المعيبة بأثر رجعي عن طريق مصدرها"، أو أنه "محو القرارات المعيبة بأثر رجعي عن طريق مصدرها"⁽³⁾. غير أن هذه التعريفات يؤخذ عليها بأنها تقتصر الحق في السحب على السلطة مصدرة القرار أي يأخذ بالتظلم الولائي فقط، وينكر حق السلطة الرئاسية في سحب القرارات المعيبة التي تصدر عن الجهات التابعة لها.

كما عرفه جانب آخر على أنه "طريقة خاصة لإنهاء القرار بأثر رجعي بإرادة مصدر القرار أو سلطته الرئاسية بالشروط التي حدد القانون الإداري"⁽⁴⁾ أو أنه "إنهاء رجعي للقرار عن طريق مصدره أو من السلطة الرئاسية"⁽⁵⁾.

أو بأنه "إلغاء بأثر رجعي"⁽⁶⁾، إستناداً إلى هذا التعريف فإنه يمتاز بالسهولة واليسر فهو يبين أن السحب ينطوي على شقين الأول هو إلغاء أي إنهاء الوجود المادي والقانوني للقرار، والشق الثاني تنتهي كل آثاره سواء بالنسبة للماضي أو المستقبل، فيعيد الأوضاع إلى ما كانت عليه في السابق. وأن أثر السحب لا يقتصر على الحاضر فقط بل يمتد ليشمل الماضي والمستقبل، وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه وكأن القرار لم يصدر.

ويترتب على ذلك إلغاء القرار بأثر رجعي منذ تاريخ صدوره وإلغاء كافة الآثار التي نجمت عن صدوره في الماضي أو التي يمكن أن تترتب عليه مستقبلاً، أي أن السحب يؤدي إلى اعتبار ذلك القرار كأن لم يصدر.

ومن خلال ما تقدم نلاحظ أنه يترتب على سحب القرار الإداري الآثار التالية:

- السحب هو محو للقرار الإداري.

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 214.

(2) سحب القرار لغة: هو سل الشيء وانتزاعه من شيء آخر. ويقال: سحب، يسحب، اسحب. سحبا، الشيء جره على الأرض. ويعني السحب أيضا استرداد، استرجاع، رجوع عن الأمر. السحب في القاموس القانوني هو "عملية إعدام آثار القرار بالنسبة إلى الماضي والمستقبل بحيث يعتبر القرار كأنه لم يولد إطلاقاً". / أنظر: إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، 2002، ص 251.

(3) Bounard-Rouger, *Precis de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit, Paris, 1943, p.111.

(4) Forget Jean Pierre, *Le Régime Juridique et Administratif du Permis de Construire*, J.D, Paris, 1977, p.11.

(5) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 460.

(6) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 876.

- يؤدي سحب القرار إلى إلغاء آثاره بالنسبة للماضي والمستقبل.

- يؤدي سحب القرار إلى إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب.

كما تجدر الإشارة إلى أن قرار السحب يعتبر قرار إداري، يخضع لما تخضع له كافة القرارات الإدارية من أحكام خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للأحكام القضائية⁽¹⁾ التي تتمتع بحجية الشيء المقضي به، ولا يتم الطعن فيها إلا إستنادا للطرق التي رسمها القانون في التشريعات القضائية.

وهذا ما ذهب إليه الفقه إلى أن السحب الإداري يتم بقرار إداري يخضع لكافة القواعد والأحكام المنظمة للقرارات الإدارية فالقرار المسحوب إذا كان سليما لا يجوز الرجوع فيه إلا وفقا للحدود المقررة في هذا الخصوص، فإذا كان غير مشروع فإنه لا يمكن الرجوع فيه إلا من خلال مدد الطعن⁽²⁾.

وسواء صدر قرار السحب عن الجهة مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية⁽³⁾ فهو في النتيجة قرار إداري لا يجوز الرجوع فيه إلا في إطار المدة القانونية المقررة للسحب، ويشترط لذلك أن تتوفر في قرار السحب ذات الشروط المقررة لصحة القرار الإداري من حيث الاختصاص والسبب والشكل والغاية والمحل.

وتسحب الإدارة قراراتها التي أصدرتها بموجب السلطة المقيدة التي فرضها عليها القانون أو بموجب السلطة التقديرية الممنوحة لها وهناك قرارات تحتاج إلى تظلم -في صورة التظلم الإجباري- أمام الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية قبل رفع دعوى إلغاء القرار الإداري أمام القضاء، فيكون أمام الإدارة فرصة سحب القرار المعيب وتصحيح الأوضاع قبل أن تخرج بالوقوف أمام القضاء.

كما أن المبدأ العام أن الرئيس الإداري يستطيع سحب القرار الذي أصدره المرؤوس إلا أن القانون قد يحدد أن بعض القرارات التي تصدر من جهة معينة لا يمكن أن تسحب إلا من نفس تلك الجهة ولا يجوز لجهة أخرى سحب القرار الإداري الذي صدر من الجهة الأولى، خاصة إذا كانت الجهة الأخرى هي أدنى في السلم الإداري، فصدور قرار معيب من قبل وزير لا يمكن أن يسحب من قبل المدير العام بل يجب أن يسحب من نفس الجهة التي أصدرته أو من جهة أعلى منها⁽⁴⁾.

(1) للتمييز بين قرار السحب والحكم القضائي وتكريسا لما تقدم ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن " الحكم القضائي هو الذي تصدره المحكمة بمقتضى وظيفتها القضائية، ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية تقوم بين خصمين، وتتعلق بمركز قانوني خاص أو عام ولا ينشئ الحكم مركزا قانونيا جديدا، وإنما يقرر في قوة الحقيقة القانونية وجود حق لأي من الخصمين أو عدم وجوده، فيعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به متى حاز قوة الشيء المقضي به أحكام القضاء الإداري". / أنظر: الدائرة الاستئنافية- ق 562 جلسة 1980/03/12.

(2) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص782.

(3) حيث جاء في قرار محكمة القضاء الإداري المصرية " أن القاعدة العامة هي أن السلطة التي تملك سحب القرار الإداري، هي السلطة التي أصدرته أو السلطة الرئاسية لها. / أنظر: سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص643.

(4) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص383.

ويوجد من القرارات ما رسم القانون طريقاً لسحبه فتكون الجهة التي تسحب القرار الإداري ليست هي الجهة الإدارية التي أصدرته ولا الجهة الرئاسية لها. وإنما حدد القانون جهة إدارية أخرى تستطيع سحب بعض القرارات الإدارية مثل القرارات الصادرة من لجان الجمارك واللجان الضريبية. مثلاً في العراق بعض القرارات التي تصدر من بعض اللجان الصحية واللجان الزراعية، حيث لا تستطيع الجهة التي أصدرت القرار سحبه ولا الجهة الرئاسية لها لأن القانون حول لجان أخرى متخصصة في النظر في الاعتراضات بشأن القرارات الصادرة من تلك الجهات الأولى وبالنتيجة فإن جهة ثالثة هي المخولة بسحب القرار الإداري ونجد تلك اللجان في وزارة الصحة وفي وزارة الزراعة⁽¹⁾.

ويشترط لسحب القرار الإداري⁽²⁾ أن يكون هذا القرار مشوباً بعيب قانوني، أي بعدم المشروعية منذ صدوره، بحيث ينسحب الأثر الرجعي للسحب إلى اللحظة التي صدر فيها القرار. فيعتبر كأن لم يكن وتزول كافة الآثار القانونية التي أنشأها، أما العيب اللاحق لصدور القرار فإنه لا يخول الإدارة سلطة سحبه وإنما لها فقط أن تلغيه بحيث لا يكون لهذا الإلغاء أي أثر رجعي، وإنما تقتصر آثاره على المستقبل⁽³⁾.

والحالة هذه، فالإدارة تستطيع سحب قرارها الصادر بتعيين أحد الموظفين إذا تبين لها فيما بعد أنه لم يكن حاصلًا على شهادة الإقامة المحلية وقت تعيينه وكان تمتعه بهذه الشهادة أحد شروط التعيين في الوظيفة وبقيائه

(1) أحمد سلامة بدر، التحقيق الإداري والمحاكمة الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 143.

(2) فيما يتعلق بتحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة للتمتع بسلطة سحب القرارات الإدارية، ذهب الفقه إلى ثلاثة اتجاهات.

– تحقيق المصلحة الاجتماعية: يرى أصحاب هذا الرأي أن الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في قراراتها تحقيق المصلحة العامة، والتي تعد هدفاً عاماً يجب أن تسعى الإدارة إلى تحقيقه أثناء مباشرتها وسلطتها وإدارتها للمرافق العامة فإن تجاوزته، فإن تصرفها يوصم بعبء الانحراف وإن هذا الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في السحب من شأنه تأمين استقرار المراكز القانونية للأفراد؛ مما يؤدي في النتيجة إلى تحقيق المصلحة العامة أو المصلحة الاجتماعية للأفراد، واستناداً إلى ما تقدم يعطي أصحاب هذا الرأي الأولوية لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية على مبدأ المشروعية؛ لأن في ذلك ضماناً لانتظام عمل المرافق العامة.

– احترام القواعد القانونية: يرى أنصار هذا الرأي أن الأساس القانوني الذي تستند منه الإدارة حقها في سحب القرارات الإدارية يقوم على مبدأ القواعد القانونية، وأن مخالفة الإدارة لهذا المبدأ من شأنه أن تنسحب القرارات الصادرة عنها بعبء المخالفة القانونية؛ مما يوجب عليها مراعاة هذا المبدأ في جميع القرارات التي تصدرها، ومنحها الحق في سحب القرارات المعيبة والمخالفة لهذا المبدأ في أي وقت نشأ ضمن الأصول القانونية، ويمنع على الأفراد التمسك بالقرار المعيب أو التمسك بأية حقوق ناشئة لهم تجاه الإدارة، وإذا أضر قرار السحب بأحد يمكنه الاعتراض. وعليه فإن مبدأ احترام القواعد القانونية يسمو على مبدأ الحقوق المكتسبة للأفراد ويمكن الإدارة من سحب القرار الباطل في كل وقت تحقيقاً لمبدأ المشروعية.

– التوفيق بين مبدأ المراكز القانونية للأفراد ومبدأ مراعاة القواعد القانونية: استناداً إلى هذا الرأي يتعين على الإدارة أن تعمل على التوفيق بين الحقوق المكتسبة للأفراد ومبدأ احترام القانون، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى العديد من الاجتهادات القضائية التي تؤيد وجهة نظرهم، حيث ذهب محكمة القضاء الإداري المصرية إلى القول "من المقرر في قضاء هذه المحكمة بأن سحب القرارات الإدارية لا يجوز حصوله بعد انقضاء ستين يوماً على صدورها، ولا اعتبار لما تدفع به الحكومة من أن المسألة لا تعدو أن تكون خطأ وقعت فيه عند حساب مدة خدمة المدعي بسبب عدم دقة الموظفين المختصين، فلما استبان لها هذا الخطأ أصلحته وردت الأمر إلى نصابه الصحيح أخذاً بالقاعدة الأصلية، أن الخطأ لا يجوز إغفاله والإبقاء عليه، وهو لا يكسب أحد حقاً ويضفي عليه مركزاً قانونياً جدير بالاحترام؛ لأنه يقابل هذه القاعدة قاعدة أصلية أخرى هي أحق بالرعاية وأولى بالتقدم ومن مقتضاها كفالة الاستقرار، وتوفير الطمأنينة لحفظ المراكز القانونية وجعلها بمنأى عن الزعزعة والاضطراب، ولو كانت مشوبة بعيب فوات الوقت الذي عينه القانون للطعن عليها من جانب ذوي الشأن عن طريق دعوى الإلغاء". / أنظر: عمار عوادي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص 16. / أنظر: عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية فقهية، المرجع السابق، ص 236.

(3) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 214.

فيها، فإذا كان فقدما لاحقا لتعيينه، فإن هذا لا يجيز سحب قرار التعيين الذي كان صحيحا وقت صدوره، وإنما يقتصر أثره على إلغائه بالنسبة للمستقبل فحسب.

كما ينتج عن سحب القرار الإداري آثار إيجابية⁽¹⁾ وذلك بضرورة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار الإداري. كما يجب إصدار كافة القرارات الادارية اللازمة لإعادة الحال إلى ما كانت عليه فسحب القرار الإداري بفصل الموظف يستوجب إعادته إلى الوظيفة وصرف رواتبه كما لو كان مستمرا في الخدمة ولم يصدر قرار إداري بحقه بشأن الفصل.

وكذلك فإن سحب القرار الإداري بمنح الرخصة من قبل الإدارة يتطلب الرجوع إلى الحال التي كانت عليها قبل منح الرخصة، إما بالنسبة للآثار السلبية فتظهر في إنهاء الآثار التي رتبها القرار الإداري المسحوب، فإن صدر قرار اداري مثلا بترقية موظف ثم سحب هذا القرار ينبغي إعدام الآثار التي تترتب على الترقية ومنها التبعات المالية والإدارية⁽²⁾.

ويقع على القرار الساحب إنهاء آثار القرار المسحوب من يوم صدوره وتجرده من آثاره القانونية وبأثر رجعي ومن الناحية العملية فإن سحب القرار الإداري يؤدي إلى تداخل الآثار الإيجابية والسلبية بحيث لا يوجد فصل واضح بينهما لأن نتيجة سحب القرار الإداري هي إتهائه وبأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن من تاريخ صدوره. ويترتب على بطلان القرار الإداري بأثر رجعي نتيجة سحبه، بطلان كافة القرارات الإدارية اللاحقة له إذا كانت جميعها تتعلق بعملية قانونية واحدة تربط بينها⁽³⁾، كما لو كان القرار المعيب يمثل جزءا من عملية إتمام أحد العقود الإدارية، كقرار قبول عطاء مقدم من إحدى الشركات، فإن سحب مثل هذا القرار يؤدي إلى إتهام الأساس الذي تم إبرام العقد الإداري بمقتضاه ومن ثم يعتبر العقد أيضا كأن لم يكن.

و أما إذا كان القرار الذي سحبه الإدارة والقرار اللاحق لا يكونان جزئي عملية قانونية واحدة، فإن سحب القرار الأول لا يؤدي إلى بطلان القرار الثاني ما لم يكن هناك ارتباطا وثيقا بينهما، ومثال ذلك أن سحب قرار تعيين أحد الموظفين يؤدي إلى بطلان جميع الترقيات التي تكون قد صدرت لصالح هذا الموظف، فإذا لم يكن هناك علاقة ارتباط بين القرار المسحوب والقرار اللاحق، فإن بطلان القرار الأول لا يمس القرار اللاحق.

فمثلا إذا أصدرت الإدارة قرار بفصل أحد الموظفين وكان هذا القرار معيبا بعدم المشروعية، فقامت الإدارة بسحبه بعد فترة، فإن هذا السحب لا يؤثر على أي قرار آخر تكون الإدارة قد أصدرته خلال هذه الفترة، كما لو

(1) ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية-موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية-، المرجع السابق، ص125.

(2) ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية- موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية-، نفس المرجع، ص125.

(3) أنظر: سعد عصفور، القضاء الاداري، المرجع السابق، ص231.

عينت موظفاً آخر بدلاً من الموظف المفصول، وبذلك فإن عودة الموظف المفصول إلى عمله لا يستتبع حتماً بطلان تعيين الموظف الآخر.

ومع ذلك يلزم ملاحظة أن هناك بعض القيود التي ترد على ترتيب الأثر الرجعي لقرارات السحب الصادرة من الإدارة، وذلك أخذاً ببعض الاعتبارات أو استناداً إلى بعض النظريات والمبادئ، ومثال ذلك حماية مصالح الغير حسن النية طبقاً لنظرية الموظف الفعلي أو وفقاً لنظرية الأثر بلا سبب.

ومن أهم القيود التي ترد على سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المعيبة، عدم جواز سحب القرارات اللاتحجية للإدارة، لأن السحب بأثر رجعي يتعارض مع مبدأ عدم جواز رجعية القرارات الإدارية، حيث يتجه الرأي الراجح فقهاً وقضاءً إلى عدم جواز سحب اللوائح وجواز إلغائها فحسب. على أساس أن الدستور لم يجز الرجعية إلا في القوانين، وأن المقصود بالقوانين هنا هو معناها الضيق الذي يقتصر على التشريعات التي يقرها البرلمان، وذلك لأن الأثر الرجعي للقوانين أمر استثنائي طبقاً للدستور، مما يتعين معه الأخذ بالتفسير الضيق لهذا الاستثناء⁽¹⁾.

كما يوجد جانب من الفقه يرى جواز سحب القرارات التنظيمية التي لم ترتب حقوقاً للأفراد أو لم تنشئ مراكز قانونية أو لم تصدر استناداً إليها قرارات فردية رتبت حقوقاً للغير. كما أجاز القضاء سحب القرارات التنظيمية التي لم تدخل حيز التطبيق أو القرارات التي تسحب من أجل المصلحة العامة.

إلا أن القضاء الإداري لم يجز سحب القرارات التنظيمية التي صدرت بالاستناد إليها قرارات إدارية فردية، ومن ثم اكتسابهم حقوقاً ومراكز قانونية لا يجوز المساس بها وتستطيع الإدارة إلغاء القرارات الإدارية التنظيمية السليمة التي لم تطبق وإنهاء آثارها المستقبلية لأن السحب والإلغاء يؤدي إلى نفس النتيجة لأن القرار غير مطبق⁽²⁾.

ويرى جانب آخر أن القرار الإداري التنظيمي لا يسحب إلا بالنسبة للمستقبل لأنه يتضمن قواعد عامة مجردة، ويبدو أن الإدارة تلجأ إلى إلغاء القرارات التنظيمية وإنهاء آثارها بالنسبة للمستقبل دون أن تسحبها كما أن الإدارة وقعت أحياناً في خلط بين سحب القرار التنظيمي وإلغائه⁽³⁾.

بيد أنه يجب ملاحظة أن بطلان القرارات الإدارية قد يتمثل في انعدام القرار أو بطلانه بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، ولذلك يتعين توضيح أن المبادئ السالف ذكرها إنما تنطبق على القرارات الإدارية الباطلة دون

(1) ماجد راغب الحلوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 321.

(2) محمد كامل ليلة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 123.

(3) حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 177.

المنعدمة، فهذه الأخيرة هي قرارات ليس لها وجود قانوني ومن ثم لا تنتج أي أثر قانوني، بالرغم من وجودها من الناحية المادية باعتبارها محررات لها مظهر القرارات الإدارية، وتبعاً لذلك يكون من المستحيل سحب القرار المنعدم ما دام ليس له وجود قانوني.

وعليه؛ فلا يمكن القول بأن للإدارة أن تتجاهل هذه القرارات وأن تتصرف باعتبارها غير موجودة وذلك دون حاجة إلى أن تعلن سحبها صراحة، لأن القرارات المنعدمة وإن كانت غير موجودة قانوناً إلا أنها موجودة من الناحية الفعلية، ومن الجائز أن تكون قد ترتبت عليها بعض الآثار المادية الخطيرة لدرجة لا يمكن معها تجامل وجودها والتصرف باعتبارها كأن لم تكن.

كما تجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء قد استقرا على أنه بالنسبة للقرارات المنعدمة فإنه يجوز سحبها دون تقيد بميعاد، وعلى العكس من ذلك، قد استقر أيضاً على أن القرارات الإدارية غير المشروعة التي لا تصل إلى حد الانعدام، وإنما تكون باطلة فحسب وسواء كانت باطلة بطلاناً مطلقاً أو نسبياً فإن قرارات سحبها تتقيد بميعاد الطعن بالإلغاء أمام القضاء ضد تلك القرارات وهي 60 يوماً في مصر وشهرين في فرنسا و4 أشهر في الجزائر⁽¹⁾. بحيث لا يجوز سحبها إلا خلال هذه المدة المقررة لرفع دعوى الإلغاء، أو خلال نظر هذه الدعوى إذا ما رفعت فعلاً أمام القضاء، فيجوز للإدارة أن تسحب هذا القرار المعيب دون انتظار الحكم ببطلانه، طالما أن الإلغاء القضائي ممكناً خلالها⁽²⁾.

ثانياً: إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة

إذا نشأ القرار الإداري صحيحاً فليس هناك من مبرر لإبطاله عن طريق الإدارة بسحبه، إلا أنه قد يشوب هذا القرار عيب لاحق يجعله غير مشروع، وفي هذه الحالة ينبغي على الإدارة إبطاله ولكن دون حاجة إلى تقرير أثر البطلان منذ انشائه، ولذلك تكتفي الإدارة بإبطال هذا القرار بالنسبة للمستقبل فقط وذلك عن طريق إلغاء هذا القرار وليس سحبه.

وعلى هذا الأساس فإن إلغاء القرارات الإدارية يهدف إلى إبطال هذا القرار بالنسبة للمستقبل فحسب وذلك اعتباراً من تاريخ الإلغاء، مع ترك آثاره قائمة في الماضي، ويشترط لممارستها لهذا الحق أن ينشأ القرار المطلوب إلغائه صحيحاً ثم يشوبه عيب لاحق يجعله غير مشروع، وتظهر أمثلة هذه العيوب في القرارات الإدارية ذات الأثر المستمر، كترخيص الضبط و عقود التزام المرافق العامة وتعيينات الموظفين العموميين.

(1) أنظر: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فقد حدد المدة بأربعة أشهر وذلك حسب نص المادة /829/ والتي تنص "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 217.

ومثال ذلك فقد الموظف الجنسية الوطنية، وزواج الممثل الدبلوماسي أو القنصلي المصري من أجنبية، إذ يؤدي ذلك إلى إنهاء رابطة التوظيف في الحاليتين، ومثال ذلك أيضا فقد المرخص له أهلية الإلتزام، ففي هذه الحالات تكون بعض الشروط التي يقضي القانون بضرورة توافرها لصحة القرار الإداري قد تخلفت، كشرط الجنسية الوطنية أو عدم الزواج من أجنبية أو أهلية الإلتزام.

ولما كان إلغاء القرار الإداري يترتب نتيجة إصابة القرار بعد نشوئه صحيحا بعبء عدم المشروعية، فإنه مهما طاللت المدة التي تمر على القرار منذ صدوره، يكون للإدارة أن تقوم بهذا الإلغاء حينما يصاب القرار بالعبء القانوني، وهو ما يعني أن إلغاء القرار لا يتقيد بميعاد الطعن القضائي.

على أنه يجوز للإدارة أيضا أن تلجأ إلى إلغاء القرارات الإدارية التي تكون غير مشروعة منذ صدورها، بدلا من سحب هذه القرارات، حتى يمكن أن تقتصر آثار هذا الإلغاء على المستقبل دون الماضي، وفي هذه الحالة يلزم على الإدارة أن تقوم بهذا الإلغاء خلال ميعاد الطعن القضائي، بحيث أنه بانقضاء هذا الميعاد يتحصن القرار من الإلغاء الإداري ويلحق بالقرارات المشروعة ويأخذ حكمها باعتبارها أساسا للحقوق المكتسبة.

و أن علة عدم سريان الإلغاء على الماضي بالنسبة للآثار التي نجمت عن القرار هو في ضرورة عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد - ولا يقصد هنا الحقوق الشخصية بالمعنى الدقيق أو المراكز القانونية الذاتية، وإنما الحقوق بمعناها الواسع سواء تلك التي تنشأ نتيجة أعمال شرطية أو أعمال ذاتية - ذلك أن مبدأ الحقوق المكتسبة المسلم به في القانون يقتضي استقرار الأوضاع والمراكز القانونية، وبالتالي من الجائز للإدارة إلغاء أي قرار إداري في أي وقت طالما أنه لم ينشئ حقوقا للأفراد تأخذ حكم الحقوق المكتسبة.

لذلك يكون من الضروري هنا أن نفرق بين نوعين من القرارات الإدارية:

1 - القرارات التنظيمية أو اللوائح

يرى جانب من الفقه أنه يجوز للإدارة في كل وقت أن تعدل اللوائح، أو أن تلغيها أو تستبدل بها غيرها وفقا لمقتضيات الصالح العام، ومرجع هذه القاعدة هي الأحكام التي تخضع لها المراكز النظامية العامة، فاللوائح إنما تنشئ مراكز نظامية عامة، وهذه المراكز النظامية العامة تخضع لقاعدة التغيير والتبديل في كل وقت وفقا لمقتضيات الصالح العام.

وفي قرار مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر في 18 فبراير سنة 1953 يقضي بأنه " يجب التفرقة بين المراكز القانونية العامة والمراكز القانونية الذاتية؛ فبينما يجوز تغيير الأولى في كل وقت بحيث يسري عليها القانون أو القرار التنظيمي الجديد، فإنه لا يجوز المساس بالثانية إلا بقانون ينص فيه على ذلك بنص خاص.

ذلك لأنه وإن كانت علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح، ... يجوز تغييرها في كل وقت بتنظيم جديد يسري عليه دون أن يكون له الحق في أن يعامل دائما بالتنظيم القديم، إلا أنه إذا كان الموظف قد اكتسب بتطبيق النظام القديم حقا قانونيا ذاتيا، فإنه لا يجوز المساس به بالتنظيم الجديد، إذ هذا لا يجوز إلا بقانون ينص صراحة على سريانه بأثر رجعي".

2- القرارات الفردية

شخصية كانت أم شرطية فإن القاعدة المسلم بها عند الفقه، أنه متى صدرت سليمة وترتب عليها حق شخصي أو مركز خاص، فلا يمكن المساس بها إلا في الأحوال المسموح بها قانونا، لكن القاعدة على العكس من ذلك بالنسبة إلى القرارات الفردية غير المشروعة، فهذه القرارات يجوز إلغائها بالنسبة إلى المستقبل فقط، بل وبالنسبة إلى الماضي أيضا.

ذلك أن القرارات الباطلة كقاعدة لا تستطيع أن تنشئ حقوقا للأفراد من ناحية، ومن ناحية أخرى أن الإلغاء أو السحب بالنسبة إلى القرار غير المشروع هو جزء لعدم مشروعيته، وعلى هذا الأساس يكون على الإدارة أن تبادر إلى تصحيح أخطائها التي وقعت فيها وكانت سببا في خروجها على قواعد المشروعية، وبذلك تتفادى دعوى الإلغاء التي قد ترفع ضدها⁽¹⁾.

ومع كل ذلك فإن سلطة الإلغاء الإداري ليست مطلقة، وإنما يجب على الإدارة أن تمارسها في حدود المدة المقررة لرفع دعوى الإلغاء، فإذا ما انقضت هذه المدة دون طعن فيه تحصن القرار؛ بعد ذلك ضد الإلغاء القضائي، ومن باب أولى ضد الإلغاء الإداري، وصار بالرغم من عدم مشروعيته، يصبح مصدرا لإنشاء حقوق مكتسبة.

ثالثا: تعديل القرارات الإدارية

تمتع الإدارة بسلطة تعديل القرارات الإدارية الصادرة عنها في ضوء تمتعها بالسلطة الرقابية بصورة عامة، إذ أن التعديل يعد سبيلها للقيام بهذه المهمة⁽²⁾، وتحقيق نتائجها في ذات الوقت، لذلك فإن الأساس القانوني الذي يمنح الإدارة الحق في إجراء التعديل يتمثل في حقها الذاتي الذي يخولها رقابة أعمالها ومراجعتها ضمنا لمشروعيتها، وتحقيقا للمصلحة العامة. وهو ما يؤكد عليه القضاء باستمرار⁽³⁾.

(1) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 664.

(2) محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة - الرقابة القضائية-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 133.

(3) أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة العامة على أعمالها- دراسة مقارنة-، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة 31، العدد الأول، يونيو 1989، ص 34.

حيث تلجأ إليه الإدارة لتفادي الأخطاء التي وقعت بها عند إصدارها لهذه القرارات، وقد لا يحقق التعديل هذه الغاية، ويكون سبيلها حينئذ إما سحب القرار أو إلغائه، وصولاً لحلول قرار جديد محل السابق⁽¹⁾. لذلك، تستمد الإدارة حقها في تعديل قراراتها غير السليمة من سلطتها الرقابية التي تمنحها الحق في مراجعة جميع أعمالها، والقيام بتصحيحها بما يجعلها مطابقة للقانون، سواء قبل صدورها أم بعد ذلك⁽²⁾.

لذلك فالتعديل كما السحب والإلغاء يمثل وسيلة رقابية بيد الإدارة تجاه قراراتها غير المشروعة بعد صدورها؛ فهي تعد وسائل رقابية لاحقة⁽³⁾ أو مصححة⁽⁴⁾. ووفقاً لما استقر عليه القضاء فإنها تستخدم في إطار تصويب الإدارة للأوضاع الناتجة عن قراراتها المخالفة للقانون، واستعمالها لسلطاتها الرقابية، لذلك لا بد من وجود ما يبرر استعمالها، وضمن الميعاد القانوني المقرر لها، حفاظاً على استقرار المراكز القانونية.

ومع ذلك، فالسحب يؤدي لإزالة القرار بجميع أثاره، واعتباره كأن لم يكن، بينما التعديل يؤدي إلى التغيير في مضمون القرار مع بقاءه، كما أن اللجوء إليهما يكون وفقاً لطبيعة المخالفة التي تضمنها القرار لمبدأ المشروعية، بحيث لو كانت كلية فيتم سحبه. أما إن كانت جزئية فيتم تعديله، وذات الحال بالنسبة للإلغاء.

وعلى أساس أن الرقابة الإدارية قد تنتهي أحياناً إلى قيام الإدارة بإجراء التعديل في قراراتها الصادرة عنها⁽⁵⁾، فإن الثابت في أن التعديل يأتي أحياناً نتيجة للبت في التظلمات والإعتراضات المقدمة من أصحاب الشأن لدى جهة الإدارة، ويدل على أن الإدارة تعاملت إيجاباً مع هذه التظلمات دون رفضها أو السكوت بشأنها، وأخذت بعين الاعتبار ما يدعيه الأفراد من وقوع ضرر أصابهم جراء إصدار القرار وأرست مشروعيتها تصرفاتها.

وهو ما يؤدي إلى تعزيز روح التعاون بين السلطات الإدارية والأفراد، ويزيد من حالة الثقة تجاه عدالة الواقع الإداري بالمجتمع. فضلاً عن أن قبول الإدارة للتظلم وما يؤديه ذلك إلى تحقيق مطالب المتظلم قبل ولوجه منصة القضاء يكشف عن الحكمة التي ابتغاها المشرع من وراء اشتراط تقديمه في بعض الأحيان⁽⁶⁾.

(1) محمد كامل ليلة، نفس المرجع، ص33.

(2) وبذلك يتضح أمامنا أن فرضية القبول بسلطة الإدارة في تعديل قراراتها تتأكد في ظل حقيقة الدور الذي تتولاها هذه السلطة باعتبارها تمثل أداة رئيسية تدعم تطبيق مبدأ المشروعية، وبسط نفوذها تجاه الأعمال الإدارية، ومثل هذا المبرر هو الذي دفع إلى الاعتراف بسلطتها في سحب القرارات الإدارية رغم خطورتها وتعارضها مع مبادئ عدم الرجعية واحترام الحقوق المكتسبة، إلا أن دورها الداعم لمبدأ المشروعية شكل اعتباراً راجحاً أدى إلى قبولها فقهاً وقضاءً. أضف لذلك فإن التعديل يمثل في جوهره قراراً تصحيحياً وإجراءً واجباً في حال تبين بعد ممارسة الرقابة الإدارية وجود أخطاء أو مواطن قصور في الأعمال محل الرقابة، ويقصد بهذا القرار التصرف الذي يصدر عن الجهة الإدارية المختصة تعبيراً عن إرادتها في تحقيق نتائج قانونية معينة وفقاً للشكل والإجراءات التي يحددها القانون. أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة العامة على أعمالها.

(3) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف، مرجع سابق، ص.282-283.

(4) أحمد السيد عوضين حجازي، المرجع السابق، ص36.

(5) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص27.

(6) محمد خليفة الخليلي، التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط،

وهنا يأتي التعديل كوسيلة لتعزيز وجود هذه الحكمة وتحقيقها كما أراد المشرع، وهي تمكين الإدارة من أن تلعب دورها المفترض في الحفاظ على مشروعية أعمالها قبل أن يتدخل القضاء في هذا الشأن.

وعلى هذا الأساس فالمقصود بتعديل⁽¹⁾ القرار الإداري قانونا هو كل إضافة أو حذف أو تغيير في وثيقة معينة، بينما المعنى الإداري يتمثل في كل ما هو منسوب للإدارة. أي قيام الإدارة بتغيير مضمون قرارها، خلافا لما كان عليه عند صدوره، وبدوره اعترف القضاء الإداري بحق الإدارة في تعديل قراراتها، وعدم جواز قيام القضاء بذلك.

كما يعتبر التعديل الوارد على مضمون القرار طريقا يؤدي للتغيير في أثره القانوني، باعتبار أن الأخير يمثل محل القرار أو موضوعه، لذلك؛ إن لم يتحقق هذا التغيير رغم إجراء التعديل، فإن الأخير يعد ماديا ولا أثر قانوني له، ومثال ذلك القيام بتعديل شكليات القرار غير الجوهرية التي لا تؤثر في مضمونه، كالتصحيح اللغوي، أو إعادة الصياغة مع بقاء المضمون ذاته. كما؛ يفترض في التعديل أن يكون بهدف تصويب القرار الإداري ضمنا لمشروعيته.

لذلك فالتعديل لا يعني التصويب بحد ذاته، وإنما إجراء التغيير للوصول إليه، خصوصا أن التعديل يمثل وسيلة رقابية بيد الإدارة تجاه أعمالها، وقد لا يحقق المرجو منه، لأن هذه الرقابة تعد ذاتية، ويكون الرقيب والخاضع للرقابة تابعين لجهة واحدة، بل قد يتحدان في ذات الجهة، ويتم إجراؤه من جانب الإدارة التي تعد خصما وحكما في ذات الوقت⁽²⁾.

وعليه فإن كافة القرارات الإدارية الرقابية ومن بينها قرار التعديل تخضع لرقابة المشروعية، سواء الإدارية من جانب الجهات العليا، أو الرقابة القضائية عند الطعن بالإلغاء⁽³⁾.

أما إذا شاب القرار الإداري عيب عدم المشروعية في بعض أجزائه دون البعض الآخر، فإن للإدارة أن تبطله في هذا الجزء الذي شابه العيب القانوني، ويبقى القرار صالحا منتجا آثاره فيما بقي منه مادام هذا الجزء الباقي يشتمل فعلا على قرار إداري صحيح بكل عناصره.

واستنادا إلى ذلك يجوز للإدارة سحب القرار الإداري غير المشروع أو إلغائه جزئيا، إذا كان العيب القانوني لا يصيب إلا جزءا من القرار الإداري، ما لم يكن هذا القرار غير قابل للانقسام، ففي الحالة الأخيرة تنسحب آثار السحب أو الإلغاء على جميع أجزاء القرار.

(1) يتمثل المعنى اللغوي لكلمة "التعديل" في إجراء التغيير، وإزالة الأخطاء، أو تقويم الأشياء وإصلاحها. التعديل لغة إسم، وجمعه تعديلات، ومصدره الفعل (عدل)، ومنه: يعدل، تعديلا، فهو معدل، والمفعول معدل، ويقال: عدل الوضع؛ أي بدله، أو أجرى بعض التغيير فيه، أو أزال أخطاءه، ويقال كذلك: عدل الشيء؛ أي أقامه وسواه، قومه، أصلحه. وما يقال أيضا: عدل الحكم أو الطلب؛ أي غيره بما هو أولى عنده. كذلك: تعديل الشيء؛ أي تقويمه. وكل ما تناسب فقد اعتدل. وفي الضمير عدله: أي قومه فاستقام. / أنظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص 1467. / المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص 458.

(2) فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 80.

(3) أحمد السيد عوضين حجازي، المرجع السابق، ص 17.

ولعل أهم النتائج التي إستخلصها الفقه من الإعتراف للإدارة بالحق في إبطال تصرفها غير المشروع جزئيا هو ظهور نظرية تحويل القرارات الإدارية المعيبة، ويقصد بتلك النظرية أنه إذا تضمن القرار الباطل (أيا كانت درجة البطلان) عناصر قرار إداري آخر، فإن القرار يكون صحيحا باعتباره القرار الذي توافرت أركانه، إذا بينت الإدارة أن نيتها تنصرف إلى إصدار هذا القرار لو علمت بعيب القرار الأصلي، وعليه تسحب الإدارة قرارها المعيب ضمنيا وتحوله بأثر رجعي إلى قرار آخر صحيح يتكون من بين عناصر القرار الأول، ومن هنا يعتبر هذا التحويل نوعا من التعديل في القرار الإداري⁽¹⁾.

ويشترط لإعمال نظرية التحويل أن يتعلق التحويل بقرار إداري مشوب بعيب يجعله منعدما أو باطلا، وإن كان الغالب أن يتحقق التحويل في القرارات الباطلة دون المنعدمة، كما يشترط ثانيا أن يتضمن القرار الإداري الباطل عناصر قرار آخر صحيح، خاصة من حيث الشكل والإختصاص.

ويترتب على تحول القرار الإداري أثر رجعي، حيث أن تحول القرار المعيب إلى آخر صحيح يعني أن القرار الصحيح قد حل محل القرار الذي أعلنت الإدارة ضمنيا بطلانه، لأنه إذا لم تلحق آثار القرار الصحيح المتحول باللحظة التي تم فيها بطلان القرار المعيب لإنهت جميع آثار القرار المعيب دون أن يمنع من ذلك القرار الجديد.

كما تتعدد صور تعديل القرار الإداري، بالنظر إلى الجهة التي تمارس التعديل، أو طبيعة القرار الإداري محل التعديل، ففي حالة القرار الإداري الفردي⁽²⁾ يمكن التمييز بين حالتين، فإذا كان القرار سليما ومشروعا ورتب حقوقا مكتسبة، فلا يجوز تعديله، لأن التعديل هنا يؤدي إلى المساس بهذه الحقوق، وهو ما لا يقبله القانون، أما إن لم يؤدي لذلك فيمكن تعديله، قياسا على السحب والإلغاء، حيث يجوز تنفيذها بذات الحالة طالما لم يؤثران في الحقوق المكتسبة المتولدة عن القرار الإداري الفردي السليم⁽³⁾.

ويمكن لنا تبرير هذا الحكم بالنظر إلى آثار السحب والإلغاء التي تعد أوسع نطاقا وأشمل من نظيرتها المترتبة على التعديل، لذلك فإذا كان كلاهما جائزا في هذه الحالة، فمن باب أولى الأخذ بالتعديل، فقد تلجأ إليه الإدارة كبديل عنهما، وهو ما يصب في مصلحة الأفراد نظرا لطبيعته وضيق نطاق آثاره، كما أنه لا يؤثر على وجود القرار الإداري، وإنما يؤدي للتغيير في مضمونه، وسريانه مجددا وفق نتائج التعديل.

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص222.

(2) يمثل القرار الإداري الفردي في القرار الذي يؤثر في المركز القانوني لفرد معين، أو مجموعة محددة من الأفراد، بينما التنظيمي فهو عبارة عن لائحة تتضمن قواعد عامة ومجردة، وتخاطب عدد غير محدود من الأفراد ولقد أدى الاختلاف بين القرارين الفردي والتنظيمي إلى خضوع كل منهما لنظام قانوني مغاير للأخر، سواء من حيث نفاذها أو نهايتها. حيث أن سريان كل منهما يختلف عن الآخر، وأحكام سحبهما والغائهما ليست واحدة، وهو ما ينطبق بدوره على التعديل أيضا. / أنظر: سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص153.

(3) جورجى شفيق ساري، المرجع السابق، ص855.

أما إن كان القرار الإداري الفردي غير مشروع فالأمر مختلف، حيث يكون من حق الإدارة تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون⁽¹⁾. ومثل هذا الحق يعكس في ذات الوقت إلتزاماً عليها وفقاً لما يفرضه مبدأ المشروعية، حيث لا يسمح ببقاء الأعمال المخالفة له، ويكون للإدارة إزالتها بالوسيلة المناسبة، ومن بينها التعديل.

وتأسيساً على هذا استقر القضاء إلى أن الإدارة تملك مراجعة أعمالها، وتصحيحها فيما لو تبين مخالفتها للقانون، وفي هذه الحالة لا يجوز التذرع بوجود حقوق مكتسبة، لأن الأخيرة لا تولد في ظل مخالفة القرار للقانون. أما عن القرار الإداري التنظيمي أو اللائحي، فالثابت بشأنه أنه يتميز بعموميته وتجريده، وعدم تأثيره في المراكز القانونية للأفراد بصورة مباشرة، ومن ثم لا يتولد عنه حقوق مكتسبة بالصورة التي تلازم القرارات الفردية، وهو ما يعني غياب الخشية التي تحول دون سحبها أو تعديلها أو إلغائها، حتى ولو كانت مشروعة وسليمة، لهذا، منحت الإدارة الحق في تعديلها، وبأي وقت، طالما استدعت المصلحة العامة ذلك⁽²⁾.

ونجد في هذا المقام من يشير إلى ضرورة سريان التعديل للأمام دون أن يكون له أثر رجعي، لأن التعديل بأثر رجعي في هذه الحالة يؤدي إلى المساس بالحقوق المكتسبة الناتجة عن القرارات الفردية التي صدرت بالإستناد للقرار التنظيمي أو اللائحي.

ويتأسس ذلك على وجوب إلتزام الإدارة بمراجعتها أولاً بأول، وتحقيق انسجامها مع متطلبات العمل داخل المرافق العامة، واتفاقها دائماً مع المصلحة العامة، وهو ما يفرض تغييرها واستبدالها باستمرار. ومن باب أولى فإذا كانت هذه القرارات غير مشروعة فيحق للإدارة إنهاء وجودها بالوسيلة المناسبة، أو تصحيح مضمونها بما يجعلها مطابقة للقانون⁽³⁾.

أما بالنظر إلى الجهة التي تمارس التعديل وتأسيساً على مبدأ أن من يملك إصدار القرار الإداري يملك تعديله، وهذا هو التعديل الولائي أو الموازي الذي يقوم به مصدر القرار نفسه بعد مراجعته للقرار⁽⁴⁾، وقد يكون مباشراً من تلقاء نفسه، دون أن يطلب أحداً منه ذلك، في حال اكتشاف وجود خطأ ما⁽⁵⁾، أو بناء على تظلم قدم إليه من قبل صاحب الشأن، يعترض بموجبه على القرار لدى مصدره، طالباً منه إعادة النظر فيه بتعديله أو سحبه أو إلغائه⁽⁶⁾.

(1) محمد السناري، المرجع السابق، ص 173 .

(2) جورجى شفيق ساري، المرجع السابق، ص 856.

(3) محمد السناري، نفس المرجع، ص 174.

(4) علي محمد حسن مظفر، المرجع السابق، ص 37.

(5) محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 130.

(6) راجع: ابراهيم عبدالعزيز شيحا، القضاء الإداري "مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري"، المرجع السابق، ص 39.

وفي المقابل فإن التعديل الرئاسي في مضمون القرار الإداري يكشف عن وجود طرفين هما مصدر القرار ورئيسه الإداري الذي يأمر بالتعديل، ويتأسس هذا التعديل على حق الرئيس في مراقبة أعمال مرؤوسيه، بسحبها أو تعديلها أو إلغائها، ويأتي التعديل إما الرئيس مباشرة دون طلب صاحب المصلحة منه ذلك، أو بناء على تظلم، وهذا الأخير يعرف بالتظلم الرئاسي، ويقصد به التظلم الذي يقدمه المتضرر من القرار إلى رئيس مصدر القرار⁽¹⁾.

وأخيراً نشير إلى أنه لما كان تعديل القرارات الإدارية ليس في حقيقته إلا سحباً أو إلغاء جزئياً، فإنه يسري عليه ما سبق ذكره عن الميعاد بالنسبة للسحب والإلغاء. ولا يختلف الأمر أيضاً بالنسبة للتعديل بطريق التحويل، إذ أن التحويل في حقيقته ليس إلا سحباً إدارياً ضمناً للقرار المعيب الذي يقوم على إنقاذه القرار الجديد المتحول إليه، وعليه يسري على التحويل ما يسري على سحب القرارات الإدارية من حيث الميعاد.

الفرع الثاني

الرقابة الإدارية على

ملائمة القرارات الإدارية الصحيحة

يشترط لصحة القرار الإداري الذي تصدره الإدارة أن يكون مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة. فإذا كانت الأضرار التي تترتب على تنفيذ القرار تفوق المنافع التي يمكن أن تترتب عليه فيكون هذا القرار غير ملائم لمقتضيات الصالح العام.

أما إذا كانت المنافع المترتبة على تنفيذ القرار تفوق أضراره، فهنا القرار يعتبر ملائماً لمقتضيات الصالح العام. فليس للإدارة أن ترجع في هذا القرار ما لم يطرأ عيب قانوني عليه، فيكون لها عندئذ إلغاء القرار أو تعديله جزئياً لإزالة هذا العيب الذي طرأ عليه، وذلك استناداً إلى سلطتها في الرقابة الذاتية على أعمالها وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية على نحو ما حددناه في الأجزاء السابقة للبحث⁽²⁾.

وأما إذا طرأ على القرار المشروع والصحيح قانوناً، عيب يتعلق بملاءمته، وذلك نتيجة تغير الظروف التي كانت محيطة به وقت إصداره من جهة ومن جهة أخرى قد تخطف الإدارة عند إصدار القرار استناداً إلى السلطة التقديرية التي تملكها في تقدير مدى ملاءمته؛ مما يجيز لها سحبه والرجوع عنه⁽³⁾، وللإدارة أيضاً الحق إما في إلغاء القرار أو

(1) عبدالرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص12.

(2) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص224.

(3) محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة - الرقابة القضائية - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص133.

تعديله ليتلاءم مع مستجدات الظروف، على أن يقتصر أثر الإلغاء أو التعديل على المستقبل فحسب دون أن يكون له أي أثر رجعي.

على أن سلطة الإدارة في إلغاء وتعديل القرارات الإدارية ليتلاءم مع ما يستجد من ظروف لا تستند إلى حقها في الرقابة الذاتية على أعمالها وفقا لمبدأ المشروعية، وإنما ترجع في حقيقة الأمر إلى مبدأ ضرورة موافقة أو ملاءمة أعمال الإدارة مع الظروف المتغيرة، أو إلى نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يجب ملاحظة أنه بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية. إذا تولد عنها حقوقا مكتسبة للأفراد، فلا يجوز إلغاؤها إلا في الأحوال ووفقا للشروط التي يقرها القانون، بمعنى أنه لا يجوز -مثلا- إلغاء قرار إداري سليم بتعيين موظف لعدم ملاءمته، وإنما يكون للإدارة أن تصل إلى نفس النتيجة عن طريق الإجراءات المضادة للتعيين مثل قرار بفصله أو قبول استقالته أو إلغاء وظيفته للصالح العام وذلك تحت رقابة القضاء.

وعلى ذلك لا تبقى سوى مشكلة بحث ما إذا كان للإدارة أن تمارس رقابتها على القرارات الصحيحة قانونا والتي نشأت معيبة بعدم الملائمة حيث لم يكن من المناسب إصدارها، فهل يكون للإدارة أن تسحب هذه القرارات غير الملائمة بالرغم من مشروعيتها بما يتضمنه هذا السحب من أثر رجعي، أم أنه يتمتع عليها سحب القرارات المشروعة لعيب عدم الملاءمة.

يتجه غالبية الفقه في فرنسا ومصر إلى عدم جواز سحبها سواء كانت هذه القرارات صادرة بناء على سلطة مقيدة أو سلطة تقديرية، بل وحتى ولو لم يترتب عليها حقوقا لأحد، لأن السحب لا ينصب إلا على القرارات المعيبة قانونا دون غيرها من القرارات حتى ولو كانت معيبة بعدم الملاءمة، أي جاءت مخالفة لمقتضيات ملائمة إصدارها وهذا هو ما استقر عليه القضاء في فرنسا ومصر.

ويرجع الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لتبرير عدم جواز سحب القرارات الصحيحة، إلى مبدأ عدم جواز الرجعية في القرارات الإدارية، وهو من المبادئ العامة المستقرة والذي تلتزم الإدارة باحترامه وإعماله باعتباره أحد القواعد التي تدخل ضمن التنظيم القانوني للدولة ومن ثم تعد مخالفته إخلالا بقاعدة قانونية يؤدي إلى عدم مشروعية القرار.

ولما كان مقتضى سحب القرار الصحيح لعدم ملاءمته، يبطل هذا القرار بأثر رجعي منذ لحظة صدوره، فإن القرار الساحب يكون غير مشروع لمخالفته القاعدة عدم جواز الرجعية في القرارات الإدارية، خاصة وأنه قد يترتب على هذا السحب مساسا بالمراكز القانونية أو الحقوق المكتسبة التي تكون قد تولدت نتيجة القرار المسحوب.

(1) يراجع في هذا المعنى: سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 207.

وإستثناء من قاعدة عدم جواز سحب القرارات الإدارية الصحيحة، يتجه القضاء في فرنسا ومصر إلى السماح بسحب القرارات الإدارية الفردية الصحيحة الصادرة بفصل الموظفين، وذلك إستنادا إلى إعتبرات تتعلق بالعدالة، على شرط ألا تكون الإدارة قد عينت في وظيفة الموظف المفصول شخصا آخر، ويكون هذا التعيين صحيحا قانونا، لأن مقتضى السحب والحالة هذه هو فصل الموظف الجديد، وهو ما لا يمكن قانونا لما فيه من اغتصاب غير مشروع للحق المكتسب لهذا الموظف الجديد.

وعلى الرغم من استقرار قاعدة عدم جواز السحب لعدم الملاءمة فقها وقضاء على ما ذكرنا، فإن جانب من الفقه يرى نقيض ذلك، أي يأخذ بجواز سحب القرارات الإدارية الصحيحة المشوبة بعيب عدم الملاءمة. وذلك على أساس أن الصالح العام قد يقتضي أحيانا تبرير حق الإدارة في نقض قراراتها الصحيحة المشوبة بعيب عدم الملاءمة في الحالات التي تعتقد فيها ضرورة الرجوع في هذا القرار.

ولما كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اصدار القرارات، فيجب أن تكون لها نفس السلطة في سحب القرار بشرط ألا يكون فيه تعسف وإساءة لاستخدام سلطتها وهو ما يخضع لرقابة القضاء.

وكما ذهب إليه أغلب الفقه والقضاء الإداري أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية الصحيحة لعدم الملاءمة. استنادا إلى أن الاعتراف للإدارة بحق السحب إنما يستند إلى مبدأ المشروعية وذلك بإعلان بطلان القرار غير المشروع بواسطة من أصدره أي الإدارة، التي تحل في ذلك محل السلطة القضائية.

وعلى النقيض من ذلك يرى جانب آخر من الفقه، أن قياس سلطة الإدارة في الرقابة على أعمالها على سلطة القضاء في هذا الشأن، هو قياس غير صحيح، بمعنى إذا كان يتمتع على القضاء الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، لأن ذلك لا يؤدي بالتبعية إلى تحريم السحب بالنسبة للإدارة.

والواقع؛ الغالب من الفقه لا يرفض الاعتراف للإدارة بالحق في الرقابة على ملاءمة قراراتها، على ألا يؤدي ذلك إلى سحب قراراتها الصحيحة بمعنى أنه يجوز للإدارة تعديل أو إلغاء قراراتها غير الملائمة بالنسبة للمستقبل فحسب ودون أي أثر رجعي، استنادا إلى مقتضيات المبادئ القانونية العامة في عدم جواز الرجبية في القرارات الإدارية، بحيث لا يجوز للإدارة مخالفة ذلك، وإلا كان قرارها الذي تضمن أثرا رجعيا مثل قرارات السحب قرارا غير مشروع.

بالإضافة إلى أن المصلحة العامة تقضي بعدم الاعتراف للإدارة بسحب قراراتها الصحيحة لعدم ملاءمتها، لما لذلك السحب من آثار تمس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة للأفراد، وهي إعتبرات ترجع نظيرتها التي تتعلق بالسماح للإدارة بتلافي ما وقعت فيه من خطأ في تقدير مناسبة إصدار القرار.

وقد إعترف الفقه الذي يرى وجوب السماح للإدارة بسحب قراراتها الصحيحة لعدم الملاءمة بأن إستقرار الأوضاع والمراكز القانونية أولى بالرعاية والإحترام، وأجدر بالحماية من الإلغاء لعدم سلامة القرار الذي ترتبت عليه تلك المراكز بسبب مخالفته لمبدأ المشروعية.

فإذا كان الأمر كذلك، فإنه من باب أولى يكون استقرار هذه الأوضاع وتلك المراكز أولى بالرعاية والاحترام وأجدر بالحماية من فكرة السحب لعدم ملاءمة القرار الذي تولدت عنه فعلا هذه المراكز، وهي مراكز نشأت صحيحة ومشروعة نتيجة تولدها عن قرار إداري مشروع.

وتأسيسا على ما سبق يمكننا القول أنه لا يجوز للإدارة أن تسحب قراراتها السليمة المشروعة قانونا لعبب عدم الملاءمة، لما لهذا السحب من أثر رجعي لا مبرر له مما بعد مخالفة لمبدأ عدم رجعية القرارات الادارية، ومن ثم يكون غير مشروع.

وتبعاً لذلك يكون لكل ذي مصلحة أن يتظلم من قرار السحب غير المشروع، إما للإدارة نفسها وإما أمام القضاء، بل أن للإدارة من تلقاء نفسها أن تسحب قرارها الساحب غير المشروع إذا ما تبين لها مخالفته لقواعد المشروعية وهو ما يعرف بالسحب بعد السحب.

فالقرار الساحب يعتبر قراراً جديداً أنشأ مراكز قانونية جديدة، فيحق لكل ذي مصلحة أن يتظلم منه إذا تضمن مساساً بمركزه القانوني، على أساس أن القرار الساحب هو قرار آخر خلاف القرار المسحوب، وهذا ما قضت به المحكمة الادارية العليا في مصر.

المطلب الثاني

تقدير الرقابة الإدارية

ترمي الرقابة الإدارية إلى إحترام مبدأ المشروعية، عن طريق كفالة تطبيق القوانين وإلتزام حدودها وضمنان قيام الموظفين بأعمالهم وفقاً للقانون، ولا ريب أن في ذلك حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم من أخطاء الإدارة التي تمس حقوقهم، علاوة على تحقيق مصلحة الإدارة في ذات الوقت، وذلك بالمحافظة على انتظام سير المرافق العامة التي تمثل أحد أوجه النشاط الإداري الرئيسية.

والواقع أن الرقابة الإدارية تتميز ببعض الخصائص التي تجعل منها أمر لا غنى عنه ولا يجوز الإستغناء عن وجوده. فهي رقابة مرنة وميسرة، تلجأ إليها الإدارة من تلقاء نفسها أو بناء على تظلم الأفراد، كما يمكن لصاحب

الشأن أن يسند تظلمه إلى أسباب إنسانية واجتماعية وشخصية واقتصادية فضلا عن الأسباب القانونية، كما أنها غير مكلفة عكس الرقابة القضائية، و تبقى النزاع ضمن العلاقة الودية⁽¹⁾.

وهي لا تتطلب من الأفراد اتباع إجراءات قد تتسم بالطول أو البطء أو التعقيد، كما أنها لا تحمل الأفراد أعباء مالية مثلما يحتاج إليه الطعن أمام القضاء . كما أنها رقابة شاملة تضم الرقابة القانونية على مشروعية العمل الإداري، علاوة على رقابة الملاءمة التي تمتد إلى بحث كافة الظروف الاجتماعية والانسانية التي تحيط بالقرار وظروف إصداره.

وعليه، كثيرا ما يؤدي إعادة النظر فيما تكون قد أصدرته الإدارة من قرارات مدعى بعدم مشروعيتها، إلى تصفية النزاع حول هذه القرارات بالطرق الودية دون حاجة إلى دعوى أو خصومة قضائية، حتى تصفى الخصومات عند المنبع وحتى توفر على الأفراد مصاريف التقاضي وتحمي الإدارة من مشقة الوقوف دائما أمام القاضي، فضلا عما ينتج عنه من تخفيف للعبء عن كاهل القضاة؛ وهو أمر أجدى بكثير للحفاظ على حسن العلاقة مع الإدارة من اللجوء إلى القضاء وإقامة خصومات لا حد لها⁽²⁾.

الرقابة الإدارية فهي تنتهي إلى قرار إداري لا حكم قضائي ومن خصائص القرار الإداري كقاعدة عامة إمكانية سحبه أو إلغائه فهو لا يجوز حجية الحكم القضائي، أما الرقابة القضائية تنتهي بحكم قضائي إما بمشروعية العمل الإداري أو بعدم مشروعيته مع ما يستتبعه من إلغاء العمل أو تعديله والتعويض عنه، ومن أهم خصائص الحكم القضائي أنه يجوز حجية الشيء المقضي فيه، وهو بهذه الصفة يلزم كل الأطراف باحترامه بما في ذلك الجهة القضائية التي أصدرته⁽³⁾.

غير أنه على الرغم من وجاهة هذه الإعتبارات، فليس في القانون المقارن ما يستفاد منه إلزام أصحاب الشأن اللجوء إلى طريق التظلم الإداري في جميع الحالات وبصورة عامة ومطلقة، فالشكوى إلى الإدارة لا تزال من قبيل الرخص القانونية التي يترك أمر تقدير ملاءمة اللجوء إليها لمحض اختيار أصحاب الشأن⁽⁴⁾. والرقابة الادارية قد تؤدي إلى سحب القرار أو إلغائه أو تعديله أو تحويله لقرار آخر، وهي سلطات متسعة لا يمكن أن تتمتع بها أي جهة أخرى مستقلة تجاه الإدارة و تختص بالرقابة على أعمالها.

(1) جورج سعد، المرجع السابق، ص369.

(2) إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص.ص191-192. / مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص.ص13-14.

(3) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص112.

(4) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص266.

غير أنه يعيب الرقابة الادارية أنها ليست كافية لحماية الحقوق والحريات العامة وضمان مبدأ المشروعية، ذلك للأسباب الآتية:

- العلاقة بين السياسة والإدارة العامة، تجعل هاته الأخيرة تتأثر في أغلب الأحيان بالاعتبارات والمقتضيات السياسية وهذا على حساب مبدأ المشروعية والعدالة.

- تتمتع الهيئات اللامركزية باستقلالها في مباشرة اختصاصاتها الادارية، بحيث لا يكون للإدارة المركزية سوى رقابة وصائية مقيدة ومحصورة في نطاق معين لا يجوز لها تجاوزه وإلا تعرض عملها للطعن، فهي إما أن تصدق على العمل كما هو في جملته، وإما أن ترفض العمل برمته مع احتمال الطعن ضد هذا الرفض.

ومعنى ذلك أنها لا تملك سلطة التوجيه أو إصدار الأوامر والتعليمات الملزمة لهذه الهيئات، كما لا تملك أن تلغي اعمالها أو تسحبها أو تعدلها أو تعدل آثارها كلها أو بعضها كما لا يجوز لها من باب أولى الحلول محلها في ممارسة اختصاصاتها.

- الرقابة الادارية هي رقابة ذاتية، فهي ليست رقابة من هيئة محايدة مستقلة، ويؤدي ذلك إلى جمع الادارة بين صفتي الخصم والحكم بالنسبة لأعمالها محل الرقابة، مما لا يحقق العدالة التي ينشدها الأفراد، خاصة وأن اعترافها بما يقع من أخطاء أو انحراف هو أمر عسير التحقق في كثير من الأحيان، إذ الغالب أن تشبث الإدارة بعملها رغم تيقنها من عدم مشروعيتها، وذلك ما دام هذا العمل يحقق مصلحتها ولو كان ذلك يؤدي إلى الإخلال بقواعد المشروعية.

- تختلف هذه الرقابة من حيث قوتها ومداهها تبعاً لإختلاف النظام الإداري السائد في الدولة، فإذا كان نظاماً مركزياً كانت الرقابة قوية متسعة، نظراً لتمتع الرؤساء الإداريين بسلطة رئاسية قوية تتناول المرؤوسين في أشخاصهم وأعمالهم، مما يمكن الرئيس من فرض رقابته الشاملة على تصرفاتهم، بينما في نظام اللامركزية الإدارية، وهو الاتجاه السائد في العديد من الدول حالياً، يكون ضعيفاً وتكون رقابة محدودة.

- كما أنها غير قادرة على معرفة أوجه الخطأ والصواب مثل الرقابة القضائية، لأن عمال وموظفي الإدارة العامة لا يملكون العقلية القانونية الكافية واللازمة لمعرفة أوجه وأسباب عدم الشرعية في الأعمال الإدارية مثلما هو متوفر في رجل القضاء. ومن عيوب هاته الرقابة كذلك، أنها رقابة غير محايدة لأنها تجمع بين صفتي الخصم والحكم في نفس الوقت⁽¹⁾.

(1) عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

- وعليه فالغالب أن الإدارة إنما تسعى أساساً، حتى في نطاق ممارسة الرقابة الذاتية على أعمالها، إلى تحقيق مصالحها حتى لو أدى ذلك إلى التحلل من قيود المشروعية، مما يزيد من إحساس الأفراد بعدم الإطمئنان على حقوقهم إذا ترك الأمر لحكم هو خصم لهم في نفس الوقت دون أية ضمانات تكفل لهم تحقيق العدالة والحصول على حقوقهم⁽¹⁾.

كما نلاحظ بأن فعالية هاته الرقابة مرهونة بنزاهة الموظف وكفاءته وقدرته على اتخاذ القرارات الصحيحة والصائبة.

لكل هذه الأسباب يرى الباحث أنه لا يجوز أن تقتصر الرقابة على أعمال الإدارة على تلك الرقابة الذاتية، ولعل خير الحلول هو أن نكمل هذه الرقابة الإدارية، برقابة محايدة مستقلة، تكون لها من الضمانات ما يكفل حقاً تحقيق العدالة بين المتنازعين دون تحيز لأحدهم.

وهو ما يتحقق بتقرير حق القضاء في الرقابة على كافة أعمال الإدارة. أو أن تكمل هذه الرقابة، برقابة هيئة محايدة مستقلة تكون لها من الصلاحيات ما يكفل حقاً تحقيق العدالة بين المتنازعين دون تحيز لأحدهم وهو ما يتحقق بتقرير صور أخرى للرقابة على أعمال الإدارة.

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص. 196-197.

الباب الثاني

الرقابة القضائية

يساهم القضاء بدور في غاية من الأهمية في مجال مراقبة مشروعية الأعمال الإدارية وحماية حقوق وحرية الأفراد. وهذا من خلال فصله في القضايا المعروضة عليه، كما يستمد القضاء هذه الأهمية من وظيفته الطبيعية كونه الجهاز الذي يفرض حكم القانون على جميع الهيئات أيا كان مركزها وموقعها وطبيعتها؛ كما يفرض حكم القانون على الأفراد وهو ما يؤدي في النهاية إلى إقامة دولة القانون ودولة المؤسسات ودولة الحقوق والحريات ولا يمكن تكريس هذه المفاهيم في أرض الواقع دون دور للقضاء، سواء تمثل في القضاء العادي أو القضاء الإداري. وإذا كانت مختلف القوانين اعترفت للإدارة بسلطة إصدار قرارات إدارية وأن هذه القرارات تتمتع بالطابع التنفيذي ولا تحتاج إلى اللجوء لسلطة أخرى لتنفيذ قراراتها فإن الدساتير أيضا اعترفت من جهة أخرى للفرد بحقه في اللجوء للقضاء لرد المظالم ووضع حد لكل تعسف قد يلاقه من جانب الإدارة خاصة وأنه الطرف الضعيف في العلاقة بما يفرض بسط حماية له من كل اعتداء.

ولما كانت أنواع الرقابة - كما رأينا في الجزء السابق من البحث - لا يمكنها أن تحقق الغاية المنشودة منها على أحسن وجه، ذلك أن الرقابة السياسية تعتمد بشكل أساسي على اعتبارات وظروف سياسية، كما أن الرقابة الإدارية لا تؤمن الحياد والضمانان الكافية نظرا لأنها صاحبة التصرف المعيب، قد ترفض الإقرار بالخطأ، كما أنه ليس من المنطق الحقوقي ولا من مقتضيات العدالة أن تكون الإدارة خصما وحكما في نفس النزاع. لذا تبقى الرقابة القضائية أهم صور الرقابة في دولة القانون؛ ذلك أن القضاء هو الجهة المؤهلة لحماية مبدأ المشروعية، لاسيما إذا توافرت له الضمانات الضرورية التي تكفل له الإستقلال في أداء وظيفته.

كما أن المواطنين يشعرون بالثقة في أحكام السلطة القضائية، لما يتوافر لرجال القضاء من الدراية والمعرفة الحقوقية، والنزاهة والاستقلال في رقابتهم لأعمال الإدارة. فالقضاة نخبة من رجال الأمة، أشربت نفوسهم احترام القانون، وانغرس في قلوبهم العدل، وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية.

فالسطة التنفيذية أو الإدارة يجب أن تخضع فيما يصدر عنها من تصرفات قانونية أو مادية لأحكام القانون، وخضوع الإدارة لأحكام القانون هو تطبيق وإعمال لمبدأ هام هو مبدأ المشروعية والذي يتم بموجبه خضوع الأعمال الإدارية للرقابة القضائية على مشروعيتها.

وتعود أهمية الرقابة القضائية إلى تمتع القضاء بالحياد والخبرة، وما يتسم به من موضوعية ونزاهة وغياب الاعتبارات السياسية وأسلوب المجاملة، ولما تتسم به الأحكام القضائية الصادرة من حيث تمتعها بحجية الشيء المقضي فيه، والتي تعتبر عنواناً للحقيقة. وعلى هذا الأساس ستكون دراسة هذا الباب في فصلين كما يلي:

الفصل الأول: ماهية الرقابة القضائية.

الفصل الثاني: مدى خضوع أعمال الإدارة العامة لرقابة القضاء.

الفصل الأول

ماهية الرقابة القضائية

تعد مباشرة السلطة القضائية لرقابة قضائية فعالة ضماناً أساسية من ضمانات قيام دولة القانون، وذلك لأنها توفر ضماناً حقيقية وحماية قانونية للحقوق والحريات الفردية ضد كل تعسف من جهة الإدارة، سواء بإلغاء القرارات الإدارية أو التعويض عما سببته من أضرار للمتقاضين، ولا يقلل من قيمة وجود الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، كيفية تنظيم هذه الرقابة، إذ يستوي في ذلك الأخذ بنظام توحيد القضاء، كما في النظام الأنجلوسكسوني، أو تطبيق نظام القضاء المزدوج مثل النظام اللاتيني الذي جعل المنازعات الإدارية من اختصاص قضاء مستقل عن القضاء العادي، وذلك لأن العبرة في النهاية بوجود هذه الرقابة القضائية.

كما تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة إحدى أساليب الرقابة المتاحة للمواطنين، فهي تتميز عن غيرها من أشكال الرقابة في أنها لا تتحرك تلقائياً، أي أن القضاء لا يمارس اختصاصه إلا بناء على دعوى تسمى الدعوى الإدارية والتي ترفع من كل صاحب مصلحة. وتهدف أساساً إلى تحقيق أمرين، أولهما تقويم عمل الإدارة وإجبارها على احترام مبدأ الشرعية، والثاني حماية حقوق الأفراد وحرياتهم عن طريق إلغاء القرارات الإدارية المعيبة أو التعويض عنها.

وعليه، تعد الضمان الفعلي للأفراد في مواجهة تجاوز الإدارة حدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها وخروجها عن حدود مبدأ المشروعية. ويتولى هذه الرقابة المحاكم على اختلاف أنواعها في الدولة، سواء كانت عادية أم إدارية، وهي التي تكون في مجموعها السلطة القضائية المستقلة طبقاً لأحكام الدستور، وتختص بفحص منازعات الأفراد فيما بينهم وبين الإدارة، لإنزال حكم القانون على هذه المنازعات. وعليه، سيتم التطرق في هذا الفصل إلى ماهية مبدأ المشروعية، من خلال مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: مدلول الرقابة القضائية.

المبحث الثاني: أسس تنظيم الرقابة القضائية.

المبحث الأول

مدلول الرقابة القضائية

سنتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى مضمون الرقابة القضائية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث تقدير الرقابة القضائية، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

مضمون الرقابة القضائية

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مفهوم الرقابة القضائية، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث الفرق بين الرقابة القضائية والإدارية وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مفهوم الرقابة القضائية

تعد الرقابة القضائية أهم صور الرقابة على أعمال الإدارة، إذ يعد أكثر الأجهزة القادرة على حماية مبدأ المشروعية⁽¹⁾ والدفاع عن الحقوق والحريات الفردية، إذا ما توافرت له الضمانات الضرورية التي تكفل له الإستقلال في أداء وظيفته⁽²⁾، حتى نضمن أن تتحقق بشأنه الحيطة المطلقة، وبالتالي يمكنه أن يقوم بالرقابة على أكمل وجه. وعلى هذا الأساس عني الفقهاء بتعريف⁽³⁾ الرقابة القضائية فتعددت هذه التعريفات فهناك من عرفها بأنها "الرقابة التي يقوم بها القضاء على أعمال الإدارة العامة، وذلك للتحقق من شرعية العمل الإداري، وعدم مخالفته للقانون"، كما عرفها البعض على أنها "تلك السلطات القانونية والاختصاصات المخولة للجهات القضائية، بناء

(1) فمن الناحية العملية أو الواقعية يفقد مبدأ الشرعية قيمته إذا لم يتوج إقراره بقضاء يحمي من الإعتداء، ويدفع عنه الخرق والطغيان ومن الناحية القانونية تمثل رقابة القاضي منهجا للتحقق من شرعية العمل الإداري من عدمه، وليست وصاية عليه./ للمزيد راجع: السيد محمد إبراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة كلية الحقوق، العدد 4، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1970. ص 104.

(2) أنظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 226.

(3) عرفها الدكتور سامي جمال الدين على أنها " الضمان الفعلي للأفراد في مواجهة تجاوز الإدارة حدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها وخروجها عن حدود مبدأ المشروعية ". / سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 230.

على نصوص القانون، والتي بمقتضاها يكون لهذه المحاكم سلطة البت فيما يدخل في اختصاصها من مسائل تكون الإدارة طرفا فيها بأحكام نهائية⁽¹⁾.

أو أنها "تلك الرقابة القضائية التي تمارسها وتباشرها المحاكم القضائية على إختلاف أنواعها (المحاكم الإدارية، المحاكم العادية، من مدنية أو جنائية أو تجارية) وعلى مختلف درجاتها ومستوياتها (إبتدائيا، إستئنافا، نقضا)، وذلك عن طريق وبواسطة تحريك الدعوى والطعون المختلفة ضد أعمال السلطات الإدارية غير المشروعة مثل دعوى الإلغاء ودعوى فحص الشرعية ودعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض أو المسؤولية والدعوى المتعلقة بالعقود الإدارية)⁽²⁾.

وكما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها "رقابة قانونية تباشرها الهيئات القضائية على إختلاف أنواعها، ودرجاتها بهدف ضمان إحترام مبدأ المشروعية، وخضوع الإدارة للقانون عن طريق مختلف الدعاوى والدفع القانونية المرفوعة من قبل الأشخاص ذوي المصلحة والصفة ضد أعمال السلطات الإدارية غير المشروعة، من أجل إلغائها أو جبر ما ترتب عنها من أضرار، بحيث يقف القضاء ضد أي تعسف من جهة الإدارة سواء بإلغاء القرارات الإدارية أو إلزامها بتعويض الأضرار التي تسببها"، وفي هذا ضمان للحقوق والحريات الفردية والرقابة القضائية أكثر فعالية من الرقابة السياسية والإدارية⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا أن المقصود من الرقابة القضائية، هو تلك الرقابة التي تباشرها المحاكم بكافة أنواعها ودرجاتها على أعمال الإدارة، وذلك للتوصل إلى معرفة مطابقة العمل الإداري للقانون وعدم خروجه عن المشروعية. كما تملك المحاكم والجهات القضائية المختصة بواسطة دعاوى القضاء الكامل سلطة الحكم على السلطات الإدارية بالمسؤولية وبالتعويض للمتضررين من أعمالها غير المشروعة والضارة، وعن أخطاء موظفيها وعمالها. فهي إذن عبارة عن رقابة محكمة ومقننة وعادلة ومنصفة، تتصف بالحياد، والقانون هو من يتولى تنظيم إجراءاتها منذ تحريك الدعوى، لغاية صدور الحكم.

كما أن الرقابة القضائية لا تتحرك من تلقاء نفسها، وإنما لابد من رفع دعوى، من صاحب أو أصحاب المصلحة إمام القضاء لكي يبدأ القاضي على أساسها في التدخل وممارسة الرقابة على أعمال الإدارة.

وفي بعض الحالات يمكن أن تثور عن طريق دفع يتقدم به الفرد خلال نظر الدعوى، ويطلب من القضاء المرفوعة إليه الدعوى، والمطروح للبحث أمامه وقف تنفيذ قرار إداري أو إلغاءه، أو الحكم بتعويض مقابل الأضرار

(1) محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 54 .

(2) عمار عوايدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 24.

(3) أنظر: عبد الغني عبد الله بسيوي، أسس التنظيم السياسي-الدولة الحكومة-، المرجع السابق، ص 165-172

التي لحقت به جراء تصرف الإدارة، أو بفحص مشروعية ذلك التصرف الإداري⁽¹⁾، في حالة ما إذا كان القرار مشوباً بأحد عيوب المشروعية التي تتمثل في عيب الشكل، عيب الاختصاص، عيب مخالفة القانون، عيب السبب وعيب الانحراف بالسلطة⁽²⁾.

وتعود أهمية الرقابة القضائية إلى تمتع القضاء بالحياد والموضوعية والنزاهة⁽³⁾، وغياب الاعتبارات السياسية والمجاملة عند قيامه بممارسة اختصاصه، وتمتع قراراته بحجية الشيء المقضي به وتعد عنواناً للحقيقة⁽⁴⁾، فإذا كانت تعتبر أكمل وأوفى أنواع الرقابة فإن حدودها من ذلك تختلف مع اختلاف أسلوب النظام القضائي المقرر⁽⁵⁾، ويتم تنظيمها عملياً بأسلوبين أولهما نظام القضاء الواحد كما النظام الانكلو-سكوي وثانيهما النظام المزدوج الذي يتفرع إلى قضاء عادي وقضاء إداري كما في النظام اللاتيني والمطبق في فرنسا⁽⁶⁾.

وتتحقق الرقابة القضائية بمظاهر ووسائل متعددة متدرجة في قوتها ومتفاوتة في مقدارها. فقد تقتصر على مجرد فحص شرعية العمل أو القرار الإداري بناء على دفع يقدم من أحد الخصوم أثناء نظر دعوى معينة بعدم الشرعية، فإذا تحقق القاضي بعد فحص مشروعية القرار من أنه مخالف للقانون إستبعد تطبيقه على القضية المعروضة عليه. ويقتصر دوره على مجرد تجاهل القرار واستبعاده، فلا يملك إلغائه بل يظل قائماً حتى تلغيه وتصححه الجهة الإدارية التي أصدرته. وقد تكون الرقابة القضائية أبعد مدى ويتحقق ذلك في رقابة التضمنين أو المسؤولية التي يملك القاضي بمقتضاها الحكم بالتعويض عما أصاب المدعي من ضرر نتيجة أعمال الإدارة المادية، أو بمناسبة تسير المرافق العامة أو نتيجة لأعمالها القانونية.

(1) محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 160.

(2) أحمد إسماعيل، أثر تغير الظروف القانونية والواقعية في القرارات الإدارية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2004. ص 8-9.

(3) راجع مقال العميد: الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ص 02.

(4) عصام علي الدبس، القانون الدستوري والنظم الدستورية، المرجع السابق، ص 109-110.

(5) أنظر: عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 69.

(6) محمد كامل ليلة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، بيروت، 1970. ص 863.

وتأسيسا على ما سبق، فلا يمكن ممارسة ولا تحريك الرقابة القضائية إلا بناء على دعوى قضائية مرفوعة من طرف ذوي الصفة والمصلحة، بحيث لا يمكن للقاضي أن يقحم نفسه في النزاع بين الإدارة والأشخاص من تلقاء نفسه، بل يجب لكي يتدخل أن ترفع إليه دعوى قضائية⁽¹⁾. بذلك تكون الدعوى القضائية⁽²⁾ هي الوسيلة الأساسية لممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، لأنها طريق صاحب المصلحة والصفة إلى القاضي، وشرط لتصدي القاضي للنزاع. كما أنها تعد الوسيلة القانونية والقضائية الوحيدة في حل المنازعات التي تطرأ بين الإدارة العامة والأشخاص، المراد حلها حلا قضائيا⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس عرف جانب من الفقه الدعوى القضائية على أنها "حق الشخص سواء أكان طبيعيا أو معنويا في أن يلجأ إلى القضاء يطالبه في خصومة بينه وبين الإدارة، وذلك بقصد كفالة حماية ما يدعيه من حق أعتدى عليه، أو لإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو التعويض عنه، وحق الشخص في الإلتجاء إلى القاضي أو حقه في الدعوى هو حق مطلق في دولة القانون"، أو كما عرفها الدكتور مصطفى كمال وصفي بأنها الإجراءات القضائية التي تتخذ أمام القضاء الإداري للمطالبة بأثر من الآثار المترتبة على علاقة إدارية⁽⁴⁾.

أو أنها "حق الشخص ووسيلته القانونية في تحريك وإستعمال سلطة القضاء المختص، وفي نطاق مجموعة القواعد القانونية الشكلية والإجرائية والموضوعية المقررة للمطالبة بالاعتراف بحق أو للمطالبة بحماية حق أو مصلحة جوهرية، نتيجة الإعتداء على هذا الحق أو هذه المصلحة، بفعل الأعمال الإدارية غير المشروعة والضارة، والمطالبة بإزالتها وإصلاح الأضرار الناجمة عنها"⁽⁵⁾.

(1) أنظر بالتفصيل: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 9. د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 50.

(2) يجدر التنويه الى أن الهيئة التي تقوم بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، يجب أن تكون لها صفة القضاء ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر الأمور التالية:
- أن تكون الهيئة المكلفة بالرقابة على أعمال الإدارة قد اكتسبت هذا الاختصاص بناء على نصوص دستورية أو قانونية .
- أن تتبع الهيئة المكلفة بالرقابة عند نظرها للمنازعات المعروضة عليها القواعد والاجراءات المنصوص عليها في القوانين بقصد ضمان الجدية في دراسة الدعاوى، وكفالة حرية الخصوم في الدفاع عن أنفسهم وحقوقهم.

- أن تكون للأحكام التي تصدرها الهيئة المكلفة بالرقابة حجية الشيء المقضى فيه أو بتعبير آخر قوة الشيء المحكوم به، ومنه أن حجية الأحكام لا تقرر إلا بالنسبة للأحكام التي تصبح غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المقررة في القانون.

(3) في هذا النطاق قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الجزائر أن عدم مراعاة الإدارة المعنية للمهلة القانونية بشأن رخص البناء يعد تجاوزا للسلطة. / أنظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف 68240 بتاريخ 28-07-1990، المجلة القضائية العدد الأول، 1992، ص 153.

(4) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 228.

(5) عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هوم، الجزائر، 2002، ص 76.

وبذلك فإن الدعوى الإدارية سواء دعوى الإلغاء أو دعوى التفسير أو دعوى الفحص أو دعوى التعويض وغيرها من الدعاوى الأخرى تمثل ضمانات أساسية لمبدأ المشروعية⁽¹⁾ الإدارية. وتمكن جهة القضاء المختص من ممارسة رقابته على جهة الإدارة⁽²⁾، ومن ثم التصريح في حال ثبوت الخرق بإعدام القرار المطعون فيه أو إقرار مسؤولية الإدارة مع التعويض عن العمل الضار وغير ذلك من القرارات القضائية⁽³⁾. وينظر القضاء في الدعاوى المرفوعة أمامه بصفة مستقلة فلا سلطان للإدارة عليه.

وغنى عن البيان، أن دولة القانون تبدأ من فكرة أن كل عمل أو قرار من الممكن عرضه على جهة القضاء⁽⁴⁾ المختص لفحصه وتقدير مشروعية ورقابته⁽⁵⁾. وقد يؤدي الأمر إلى إلغائه مع ترتيب آثار الإلغاء، إذ ما الفائدة التي التي يجنيها المواطن إذا كانت حقوقه ثابتة بموجب نصوص دستورية وقانونية كحق الملكية مثلا، إذا لم نعترف له باللجوء للقضاء في حال خرق الإدارة للقانون ونزعها للملكية دون مراعاة الجوانب الإجرائية، ودون التقيد بالنصوص الرسمية التي تحكم عملية النزاع. لا شك أن تصورا من هذا القبيل ينجم عنه العودة بالمجتمع البشري إلى مراحلها السابقة والقديمة حيث كانت الدولة وهيئاتها لا تتقيد بالقواعد ولا تلتزم بضابط أو إجراء.

وما ينبغي الإشارة إليه، أن الإدارة في كثير من الأنظمة القانونية قد تتناول على أحكام القضاء وتتمرد على تنفيذها رغم أن المشرع فتح السبيل القانوني أمام صاحب الحق في اللجوء للقضاء الجزائري كما هو الحال في مصر

(1) تطبيقات قضائية لدور القضاء في تكريس مبدأ المشروعية وحماية الحقوق والحريات، حالة القضاء الإداري الجزائري:

- **تكريس حق الدفاع:** كرس مجلس الدولة مبدأ حق الشخص في اختيار محاميه ولو كان المحامي أجنبيا شريطة أن يختار المحامي الأجنبي مقرا له، حيث أجاز المجلس لمحامية فرنسية حق المرافعة أمام الهيئات القضائية الجزائرية طبقا لبروتوكول قضائي مبرم بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 28-08-1962. / أنظر: قرار مجلس الدولة المؤرخ في 08-05-2000 ملف رقم 002111.

- **تكريس حق الملكية:** اعترف المجلس للمنزوع ملكيتهم بتعويض قدره 23.000.000.00 دينار، كما أقر حق المالكين في استرجاع أملاكهم المنزوعة إذا لم ينفذ قرار النزاع خلال مدة 5 سنوات. واحتراما لحق الملكية اعترت المحكمة العليا المثلثة في غرفتها الإدارية أن رفض منح رخصة بناء لأسباب غير ثابتة وبعد فوات المدة المحددة قانونا يعد تجاوزا للسلطة. / أنظر: قرار مجلس الدولة بتاريخ 22-07-2003 ملف رقم 008247 (وزير السكن ضد ورثة ج) بتاريخ 25-06-2002 ملف 012368 (وزير السكن ضد ورثته ش.ع) وهذا ما تجلّى صراحة في القرار الصادر بتاريخ 15.04.2003 ملف 006222 قضية ورثة ق.ع ضد ولاية بتيزي وزو.

- **تكريس وحماية العمل الجهوي:** صرح مجلس الدولة لحل الجمعية الرياضية للفرسوية فوراً ومصادر أملاكها لفائدة الدولة بعد أن ثبت للمجلس قيام هذه الجمعية بتأجير قطعة الأرض المملوكة للدولة والمخصصة لها. / أنظر: قرار مجلس الدولة بتاريخ 28-03-2006 ملف رقم 030115. / لأكثر تفصيل أنظر: عمار بوضياف، تنفيذ الأحكام القضائية في المادة الإدارية بين الإطار القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة الجزائر العدد 02، 2007، ص 9 وما بعدها. / عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 36.

(2) أنظر: حكم المحكمة الدستورية (مصر) في القضية رقم 15 لسنة 17 قضائية دستورية بجملة 02/12/1995. / حكم المحكمة الدستورية العليا (الأردن) في القضية رقم 13 لسنة 7 قضائية دستورية بجملة، 16/4/1978 القضية رقم 11 لسنة 5 قضائية دستورية بجملة 3/4/1976

(3) أنظر في هذا المعنى د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري العقد الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي 1989، ص 109.

(4) استقر الفقه والقضاء على استبعاد أعمال السيادة من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأتي أن تكون محلا لدعوى قضائية. / لأكثر تفصيل أنظر: د. محمد مرغني خيري - القضاء الإداري ومجلس الدولة -، المرجع السابق، ص 85. / الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع سابق، ص 186.

(5) فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 37.

والجزائر⁽¹⁾. غير أنه ورغم فتح هذا السبيل، إلا أن الملاحظ في كثير من الأنظمة العربية أن الإدارة قد لا تمتثل لأحكام القضاء خاصة إذا تعلق الأمر بدعوى الإلغاء⁽²⁾. أو أنها تستعمل سلطتها في الضغط على القضاة. وفي هذا الإطار، أكد الدستور الجزائري على إستقلالية القضاء بالنص على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتُمارس في إطار القانون. رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية"⁽³⁾. وأنه "لا يخضع القاضي إلا للقانون"⁽⁴⁾، وأنه "يُحظر أيّ تدخل في سير العدالة"⁽⁵⁾.

وأقام للقضاة ضمانات هامة تعزز من استقلالهم في أداء مهامهم، بالنص على أن "قاضي الحكم غير قابل للنقل حسب الشروط المحددة في القانون الأساسي للقضاء"⁽⁶⁾؛ وفي إطار تنظيم مساءلتهم تأديبيا نص الدستور على أن "القاضي مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء عن كفيّة قيامه بمهمّته، حسب الأشكال المنصوص عليها في القانون"⁽⁷⁾. وللمحافظة على حقوق الدفاع نص الدستور على أن "الحقّ في الدّفاع معترف به. الحقّ في الدّفاع الدّفاع مضمون في القضايا الجزائيّة"⁽⁸⁾.

ولأن فعالية الرقابة القضائية لازمة، من ناحية أخرى، كفالة حقوق التقاضي والدفاع للأفراد بغير عوائق وضمن استئذائهم للحقوق تنفيذا للأحكام الصادرة لهم، نص الدستور على أن "أساس القضاء مبادئ الشّرعيّة والمساواة. الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسّده احترام القانون"⁽⁹⁾ وأن "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريّات، وتضمن للجميع ولكلّ واحد المحافظة على حقوقهم الأساسيّة"⁽¹⁰⁾، "تخضع العقوبات الجزائيّة إلى مبادئ الشّرعيّة والشخصيّة. يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كفيّات تطبيقها"⁽¹¹⁾.

(1) عن طريق المحاكمات الجنائية والتأديبية لعمال الإدارة في الدولة عند ثبوت ارتكابهم لوقائع في إطار عملهم وسلطاتهم الإدارية والتنفيذية تشكل جرائم جنائية أو تأديبية، وكذلك إلزام جهة الإدارة بالتعويض كنوع من الجزاء إن كان له مقتضى.

(2) لتفصيل أكثر بخصوص ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة لأحكام القضاء راجع: د.عمار بوضياف، تنفيذ الأحكام القضائية في المادة الإدارية بين الإطار القانوني والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 9 وما بعدها. د.عائشة سلمان، إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72، أبريل 2007. ص 45.

(3) أنظر: المادة 156/ من دستور 2016.

(4) أنظر: المادة 165/ من دستور 2016.

(5) أنظر: المادة 166/ ف2 من دستور 2016.

(6) أنظر: المادة 166/ ف4 من التعديل الدستوري 2016.

(7) أنظر: المادة 167/ ف1 من التعديل الدستوري 2016.

(8) أنظر: المادة 169/ من التعديل الدستوري 2016.

(9) أنظر: المادة 158/ من التعديل الدستوري 2016.

(10) أنظر: المادة 157/ من التعديل الدستوري 2016.

(11) أنظر: المادة 160/ من التعديل الدستوري 2016.

ويبين من مجموع هذه النصوص الدستورية أن الدولة تخضع مثلها في ذلك مثل الأفراد والأشخاص الخاصة للقانون الذي تمثل سيادته الأساس الجوهري للشرعية والديمقراطية، ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي دون حائل، فلا يجوز أن يحول دون ذلك تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء على مشروعيته وسلامته⁽¹⁾.

وعلى أساس ما سبق عرضه، فإن رقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة⁽²⁾ التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته ولكل نظام حدوده الدستورية المشروعة⁽³⁾ ولذا زواج الدستور بين خضوع الدولة للقانون وبين الرقابة القضائية المستقلة.

الفرع الثاني

خصائص الرقابة القضائية

الرقابة القضائية على عكس الرقابتين السياسية والإدارية لا تتحرك من تلقاء نفسها، وإنما لا بد من رفع دعوى أمام القضاء من ذوي الشأن، لكي يستند إليها القاضي في ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة التي تثار مشروعيتها نتيجة هذه الدعوى.

ليس للقضاء في مجال ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة إلا أن يحكم بمشروعية التصرف الإداري أو أن يحكم ببطلانه ومن ثم إلغاءه لعدم مشروعيته، إضافة إلى التعويض عن الأضرار الناجمة عنه، وتبعاً لذلك لا يجوز للقضاء التدخل في أعمال الإدارة العامة، بأن يحل محلها في إصدار أي قرار، أو أن يأمرها بأداء عمل معين أو بالامتناع عنه، ولا أن يكرهها على شيء من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية.

إذ أن ممارسة الوظيفة الإدارية لا تكون إلا من قبل الإدارة، وبالتالي تظل للإدارة حريتها الكاملة في اتخاذ ما تراه من قرارات مناسبة بمقتضى وظيفتها الإدارية، خاضعة في ذلك لرقابة القضاء إذا صدرت عنها مخالفة للقانون. كما تتمتع الأحكام القضائية بحجية الشيء المقضي فيه والتي بمقتضاها توجد قرينة قانونية قاطعة على أن الحكم هو عنوان الحقيقة فيما قضى به، وهو التعبير الصحيح عن سلطان القانون، فلا يمكن بعد أن يصير نهائياً

(1) أنظر: قرار المحكمة الإدارية العليا (مصر)، طعن 3162 لسنة 32 ق-22-03-1992، الموسوعة الإدارية الحديثة 1975-ج32-قاعدة 104.

(2) رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية في النظم الوضعية والإسلامية، مرجع سابق، ص275./محمد مرغني خيري، مرجع سابق، ص71.

(3) أنظر: المحكمة الإدارية العليا- طعن 1438 لسنة 31 ق- 06-03-1988، المجموعة - السنة 33-ج2- بند 166-ص1052.

أن يكون محلاً لمنازعة ما، بل يجوز تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء⁽¹⁾، وذلك على عكس القرارات التي لا تتمتع بهذه الحجية، إذ يمكن الطعن فيها مباشرة خلال ميعاد الطعن القضائي، أو بطريقة غير مباشرة بعد فوات هذا الميعاد. كما أن، الرقابة القضائية رقابة مشروعية في أصلها، بمعنى أن القاضي يقتصر دوره في فحص العمل الإداري محل النزاع من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية (أي مدى مطابقته لمبدأ المشروعية)، دون أن تمتد رقابة القضاء إلى بحث مدى ملاءمة -مبدئياً لا ينظر القضاء في الملاءمة- هذا التصرف حيث يبقى تقدير هذه الملاءمة من المسائل المتروكة للإدارة بما لها من سلطة تقديرية، وعليه فإن الرقابة القضائية هي رقابة قانونية يسلطها القضاء للتعرف على مدى مشروعية العمل الإداري وفي بعض الأحيان ملاءمة العمل إذا كانت الملاءمة جزء من المشروعية، على نحو ما سنبينه في أجزاء البحث الموالية.

الفرع الثالث

الفرق بين الرقابة

القضائية والإدارية

تختلف الرقابة القضائية عن الرقابة الإدارية في عدة نواحي، ويمكن إجمال الفروق بما يلي:

- **من حيث مدى الرقابة:** الرقابة الإدارية إما أن تكون رقابة ملاءمة، تبحث في مدى ملاءمة العمل الإداري في الظروف التي تم فيها، وذلك بالرغم من شرعيته، وقد تكون رقابة الإدارة على أعمالها رقابة قانونية أي أنها رقابة مشروعية ورقابة ملاءمة معاً.

وينجم عن هذا أن الإدارة تستطيع في مجال ممارستها لرقابتها على أعمالها أن تلغيها أو تسحبها أو تعدلها أو تستبدلها بتصرف آخر، وبذلك تكون الرقابة الإدارية أوسع نطاقاً وأبعد في مداها من الرقابة القضائية. بينما تنصب الرقابة القضائية في فحص مشروعية أعمال الإدارة أي تقدير موافقتها أو عدم موافقتها للقانون حيث لا يملك القضاء إلا الحكم بإلغاء العمل المخالف للقانون أو التعويض عن الأضرار التي ترتبت عليه دون أن يعدله.

- **من حيث الفصل في النزاع المعروف على الإدارة أو على القضاء:** الإدارة ليست ملزمة بالرد على التظلمات التي يرفعها إليها الأفراد، بينما القاضي لا يستطيع أن يمتنع عن نظر الدعوى إذا ما رفعت إليه. وبالتالي فهو ملزم

(1) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 231

بالفصل فيها وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة⁽¹⁾ فيتدخل القاضي ويباشر الرقابة على أعمال الإدارة بعكس الرقابة الإدارية.⁽²⁾

- **من حيث الجهة التي تتولى الرقابة:** يتمثل الاختلاف الجوهرى بين كلا الرقابتين فى السلطة أو الهيئة التي تتولى وتقوم بوظيفة الرقابة، فالرقابة القضائية هي اختصاص "السلطة القضائية" المكونة من القضاة، تتولها محاكم تابعه للسلطة القضائية، وهي بطبيعتها منفصلة ومستقلة عن السلطة التنفيذية وهذه السلطة محايدة بين الإدارة والأفراد، وفي حيادها هذا لها ضماناتها واستقلالها. مما يجعل الإدارة والأفراد يطمئنون لنزاهتها، وترفعها عن الهوى، فالعدالة من صميم أعمال القضاة والمحاكم.⁽³⁾

أما الرقابة الإدارية فهي من اختصاص الإدارة ذاتها، ومن أجل ذلك سميت بالرقابة الذاتية فهي ليست رقابة من هيئة محايدة مستقلة، ويؤدي ذلك إلى جمع الإدارة بين صفتي الخصم والحكم بالنسبة لأعمالها محل الرقابة، مما لا يحقق العدالة التي ينشدها الأفراد، خاصة وأن اعتراف الإدارة بما يقع من أخطاء، أو انحراف هو أمر عسير التحقق في كثير من الأحيان.⁽⁴⁾

- **من حيث الإجراءات والمواعيد:** يتوجب أن يتقيد الطعن في أعمال الإدارة أمام القضاء بمواعيد محددة ويقدم في شكل معين ووفقا لإجراءات. وهذا بعكس الرقابة الإدارية التي لا تحتاج للتقيد بإجراءات ومواعيد بخصوص التظلمات التي ترفع إليها، إلا إذا نص القانون على غير ذلك، كما يمكن للإدارة أن تمارس الرقابة الإدارية من تلقاء نفسها، أو بناء على تظلم ذوي الشأن، بينما تمارس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بناء على دعوى ترفع أمام القضاء من صاحب المصلحة.

⁽¹⁾ ورد نفس المعنى في قانون العقوبات الجزائري لسنة 1966 المعدل والمتمم، حيث نصت المادة 136/ على أنه "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري بمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه من رؤسائه. ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 دينار وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة".

⁽²⁾ حافظ محمود، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص 25.

⁽³⁾ الدكتور عبد الرزاق السنهوري يصف القضاة بأنهم "نخبة من رجال الأمة أشربت نفوسهم باحترام القانون، وانغرس في قلوبهم حب العدل، وهم بطبيعتهم يؤمنون بمبدأ الشرعية". / للمزيد راجع بحثه: عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثانية، يناير 1952. ص 02.

⁽⁴⁾ سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، "القضاء الإداري"، المرجع السابق، ص 229.

- **من حيث الحجية:** تنتهي الرقابة القضائية بصدور حكم قضائي يجوز حجية الشيء المقضي فيه⁽¹⁾ ويتمتع بقوة الحجية ويعتبر عنوان الحقيقة أو حكم القانون فيما قضي به وبالتالي يترتب عليه انتهاء المنازعة بطريقة حاسمة بحيث لا يجوز إثارتها من جديد أمام القضاء، بينما الطعن الإداري ينتهي دائما وفي جميع الأحوال إلى صدور قرار إداري يخضع كسائر القرارات الإدارية لسحبه أو تعديله أو إلغائه أو الطعن فيه من جديد سواء أمام الإدارة أو القضاء.

- **من حيث التسبب:**⁽²⁾ يلتزم القاضي بتسبب الأحكام⁽³⁾ التي يصدرها في الدعاوى التي يفصل فيها، وبذلك يكون متاح لأطراف النزاع معرفة الأسباب التي استند إليها القاضي في إصدار أحكامه، بعكس الرقابة الإدارية التي لا يلتزم بذلك إلا إذ نص القانون على ذلك في حالات معينة، فالأصل حرية الإدارة في أن تسبب قراراتها أو لا تسبب.

ومن خلال الخصائص السابق عرضها في المقارنة بين الرقابة القضائية والإدارية يمكننا أن نجد فيما يلي أهم الاعتبارات التي تجعل الرقابة القضائية أفضل من الرقابة الإدارية وأكثرها فاعلية وهي كما يلي:

- القرارات الإدارية التي تخضع للمراجعة الذاتية للإدارة لا تتمتع بما تتمتع به الأحكام القضائية في حجية الأمر المقضي به. تلك الحجية تعني أن هناك قرينة قانونية قاطعة على أن الحكم عنوان الحقيقة. وأن التعبير الصحيح عن حكم القانون لا يميز الرجوع إلى القضية أو عرض النزاع عليها من جديد، والهدف من هذه الحجية هو تحقيق الثبات والاستقرار للمراكز القانونية التي تقررها أو تكشف عنها الأحكام القضائية، فلا تكون محلا لمنازعة إلى مالا نهاية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ تعتبر حجية الشيء المقضي فيه قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات عكس مدلولها ونصت عليها المادة /338/ من القانون المدني الجزائري بقولها "لا يجوز قبول أي دليل ينفذ هذه القرينة وخصوصا القرار القضائي الحائز لحجية الشيء المقضي فيه والذي أبتل قرارا إداريا " وبذلك يصبح قرينة قضائية من النظام العام تطبيقا لمبدأ المشروعية ويجب على القاضي إثارة تلك القرينة من تلقاء نفسه وتطبيقا لذلك جاء في قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى في 23 نوفمبر 1985 قضية (ع.ل.) ضد وزير الداخلية "ولكي نكون بصدد حجية الشيء المقضي فيه يجب، طبقا للمادة /338/ أن تتوفر الشروط التالية:

- أن يقوم النزاع بين الأطراف أنفسهم.
- أن تكون صفات الأطراف واحدة مدعى ومدعى عليه.
- أن ينصب النزاع على حقوق لها نفس المحل والسبب.

⁽²⁾ حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، عالم الكتب، القاهرة، 1981. ص266، موضحا أن "المقصود بتسبب الأحكام هو سرد مجموع الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استندت عليها المحكمة في تكوين قناعتها بالحل الذي تضمنه حكمها والإشارة إلى النصوص القانونية التي أثارها النزاع.

⁽³⁾ نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09، على ذلك في المادة /277/ بقولها " لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة. يجب أيضا أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية وطلبات وإدعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم ويجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة يتضمن ما قضي به في شكل منطوق" وعلى صعيد القضاء الإداري نصت المادة /78/ من القانون عضوي رقم 11-13 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. على أن " تخضع الإجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة لأحكام قانون الإجراءات المدنية " وفي نفس السياق نصت المادة الثانية من قانون المحاكم الإدارية رقم 98-02 على أن " تخضع الإجراءات المطبقة أمام المحاكم الإدارية لأحكام قانون الإجراءات المدنية" وبالعودة للأحكام المقررة في (ق، إ، م، ل) وتحديدا نص المادة/888/ نجدها تحيلنا بصريح العبارة للمواد من/270/ إلى /298/، بما يؤكد وحدة الأحكام الإجرائية بصدد تسبب الأحكام القضائية سواء الصادرة عن هيئات القضاء العادي أو الإداري./ للمزيد راجع: عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر-دراسة وصفية تحليلية مقارنة-، طبعة معدلة طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2008. ص36.

⁽⁴⁾ حافظ محمود، القضاء الإداري في الأردن، المرجع السابق، ص26.

- السلطة القضائية وظيفتها الطبيعية هي السهر على احترام تطبيق قواعد القانون، كما أن أعضاءها في القضاء يحكم وظيفتهم أناس يهتمهم إرساء قواعد العدالة ومنع كافة مظاهر التعسف والانحراف، ومن ثم تبدو السلطة القضائية أكثر تأهيلا لرقابة مشروعية أعمال الإدارة⁽¹⁾.

- الرقابة الإدارية تتأثر في كثير من الأحيان بالاعتبارات السياسية مما يجعل الرقابة ذات طبيعة سياسية أكثر منها قانونية، في حين أن القضاء بعيد عن هذه الاعتبارات مما يكفل له أداء وظيفته على الوجه الأكمل⁽²⁾.

- الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة يتولاها قضاة مستقلون عن الإدارة ويتسمون بالتالي بالحيدة والاستقلال في بحث مشروعية الأعمال الإدارية، هذا في حين أن الرقابة الإدارية تجعل الإدارة خصما وحكما في ذات الوقت، وهذا يتنافى مع أبسط قواعد العدالة.

وفي النهاية يكون النظام الأفضل هو ذلك النظام الذي يجمع بين هذين النوعين من الرقابة، فلرقابة الإدارة قدر من المزايا الهامة ومن مصلحة الأفراد الاستفادة منها، ولكن إذا لم يستطع الأفراد المتظلمين الوصول إلى تحقيق مبتغاهم في إلغاء القرار غير المشروع أو سحبه عن طريق الإدارة، وجب أن يتوفر لهم أسلوب الرقابة القضائية التي هي في نهاية الأمر الضمانة الحقيقية والأكيدة والجوهرية ضد تعسف الإدارة وعنادها في مخالفة القانون⁽³⁾.

المطلب الثاني

تقدير الرقابة القضائية

ينجم مما تقدم أن حقوق الأفراد وحررياتهم لا يمكن ضمانها بصورة جدية إلا في ظل الرقابة القضائية⁽⁴⁾، لذا تبقى أكثر أهمية وفعالية نظرا لما تتميز به السلطة القضائية من حيده ونزاهة، وما تتسم به من استقلالية عن أطراف النزاع، وبالتالي فهي بعيدة عن التأثير بالاعتبارات السياسية أو الشخصية.

ثم إنها تصدر من قضاة لهم من الكفاءة والمكنة القانونية والخبرة ما يكفل للمتقاضين صيانة حقوقهم وحررياتهم، ثم إنها إلى جانب ذلك محاطة بقواعد إجرائية تستهدف كفالة الدفاع وعدم صدور الأحكام إلا بعد

(1) عبد الوهاب محمد رفعت، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 93.

(2) حافظ محمود، نفس المرجع السابق، ص 26.

(3) عبد الوهاب محمد رفعت، نفس المرجع، ص 94.

(4) راجع في ذلك: محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 30. / عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة "القضاء الإداري"،

المرجع السابق، ص 55.

- دراسة مستفيضة ومتأنية لموضوع النزاع. هذه الأحكام تحوز قوة الشيء المقضي فيه باعتبارها عنوان الحقيقة وحكم القانون في موضوع النزاع. ويؤخذ على الرقابة القضائية -رغم ذلك- عدة مآخذ⁽¹⁾:
- انحصار الرقابة القضائية في الرقابة على المشروعية دون الملاءمة في بعض الدول⁽²⁾.
 - تقييد الطاعن بمواعيد زمنية قد يؤدي إلى ضياع حقوق الأفراد إذا ما قدمت الدعاوى بعد فوات المواعيد.
 - لا تتحرك الرقابة القضائية من تلقاء نفسها، وإنما برفع دعوى قضائية من طرف ذوي الصفة والمصلحة.
 - عدم قدرة المحاكم على متابعة تنفيذ الأحكام التي تصدر منها.
 - نقص الخبرة الإدارية اللازمة في بعض رجال القضاء⁽³⁾.
 - تمييز الإجراءات القضائية بالبطء والتعقيد إضافة إلى التكلفة في الرسوم والمصاريف.
- ورغم هذه المآخذ، فإن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تعد بأنها أكمل وأنجع أنواع الرقابات وأكثرها فاعلية، وهي أنجع وسيلة لتأمين احترام مبدأ الشرعية، ولمنع الإدارة من التعدي على حقوق وحرريات الأفراد⁽⁴⁾.

المبحث الثاني

أسس تنظيم

الرقابة القضائية

ستتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون المقارن، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث مظاهر الرقابة القضائية في النظام القضائي الجزائري، وقد تمت معالجته كما يلي:

(1) أنظر في ذلك: سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 231.

(2) يحيى الجمل، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 80.

(3) محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 93.

(4) راجع في ذلك: محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 25. / عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، المرجع السابق، ص 32.

المطلب الأول

الرقابة القضائية على أعمال

الإدارة في القانون المقارن

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول نظام القضاء الموحد، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث نظام القضاء المزدوج، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

نظام القضاء الموحد

أولاً: مفهوم نظام القضاء الموحد

يقتضى الأخذ بنظام القضاء الموحد⁽¹⁾ أن تتولى الوظيفة القضائية جهة قضائية واحدة تختص بالفصل في المنازعات، سواء المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة⁽²⁾. ويترتب على ذلك أن تخضع الإدارة في منازعاتها لنفس القاضي الذي يخضع له الأفراد.

ويطبق عليها والحالة هذه، نفس المبادئ القانونية التي تسري على المنازعات بين الأفراد وتحكمهم. ومن الدول التي تأخذ بهذا النظام بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾ ومعها الدول التي تأثرت في نظمها المختلفة بالأنظمة الإنجليزية، لهذا سمي بالنظام الانكلوسكسوني أو الأنكلوأمريكي. وتعتبر بريطانيا رائدة هذا النظام.

وعلى هذا الأساس؛ لا يوجد قضاء إداري مستقل ومتخصص في المنازعات الإدارية؛ لأن القضاء العادي يتولى هو نفسه تلك الوظيفة إلى جانب وظيفته الأساسية الأخرى وهي الفصل في منازعات الأفراد فيما بينهم؛ كما لا يوجد في هذا النظام قانون إداري مستقل بمفهومه الدقيق، الذي يقر للإدارة بامتيازات وحقوق لا مقابل لها في القانون الخاص، إذ تخضع لذات القواعد التي يخضع لها الأفراد وهي قواعد القانون العادي، ومن ثم فوحدة القضاء توازيها وترتبط بها وحدة في القانون⁽⁴⁾.

(1) يقوم نظام وحدة القضاء والقانون على أساس مبدأ خضوع الجميع، حكما ومحكومين، أي أفراد عاديين وسلطات عامة لرقابة قضائية موحدة تضطلع بها جهات القضاء العادي وتطبق في ذلك أحكام القانون العادي شكلا وموضوعا. وذلك كأصل عام. حماية لمبدأ المساواة أمام القانون، ومبدأ المشروعية وسيادة القانون ولتقتضيات حماية النظام القانوني لحقوق وحرية الإنسان بكل جدية وموضوعية. / لأكثر توضيح أنظر:

Charles Debbash, Science Administrative, 2^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1972, p.620.

(2) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2005، ص 27.

(3) حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 14.

(4) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 87.

وعليه، في ظل نظام القضاء الموحد يعهد بمهام السلطة القضائية إلى جهة واحدة تخصص بالفصل في كافة المنازعات مدنية كانت أم إدارية، وهذه الجهة هي القضاء العادي الذي يطبق قانونا واحدا على جميع المنازعات - لذا سمي بالقضاء الموحد⁽¹⁾ التي تثور بين الأفراد والإدارة.

كما أن هذا النظام يجد أساسه في التفسير المرن والواقعي لمبدأ الفصل بين السلطات، الأمر الذي يقتضي تخصص جهات القضاء العادي بالوظيفة القضائية في مجموعها وعدم إخراج منازعات السلطات العامة من نطاق إختصاصها وولايتها⁽²⁾. ويترتب على ذلك أن تخضع الإدارة في منازعاتها لنفس القاضي الذي يخضع له الأفراد، ويطبق عليها نفس المبادئ القانونية التي تسري على المنازعات بين الأفراد وتحكمهم.

فجميع المنازعات والدعاوى القضائية في الدولة تختص بها جهات القضاء العادي بمحاكمها المختلفة، وتطبق عليها قواعد القانون العادي شكلا وموضوعا، تطبيقا وحماية لمبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ الشرعية وسيادة القانون، ومقتضيات حماية النظام القانوني لحقوق وحرمان الإنسان بكل جدية وموضوعية⁽³⁾.

فإذا كانت القاعدة هي أن يطبق هذا القضاء قواعد موحدة على الإدارة وعلى الأفراد، إلا أن المشرع يستطيع أن يخص الإدارة استثناء بقواعد خاصة فيصدر تشريعا مستقلا يقر للإدارة بسلطات وامتيازات، وكل ذلك يدور في نطاق الاستثناء على القاعدة العامة وهي وحدة القضاء والنظام القانوني بالنسبة للمنازعات الإدارية والعادية.

وعلى هذا الأساس، يتقضي النظام القانوني في إنجلترا⁽⁴⁾، إختصاص شامل للمحاكم العادية بالفصل في مختلف صور المنازعات الإدارية إلا ما استثني بنص قانوني مكتوب وصريح، يعهد به إلى لجان خاصة، كما لا

(1) نعمان أحمد الخطيب، محكمة العدل العليا بين نظام القضاء الموحد ونظام القضاء المزدوج، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السادس، العدد الثاني، كانون الأول، الأردن، 1991. ص14.

(2) عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982. ص43.

(3) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج3، نظرية الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، د. م. ج، الجزائر، 2003. ص21

(4) في إنجلترا تخفي المحاكم القضائية بنظر منازعات الأفراد ضد تصرفات الإدارة، إلا أنه ازاء استقرار قاعدة أن (الملك لا يخطئ)، فإنه لا يجوز أن توجه الدعاوى ضد الإدارة مباشرة، لأن الإدارة هي جزء من الدولة، والدولة تختلط بالتاج، وما دام التاج لا يخطئ، فالدولة لا تخطئ، ولا يمكن بالتالي تقرير مسؤوليتها عن أعمال موظفيها، وعليه فالأصل أنه لا يجوز تقرير مسؤولية الدولة، وتبعاً لذلك لا يجوز تقرير مسؤولية الإدارة، لذلك تقام الدعاوى في مواجهة الموظفين شخصيا. ومع هذا فإن مبدأ عدم مسؤولية الإدارة في إنجلترا، ليس مبدأ مطلقا، حيث يرد عليه ما يقضى على هذا الاطلاق ويحدد من نطاقه إلى درجة كبيرة.

فقد تقررت مسؤولية الإدارة عن العقود التي تبرمها، وعن أعمال موظفيها الذين يعملون في الإدارات التابعة للهيئات المحلية، بحيث يقتصر مبدأ عدم مسؤولية الإدارة، على المسؤولية التصريحية عن أعمال موظفي المصالح والإدارات المركزية، وحتى في هذا المجال فإن المشرع الإنجليزي يقوم من وقت لآخر بإقرار مسؤولية الإدارة في حالات خاصة معينة، مما يساهم في تطوير النظام الإنجليزي نحو تقرير مسؤولية الإدارة كمبدأ عام ليحل محل مبدأ عدم المسؤولية.

وعليه فمن حق الفرد الذي يصيبه ضرر من أعمال الموظف، أن يقاضيه أمام المحاكم، وأن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه نتيجة الخطأ الذي ارتكبه، وذلك استنادا إلى قاعدة مسؤولية الموظف الشخصية، وهي القاعدة التي قررت موازنة مبدأ عدم مسؤولية الإدارة، كوسيلة لحماية الحريات الفردية من تعسف الإدارة. ومع ذلك فمن الملاحظ أن العرف قد جرى على أن تدفع الدولة التعويض المحكوم به على الموظف، ولكن ليس على أساس أنها ملتزمة به قانونا، وإنما من قبيل الشفقة والرحمة ومساعدة الموظف.

ووفقا لقانون حماية السلطات العامة الصادر عام 1893 وتعديلاته، لا يجوز مقاضاة الموظفين بسبب الإهمال أو الامتناع عن القيام بواجبهم القانونية أو بسبب تجاوز اختصاصاتهم، إلا خلال ستة أشهر من تاريخ وقوع الفعل الضار، فلا يجوز رفع دعوى المسؤولية ضد الموظف بعد فوات هذا الميعاد. =

تتسع سلطة المحاكم على أعمال الإدارة إلى مجرد مراقبة المشروعية، وإنما يمكن أن تصل إلى حد مراقبة مدى ملاءمة أعمالها لمقتضيات الصالح العام.

وفي حالات معينة قد تصل إلى حد توجيه أوامر للإدارة وإلزامها بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء، أو تعديل قراراتها، أو إلغاؤها، إضافة إلى ما لدى القاضي من وسائل قانونية يمكنه بواسطتها إجبار الإدارة على احترام وتنفيذ أوامر وأحكام القضاء⁽¹⁾.

ومن جانب آخر، ليس للقاضي الحق في مراقب القوانين ودستوريتها في الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾، بل يقتصر على مجرد تفسير القانون الوضعي. الذي يعبر في غالبه عن مجموع قواعد العادات العرفية التي تكونت من اضطراد مجموع إجراءات أحكام القضاء "السوابق القضائية".

وإعمال قواعد الإنصاف والعدالة وكذا القواعد القانونية المكتوبة التي يقرها البرلمان، إضافة إلى حق القضاء في الرقابة على اللوائح التنظيمية والقرارات الإدارية الفردية⁽³⁾.

ثانياً: تقدير نظام القضاء الموحد

ينسب أنصار نظام القضاء الموحد إليه بعض المزايا منها :

يجسد ويحقق تطبيقاً حقيقياً لكل من مبدأ المساواة أمام القانون، ومبدأ الشرعية وسيادة القانون، وكفالة الحماية القانونية والقضائية الأكيدة لحريات الإنسان والمواطن، إذا ما توفرت له الضمانات الكافية، مثل احترام مبدأ التخصص، وتقسيم العمل المهني داخل نظام وحدة القضاء، كنظام الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية الإقليمية والمحكمة العليا في نظام وحدة القضاء والقانون⁽⁴⁾.

= فإذا رفعت الدعوى على الموظف، فللقضاء الإنجليزي أن يحكم عليه بعقوبة جنائية إذا وجد أن فعله يكون جريمة جنائية.

(1) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 186.

(2) تأخذ الولايات المتحدة الأمريكية أيضاً بنظام القضاء الموحد كما هو مطبق في إنجلترا، حيث يملك القضاء الأمريكي نفس السلطات الواسعة التي يمارسها القاضي الإنجليزي في مواجهة الموظفين استناداً إلى قاعدة مسئولية الموظف الشخصية عما يسببه من أضرار للأفراد، ومبدأ عدم مسئولية الدولة عنها وهو المبدأ الذي تقرر في الولايات المتحدة استناداً إلى بعض الاعتبارات التاريخية التي ترجع إلى عهد الإحتلال الإنجليزي لها.

(3) الدكتور حسن السيد بسيوني، دور القضاء ف المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 17.

• يتفق النظام القضائي الأمريكي مع النظام الإنكليزي من حيث الأساس القانوني وهو الأخذ بنظام القضاء الموحد فيقوم القضاء العادي بالفصل في طعون الأفراد ضد الإدارة وله إن ينقض أو يعدل القرارات الإدارية، غير أنه يشترط إن يكون الطاعن قد استنفذ كافة طرق الطعن الإدارية إمام محاكم إدارية تتبع الجهاز الإداري وتقترب من نظام الإدارة القاضية الذي عرف في فرنسا في إعقاب الثورة الفرنسية لعام 1789. / الدكتور ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 63.

(4) أنظر في ذلك: محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، المرجع السابق، ص 18. / إمام محمد عبده، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 69.

أنه أكثر اتفاقاً مع مبدأ المشروعية، حيث يخضع الأفراد والإدارة لقضاء واحد وقانون واحد، مما لا يسمح بمنح الإدارة أية امتيازات في مواجهة الأفراد، وبالتالي تتحقق المساواة بين الحكام والمحكومين أمام القانون. فضلاً عن عدم منح هذا النظام أية امتيازات لجهة الإدارة في مواجهة الأفراد.

يمتاز هذا النظام بتوحيد القانون، أي أن القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد هي ذاتها التي تطبق على الإدارة دون تقرير أية استثناءات لها، ووجود قضاء موحد حيث تختص المحاكم العادية بجميع أنواع المنازعات سواء الخاصة منها أو الإدارية، ولهذا فإن المحاكم العادية هي التي تتولى الرقابة على أعمال الإدارة في دول هذا النظام⁽¹⁾.
يمتاز هذا النظام بالسهولة والوضوح، إذ يسهل على المتقاضين تحديد المحكمة القضائية المختصة بنظر المنازعة، حيث يخلو من التعقيدات التي تنشأ نتيجة إثارة توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري، نظراً لوجود جهة قضائية واحدة تختص بالفصل بكافة المنازعات القضائية.
ولكن يؤخذ على نظام القضاء الموحد عيوب كثيرة أهمها ما يلي:

يتجاهل هذا النظام طبيعة المنازعة الإدارية وما تتميز به عن غيرها. إذ أن الإدارة كطرف في نزاع تعمل على تحقيق الصالح العام عن طريق أداء وظائفها طبقاً للقواعد التي تناسبها، أما الطرف الآخر فيسعى إلى تحقيق صالحه الخاص في ظل أحكام القانون الذي يحكم النشاط الخاص⁽²⁾.

هذا النظام لا يحترم بعض المبادئ الدستورية السياسية والقانونية العامة مثل مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ وحدة السلطة الرئاسية ومبدأ التدرج الإداري. ففي هذا النظام، يملك القاضي حق التدخل في الاختصاصات والسلطات الإدارية، وسلطة توجيه الأوامر والتعليمات الكتابية إلى السلطات الإدارية، ويأمرها بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، مما يجعل من هذا النظام سلطة رئاسية إدارية تنهي وتعطل، هذا ما يفضي إلى مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلالية الإدارة ومبدأ وحدة السلطة والأمر⁽³⁾.

قد يؤدي نظام القضاء الموحد إلى عرقلة نشاط الإدارة. ذلك أنه يوسع سلطات القضاء في مواجهة الإدارة، الأمر الذي يحول جهة الإدارة لهيئة خاضعة لسيطرة القضاء، فيحد من استقلالها ويضعف من قوتها في تأدية مهامها.
عدم مسؤولية الدولة وتحميل الموظفين مسؤولية أخطائهم الوظيفية، وهو يؤدي إلى تثبيط المهمة في العمل كما يعرض المضرور لفقدان حقه في التعويض نظراً لضعف الإمكانيات المالية للموظف مقارنة بالدولة⁽⁴⁾.

(1) عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 72.

(2) ماجد راغب الحلوة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 64.

(3) محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري-مجلس الدولة- المرجع السابق، ص 19.

(4) إمام محمد عبده، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 70.

لا يحقق هذا النظام حماية كافية لحقوق الأفراد، إذ يفلت من الرقابة القضائية قدر كبير من أعمال الإدارة خصوصاً القرارات الصادرة تنفيذاً للقانون باعتبارها جزءاً منه لا يجوز الطعن فيه⁽¹⁾.

الفرع الثاني نظام القضاء المزدوج

أولاً: مفهوم نظام القضاء المزدوج

يقوم نظام القضاء المزدوج على أساس وجود جهتين قضائيتين، تتولى إحداها الفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد فيما بينهم، وتختص الأخرى بالنظر في المنازعات القضائية ذات الطابع الإداري. أي تلك التي تقوم بين الأفراد والإدارة بوصفها سلطة عامة أو بين الأشخاص العامة بعضها البعض؛ وتتألف جهة القضاء العادي من مجموع المحاكم العادية على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وعلى قمته توجد محكمة النقض أو محكمة التمييز باعتبارها المحكمة العليا في التنظيم القضائي العادي.

وتتألف جهة القضاء الإداري من مجموع المحاكم الإدارية بمختلف أنواعها ودرجاتها ويوجد على رأسها مجلس الدولة، كما يتميز هذا النظام بضرورة وجود هيئة قضائية مستقلة عن الجهتين السابقتين بحيث تختص هذه الهيئة بالفصل في منازعات الاختصاص التي قد تثار بين جهتي القضاء العادي والإداري، سواء كان هذا النزاع إيجابياً أم سلبياً، وهذه الهيئة تسمى "محكمة النزاع"⁽²⁾.

غير أن الأخذ بنظام القضاء المزدوج لا يؤدي حتماً إلى إبعاد المحاكم العادية نهائياً عن الفصل في القضايا التي تكون الإدارة طرفاً فيها، لأنه لا تزال جهات الإدارة في حالات تمارس بعض صور نشاطها طبقاً لأحكام القانون الخاص؛ فتتجرد بذلك عن صفتها كسلطة عامة، مما يجعلها خاضعة للقاضي العادي.

لذلك لا يؤدي تنظيم القضاء الإداري إلى أكثر من محاولة توزيع الاختصاص في منازعات الإدارة بين القضاء العادي والمحاكم الإدارية مع ما يثيره ذلك من ضرورة البحث عن معيار يكون أساساً سليماً لهذا التوزيع، لتفادي مشكلات تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري⁽³⁾.

(1) محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص 109.

(2) إبراهيم عبد العزيز شحيا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 208-209.

(3) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 273.

وتعتبر فرنسا مهد نظام القضاء المزدوج⁽¹⁾ وأول من اعتنق فكرة تخصيص قضاء مستقل للمنازعات الادارية، وفيها تطور هذا النظام، ثم انتقل بعد أن تأكدت مزاياه. إلى دول أخرى مثل بلجيكا واليونان وإيطاليا وتركيا ومصر. حيث أرست فرنسا دعائم القضاء الإداري باعتباره جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي، وقد نشأ القضاء الإداري في فرنسا مع ظهور المبادئ الدستورية التي أعلنت خلال الثورة الفرنسية عام 1789.

حيث فسّر رجال الثورة الفرنسية مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾ بأنه يعني الفصل المطلق الكامل بين السلطات ضماناً لعدم طغيان سلطة على أخرى، وأنه لا يجوز لسلطة أن تراقب أعمال سلطات أخرى⁽³⁾. ويرجع استمرار وديمومة النظام المزدوج في فرنسا إلى استقلالية قواعد القانون الإداري وتميزها. ولضرورة اعتماد مبدأ تخصيص القضائي، ونتيجة الصفات الذاتية الخاصة التي يتعين أن تتوفر في القاضي الإداري⁽⁴⁾.

لم تسر معظم البلدان على وتيرة واحدة في الأخذ بقواعد ومبادئ القضاء المزدوج، ذلك أن القانون كالنظام الاجتماعي تشكل أحكامه وقواعده بحسب البيئة الاجتماعية التي تطبق فيه، ومنها مجموعة النظم القضائية التي

(1) يعود الأساس التاريخي لنظام القضاء المزدوج إلى حقبة مقاومة تدخل المحاكم القضائية بفرنسا في الشؤون الإدارية، مما أدى إلى تبني مبدأ عدم خضوع الإدارة العامة لسلطة القضاء العادي. هذه العقدة التي أدت إلى فصل الإدارة العامة عن القضاء العادي بموجب المادة 13/ من القانون 16-24-1790، وتلاحقت التطورات والمعطيات التاريخية في مراحل متتابعة انتهت إلى وجود نظام القضاء المزدوج. الأكثر تفصيلاً، أنظر: عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 46. الدكتور محمد خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص 87.

(2) يرجع السبب في تفسير مبدأ فصل السلطات على هذا النحو المطلق، إلى شعور العداء بين رجال الثورة الفرنسية والمحاكم القضائية التي كانت تمارس قبل الثورة اختصاصات قضائية واسعة من شأنها التدخل في أعمال الإدارة وعرقلة نشاطها ومحاكمة عمالها، مما كان يحول دون تحقيق أية إصلاحات إدارية. وخوفاً من احتمال استمرار القضاء على نفس النهج وبالتالي عرقلة أهداف الثورة، قام رجال الثورة بإلغاء المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت -وكانت تسمى بالبرلمان- وأعدوا تنظيم القضاء وأنشأوا محاكم قضائية جديدة؛ وفقاً للقانون 16-24 أغسطس 1790.

وقد تضمن هذا القانون نصاً ورد في المادة 13/ منه، وبمقتضاه لا يجوز للقضاء باعتباره هيئة منفصلة عن الإدارة، أن يتعرض بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الإدارية، كما تقرر أيضاً منع القضاة من التعدي على الوظائف الإدارية أو محاكمة رجال الإدارة عن أعمال تتصل بوظائفهم أو النظر في أعمال الإدارة أي كانت هذه الأعمال. وقد ترتب على ذلك أن انتقل الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية إلى الإدارة نفسها وذلك عن طريق التظلم إلى الملك أو الوزراء أو الرؤساء الإداريين، وعليه كانت الإدارة خصماً وحكماً طوال هذه الفترة منذ قيام الثورة وحتى عام 1799.

وفي ديسمبر 1799 -في عهد نابليون- نشأ مجلس الدولة ومجالس الأقاليم لتقوم بتقاسم الاستشارات والفتاوى القانونية للإدارة واقتراح الحلول المناسبة للمنازعات الإدارية التي تعرض على الإدارة للتصديق عليها بالموافقة أو الرفض، ولذلك لم يحقق هذا الإصلاح -في بداية الأمر- تغييراً كبيراً، ولم يقدم ضماناً حقيقية للأفراد في مواجهة تعسف الإدارة التي ظلت الكلمة الأخيرة في شأن المنازعات الإدارية من سلطاتها.

ومنذ ذلك الوقت أصبح هناك ازدواجاً قضائياً، حيث كان هناك نوعين من المحاكم: من ناحية، المحاكم العادية التي توجد محكمة النقض على قمته، ومن ناحية أخرى. المحاكم الإدارية التي يهيمن عليها مجلس الدولة قاضي المنازعات الإدارية الذي تستأنف أمامه أحكام مجالس الأقاليم التي كان اختصاصها محمداً على سبيل الحصر. وفي عام 1953 أصبحت مجالس الأقاليم - وسميت منذ ذلك الوقت بالمحاكم الإدارية - صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية، بينما تحدد اختصاص مجلس الدولة في نظر المنازعات الإدارية - لأول مرة - في بعض المسائل المعينة على سبيل الحصر، كما أصبح مجلس الدولة من ناحية أخرى محكمة درجة ثانية - أي محكمة استئناف - لجميع أحكام المحاكم الإدارية.

(3) للمزيد انظر إمام محمد عبده، القضاء الإداري-مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 70-71.

(4) محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، مرجع سابق، ص 111. / وللمزيد أنظر: عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 69.

تخصص قضاء إداريا متخصصا، يتولى مهمة الفصل فيها في مختلف درجات التقاضي، وتأتي فرنسا في مقدمة هذه النظم، ومعها النظم القضائية التي تدور في فلكتها.

وهناك مجموعة أخرى من النظم القضائية التي وإن اعترفت بالمنازعات الإدارية إلا أنها لم تجعل الفصل فيها خالص لجهة قضائية مستقلة، وإنما جعلت الفصل فيها بالمشاركة بين القاضي العادي والقاضي الإداري أو بين الرئيس الإداري والقاضي العادي، كالنظام الألماني والبرتغالي والسويدي.

وعليه، أدرك كل من الفقه والقضاء الفرنسي تطور فكرة المصلحة العامة وضرورة تمييز الإدارة العامة عن الأفراد في ظل تطور مفهوم الدولة وازدياد نشاطاتها، كان لزاما التسليم بالخلاف بين التصرف الإداري الذي يهدف إلى تحقيق الصالح العام والتصرف الفردي الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية، لهذا كانت الحاجة للعقلية القضائية المميزة⁽¹⁾.

ومما سبق، فنظام القضاء المزدوج يقوم على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين، جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص. وجهة القضاء الإداري⁽²⁾ تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر هذه الأخيرة وتمتع بامتيازات السلطة العامة، ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام⁽³⁾.

بحيث يتولى القضاء الإداري النظر في المنازعات الإدارية فيراقب مشروعية أعمال الإدارة، وله أن يحكم بإلغاء قراراتها غير المشروعة ويقضي بالتعويض عن تصرفاتها الضارة المخالفة للقانون. غير أن القاضي الإداري إذا كان ينظر في مشروعية العمل الإداري فإنه لا يحق له كأصل عام أن يبحث في ملائمة هذا العمل وتناسبه مع تحقيق الهدف الذي صدر من أجله.

كما ليس للقضاء الإداري أن يصدر للإدارة أوامر أو توجيهات أو يلزمها باتخاذ موقف معين حتى وإن كان هذا الموقف نتيجة منطقية لما قضى به من عدم مشروعية قرار الإدارة. فإذا ألغى القضاء قرار فصل أحد العاملين مثلا فليس له أن يأمر الإدارة بإعادته إلى عمله، وليس للقضاء الإداري كذلك أن يلجأ إلى توقيع غرامات تهديدية على الإدارة لإجبارها على التصرف على نحو معين⁽⁴⁾.

(1) الدكتور نعمان الخطيب، اتجاهات محكمة العدل العليا في ميعاد الطعن بالإلغاء، المرجع السابق، ص 145.

(2) ويجب التنويه إلى أن البلاد التي تسلك نظام القضاء المزدوج تخضع لقواعد قانونية خاصة تطبق على المنازعات الادارية، لأنه ليس من المنطق إنشاء قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي مع إلزامه بتطبيق القواعد القانونية التي يطبقها هذا الأخير على المنازعات الفردية .

(3) الدكتور ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 64-65.

(4) لأكثر تفصيل أنظر: ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 65. / د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 246.

لذلك وصف القضاء الإداري بأنه قضاء إنشائي وعمومي المنفعة، لأنه ينشئ قواعد قانونية مميزة تحكم الروابط العامة⁽¹⁾، وأن الرقابة القضائية فيه تذهب إلى حد إلغاء القرارات الإدارية، بالإضافة إلى وجود قضاء المسؤولية التي تقرر مسؤولية الدولة فضلا عن الأشخاص العامة الأخرى⁽²⁾.

ثانياً: تقدير نظام القضاء المزدوج

أثار ظهور نظام القضاء المزدوج بعض الجدل الفقهي حول مزايا وعيوبه هذا النظام ومدى جدوى الأخذ به وتطبيقه في الدول المختلفة. ولا ريب في أن لكل نظام مزاياه وعيوبه، وفي تقدير جانب من الفقه أن نظام القضاء المزدوج من المزايا ما يطغى على العيوب المنسوبة إليه، كما أن معظم هذه العيوب أو الانتقادات يمكن الرد عليها.

1- المزايا

يؤدي إلى نشوء قواعد قانونية تحكم العلاقات بين الإدارة والأفراد وتطبق على المنازعات الإدارية التي قد تنشأ بينهما، ولا شك في ضرورة وجود هذه القواعد القانونية التي يلزم أن تتميز على قواعد القانون المدني، حتى يمكن عن طريقها التوفيق بين مقتضيات الصالح العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه، والمصالح الشخصية التي يسعى الأفراد إلى تحقيقها⁽³⁾.

يؤدي هذا النظام إلى التوفيق بين المصالح العامة التي تهدف الإدارة لتحقيقها حيث يلزم تمتعها ببعض الامتيازات والمصلحة الخاصة لكل فرد والمتمثلة في حماية الحقوق والحريات العامة، فإذا وجد قضاء إداري يعهد إليه بإيجاد نقطه التوازن بين المصلحتين أدى ذلك إلى ترسيخ مبدأ المشروعية⁽⁴⁾.

يتميز نظام القضاء المزدوج أيضاً بأنه يؤدي إلى إنشاء جهة قضائية تتسم بالسرعة في الفصل في المنازعات الإدارية واليسر في الإجراءات، مما يضمن استمرارية النشاط الإداري وحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فالقضاء الإداري يتميز عن القضاء العادي بسرعة الفصل في المنازعات، نتيجة الاجراءات المبسطة التي يسير عليها إذا فورنت بالاجراءات الطويلة المعقدة التي تتبع أمام المحاكم العادية.

(1) وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا في مصر الاختلاف بين الروابط العامة والروابط الخاصة بالدعوى رقم 11-1968-3-348-9 بقولها " أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص خاص يقضي بذلك، فإن لم يوجد نص فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي، وإنما تكون له حرته واستقلاله في ابتداء الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد". ولذلك قال الدكتور سليمان الطماوي في مؤلفه القرار الإداري " أن القانون الإداري ما يزال هو القانون الوحيد غير المقتن مما ترك للقضاء فرصة كبيرة لتطوير أحكامه لتكون مطابقة وباستمرار لحاجات المجتمع المتطورة والمتغيرة". / أنظر: الدكتور نعمان أحمد الخطيب، محكمة العدل العليا بين نظام القضاء الموحد ونظام القضاء المزدوج، المرجع السابق، ص 146.

(2) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة- قضاء الإلغاء-، المرجع السابق، ص 39.

(3) محمد عبده إمام، القضاء الإداري- مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة-، المرجع السابق، ص 73.

(4) محمد عبده إمام، نفس المرجع، ص 73.

ولا شك أن إنشاء مثل هذه القواعد وتطبيقها يتطلب وجود قضاء إداري مستقل ومتخصص في المسائل الإدارية حتى يمكنه القيام بإظهار وتطبيق تلك القواعد التي تتناسب مع طبيعة الروابط الإدارية.

2- العيوب

بالرغم من هذه المزايا ، فان هناك بعض الانتقادات التي توجه إلى هذا النظام:

يتمثل العيب الرئيسي في نظام القضاء المزدوج فيما يؤدي إليه من تعقيد و تنازع في الاختصاص بين جهتي القضاء العادي و القضاء الإداري، سواء كان هذا التنازع ايجابيا فتمسك كلتا الجهتين باختصاصها في نظر نزاع معين، أم سلبى يمتنع فيه القضاء العادي والإداري من نظر النزاع بحجة عدم الاختصاص. ويرد على ذلك بأن وجود محكمة تنازع الاختصاص يعتبر مكملا لنظام القضاء المزدوج⁽¹⁾.

كما يعاب عليه أنه يتضمن محاباة للإدارة بتخصيص محاكم معينة للنظر في منازعاتها مع الأفراد، وقانونا خاصا يطبق على هذه المنازعات، مما يثير شبهة التحيز للإدارة سيما وأن قضاة المحاكم التابعة للقضاء الإداري - في فرنسا- لا يتمتعون بضمانات إستقلالهم عن الإدارة وخاصة مبدأ عدم القابلية للعزل.

أي أنه يعتدي على مبدأ المساواة، لأن المساواة تقتضي أن يكون القانون الذي يطبق على كل من الإدارة والأفراد واحدا، فهو يحكم العلاقات العامة والعلاقات الخاصة على حد سواء. أون تكون جهة القضاء التي تفصل في جميع المنازعات واحدة ويستوي فيما إذا كانت منازعة بين الإدارة والأفراد أو بين الأفراد بعضهم البعض. ويرد بعض الفقه بأن طبيعة العلاقات الإدارية تقتضي قواعد تشريعية معينة يطبق عليها وتتناسب معها، وتستلزم وجود جهة قضائية متخصصة تحيط بظروف المنازعات التي تعرض عليها⁽²⁾.

كما يعاب على ازدواج القضاء أنه يؤدي إلى التعقيد في الإجراءات على خلاف نظام القضاء الموحد الذي يمتاز بالبساطة ويتلافى هذه المشكلات والذي يعد أكثر اتفاقا مع مبدأ المشروعية حيث يخضع الجميع (حكام ومحكومين) لقانون واحد وقضاء موحد.

(1) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص67.

(2) فادي نعيم جميل علاونة، المرجع السابق، ص147.

المطلب الثاني

مظاهر الرقابة القضائية

في النظام القضائي الجزائري⁽¹⁾

تعتبر الرقابة القضائية، رقابة مشروعية وقد تمتد إلى الملاءمة إذا كانت من مقتضيات المشروعية، تتم بناء على دعوى يحركها من له صفة وأهلية ومصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة /13/ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁽²⁾ حيث يطلب من خلالها، تدخل القاضي لفض النزاع بين الأفراد وبين الإدارة، وعلى هذا يتولى القضاء فحص مشروعية العمل الإداري، والتأكد من مدى مطابقة هذا التصرف لمبدأ المشروعية، فإذا اتضح صحة التصرف وسلامته، حكم بالمشروعية، أو حكم بإلغائه وبطلانه إذا اتضح عدم مشروعيته⁽³⁾.

ويعرف القضاء عدة أنواع من الدعاوى القضائية، التي تهدف إلى تحريك رقابة القضاء على أعمال الإدارة، وأهمها دعوى الإلغاء، ودعوى التعويض ودعوى التفسير، ودعوى فحص المشروعية⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس، سنتطرق لهذا المطلب من خلال أربعة فروع، ندرس في الفرع الأول قضاء الإلغاء، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث قضاء فحص المشروعية، وندرس في الفرع الثالث قضاء التفسير، أما الفرع الرابع نبحث قضاء التعويض، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

قضاء الإلغاء

يقصد به حق المحاكم في إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون بناء على طلب صاحب الشأن، ولا يقتصر أثر الإلغاء على القضية المعروضة بالذات، وإنما يحتج به أمام الكافة، فيباشر القضاء رقابته أو ولايته في الإلغاء بناء

(1) راجع في ذلك كلا من: محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 73.

(2) أنظر: القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) إسلام عبد الحميد محمد زنكنه، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير غير منشورة، كلية القانون والسياسة الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، 2008، ص 160.

(4) سويقات أحمد، تطور الرقابة الشعبية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، ص 26.

على طعن في عمل إداري معين، ويطلب إلغائه، لعدم مشروعيته أو لتجاوز الإدارة حدود سلطتها⁽¹⁾، مما يتوجب على القاضي أن يتحقق من شرعية العمل محل الطعن وبيان مدى صحته من عدمه⁽²⁾.

لقد تعددت التعاريف دعوى الإلغاء، فقد عرفها الأستاذان Auby et Drago على أنها "دعوى تهدف إلى إلغاء قرار إداري، مستندة إلى مخالفة قاعدة قانونية". كما عرفها الفقيه De Laubadaire، بأنها "دعوى قضائية تهدف إلى إلغاء قرار إداري غير مشروع، عن طريق القاضي الإداري"⁽³⁾.

وعرفها جانب آخر من الفقه على أنها "الوسيلة القانونية التي أقرها المشرع للأفراد ذوي المصلحة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة بالقرارات الإدارية غير المشروعة وإلغائها"⁽⁴⁾. أو أنها "الدعوى القضائية العينية أو الموضوعية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أمام جهة القضاء الإداري المختصة، طالبين فيها الحكم بإلغاء قرار إداري نهائي غير مشروع"⁽⁵⁾ أو أنها "القضاء الذي بموجبه يقوم القاضي بفحص القرار الإداري فإذا ما تبين له مجانبته للقرارات للقانون حكم بإلغائه، ولكن دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك، فليس له تعديل القرار أو استبدال غيره به"⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس، فدعوى الإلغاء هي دعوى قضائية ترفع إلى القضاء لإعدام قرار إداري صدر بخلاف ما يقضي به القانون وتسمى أيضا دعوى تجاوز السلطة. وتعتبر الطريق الأساسي للطعن بإلغاء القرارات الإدارية، وتعد أهم وسيلة للمطالبة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، وعليه فهي ضمانات قضائية مهمة لحماية وصيانة مبدأ المشروعية من ناحية، وحماية حقوق الأفراد ومصالحهم ضد تعسف وشطط الإدارة من ناحية أخرى⁽⁷⁾.

والجددير بالذكر أن دعوى الإلغاء ترفع من ذوي المصلحة والصفة أمام القضاء الإداري المختص بإلغاء هذه القرارات بشرط أن تكون إدارية وتتسم بعدم الشرعية، لذا يعتبر طلب الإلغاء، دعوى قضائية كما أن هذه الدعوى تخاصم القرار الإداري لا الجهة مصدرة القرار، حيث تركز سلطة القاضي في دعوى الإلغاء على فحص مدى شرعية القرار المطعون إلى حد إلغائه إذا ثبت في القرار أحد عيوب المشروعية، وليس للقاضي سلطة تعديله أو استبداله بقرار آخر لأن هذا يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

(1) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص200.

(2) لتفصيل أكثر بخصوص دعوى الإلغاء راجع: أحمد يوسف، قضاء الإلغاء أمام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص29.

(3) علي خطار شطناوي، عقد الادعاء كشرط من شروط قبول دعوى اساءة استعمال السلطة، مجلة مؤسسة البحوث والدراسات، الأردن، المجلد الرابع، العدد الأول، 1989، ص23.

(4) سعاد الشرفاوي، المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، دار المعارف، القاهرة، 1973، ص06.

(5) عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص174.

(6) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص305.

(7) أنظر في هذا المعنى: د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، ص20.

كما أن لدعوى الإلغاء جملة من الشروط، يجب توافرها حتى تقبل أمام الجهات القضائية تتمثل أساسا في أن يكون القرار المطلوب إغائه قرارا إداريا⁽¹⁾ نهائي، وأن يكون سبب الإلغاء عيب يشوب سبب إصدار القرار، أو عدم اختصاص الجهة مصدرة القرار، أو مخالفة القانون أو أن لا تتبع الإجراءات والشكل المطلوب في إصداره، أو أن هناك إساءة لاستعمال السلطة، ويشترط في الطاعن أن يكون ذو صفة.

وقد حددت أحكامها جملة المواد الواردة في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة 2008، ويمكن تصنيف هذه الشروط إلى أربعة أصناف، منها ما يتعلق بالقرار الإداري⁽²⁾ محل الطعن وشروط أخرى تتعلق بأطراف الدعوى⁽³⁾، كما أن عريضة إفتتاح الدعوى تخضع لشروط معينة، بالإضافة إلى جملة الشروط المتعلقة بمواعيد⁽⁴⁾ وآجال رفع دعوى الإلغاء⁽⁵⁾. ويتربط البطلان كجزء يصيب القرار الإداري المخالف للقانون، أي يتمثل الأثر الأساسي للإلغاء في زوال القرار الملغى⁽⁶⁾.

ودعوى الإلغاء⁽⁷⁾ في القرار الإداري الصادر عن الولاية والمصالح غير الممركزة للولاية، والبلدية والمصالح الأخرى للبلدية، والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، والقضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة ترفع أمام المحاكم الإدارية⁽⁸⁾، وتستأنف أمام مجلس الدولة وفقا للمادة 902/ من قانون⁽⁹⁾ الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والقانون العضوي رقم 13-11 المتعلق بمجلس الدولة الجزائري⁽¹⁰⁾.

وعليه يكون المشرع الجزائري أضاف أصناف جديدة لاختصاص المحاكم الإدارية، ووضع حدا لإشكال قانوني يتعلق بكيفية الطعن القضائي في القرارات الصادرة مثلا عن المصالح غير الممركزة للولاية على غرار المديرية التنفيذية الولاية.

(1) فليس كل ما يصدر عن السلطة الإدارية من قرارات إدارية تصلح لأن تكون محلا لدعوى الإلغاء، حيث يتعين لكي يطلق هذا الوصف على تصرف الإدارة أن يصدر هذا التصرف في نشاط إداري حيث لا يكفي أن يكون قرارا إداريا من الناحية الشكلية فقط والتي تأكدت بصوره عن سلطة إدارية وإنما يتعين أن يكون كذلك وفقا لمضمونه وفحواه، كما أن القرارات الإدارية تحكمها قرينة تدل على سلامتها هي قرينة سلامة القرارات الإدارية، غير أن هذه القرينة ليست مطلقة بل تقبل إثبات العكس، وتتمتع نتيجة ذلك بنوع من الاستمرارية إلا إذا جدت أحداث معينة تضعها موضع التساؤل. أحمد إسماعيل، نفس المرجع، ص 8.

(2) أنظر: عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص 178-179.

(3) أنظر: بن هني لطيفة، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 127.

(4) بوحميده عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري (تنظيم عمل و اختصاص)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 22.

(5) لأكثر توضيح أنظر: عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 68.

(6) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 200.

(7) لأكثر توضيح أنظر: عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 314.

(8) لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية-دراسة قانونية تفسيرية-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 43.

(9) أنظر: القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 بتاريخ 2008/04/23.

(10) أنظر: القانون العضوي رقم 13-11 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

كما أن المادة /902/ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمنت مبدأ التقاضي على درجتين، الذي يعد ركيزة في ضمان حقوق الأفراد. ما يؤدي إلى تفعيل رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة العامة، كما يجوز أمام المحاكم الإدارية في دعوى الإلغاء التظلم الإداري المسبق، وهذا حسب أحكام المادة /830/ من نفس القانون، فالتظلم الإداري المسبق يكفل فرصة للإدارة خاصة قبل اللجوء إلى القضاء في إعادة النظر في قراراتها الإدارية. والجدير بالذكر أن مجلس الدولة الجزائري يختص كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئات الإدارية المركزية من وزارات وهيئات مركزية وفقا للمادة/901/ من نفس القانون، ويفصل في الطعن بالنقض في هذه القرارات القضائية التي لا يجوز استئنافها. وما ننتهي إليه أن دعوى الإلغاء، هي أحد الآليات التي منحها المشرع للأفراد لمواجهة تعسف الإدارة، وإجبارها على الخضوع لمبدأ المشروعية، إلى جانب ما تمثله هذه الدعوى من ضمانات لحماية حقوق الأفراد والحريات، نجد أيضا دعوى فحص المشروعية والتي لا تقل عنها أهمية.

الفرع الثاني

قضاء فحص المشروعية

يتحقق هذا المظهر من مظاهر الرقابة القضائية في حالة الدفع بعدم مشروعية أعمال الإدارة أثناء نظر أحد القضايا، ويسمى الدفع بعدم المشروعية، فيقوم القضاء الإداري بفحص هذه القرارات الإدارية لتقرير مخالفتها أو عدم مخالفتها للقانون فإذا تبين مخالفتها للقانون، استبعدت تطبيقها على الدعاوى المعروضة عليها، دون القضاء بإلغائها. كما تعرف دعوى فحص المشروعية على أنها "دعوى قضائية إدارية موضوعية وعينية من دعاوى قضاء المشروعية تحرك وترفع الإحالة القضائية. وذلك من خلال الدفع بعدم الشرعية في أحد القرارات الإدارية، والأحكام القضائية النهائية أثناء النظر والفصل في موضوع هذه الدعوى العادية الأصلية"⁽¹⁾. أو أنها "الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن أمام القضاء المختص بغرض المطالبة بفحص مشروعية قرار إداري، وإقرار مشروعيته من عدمها"⁽²⁾.

(1) عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص6.

(2) عزري الزين الأعمال الإدارية ومنازعتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، الجزائر، 2010.

كما نصت المادة /801/ من القانون⁽¹⁾ 09-08 على أنه "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات"⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، يتبين لنا أن دور القاضي في هذا النوع من الدعاوى، يقتصر عن الإعلان عن مشروعية القرار، أو عدم مشروعيته، ولا يتعدى إلى إلغائه أو تعديله.

كما، وترفع دعوى فحص المشروعية عن طريق تحريك الدعاوى، بصورة عادية أو عن طريق الإحالة من قبل محكمة عادية، أو تجارية، ويدفع بعدم شرعية قرار إداري، أثناء نظر القضاء العادي في الدعوى، وتتوقف إجراءات سير الدعوى، إلى غاية الفصل فيها من قبل الجهات القضائية الإدارية⁽³⁾، التي تتولى إصدار قرارها النهائي بخصوص الدعوى المحالة إليها، وبعدها تستأنف الدعوى المدنية إعادة سيرها مرة أخرى.

فيقوم القضاء والحالة هذه، بالكشف والإعلان القضائي عن مدى مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه، حسب نص المادة /801/ من ق.إ.م.إ.ج. وسلطات القاضي هي فحص ما إذا كان القرار المطعون فيه مشروعاً أو لا، وإعلان ذلك في حكم قضائي نهائي⁽⁴⁾.

كما أن، سلطة القاضي بالنسبة لقرارات الهيئات المحلية تكمن في إلغاء القرارات المعيبة أو الحكم بالتعويض عن الأضرار الواقعة جراء تصرفاتها أو الحكم بشرعيتها أو عدم مشروعيتها، ولا يحق للقاضي الحل محل الإدارة بإصدار قرار جديد، أو إصدار أوامر أو نواهي أو توجيهات للإدارة.

ومنه فدعوى فحص المشروعية، هي من جملة الأليات التي تهدف إلى ممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، وإلى جانب هذه الآلية نجد كذلك دعوى التفسير، وهي تهدف أيضاً، لبسط الرقابة على أعمال الإدارة.

(1) أنظر: القانون 09-08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 بتاريخ 2008/04/23.

(2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09-08، مرجع سابق.

(3) جهات الاختصاص حسب المادة /801/ من القانون 09-08، حيث ترفع دعوى فحص المشروعية أمام المحكمة الإدارية التي لها ولاية الفصل فيها وتمثل فيما يلي: الدعاوى الرامية إلى إبطال القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئات الإدارية غير المركزية و المتمثلة في: الولاية و المصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية مثالها مديريات التربية والمستشفيات. البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية مثل ملحقات الحالة المدنية والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية والقطاعات الصحية وكل مؤسسة مالية ذات طابع إداري لها استقلالية مالية. أما بالنسبة للقرارات الصادرة عن الجهات الإدارية، ترفع أمام مجلس الدولة، ابتداءً ونهاياً بالطعون الخاصة لفحص مدى مشروعية القرارات الصادرة عنها. وهذا حسب المادة /09/ من القانون العضوي 11-13 / أنظر: القانون العضوي 13-11 المؤرخ في 24 شعبان عام 1432 الموافق 26 يوليو 2011.

(4) عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

الفرع الثالث

قضاء التفسير⁽¹⁾

إصطلاحاً "تعني العملية العقلية المنظمة بواسطة مناهج وأساليب وتقنيات علمية محددة بهدف استخراج وبيان معنى صحيح لتصرف قانوني، أو لقاعدة قانونية بصورة واضحة وسليمة"⁽²⁾. أو أنها "الدعوى القضائية الإدارية التي تحرك وترفع من ذوي المصلحة والصفة القانونية أمام الجهة القضائية المختصة، والتي يطلب فيها من سلطة القضاء المختصة، تفسير تصرف قانوني إداري غامض و مبهم من أجل تحديد المراكز القانونية، وتوضيح الحقوق والالتزامات الفردية"⁽³⁾.

دعوى التفسير هي دعوى إدارية، بمقتضاها يطالب صاحب الشأن من القاضي الإداري، إعطاء تفسير للقرار الإداري محل الدعوى، وعليه فسلطة القاضي في هذا النوع من الدعاوى، ينحصر في تفسير العبارات الغامضة التي حملها القرار، ويجب أن يشير إليها المدعي في العريضة الإفتتاحية للدعوى، وذلك متى كانت العبارات غامضة"⁽⁴⁾ وتمسكت الإدارة بتفسير معين، تراه من وجهة نظرها صحيحاً.

وعلى العكس من ذلك يتمسك صاحب الشأن بتفسير آخر، أي أننا أمام تعارض في المصالح، فمن الواجب اللجوء للجهات القضائية، باعتبارها جهة محايدة لتفسير القرار محل الطعن القضائي. ولا يكون للقاضي الإداري في دعوى التفسير إلا البحث عن المعنى الصحيح الخفي للعمل المتنازع فيه، والتصريح بذلك في حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به⁽⁵⁾.

كما يشترط لرفع هذه الدعوى نفس شروط دعوى الإلغاء، لذا فإن الاختصاص القضائي في الطعون الخاصة بتفسير القرارات الإدارية يبقى قائماً على أساس المعيار العضوي، ويشترط في القرار المطعون فيه أن يكون غامضاً ومبهماً إذ أن الخطأ المادي يصحح ولا يفسر، وأن يرتب هذا الغموض نزاع جدي بين طرفين أو أكثر، وخلافاً لدعوى الإلغاء فإن دعوى التفسير لا تتقيد بمدة معينة لأنها تهدف إلى توضيح قضائي لقرار إداري.

(1) لفصيل أكثر بخصوص دعوى التفسير راجع: د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 92

(2) عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص 110.

(3) عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 92.

(4) عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الاجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق، ص 56.

(5) قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص 165.

هذا، وترفع هذه الدعاوى ممن له صفة وأهلية ومصلحة، أو تحال أيضا من قبل جهات القضاء العادي، لأن الدعوى الأصلية تكون معروضة أمامه، ويتوقف سير الدعوى حتى يصدر القضاء الإداري قرارا قضائيا، يدفع به الغموض الذي يكتنف القرار الإداري، وبعدها تعود الدعوى المدنية لتستأنف إعادة السير⁽¹⁾.

حيث تثار بواسطة الدفع بالغموض وغياب المعنى الحقيقي للقرار الإداري المعني لفض النزاع القائم حول مركز قانوني أو حق بين طرفين أو أكثر متنازعين عليه، وغالبا ما تتحرك عندما تكون هناك دعاوى أصلية تنظر أمام جهات قضائية غير القضاء الإداري، وتكون مسؤولية تفسير القرارات الإدارية من اختصاص القاضي الإداري لا العادي.

فتتوقف الدعوى العادية الأصلية عند الدفع بغموض قرار إداري له صلة بالحق أو المركز القانوني محل الخصومة المتنازع عليها في الدعوى العادية الأصلية، حيث يتوقف الفصل في هذه الدعوى دون صدور حكم نهائي فيها، وتعرض حينها لتفسير القرار الإداري على القاضي الإداري، وفق دعوى مستقلة عن الدعوى العادية وتسمى بدعوى تفسير القرار الإداري، ويتم تفسير القرار الإداري بمقتضى حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وفقا للمادة /801/ من القانون 08-09 "تخص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية ودعوى التمييزية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى بالبلدية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصيغة الإدارية .

- دعاوى القضاء الكامل.

- القضايا المحولة لها بموجب نصوص خاصة".

والمقصود بها هو بيان وضعية وحالة هذه الدعوى في الممارسة، والتطبيق، وذلك في كافة مراحل سير تطبيقها، إذ تتضمن طرق وشروط تحريك ورفع دعوى التفسير أمام جهة القضاء، ودراسة سلطات القاضي فيها، وتحديد طبيعة الحكم الصادر في هذه الدعاوى وطرق الطعن فيه، حيث لم يحدد النظام الجزائري طرق تحريك هذه الدعوى، وكذا لم يعالج الشروط الشكلية لقبولها، وإجراءات كيفية رفعها⁽²⁾.

(1) بن بوعبدالله نورة وبن بوعبدالله وردة، الرقابة القضائية على الضبط الإداري، تقييد أم حماية للحريات الأساسية على ضوء القانون رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25، الملتقى الدولي حول دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية 28-29 أبريل 2010، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، ص04.

(2) عمار عوابدي، قضاء التمييز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص138.

وعلى هذا الأساس، فإن دعوى التفسير، هي من جملة الوسائل القضائية التي يستطيع من خلالها كل متضرر من أعمال الإدارة أن يباشر هذا النوع من الرقابة، الذي تتولاه بالنيابة عنه الجهات القضائية، وذلك عن طريق تحريك الدعوى.

الفرع الرابع

قضاء التعويض

سميت بدعوى القضاء الكامل، نظرا لتعدد سلطات القاضي، وإتساعها مقارنة بدعوى الإلغاء، ودعوى فحص المشروعية، ودعوى التفسير، ومن ثم فهي من الدعاوى التي يرفعها أصحاب الصفة والأهلية والمصلحة، أمام الجهات القضائية المختصة، للإعتراف لهم بوجود مراكز قانونية شخصية ومكتسبة، والتقرير أن الإدارة أثناء ممارسة أعمالها المادية أو القانونية قد مست بمراكزهم وحقوقهم بصفة غير شرعية، ثم تقدر المحكمة قيمة الأضرار المادية، والمعنوية الناجمة عن ذلك، وتقرر الإصلاح وجبر هذه الأضرار، وذلك عن طريق إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها أو تعويضه.

فقد عرفها جانب من الفقه على أنها "من أهم دعاوى القضاء الكامل التي يتمتع فيها القاضي بسلطات كبيرة، وتهدف إلى المطالبة بالتعويض⁽¹⁾ وجبر الأضرار المترتبة عن الأعمال الإدارية المادية والقانونية"⁽²⁾. أو أنها "الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة، أمام الجهات القضائية المختصة وطبقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا، للمطالبة بالتعويض الكامل لإصلاح الأضرار التي أصابتهم بفعل النشاط الإداري الضار". أو أنها "إلتزام الفرد بتعويض غيره عن الأضرار التي سببه له بخطئه، وهو أمر يتفق وقواعد الأخلاق التي توجب عدم الأضرار بالغير"⁽³⁾.

(1) أنظر: قرار مجلس الدولة الجزائري، والذي أقر "أن مسؤولية التعويض عن الأضرار الملحقه بالأشخاص والسلع غي المؤمنة والحاصلة أثناء المظاهرات المخلة بالنظام العام والأمن لا تتحملها البلديات وإنما الصندوق الخاص بالتعويضات". / قرار رقم 021626 مؤرخ في 2006/02/22، مجلة مجلس الدولة، العدد 08 سنة 2006، ص20.

(2) محمد الصغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، المرجع السابق، ص116.

(3) عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص25.

وقد حدد المشرع الجزائري شروط إجراءات رفع دعوى القضاء الكامل، والتي مفادها جبر الضرر، ومن هذه الشروط ما هو شكلي ويتمثل في وجود قرار مسبق⁽¹⁾، وأن يكون رافع الدعوى له الصفة والأهلية والمصلحة، كما يلتزم رافع الدعوى بالمواعيد والآجال⁽²⁾ التي حددها المشرع، لأن آجال المنازعة الإدارية تختلف كلية عن نظيرتها في القانون العادي وقد يترتب عن عدم إحترام هذه الآجال رفض الدعوى.

أما الشروط الموضوعية فهي أسباب إنعقاد المسؤولية الإدارية، والتي تقوم إما على أساس فكرة الخطأ، (المسؤولية على أساس الخطأ)، أو على أساس المخاطر، وفي كلتا الحالتين يشترط وجود ضرر وعلاقة سببية بينهما. فإذا انعقدت مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ وجب أن نفرق بين حالتين اثنتين:

الخطأ المرفقي ويستوي في ذلك أن يكون خطأ مادي أو قانوني⁽³⁾ أو خطأ ناتج عن القرارات الإدارية غير المشروعة، ومما يجب توضيحه أن عدم توافر العناصر القانونية أو الواقعية التي استند إليها القرار يشكل ركن الخطأ في المسؤولية دائما. غير أن القضاء يعتبر نطاق هذه القاعدة في حالة تعدد الأسباب.

وحالة الخطأ في التكييف القانوني للوقائع والخطأ في التقدير، فلا يترتب عنها بالضرورة المسؤولية الإدارية، فمثلا إذا كان قرار إلغاء مصحة غير مشروع لأنه استند إلى سبب غير قائم، إلا أنه لا يؤدي إلى التعويض طالما كانت توجد أسباب أخرى تؤدي إلى إغلاق المصحة⁽⁴⁾.

وبجانب المسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ، قرر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التعويض على أضرار صادرة عن تصرف مشروع من جانب الإدارة، ولا يشوبه شائبة، أي أنه أقام المسؤولية على ركنين فقط من أركان

(1) القرار المسبق هو شرط من الشروط الشكلية لقبول دعوى القضاء الكامل بصورة عامة، ودعوى التعويض بصورة خاصة، وهو قيام الشخص المضرور بفعل النشاط الإداري غير المشروع والضرر بواسطة تقديم شكوى أو تظلم إداري، ومطالبة السلطات الإدارية بالتعويض الكامل، وإصلاح الأضرار التي سببتها الوقائع المادية أو الفنية للأعمال الإدارية الضارة، والهدف هو إصدار قرار إداري صريح أو ضمني قصد المطالبة بالتعويض طبقا للشكليات والإجراءات القانونية المقررة، ويفترض القرار السابق أن يقوم المدعي بتوجيه طلب التعويض إلى الإدارة قبل أن يلجأ إلى المحكمة، وتتخذ الإدارة بشأنها موقفا، ولا يشترط في القرار الذي يعقد النزاع أن يكون مكتوبا فقد يكون شفويا، ويكفي أن يوجد القرار، ولا يشترط فيه أن يكون تنفيذيا. / أنظر: عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص. 575-576.

(2) دعوى التعويض هي دعوى قضائية يشترط لرفعها وقيومها شرط المدة قانونا، وشرط المدة في دعوى التعويض شرط وجوبي وإلزامي، وهو من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته ويقرر هذا الميعاد تدعيم استقرار الحقوق والمعاملات المتولدة عن النشاط الإداري، لتنظيم سير مرفق العدالة والإدارة العامة. / لاكثر توضيح أنظر: عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص. 605.

(3) ومن أمثلة ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة عن إطلاق النار من رجال الشرطة أثناء مطاردة أحد المجرمين، وإصابتهم لأحد الأفراد ظنا منهم أنه المجرم الهارب مما أدى إلى قتله. أما بالنسبة للخطأ القانوني، فإنه يعتد به حالة قيام الإدارة بإجراءات قد يترتب عنها ضرر بالأفراد دون وجود سند قانوني، كما لو طبقت الإدارة القانون تطبيقا خاطئا، أو قيام الإدارة بتقييد نشاط أحد المحلات التجارية دون أساس قانوني. كما قد يرجع إلى سوء تنظيم المرفق الذي ينتج عنه أضرار، فله أمثلة كثيرة، منها كما لو أصاب السفن الراسية في الميناء، التلف نتيجة سوء الإشراف على الميناء. / أنظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شوري الدولة اللبناني، المرجع السابق، ص. 675. / عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية. المرجع السابق، ص. 155.

(4) في قرار مجلس الدولة الجزائري، حيث قضى أنه " متى كان من الثابت ومن المبادئ المعمول بها أن القرارات الضارة بالأفراد لا تطبق في حقهم بأثر رجعي وإنما تطبق ابتداء من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالعقوبة، ومن ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافا لما ورد في أحكام هذا المبدأ، يعد مخالفا للقانون". / أنظر: المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 04، ص. 215.

المسؤولية هما الضرر والعلاقة السببية⁽¹⁾. أي أنه يتم التعويض عن كل ضرر منسوب إلى عمل الإدارة عندما يتجاوز الحدود المعقولة اللازمة.

ويرى غالبية الفقه أن أساس هذه المسؤولية يتمثل في فكرة المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. فقد يتم الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ القرار⁽²⁾ أو لتعجلها في اتخاذ القرار⁽³⁾ أو لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة⁽⁴⁾.

وتأسيسا على ذلك، فإن سلطات القاضي تعد واسعة أو كاملة وذلك بغرض إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل نشوء النزاع وتحريك الدعوى، ومن ثم فهو يسهر على إعادة الحق لصاحبه كسلطته في تنفيذ العقد، فتبدأ الرقابة بفحص وتقدير مدى شرعية أو عدم شرعية العمل الإداري الضار ليتمكن من وجود حق للمدعي. وما تجدر الإشارة إليه أن دعوى القضاء الكامل ليست محددة بميعاد⁽⁵⁾. ودور القاضي هو إثبات العلاقة السببية بين عمل الإدارة والضرر اللاحق بهذا الحق، الذي ينتج عنه القضاء بالتعويض في حال إثبات هذه العلاقة⁽⁶⁾.

هذا، ويرى الباحث أن قضاء الإلغاء رغم أهميته الكبيرة لا يكفي لحماية الأفراد كاملة، لأنه وإن كان يستطيع إعدام القرارات الإدارية المعيبة، إلا أنه لا يضمن ما يلحق الأفراد من أضرار خلال فترة نفاذ هذه التصرفات المعيبة قبل إلغائها. وهذا يستتبع بالضرورة وجود قضاء آخر يؤمن الحماية الكاملة للأفراد ضد تصرفات

(1) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص179.

(2) مجلس الدولة الفرنسي حكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار بمنع أحد الأفراد موازلة مهنته الخطرة وهي تمرير الراغبين في الأعياد على إطلاق النار وإصابة الهدف لأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر. كما قضى مجلس الدولة الجزائري على أنه " إذا لم تتخذ السلطات العمومية (البلدية) أي إجراء وقائي لضمان الأمن حول الأماكن التي تسبب ضررا فإنها تكون مسؤولة عن تعويض الأضرار اللاحقة بهم". /أنظر: نشرة القضاء، العدد56، الديوان الوطني للأشغال التربوية 1999، وزارة العدل، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص59.

(3) وذلك يكون حالة أن تصدر الإدارة قرارا إداريا سليما من الناحية القانونية، إلا أنها أصدرته فجأة، أي في وقت غير مناسب، كما هو الحال في قضية " أوليفيه زيرمان" التي حكم فيها مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة، وتلخص وقائع هذه القضية في أن الإدارة قد تسرعت في تنفيذ حكم صادر لصالحها بصفة ابتدائية من مجلس المديرية، دون أن تنتظر حكم الاستئناف المنظور أمام مجلس الدولة، الذي انتهى بإلغاء الحكم الابتدائي، وذلك في 27 فيفري 1903. وهذا ما حذى حذوه القضاء الإداري الجزائري فنحده قرر مبدأ مسؤولية الإدارة عن فصل الموظف أو العامل بصورة فحائية.

(4) مجلس الدولة الفرنسي قد أخضع ملاءمة الجزاءات التأديبية لرقابته في مجال قضاء التعويض دون قضاء الإلغاء. وأشهر تطبيق لذلك حكمه الصادر في 20 جويلية 1913 في قضية السيد "مارك".

(5) قرار مجلس الدولة الجزائري "حيث أن الدعوى تشمل إذن النزاع الكامل وليس دعوى إبطال وبالتالي لا تخضع من أجل قبولها لأي ميعاد". / أنظر: قرار مجلس الدولة مؤرخ في 01/06/2004 الملف رقم 013218. ذكره لحسن بن شيخ آث ملويا، المتقنى في القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص08.

(6) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 167252 بتاريخ 27/04/1997 قضية (ش.ذ.ب) ضد بلدية بنورة، أقر مسؤولية البلدية عن تعويض الطرف المتضرر ماديا ومعنويا حين قامت البلدية بالتعدي على جدار وتحطيمه بحجة أنه تم بناؤه بطريقة فوضوية بدون الحصول على حكم يرخص لها بالهدم، وأن الطرف المتضرر قدم رخصة البناء ومحضر إثبات حالة يثبت أنه لم يغلق مجرى الوادي. / المجلة القضائية، العدد01، 1998، ص200. / قرار الغرفة الإدارية بالمجلس رقم 145995 بتاريخ، 01/02/1999 قضية بلدية قصر الأبطال ضد (أ.ط. ومن معه) أقر أن البلدية مسؤولة عن التعويض. / مجلة مجلس الدولة، الغرفة الأولى، عدد01، 2002، ص91.

الإدارة التي تمس مركزا قانونيا خاصا بهم - أي عندما يوجد اعتداء من جانب الإدارة على حق خاص - يسمى القضاء الكامل أو الشامل بسبب امتداد سلطة القاضي وشمولها للإلغاء والتعويض.

الفصل الثاني

مدى خضوع أعمال

الإدارة العامة لرقابة القضاء

الرقابة القضائية هي إسناد الرقابة على أعمال الإدارة العامة إلى السلطة القضائية، باعتبارها سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية فتقوم المحاكم المختصة ببحث مشروعية وملاءمة العمل الإداري بناء على طعن صاحب المصلحة، فإذا ما تبين مخالفة أو عدم ملاءمة عمل الإدارة للقانون فإن المحكمة المختصة تقوم بإلغائه بالإضافة إلى التعويض عن الضرر الذي ترتب عليه إذا طلب ذوي الشأن ذلك من المحكمة.

فقد ينتهي القرار بإلغائه عندما يكون معيبا بأحد عيوب عدم المشروعية التي تتمثل في عيب الشكل، عيب الاختصاص، عيب مخالفة القانون، عيب السبب و عيب الانحراف بالسلطة⁽¹⁾. أو أن يكون غير ملائم للضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة.

كما أن السلطة التقديرية للإدارة ترتبط بفكرة الملاءمة، فالقانون عندما يخول الإدارة سلطة تقديرية فإنه يتيح لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها، وفي هذه الحالة مبدئيا لا تخضع لرقابة القضاء، فلا يدخل في نطاق الرقابة القضائية كقاعدة عامة رقابة ملاءمة إصدار العمل الإداري، لأن القاضي الإداري في الأصل هو قاضي مشروعية وليس قاضي ملائمة، دون أن يمتد بقضائه إلى الملاءمات، لأن ذلك من أخص وظائف الإدارة و إطلاقاتها⁽²⁾.

إلا أنه قد يحدث عملا أن يتدخل القاضي الإداري ويبحث في ملاءمة بعض عناصر القرار الإداري والتي كانت في الأصل متروكة لتقدير جهة الإدارة. فالقاضي الإداري له أن يوسع من دائرة مبدأ المشروعية على حساب دائرة الملاءمة.

من ثم فإن القضاء الإداري مبدئيا لا يلغى القرار الإداري لعدم ملاءمته Inopportunité ولكنه قد يفرض على الإدارة رقابة في كيفية ممارستها لاختصاصها التقديري، ذلك أن المشرع أو القضاء، كثيرا ما يضع شروطا وضوابط لأعمال سلطة التقدير وفوق ذلك قد يخضع القضاء الملاءمة ذاتها لرقابته إذا ما كانت الملاءمة شرطا من

(1) أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص.ص 08-09.

(2) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص 701.

شروط المشروعية⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس، سيتم التطرق في هذا الفصل إلى مدى خضوع أعمال الإدارة العامة لرقابة القضاء، وندرسها من خلال مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: رقابة المشروعية.

المبحث الثاني: رقابة الملاءمة.

المبحث الأول

رقابة المشروعية

ستتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى الرقابة القضائية على العناصر الداخلية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث الرقابة القضائية على الحدود الخارجية، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

الرقابة القضائية

على العناصر الداخلية

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول عيب مخالفة القانون، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث عيب السبب، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

عيب مخالفة القانون

يتعلق هذا العيب بمحل أو موضوع القرار، لذلك يعرف "بعيب المحل" ويقصد به عدم احترام القواعد القانونية بشكل عام، كأن يخالف محل القرار القواعد الدستورية أو القواعد التشريعية والتنظيمية ويشمل ذلك الخطأ القانوني في تفسير أو تطبيق القاعدة القانونية ويقصد به العيب الذي يلحق بمحل القرار الإداري، والمقصود بمحل القرار الإداري أي مضمونه أو منطوقه أو أثره⁽²⁾.

(1) سليمان محمد الطماوى - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص. 76-77.

(2) سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص. 240.

ومحل القرار الإداري كما يعرفه الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي هو "الأثر الذي يحدثه هذا القرار في الحالة القانونية القائمة، وذلك بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قديم أو إلغائه"⁽¹⁾، كما يقصد بعبء المحل أو عبء مخالفة القانون هو أن يكون القرار معيباً في فحواه "محله أو موضوعه" أي بمعنى أن يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائزاً وغير ممكن تحقيقه فعلاً⁽²⁾.

وتأسيساً على ما سبق، يقصد بمحل القرار الإداري موضوع القرار أو فحواه المتمثل في الآثار القانونية التي يحدثها القرار مباشرة، وذلك بالتغيير في المركز القانوني سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، وكقاعدة عامة يجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين⁽³⁾، فيقصد بمحل القرار الإداري ذلك الأثر القانوني الناتج عنه سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء مركز قانوني جديد أو في تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاء هذا المركز⁽⁴⁾.

هذا ما يفيد أن الذي يميز التصرف القانوني ويحدد جوهره هو المحل. أي ذلك الأثر القانوني الذي يحدثه التصرف مباشرة فيحدد الحقوق والالتزامات الناشئة عنه. مما يفسح المجال للتمييز بين المحل القانوني والمحل المادي المتمثل في واقعة مادية. وحتى يكون القرار صحيحاً يجب أن يكون سليماً في محله وحتى يكون كذلك لا بد وأن يكون المحل ممكناً من الناحية القانونية والواقعية وغير مستحيل وأن يكون جائزاً قانونياً⁽⁵⁾.

كما ويختلف الأثر القانوني للقرار بحسب ما إذا كان القرار تنظيمياً أو فردياً. فأثر القرار التنظيمي يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركزاً قانونياً عاماً، وعلى العكس من ذلك فإن أثر القرار الإداري الفردي يتمثل في إنشاء

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط 5، المرجع السابق، ص 722.

(2) ومصطلح القانون هنا بالمعنى الواسع أو بمفهومه العام بحسب ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1958/07/12 بأنه "كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها، سواء أكان هذا المصدر نصاً دستورياً أم تشريعياً تقرره السلطة التشريعية المختصة أم قراراً إدارياً تنظيمياً وسواء أكان هذا القرار الإداري التنظيمي قد صدر في شكل قرار جمهوري أو قرار وزاري ممن يملكه". وبهذا المعنى يدخل في مدلول القانون مخالفة القرار لقوة الشيء المقضي به تأسيساً على القاعدة المقررة في الفقه والقضاء من أن الحكم النهائي الحائز على قوة الشيء المقضي به، كما وتدخل في نفس السياق مخالفة القرار الإداري لحكم مقرر في عقد من عقود الإدارة، غير أنه لا يكون في هذه الحالة للمتعاقد أن يطعن في هذا القرار بإلغائه، تطبيقاً لفكرة الطعن المقابل، مع أن ذلك لا يحول دون تطبيق نظرية القرار الإداري المنفصل من حيث النظر استقلالاً إلى القرار الإداري الصادر بمناسبة العقد متى كانت المخالفة التي تعيبه تتصل بنص لانهي أو قانوني، كما = ويدخل في معنى مخالفة القانون، صدور القرار الإداري نتيجة خطأ في فهم الواقع، لذلك استقر القضاء، على أن مناط استحالة مشروعية القرار الإداري، هو القوانين القائمة وقت صدوره، وإلى الظروف التي لا يستتبعها صدوره ومدى تحقيقه للصالح العام دون أن يصدر من قوانين لاحقة أو ما يستجد من ظروف يكون من شأنها زوال السند القانوني للقرار، أو تعديل المركز القانوني الذي أنشأه.

(3) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 620.

(4) عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء - دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر-، مرجع سابق، ص 319.

(5) وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 4358، لسنة 37، جلسة 1992/05/03 في تحديدها للمحل بأنه "هو المركز القانوني الذي تنجبه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه يقوم مباشرة وفي الحال، وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية جديدة، أو تعديل في مركز قانوني قائم، أو إلغائه. / أنظر: الأستاذ حابس ركاد خليفة الشيبب، عيب إسائة استعمال السلطة في القرار الإداري " دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، عمان الأردن، 2003، ص 13.

أو تعديل أو إلغاء مركزاً قانونياً ذاتياً، وهذا الاختلاف مرجعه الطبيعة الخاصة لكل طائفة من طوائف القرارات الإدارية⁽¹⁾.

أي أنه الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة، فمثلاً، محل القرار الصادر بفصل موظف هو قطع العلاقة بينه وبين الإدارة، ومحل القرار الصادر بمنع السير في شوارع معينة هو التزام يقع على أصحاب الشأن بعدم السير⁽²⁾.

كذلك؛ حالة منح الإدارة سلطة تقديرية في اختيار العقوبات التأديبية التي توقع على الموظف العام المخالف، حيث يكون للإدارة أن تختار إحدى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في قانون الوظيفة العمومي، وذلك بما يتناسب والمخالفة التي ارتكبها الموظف العام.

وعليه؛ فإن عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يصيب محل القرار الإداري ويدمغه بعدم المشروعية، فقد يكون صورة من صور تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها تجاه الأفراد وقد يكون التعسف في استعمال السلطات الإدارية وسيلة من وسائل الفساد الإداري من خلال حجب الإدارة لحقوق المواطنين عنهم أو تعطيل مصالحهم المشروعة كوسيلة لضغط للنفوذ إلى الكسب غير المشروع.

فضلاً عن عدم وجود ثقافة قانونية عامة تعرف المواطن بحقوقه وتمكنه من المطالبة بها والدفاع عنها على أساس راسخ. ومن ثم فإذا صدر قرار إداري بتوقيع جزاء على أحد العاملين لم يرد ضمن الجزاءات التأديبية التي حددها المشرع على سبيل الحصر، فإن مثل هذا القرار يكون معيباً في محله⁽³⁾.

كما يمكن أن يكون القرار مخالفاً للقواعد القانونية بغض النظر عن مصدرها سواء الدستور أو القوانين أو التنظيمات وحتى المبادئ العامة للقانون، فلكي يكون القرار الإداري سليماً لا بد أن يكون موضوعه متفقاً لقواعد القانون وإلا عد مخالفاً له، كما يشترط أن يكون موضوع القرار ممكناً قانوناً وواقعياً، حيث لا يمكن اتخاذ قرار تعيين موظف دون توفر المنصب المالي، أو اتخاذ قرار هدم بناية آيلة للسقوط والمنزل سقط في الواقع فهنا القرار يعتبر منعماً.

ويعتبر عيب المحل من أهم أوجه الإلغاء، وأكثرها وقوعاً من الناحية العملية، وأن رقابة القضاء الإداري على محل القرار ليست رقابة خارجية كما هو الشأن في رقابته على الاختصاص والشكل وإنما رقابة داخلية تنصب على

(1) عبد العزيز خليفة- المرجع السابق- ص 179.

(2) حسين عثمان محمد عثمان- المرجع السابق- ص 506.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 149.

جوهر القرار وموضوعه لتكشف عن مطابقته أو مخالفته للقانون⁽¹⁾، هي إذن رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون العام. هذا الأثر القانوني يجب أن يكون ممكنا وجائزا، وقائما على سبب قانوني يبرره، هذه العناصر كلها يخضعها القضاء لرقابته⁽²⁾.

وعيب المحل يمكن أن يتخذ صورا عديدة منها، الامتناع العمدي عن تنفيذ القانون أو الامتناع عن تنفيذ القانون نتيجة الجهل بصدوره أو بأحكامه أو الخطأ في تفسير القانون ويكون ذلك بإعطائه معنى غير ذلك الذي قصده المشرع⁽³⁾، أو الخطأ في تطبيق القانون.

ويكون ذلك بمباشرة الإدارة للسلطة التي حوّلتها لها القانون في غير الحالات التي نص عليها، أو دون توافر الشروط اللازمة لمباشرتها، كأن يوقع رئيس إداري عقوبة تأديبية على أحد العاملين بإدارته دون أن يكون هذا الأخير قد ارتكب ما يجيز للرئيس الإداري توقيع الجزاء التأديبي عليه.

ويتضح أيضا مما سبق أن مخالفة القرار الإداري للقاعدة القانونية قد يتخذ ثلاث صور هي:⁽⁴⁾

أولا: المخالفة المباشرة لقواعد القانون

المخالفة المباشرة لنصوص القوانين واللوائح تحدث عند تجاهل الإدارة للقواعد القانونية تجاهلا كلياً أو جزئياً، وذلك بإتيانها عملاً من الأعمال المحرمة بهذه القاعدة، أو الإمتناع عن القيام بعمل تستلزمه، أي أن المخالفة قد تكون بشكل مخالفة إيجابية، كما في حالة خروج الإدارة بطريقة عمديه على حكم القاعدة القانونية الأعلى من القرار الإداري، أو قد تكون بشكل مخالفة سلبية، كما في حالة امتناع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية، أو رفض تنفيذها ما تفرضه عليها من التزامات.

(1) يذكر الدكتور ماجد راغب الحلو أنه في ذلك يتفق عيب المحل مع عيب الغاية وعيب السبب ، ويمكن أن يطلق عليها أوجه الإلغاء المتعلقة بالمشروعية الموضوعية للقرار بالمقابل بعيب الاختصاص وعيب الشكل التي يمكن أن تسمى بأوجه الإلغاء المتصلة بالمشروعية الشكلية للقرار الإداري. /أنظر: د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 387 .

(2) سليمان الطماوي، القضاء الإداري- الكتاب الأول- قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 268.

(3) ويشير بعض الفقه إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1934/06/29 كمثال لهذه الحالة. وتتلخص وقائع القضية في أن المشرع الفرنسي أصدر قانونا يجيز لأطباء الأسنان غير الحاصلين على دبلوم من المعاهد الفرنسية والمقيمين في الأتراس واللورين قبل سنة 1918 مباشرة المهنة في أي مكان من فرنسا، شريطة أن يكونوا متجنسين بالجنسية الفرنسية، فأراد أحد أطباء الأسنان الذي يحمل الجنسية الفرنسية بالميلاد أن يستفيد من تطبيق هذا القانون لتوافر شروطه بالنسبة له، إلا أن الإدارة رفضت طلبه على أساس أن القانون ينطبق فقط على المتجنسين بالجنسية الفرنسية دون الفرنسيين الأصليين، غير أن مجلس الدولة قضى بإلغاء القرار حيث أن الإدارة فسرت القانون تفسيراً خاطئاً، فليس من المعقول أن يكون المشرع قد قصد تفضيل الأجنبي المتجنس على الفرنسي الأصلي. / نقلا عن: حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 507.

(4) وقد بينت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 14 أبريل 1948 الصور المختلفة لمخالفة القانون بقولها " أن مدلول مخالفة القوانين يشمل كل مخالفة للقواعد القانونية بمعناها الواسع، فيدخل ف ذلك مخالفة نصوص القوانين واللوائح، الخطأ في تفسير القوانين أو تطبيقها وهو ما يعبر عنه رجال الفقه الإداري بالخطأ القانوني، الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح على الوقائع التي بني عليها القرار الإداري وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تقدير الوقائع.

والحالة هذه هي أبسط الحالات وما على طالب الإلغاء إلا أن يثبت قيام القاعدة القانونية التي يستند إليها، وأن الإدارة قد تجاهلت هذه القاعدة تجاهلا كلياً أو جزئياً، فأتت عملاً تحرمه تلك القاعدة، أو امتنعت عن القيام بعمل، ومثالها أن ترفض الإدارة تعيين الأول في مسابقة أجزتها وتعين غيره مع أن قانون التوظيف يوجب عليها التعيين بترتيب النجاح في المسابقة، وكما لو لجأت الإدارة إلى التنفيذ المباشر في غير الحالات المحددة قانوناً، أو رفضت منح أحد الأفراد ترخيصاً استوفى فيه كل الشروط إذا كان القانون يحتم منح الترخيص في هذه الحالة... الخ⁽¹⁾، ومخالفة الإدارة للقانون قد تكون صريحة ومباشرة وهذه المخالفة تتجسد في إحدى صورتين:

1 - المخالفة الإيجابية للقاعدة القانونية

تظهر المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية من خلال عزوف الإدارة عن الأخذ بالقواعد القانونية المخصصة لتنظيم ذلك القرار، وإقبالها على الإحتكام لقواعد قانونية أخرى، سواء كان ذلك عن جهل أو غلط أو عمداً، وسواء أكان ذلك عن تجاهل للقاعدة القانونية تجاهلاً كلياً أو جزئياً.

وقد رسخ القضاء ذلك من خلال تحميل الإدارة تبعة عدم قيامها بواجبها، كصدور قرار بعزل موظف أثناء عطلة مرضية⁽²⁾، أو مشاركة عضو بالمجلس البلدي في مداولة له مصلحة شخصية فيها، أيضاً صدور قرار من الوالي بإلحاق ملكية خاصة بأمالك الدولة تطبيقاً للقانون المتضمن تأمين الملكية الزراعية، إلا أن الأمر يتعلق بفيلا وليس بملكية زراعية⁽³⁾.

وتقع أيضاً؛ حينما يخالف قرار الإدارة نصاً⁽⁴⁾ تشريعاً دستورياً كان أو عادياً، لما يمثله ذلك من خروج على مبدأ تدرج القواعد القانونية، حيث خالف القرار الإداري وهو أداة تشريعية أدنى التشريع وهو أداة تشريعية أعلى الأمر الذي يجعله مشوباً بعيب المحل⁽⁵⁾، وفي هذه الحالة لا تتمتع الإدارة بأي سلطة تقديرية وإنما سلطتها مقيدة سلفاً بنصوص القانون، فالمرشح قد قيد الإدارة و منع عليها ترتيب أي أثر قانوني خارج ما حدده القانون.

(1) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 719.

(2) أنظر: قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/02/25، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص 166.

(3) أنظر: قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1965/07/16 قضية Pierre Thomiron ضد الدولة. / أشار إليه عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 158.

(4) مجلس الدولة الجزائري أقر وأكد مبدأ قابلية الطعن ضد القرارات الإدارية بدعوى الإبطال لتجاوز السلطة حتى في حالة وجود نص صريح يمنع ذلك، وذلك من خلال قضائه في قضية القاضي بمناسبة صدور قرار تأديبي بعزله عن المجلس الأعلى للقضاء، حيث أن مجلس الدولة الجزائري أقر خضوعها لرقابته مسبباً قراره في معرض رده على الدفع بعدم قبول الطعن كما يلي " ... حيث أن كل القرارات ذات الطابع الإداري قابلة للطعن فيها بالإبطال عندما تتخذ مخالفة للقانون أو عندما تكون مشوبة بتجاوز السلطة. حيث أن القرارات الصادرة عن سلطة إدارية مركزية وبهذه الصفة تكون قابلة للطعن فيها بالإبطال عندما يثبت بأنها اتخذت مخالفة للقانون أو عندما تكون مشوبة بعيب تجاوز السلطة. حيث أن القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوباً بحقوق مضمونة دستورياً. وأن القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام هذه الضمانات. / نقلاً عن: زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015، ص 80.

(5) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 153.

2 - المخالفة السلبية للقاعدة القانونية

تتجسد مخالفة⁽¹⁾ القرار الإداري المباشرة للقانون والتي تشكل عيب المحل في صورتها السلبية في حالة امتناع الإدارة عن تطبيق القانون أو رفضها تطبيق أحكامه، كما في حالة امتناعها عن منح شخص رخصة على الرغم من استيفائه لشروط استخراجها.

وتجدر الإشارة إلى أن مخالفة القرار الإداري المباشرة للقانون في صورتها الإيجابية أو السلبية تكون نتيجتها واحدة، حيث تؤدي إلى بطلان القرار لكونه مشوباً بعبء في محله⁽²⁾، ولذلك نلمس تطور في أحكام القضاء الإداري المقارن والذي اتجه إلى فرض رقابة مشددة على قرارات الإدارة السلبية التي لا خلاف حول تمتع الإدارة في شأنها بسلطة تقديرية واسعة⁽³⁾.

ثانياً : الخطأ في تفسير القاعدة القانونية

أما صورة الخطأ في تفسير القانون فهي تحدث في حالة ما إذا قامت الإدارة بتفسير قاعدة بطريقة خاطئة ينتج عن ذلك إعطائها معنى غير الذي أراده المشرع، وأن هذا الخطأ قد يقع بغير قصد من الإدارة، أو أنه يتم على نحو عمدي من جانب الإدارة. وهذه الصورة أخطر من السابقة؛ لأن الإدارة قد تخرج بعض النصوص عن المعاني التي قصدها المشرع، ومن أجل ذلك كان للقضاء القول الفصل فيها⁽⁴⁾.

وخطأ الإدارة في التفسير قد يكون مغتفراً، إذا ما كانت القاعدة القانونية غير واضحة تحتمل التأويل، ولكن الخطأ المقصود هو محاولتها أن تخرج على أحكام القاعدة القانونية عن طريق التفسير المتعمد⁽⁵⁾. وذلك كأن تضيف عقوبات تأديبية جديدة إلى ما سبق وحدده المشرع من عقوبات.

فعلى الإدارة أن تلتزم القاعدة القانونية الصحيحة المناسبة دون إنكارها أو تجاهلها، غير أنها تحيد عن المقصود الصائب منها، فتعطيها تفسيراً واسعاً أو ضيقاً أو تذهب إلى تفسير يستبعده القضاء، ويعود سبب سوء تفسير الإدارة لنص القاعدة القانونية، إما للغموض لتعدد احتمالات تفسيرها، أو لعدم دقة المصطلحات القانونية... إلخ، فتؤوله الإدارة مخطئة بذلك.

(1) أنظر: قرار رقم 172994 تاريخ الجلسة 1998/07/27 صادر عن المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية، بقوله "قرار صادر عن سلطة مركزية- مخالفة للقانون أو صدوره مشوباً بعبء تجاوز السلطة - الطعن فيه بالإبطال أمام مجلس الدولة (نعم) - القاضي مثله مثل كل موظف في الدولة يستفيد وجوباً من حقوق مضمونة دستورياً، / مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 01، 2002، ص 83.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع، ص 154-155.

(3) سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية، المرجع السابق، ص 38.

(4) محمد ميرغني خيري، مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، الجزء الأول، 1989، ص 342.

(5) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 269.

وعادة ما نكون أمام تفسير خاطئ للقانون، حيث يقع الخطأ القانوني حتى عندما يكون بمقدور الإدارة اتخاذ قرار مماثل للقرار المطعون فيه دون ارتكاب خطأ قانوني، وعلى سبيل المثال إذا أعلنت الإدارة أنه يستحيل إعطاء أحدهم رخصة معينة فإن هذا القرار يكون قابلاً للطعن لأنها تعلن ما يشكل خطأ قانونياً.

ولو أن القانون يسمح لها برفض منح الرخصة شرط تعليل الأسباب، كذلك يكون قابلاً للإبطال رفض إعادة أستاذ جامعي إلى التعليم العالي على أساس أن استقلالية الجامعة تتعارض مع هذه الإعادة ولو أنه كان في إستطاعتها رفض إعادته لأسباب شرعية أخرى. ثمة خطأ قانوني أيضاً عندما تطبق الإدارة نصاً لم يعد مراعي الإجراء⁽¹⁾.

فيؤدي مثل هذا الخطأ في حالة ثبوته إلى إلغاء القرار الإداري لكونه مشوباً بعيب المحل وهذه الصورة أدق وأخطر من الحالة السابقة لأنها خفية، ذلك أن الإدارة لا تنتكر للقاعدة القانونية أو تتجاهلها كما في حالة المخالفة المباشرة، وإنما تعطى القاعدة معنى غير المقصود قانوناً⁽²⁾.

ويطلق على هذه المخالفة أحياناً، الخطأ القانوني (Erreur de droit). ولما كان مجلس الدولة هو الذي يراقب مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء، فقد ترتب على ذلك أن الإدارة ملزمة بالتفسير الذي يقول به القضاء الإداري حتى ولو كان هذا التفسير لا يتفق مع حرفية النص⁽³⁾.

(1) جورج سعد، المرجع السابق، ص 486.

(2) هذا لا يمنع أن للإدارة الحق في تفسير ما غمض من نصوص قانونية وهي بصدد إصدار قرار إداري تبغي إسناده إلى هذه النصوص وصولاً إلى معنى النص المتعلق مع روح التشريع. ويتعين على الإدارة وهي بصدد تفسير نص قانوني الإلتزام بالمبادئ العامة في تفسير النصوص التشريعية التي حددها المحكمة الإدارية العليا ومنها التشريع اللاحق بنسخ التشريع السابق وأن الأصل في تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظاً على ما يقضي به الإصطلاح والعرف القانونيين، لا بما تقضي به الأوضاع اللغوية، ما لم يقدّم دليل من النص على أن المشرع استهدف بنص معين معناه اللغوي لا معناه القانوني، كما يتعين على الإدارة وهي بصدد التعرف على أغراض التشريع أن تبحث عنها أولاً في نصوصه قبل التماسها في الأعمال التحضيرية، ومنها المذكرة الإيضاحية والتي لا يجوز اللجوء إليها إلا عند غموض النص، أو وجود لبس فيه أما إذا كان النص واضحاً صريحاً مطلقاً فلا سبيل إلى تخصيصه وتقييد إطلاقه بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية. ومخالفة الإدارة لأي من قواعد التفسير السابقة يؤدي إلى إعطائها للنص معناه يغيّر قصد المشرع منه، الأمر الذي يؤدي لإصابة القرار الإداري الذي تصدره استناداً إلى هذا التفسير الخاطيء بعيب المحل، حيث قامت الإدارة بابتداع قاعدة قانونية جديدة لم يأت بها المشرع، وفي ذلك اعتداء على اختصاصه وتجاوز من الإدارة لدورها المنحصر في تنفيذ التشريع على الوجه الذي قصده المشرع كأن تمد نطاق القاعدة فتمسحها إلى حالات لا تشملها، أو تضيف عقوبات تأديبية جديدة إلى ما سبق أن حدده المشرع بمناسبة جرائم تأديبية معينة، أو أن تضيف شروط جديدة لم يقرها المشرع في شأن ترخيص ما. / نقلاً عن: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 156-157.

(3) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 155-156.

ثالثاً - الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية

الخطأ⁽¹⁾ في تطبيق القاعدة، يأخذ شكل صورتين رئيسيتين، الأولى تحدث في حالة صدور القرار على غير أساس من الواقع المادي، وتنصب فيها رقابة القضاء الإداري على التحقق من الوقائع التي استند إليها القرار الإداري الصادر عن الإدارة والثانية تقع عند عدم تبرير الوقائع للقرار الإداري، بمعنى انه يجب أن تكون الوقائع قد استوفت الشروط القانونية التي تجعلها تبرر اتخاذ هذا القرار⁽²⁾.

كما يأخذ الخطأ في تطبيق القانون على الوقائع حكم الخطأ في تفسيره حيث يؤدي ذلك إلى قيام عيب المحل، فإذا ما كان تطبيق القاعدة القانونية مشروطاً بتحقيق حالة واقعية معينة أو تحققها على نحو معين، فإن مشروعية القرار الإداري في هذه الحالة تتوقف على تحقق الحالة الواقعية بالشروط التي يتطلبها القانون، وللقضاء الإداري أن يراقب الوقائع التي طبقت القاعدة القانونية على أساسها بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية⁽³⁾.

وإذا ما كان تطبيق القاعدة القانونية مرهوناً بتحقيق حالة واقعية على نحو معين، فإن تخلفت الوقائع التي يقوم عليها القرار، أو عدم استيفائها للشروط التي يتطلبها المشرع، يؤدي إلى بطلان القرار الصادر على أساسها، وللقضاء أن يراقب الوقائع ويتحقق من سلامتها، حتى يتوصل إلى القول بمشروعية القرار أو عدم مشروعيتها، أي يفحص الوقائع بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية.

وأحكام مجلس الدولة في مصر مستقرة على ذلك، ومن أوضحها في هذا الخصوص حكمه الصادر في 1938/02/24 وقد جاء فيه: "... إنه وإن كان لا يجوز لمحكمة القضاء الإداري تقدير ملائمة ذلك، إلا أن لها الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون. وحقها في

(1) وفي مجال اعتبار القرار المخالف للقانون أو المعيب في محله معدوماً، أصدر مجلس الدولة المصري أحكام عديدة، منها حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم 380 لسنة 20 قضائية بتاريخ 12-29-1979 حيث قضت بأنه " ومن حيث أن القرار المطعون فيه صدر في 25 من أكتوبر عام 1961 بفرض الحراسة على بعض المواطنين من الأفراد الطبيعيين. بسند من قانون الطوارئ رقم 161 لسنة 1958 الذي لم تجيز نصوصه فرض الحراسة إلا على الشركات والمؤسسات. ولم يكن في نصوص التشريعات المعمول بها وقتئذ ما يسمح بفرض الحراسة الإدارية على الأشخاص الطبيعيين باستثناء ما يخص رعاية الدول المعادية والدول التي قطعت معها العلاقات السياسية...، فإن القرار المطعون فيه مشوب بالبطلان الذي ينحدر به إلى مرتبة العدم على وجه يفرض القضاء بإلغائه"، وأكدت المحكمة نفس الاتجاه في مجال القرارات السلبية وهو ما قضت به ف الطعنين 915 و 905 لسنة 25 ق الصادرين في 25-2-1985 حيث قالت " بأن امتناع جهة الإدارة عن رد الأموال والممتلكات إلى أصحاب الحق فيها.. يشكل قراراً إدارياً سلبياً بالامتناع، يدخل في عداد القرارات الإدارية التي أشارت إليها الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 بنصها "يعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها على اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح" وهذا القرار معيب بعبء عدم المشروعية الجسيم الذي ينحدر به إلى درجة الإنعدام. كما قضت المحكمة الإدارية العليا الدائرة الثانية في الطعن رقم 3219 لسنة 36ق، جلسة 15-2-1997 بأن " القرار .. بمنح المطعون ضده علاوة تشجيعية دون استناد لأي نص في القانون قد انطوى على مخالفة جسيمة لأحكام القانون ينحدر بالقرار إلى درجة الإنعدام ومن ثم لا تلحقه حصانة بحيث يجوز سحبه في أي وقت". / أنظر: الدكتور ماجد راغب الحلوة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 389.

(2) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 623.

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 135.

ذلك لا يقف عند حد التحقق من صحة الوقائع المادية التي أنبى عليها القرار، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون لاعتبارها من العناصر التي يبني عليها القرار، وللمحكمة في حدود رقابتها للقرار أن تقدر تلك العناصر التقدير الصحيح لتنزيل حكم القانون على مقتضاه⁽¹⁾.

ومما سبق بيانه، نستطيع القول أن عيب مخالفة القانون هو أحد الحدود الداخلية التي ترد وتحد من استعمال السلطة، بمعنى أنه يقع التزام على عاتق الإدارة عند مباشرة سلطتها بأن لا تخالف القانون مخالفة إيجابية أو سلبية، وأن لا تخطأ في تفسيره وإلا شاب قرارها عيب مخالفة القانون، وبهذا فإن عيب مخالفة القانون لا يقتصر على السلطة المقيدة فقط دون السلطة التقديرية.

الفرع الثاني

عيب السبب

يعتبر القرار الإداري عملاً قانونياً، لأنه إفصاح وتعبير عن إرادة الإدارة الملزمة، وكل عمل إرادي لا بد أن يتم عن اختيار توحى به فكرة معينة، هذه الفكرة لا تولد من تلقاء نفسها في ذهن رجل الإدارة، بل تكون نتيجة لأمر خارجي عنه، وهو ما يدعى بـ "السبب"⁽²⁾.

كان من أوائل الذين حددوا فكرة السبب في فرنسا هما الفقيهين Bonnard و Duguit، حيث يرى Duguit أن السبب الملهم هو " تلك الحالة الخارجية التي تولد في نفس رجل الإدارة احتمال إرادة عمل معين"، ويطرح فكرته بالقول " عند استعراض جميع الأعمال الإرادية، أيا كان مصدرها، سنجد أن هناك واقعة سابقة على العمل الإرادي، تلهم رجل الإدارة الفكرة التي تكون المحرك لنشاطه الإداري"⁽³⁾.

في غالب الأحوال، تكون هذه الواقعة مجرد حالة مادية، ولكنها قد تكون عملاً إرادياً لشخص آخر غير مصدر القرار الإداري، إضافة إلى أنها قد تكون عملاً قانونياً، ولكن الذي يميزها دائماً أنها مستقلة عن رجل الإدارة⁽⁴⁾، وسابقة على العمل الإداري، بالتالي هي بعيدة عن أركانه.

وقد أعطيت عدة أمثلة، منها أن السبب في القرار الصادر عن الإدارة بإحالة أحد الموظفين إلى المعاش بناء على طلبه، هو تقديم الموظف لطلب سابق، أو أن القرار الصادر بتوقيع جزاء إداري على أحد الموظفين سببه

(1) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 727.

(2) أنظر: قرار المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم 38541 بتاريخ 1984/12/29، المجلة القضائية، 1989، العدد 04، ص 227.

(3) د. محمد مرغني خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص 357.

(4) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 403.

الجريمة التأديبية التي يرتكبها الموظف، كما أن الحالة المادية التي يوجد فيها منزل آيل للسقوط هي سبب القرار الإداري الذي يصدر بإخلاء ذلك المنزل والأمر بهدمه.

أما الفقيه Bonnard فقد عرف السبب على أنه "تلك الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق العمل الإداري وتبرر احتمال اتخاذه". ففي هذا يلتقي مع Duguit لتحديد فكرة السبب، وأنه المحرك لكل نشاط إداري، وأضاف مثالا على ما ذكره Duguit في أن سبب تدخل الإدارة بناء على سلطات البوليس هو وجود اضطرابات من شأنها أن تهدد الناس في أمنهم أو سلامتهم أو صحتهم أو احتمال وجود هذه الاضطرابات.

ولكنهما اختلفا في تحديد أثر السبب في العمل الإداري، فالفقيه Duguit ينفي كل أثر للسبب على صحة القرارات الإدارية، لأن السبب هو أمر خارج عن إرادة متخذ القرار، وأثره لا يعدو مجرد إلهام فكرة اتخاذ القرار لرجل الإدارة، أما التصميم على اتخاذ القرار نفسه، فهو وليد أمر آخر هو الغاية الدافعة، وعلى الجهة المعاكسة يرى العميد Bonnard أن السبب يشترك مع ركن الغاية في دفع إرادة رجل الإدارة لاتخاذ قراره، وعليه أن السبب والغاية ركنان مستقلان في كل عمل إداري، يترتب على تخلف أي منهما بطلان القرار⁽¹⁾.

وكما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه "حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة، ومستقلة عن إرادته، تتم فتوحها له بأنه يستطيع أن يتدخل وأن يتخذ قرارا ما"⁽²⁾ أو أنه "العنصر الأول للقرار أي السابقة التي تتقدمه وتثيره وتكون أساس وجوده، بحيث إذا فقد القرار سببه"⁽³⁾ الصحيح كان معيبا باطلا مستحقا للإلغاء". كما يقصد بالسبب "الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار هذا القرار". أي أن السبب هو الوقائع والظروف المادية والقانونية التي دفعت رجل الإدارة لإصدار قراره⁽⁴⁾، وفي مجال قرارات الضبط يقصد بالسبب في لوائح الضبط مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تدفع سلطة الضبط المختصة بإصدارها إلى القيام بهذا العمل⁽⁵⁾.

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، 403.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 199.

(3) وعليه يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقا وحقا كركن من أركان انعقاده، فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها وعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وإلا كان معيبا بغيب شكلي، أما إذا لم يوجب القانون تسبب القرار فلا يلزمها ذلك كإجراء شكلي لصحته، بل ويحمل القرار على الصحة كما يفترض فيه ابتداء قيامه على سبب صحيح، وذلك كله حتى يثبت العكس. إلا أن القرار الإداري، سواء أكان لازما تسببه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازما، يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقا وحقا، أي في الواقع وفي القانون، وذلك كركن من أركان انعقاده، باعتبار القرار تصرفا قانونيا، ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه. المحكمة الإدارية العليا في مصر الطعن رقم 58 لسنة 4 مكتب في 3 صفحة رقم 1729 بتاريخ 12-7-1958، أما مجلس شورى الدولة اللبناني فيذهب إلى "أن الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها وذكر المبررات التي حملتها على اتخاذه في معرض ممارستها سلطتها التنظيمية، وسلطتها الإدارية بصورة عامة ما لم يفرض المشرع ذلك بنص صريح. أنظر: قرار رقم 160 دعوى 95052-91 بتاريخ 6-12-1993 مجلة القضاء الإداري، الجمهورية اللبنانية، العدد الثامن، سنة 1993، ص 157.

(4) عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء - دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر - فرنسا - تونس - مصر، المرجع السابق، ص 321.

(5) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 375.

كما، وتتمتع القرارات الإدارية بقريضة مفترضة مفادها أن لكل قرار إداري سبب مشروع وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، وعليه إذا لم تذكر الإدارة الأسباب التي إستندت إليها في قرارها الإداري فإن عبء الإثبات على المدعي يصبح ثقيلًا، لأن المدعي لا يملك المستندات أو الوثائق التي تحتفظ بها الإدارة عادة.

وعيب السبب⁽¹⁾ هو عدم المشروعية الذي يشوب القرار الإداري، بأن يكون سببه غير موجود ماديا أو قانونيا، أو غير متلائم مع القرار الذي أستند إليه⁽²⁾، حيث يرى الفقيه Vedel أن عيب السبب لا يعتبر عيبا مستقلا وإنما يعتبر عيبا يندرج تحت عيب مخالفة القانون، لاسيما حالة كون هذه الأسباب محددة سلفا بمقتضى القانون.⁽³⁾ بينما يرى الفقيه Walin أنه في حالة لم يحدد القانون مسبقا الأسباب فإن عيب السبب يدخل في عيب الانحراف بالسلطة⁽⁴⁾، في حين يذهب غالبية الفقه Bonnard , Rivero, Delaubadaire إلى اعتبار عيب السبب عيب مستقل بذاته ووجه مستقل من أوجه إلغاء القرار الإداري⁽⁵⁾.

فالقاضي الإداري إذن، يراقب وجود الوقائع وتكييفها من الناحية القانونية⁽⁶⁾، بل إنه ذهب إلى حد بسط رقابته على مدى ملاءمة أو تناسب السبب مع القرار الذي بني عليه⁽⁷⁾. وعلى هذا الأساس يأخذ عيب السبب الذي يشكل وجها لإلغاء القرارات الإدارية العديد من الصور منها:

أولاً: الرقابة على صحة الوقائع المادية

إن قاضي الإلغاء يعمل رقابته على الوقائع التي إستندت إليها الإدارة في إصدار قرارها من حيث وجودها، فإذا إنتفتت الوقائع أو إختلفت عن تلك التي إستند إليها القرار ، أضحى القرار مشوبا بعيب السبب جديرا بالإلغاء. وقد سلك مجلس الدولة الفرنسي هذا الإتجاه في أحكام عديدة له من أشهرها حكمه في قضية "Cameno" الصادر في 14 يناير 1919، والتي تتلخص وقائع القضية في عزل الحكومة، رئيس بلدية بتهمة عدم قيامه بما يفرض عليه القانون من مراعاة اللياقة اللازمة لموكب جنائزي، ففضى مجلس الدولة بإلغاء القرار لعدم قيامه على

⁽¹⁾ لقد برز عيب السبب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي كأحد أسباب الطعن بالإلغاء عام 1907 بحكم Monod الشهير، وتتلخص وقائع القضية في أن الإدارة أصدرت قرارا بإحالة السيد مونو إلى المعاش، مدعية أن ذلك جاء بناء على طلبه، فطعن الموظف في هذا القرار مطالبا بإلغائه لأنه لم يطلب إحالته إلى المعاش، لكن مجلس الدولة لم يجبه إلى طلبه لأن الإدارة بينت أن الإحالة إلى المعاش قد تمت في الحقيقة كجزء تآديبي لما وقع منه من مخالفات لم تشأ الإدارة الكشف عنها حفاظا على سمعته، ثم بعد ذلك حكم ديسي Dessay الذي جاء أكثر صراحة عام 1910، وشملت هذه الرقابة ثبوت الوقائع وكذلك صحة تكييفها.

⁽²⁾ أنظر: الطعن رقم 9484 لسنة 47ق- جلسة 2004-5-25 الدائرة الخامسة عليا الطعن رقم 4299 سنة 41ق-جلسة 2002-11-22 الدائرة الخامسة عليا- أهم مبادئ المحكم الدستوري العليا والإدارية العليا عامي 2003، 2004 / عبد المنعم محمود منصور، المرجع السابق، قاعدة رقم 185، ص 254.

⁽³⁾ Voir : G.Vedel, Droit Administratif, P.U.F, Paris, 1968, P.524.

⁽⁴⁾ Voir : M. Waline, Traité de Droit Administratif, 9^{ème} Ed, Paris, 1963, P.487.

⁽⁵⁾ Voir : J. Rivero, Droit Administratif, Paris, 1985, P.236.

⁽⁶⁾ أنظر: الطعن 3454 لسنة 42 ق. عليا جلسة 2004-7-10 الدائرة الخامسة والطعن 12473 لسنة 46 ق. عليا جلسة 2004-3-7- الدائرة الخامسة، أهم مبادئ المحكمة الدستورية العليا والإدارية العليا عامي 2003، 2004 عبد المنعم محمود منصور، المرجع السابق، قاعدة رقم 191-193.

⁽⁷⁾ حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 501.

أسباب صحيحة، وذكر في حيثيات حكمه بأنه "إذا كان ليس بإمكان مجلس الدولة بحث ملائمة القرارات المطعون فيها بالإلغاء، فإن له مراقبة الوقائع التي كانت سببا لإصداره".

ومن بين الأسس التي أرساها مجلس الدولة أن على القاضي الإداري وفي نطاق إعماله لرقابته على مشروعية القرار، التحقق والتأكد من الوجود المادي للوقائع⁽¹⁾ التي تدعيها الإدارة، ومثالها الوقائع التي تدعيها سلطة التأديب في حق الموظف، ومدى إعتبارها سببا كافيا لتبرير القرار التأديبي، فالقاضي الإداري يتأكد من حقيقة وجود الوقائع⁽²⁾، مثلا الوقائع التي تمسكت بها سلطة الضبط الإداري المختصة كأسباب مباشرة اختصاصها بإصدار تلك الأنظمة أو القرارات الإدارية أو الإجراءات الصادرة بموجبها⁽³⁾.

ولقد إستقر القضاء الإداري على أن الرقابة على الوجود المادي⁽⁴⁾ للسبب تمثل الحد الأدنى من الرقابة القضائية التي يبسطها القضاء الإداري على هذا الركن، سواء كانت الإدارة بصدده مقيدة أو تقديرية، فيكون القرار مشوبا بعيب السبب وقابلا للإلغاء إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريرها إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية.

كما ويشترط لصحة الوقائع التي تستند إليها الإدارة في إصدار قرارها، أن تكون محققة الوجود وقائمة حتى تاريخ إصدار القرار الإداري. ومن ناحية ثانية يجب أن تكون الوقائع التي تكون ركن السبب قد استمرت حتى صدور القرار، وبناء على ذلك إذا تحقق السبب ولكنه زال فيما بعد، قبل إصدار القرار فإن القرار يكون معيبا في سببه.

(1) أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 172 وأيضاً رقم 149/1 ق- 14/04/1948، ص 526. والمشار إليه في مرجع حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 695.

(2) ظهرت الرقابة على ماديات الوقائع التي لا يشترطها القانون لتدخل الإدارة في فرنسا عام 1907، وكان ذلك بصدد فحص المجلس لقضية "Monot" في 1907/7/28 وقد تأكد اتجاه المجلس في العديد من أحكامه التالية ومنها حكمه في قضية "Camino" الصادر في عام 1916، حيث سجل مجلس الدولة في هذا الحكم " أنه إذا كان مجلس الدولة لا يستطيع تقدير ملاءمة الإجراءات التي تعرض عليه بطريق دعوى مجاوزة السلطة فإنه يملك التحقق من ماديات الوقائع التي بررت هذه الإجراءات"، وأيضاً في حكم "Le General De Noue" والذي أكد فيه على حقيقة مؤداها أنه "وإن كان لوزير الدفاع الحق في تقييم كل ما من شأنه، إلا أنه ممنوع عليه أن ينسب لأحد الضباط سلوكا معيناً دون أن يكون مستندا في ذلك إلى وقائع مادية صحيحة"، ولهذا قد ألغى القرار الصادر من هذا الوزير بإحالة الجنرال المذكور إلى الاستبعاد بحجة ارتكابه لبعض الأخطاء التأديبية بعد أن تبين للمجلس عدم صحة أو وجود هذه الوقائع أصلاً، وفي حكم "La Grange" عام 1959 عاد المجلس ليؤكد الحقيقة ذاتها بصورة أوضح، وذلك بعدوله عن منهجه في استثناء إجراءات الضبط الإداري، ومنذ ذلك التاريخ أصبحت قاعدة ضرورة استناد القرار إلى وقائع صحيحة وموجودة قد أصبحت في فرنسا قاعدة مطلقة لا ترد عليها أية استثناءات. / أنظر في تفاصيل ذلك: د. أشرف عبد الفتاح أبو الجهد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسيب القرارات الإدارية-دراسة مقارنة بين النظام القانوني الفرنسي والمصري مع أحدث الأحكام القضائية والآراء الفقهية الفرنسية والمصرية ذات الصلة-، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، 2009، ص 47.

(3) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 358.

(4) أنظر: قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 1982/01/27 تحت رقم 29432 والذي جاء فيه " من المقرر قانوناً وعلى ما جرى به القضاء الثابت استحالة سحب القرار الإداري الصحيح الذي تتخذه السلطة ويكون منشأ لحقوق ومن ثم فإن القرار البلدي الملغى لرخصة البناء مجرد ادعاء بوجود نزاع في الملكية يعد قراراً مشوباً بتجاوز السلطة. / أنظر: زردوم صورية، دور رقابة القضاء الإداري في منازعات التعمير والبناء، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، جامعة الحاج لخضر، باتنة. ص 111.

كذلك لا يعتد بالسبب الذي لم يكن موجودا لحظة صدور القرار ولكنه تحقق في ميعاد لاحق على صدوره، لأن العبرة هي بوقت صدور القرار، حيث أن السبب لم يكن قائما وقتها فلا يجدي في إسناده وتأسيسه ظهور السبب فيما بعد⁽¹⁾.

وتأسيسا على ما سبق، فإن عدم توافر هذه الشروط تدفع بالقرار لأن يكون معيبا في سببه، إلا أنه يجب ملاحظة أن نطاق رقابة القضاء على الوجود المادي للوقائع لا تختلف في سلطة الإدارة المقيدة عنه في السلطة التقديرية، أي أن البحث في مدى صحة الوقائع من الناحية المادية يجب ألا يتضمن أي قدر من السلطة التقديرية، أي أنه لا يتعلق الأمر بحرية الإدارة في التصرف حتى يمكننا الحديث عن سلطة تقديرية للإدارة، وإنما يتعلق بتقرير الحقائق كما حدثت في الواقع.

وهذا الإلتزام لا يسقط في الظروف الاستثنائية، وهو ما أكده مجلس الدولة في قضية الشركة الوطنية للمحاسبة⁽²⁾، وفي حالة السلطة التقديرية للإدارة يثار إشكال حول كيف يمكن تقدير الوقائع؟، فمثلا ضمن سلطة الإدارة في منع التظاهر حين ترى أنه سيؤدي إلى التجمهر والمساس بالأموال الخاصة والعامة، وقد أكد القضاء الإداري ذلك في قراره بتاريخ 2005/11/20 في قضية أمر الوالي بوقف تفريغ باخرة لعدم صلاحية السلعة الموجودة بها للاستهلاك بناء على مخبر الشرطة⁽³⁾.

ثانيا: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

بعد ذلك؛ تطور القضاء الإداري ليراقب، بالإضافة إلى وجود الوقائع المتخذة كسبب لإصدار القرار، تكييف هذه الوقائع ووصفها القانوني⁽⁴⁾.

حيث يعد التكييف القانوني للوقائع أحد المجالات التي ييسط من خلالها القضاء الإداري رقابته على أعمال الإدارة، بعد أن أصبح قضاء وقائع وقانون وينطوي هذا القيد على ضمانات مهمة للحرية، لأن إطلاق تفسير القاعدة القانونية والتنظيمية يجعل من الإدارة تستند على نفس النص القانوني لتقييد حريات لا يشملها التفسير أو

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص206.

(2) أنظر: قرار للجنة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 22236 بتاريخ 1981/07/11 قضية (أ.ر.) ضد (و.د.). مجلة مجلس الدولة، العدد 01، 1987، ص196. / قرار مجلس الدولة رقم 268 بتاريخ 1999/04/19 قضية الشركة الوطنية للمحاسبة، والي ولاية ميله، بقوله " لم يشر في قضية الحال أي حالة تسمح له بتسخير مدير الترقية والتسيير العقاري لولاية ميله، بوضع المحلات الممنوحة قانونا للشركة الوطنية للمحاسبة تحت تصرف الولاية ". لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص39.

(3) أنظر: قرار مجلس الدولة رقم 007282 بتاريخ 2002/12/20 قضية (ق.س) ضد والي ولاية وهران، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، 2002، ص149.

(4) كما في حكم محكمة القضاء الإداري، في الدعوى رقم 577 لسنة 29 ق الصادر في 1977-7-5 والذي يقضي بأن " ما قد يوحى به تاريخ المدعي السياسي من كونه يقف موقف المعارضة السياسية لا يفيد في ذاته قيام حالة الاشتباه أو الخطر على الأمن والنظام العام المبرر للاعتقال بحسبان أن الاعتقال إجراء ماس بالحرية لا ينبغي اللجوء إليه إلا في حالة الطوارئ فقط، وأن تكون قامت حالة من حالات الضرورة المستندة إلى وقائع ثابتة تفيد يقينا خطورة الشخص على الأمن، وليس لموقف المعارضة السياسية أن يفيد في ذاته قيام تلك الحالة من حالات الخطر الوشيك على الأمن والنظام".

الفهم الصحيح، لهذا تظهر أهمية دور القاضي في استقرار نية المشرع، حين ينظر إلى مدى توافق الوقائع مع الوصف الذي أراده المشرع لها.

لم يكتفي مجلس الدولة الفرنسي برقابة الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قراراتها بل تجاوز ذلك بفرض رقابته على التكييف القانوني لتلك الوقائع، حيث يقصد بعملية التكييف، إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية⁽¹⁾، وهو بذلك يراجع ما تدعيه الإدارة من وصف قانوني على الوقائع التي تتدرج بها للتأكد من كون ذلك الوصف متفقا مع ما قصده المشرع أم لا، ويرى أستاذنا الدكتور رمضان بطيخ، أن المجلس وبحق قرر بهذا قييدا جديدا على السلطة التقديرية للإدارة⁽²⁾.

أي أن يبسط القضاء يده على مدى مشروعية الوجود القانوني للأسباب في عنصر السبب لاسيما في أنظمة الضبط الإداري والإجراءات الصادرة بموجبها⁽³⁾، فإذا أخطأت الإدارة في التكييف القانوني للوقائع التي استندت إليها لإصدار قرارها، فإن هذا الخطأ يشكل عيبا من عيوب القرار، ويوجب إلغاءه.

ولقد قرر ذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر سنة 1914 في قضية تخلص وقائعها في أن أحد الأفراد طلب من الإدارة ترخيصا للبناء في أحد ميادين باريس، إلا أن الموظف الذي يملك سلطة منح الترخيص رفض الاستجابة إلى الطلب، على أساس أن البناء المزمع إنشاؤه من شأنه تشويه الشكل الأثري للميدان، وعندما رفع صاحب المصلحة الأمر إلى مجلس الدولة، قرر هذا الأخير إلغاء قرار الإدارة برفض منحه الترخيص المطلوب على أساس أن تكييف الإدارة للميدان بأنه أثري تكييف غير سليم⁽⁴⁾.

وللبیان، ينبغي أن تكون الوقائع التي تدعيها الإدارة مطابقة للوصف القانوني للحالة التي يتطلبها القانون، ومن ذلك التعرض لتكييف الأفعال التي يرتكبها الموظف وعمما إذا كان يمكن وصفها قانونيا بأنها أخطاء تأديبية أم لا، لأن رقابة التكييف أمر يتطلبه التطبيق الصحيح للقانون، فانطبق الوصف القانوني على الواقعة التي استند إليها القرار هو الذي يبرر اتخاذ هذا القرار، فالخطأ في التكييف القانوني للوقائع من شأنه أن يجعل القرار معيبا. كما تجدر الإشارة أنه فيما مضى، في موضوع تأديب الموظفين مثلا، لم يكن الموظف قادرا على الرد بأنه لم يرتكب هذه الواقعة التي يتهم بارتكابها، لأن القاعدة السائدة كانت التالية، يمكن أن يعاقب القاضي عدم الشرعية ولكنه لم يكن يتدخل بمسألة تقدير الإدارة للوقائع، حتى لو كان هذا التقدير غير صحيح.

(1) محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، المجموعة الدولية للحاماة، القاهرة، أكتوبر- ديسمبر، 1984.

(2) أشرف عبد الفتاح أبو الجهد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية- دراسة مقارنة بين النظام القانوني الفرنسي والمصري مع أحدث

الأحكام القضائية والآراء الفقهية الفرنسية والمصرية ذات الصلة، المرجع السابق، ص 57.

(3) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 359.

(4) حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 503.

كان القاضي يتصرف، بحسب ما يقول العميد Vedel، كقاضي تمييز، مفترضا الوقائع صحيحة. هذا الموقف كان خاطئا. لأن الحدود بين عدم الشرعية وعدم صحة الوقائع هي جد هشة. إذا رفضت إدارة الجامعة تسجيل طالب في الدراسات العليا حقوق إعطاء سبب، يكون قرارها غير شرعي. ولكن بإمكانها التذرع بأمر غير صحيح وهو أن علاماته لا تؤهله لذلك. فإن عدم تدخل القاضي بالوقائع يؤدي إلى وضع غير عادل يجعل من الإدارة سلطة مستبدة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فالقضاء يرفض مراقبة تكييف الإدارة للوقائع في بعض الحالات الاستثنائية، بحيث يقتصر في خصوص هذه الحالات على مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع دون أن يتطرق إلى بحث صحة التكييف الذي أخضعتة الإدارة لها، وقد قسمها الفقه إلى حالتين:

- المسائل ذات الصبغة الفنية والعلمية، ذلك أنه في خصوص هذه القرارات يجد القضاء نفسه إزاء طابعها العلمي البحت، عاجزا عن مباشرة الرقابة بنفسه دون الاستعانة برأي الخبراء من أهل العلم، ولذلك يفضل الفقهاء رفض القيام برقابة تكييف الإدارة للوقائع في خصوص هذا النوع من القرارات بدلا من التظاهر بممارسة هذه الرقابة مع أن دور القضاء في هذه الحالة من الناحية الفعلية سيقصر على مجرد اعتماد رأي الخبراء العلميين فقط⁽²⁾.

- قرارات الضبط الخاصة بنشاط وإقامة الأجانب حيث يحرص معظم الفقه والقضاء على ضرورة إعطاء الإدارة قدرا واسعا من حرية التصرف إزاء هذا النوع من القرارات لما لها من خطورة على أمن وسلامة الدولة، وهنا تقتصر رقابة القضاء على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي استخدمتها الإدارة سببا لقرارها دون أن يقوم بالتحقيق من صحة تكييف الإدارة لهذه الوقائع.

فالسجلات الإدارية أدرى وأقدر من السلطتين القضائية والتشريعية في الدولة بخفايا وخلفيات النشاط الإداري ومقتضياته ولوازمه، لأنها أكثر السلطات قربا لواقع الحياة الإدارية، وبالتالي الأقدر على تحقيق المصلحة العامة مما يبرر إعطائها قدرا من حرية التصرف والملاءمة دون خضوعها في ذلك لرقابة القضاء.

(1) جرج سعد، المرجع السابق، ص 486-487.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 240.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية

على الحدود الخارجية

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول عيب الشكل والإجراءات، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث عيب عدم الاختصاص، وأما الفرع الثالث نبحث فيه عيب الانحراف بالسلطة وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

عيب الشكل والإجراءات

أولاً: مفهوم عيب الشكل والإجراءات

المبدأ العام هو أن القرار الإداري لا يصدر إلا عن جهة إدارية، أي عن شخص من أشخاص القانون العام خوله القانون حق استخدام سلطته العامة، وأن السلطة العامة هي مجموع الجهات التي يخولها المشرع حق التدخل بهدف ممارسة اختصاصات تمكنها من اتخاذ قرارات من شأنها أن تؤدي إلى التأثير في المراكز القانونية. ولا خلاف على أن الإدارة هي التي تنفرد بميزة هذا النشاط أو التصرف، وأن لهذا التصرف القانوني الصادر من جانب واحد مظهراً خارجياً يتخذ وفقاً لإجراءات و شكليات تسبق القرار، من خلال مجموع العمليات التي يجب على الإدارة إتباعها قبل الإقدام على اتخاذ القرار .

وبغرض تحديد مفهوم عيب الشكل والإجراءات⁽¹⁾، حاول جانب من الفقه تعريفه، حيث عرفه الفقيه De Laubadaire بأن هذا العيب يتمثل "بإهمال أو عدم صحة قواعد الإجراءات أو الشكلية المحددة لإصدار القرارات في القوانين والأنظمة"⁽²⁾.

أو كما عرفه الدكتور سامي جمال الدين بأنه "المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على أنظمة الضبط الإداري والإجراءات التي تتبعها في إصدارها، وعليه فإن صدور هذه الأنظمة دون التزام الإدارة الضبطية المختصة

⁽¹⁾ لأكثر توضيح حول الشكل والإجراءات أنظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص607. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإداري، المرجع السابق، ص290. محمد مرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص334 وبعدها. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لإعمال الإدارة العامة "قضاء الإلغاء"، المرجع السابق، ص 283 .

⁽²⁾ André De Laubadère, Traite de Droit Administratif, paris, 1984, p.596.

بالشكليات المقررة قانونا أو دون إتباع للإجراءات المقررة قانونا أو مخالفة لها، فإنه يصيبها عيب الشكل وتجعلها قابلة للإلغاء لعدم المشروعية"⁽¹⁾، فالشكل يتعلق بالوجود الخارجي للقرار الإداري⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، يكون القرار الإداري مشوبا بعيب الشكل متى صدر على خلاف الأشكال والإجراءات التي حددها القانون لإصداره، والتي قصد المشرع حين استوجبه تحقيق المصلحة العامة، ولأن الشكل في القرار ليس هدفا في ذاته.

وحتى لا يؤدي إغراق الإدارة بالشكليات وهي بصدد إصدار قراراتها إلى صرفها عن تحقيق الأهداف المبتغاة من تلك القرارات، الأمر الذي يغفل يدها عن استخدام تلك القرارات بوصفها وسيلة فعالة لتسيير النشاط الإداري، فإن القرار الإداري لا يبطل بمجرد تجاهله لأي شكل أو إجراء، حيث يتعين لتقرير هذا الإبطال أن يكون الشكل جوهريا بطبيعته بمعنى أن يؤدي تجاهله إلى تفويت الغاية من إصدار القرار الإداري، أو يكون القانون قد اعتبره جوهريا وأوجب لذلك إتباعه⁽³⁾.

وقواعد الشكل في إصدار القرارات الإدارية تقوم كحاجز لسلطات الإدارة في إصدار القرارات الإدارية، فإذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص، بحق التنفيذ المباشر والسلطة التقديرية وقرينة السلامة، فإن عليها أن تسلك السبيل الذي ترسمه القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات، وبهذا تكون قواعد الشكل والإجراءات في إصدار الأعمال الإدارية، مقصودا بها حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، وذلك بتجنيد الإدارة مواطن الزلل والتسرع، ومنحها فرصة معقولة للتروي والتدبر، ودراسة وجهات النظر المختلفة، فتقل بالتالي القرارات الطائشة⁽⁴⁾.

ومن أهم متطلبات الشكلية هي عدم تعلقها مبدئيا بالنظام العام فلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، إلا أن مجلس الدولة قد ذهب في قرار له بتاريخ 2002/02/11 إلى خلاف ذلك⁽⁵⁾.

والجدير بالذكر، أن الأصل أنه يحق للسلطة الإدارية إصدار القرارات الإدارية بالشكل الذي تتمكن بواسطته من إظهار إرادتها الملزمة ما دامت تلك الإرادة منصرفة إلى إحداث أثر قانوني بمعنى أن جهة الإدارة غير مقيدة

(1) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.350-351.

(2) R. Chapus, Droit Administratif Général, Tome01, 15^{ème} Ed, Montchrestien, 2001, P.1037.

(3) عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص.129-130.

(4) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص.638.

(5) جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري " حيث أن القرار أو المقرر فيه جاء غير مسبب في حين أن كل قرار إداري كان أم قضائيا يجب أن يكون مسببا، وهذا وحده يكفي لإلغائه إضافة إلى كونه محررا باللغة الفرنسية خلافا لنص المادة /03/ من الدستور التي تنص على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسومية، وكذلك المادة /02/ من قانون رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية". / أنظر: قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/02/11، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، 2002، ص.81.

بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة ما لم يحتم القانون إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين⁽¹⁾، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي ميز بين الشكل الجوهري، والشكل غير الجوهري وقد رتب جزاء الإلغاء على مخالفة النوع الأول في الشكليات، ومثال ذلك تطبيق قاعدة الإطلاع على الملف وضمانات الدفاع عن المتهم أثناء مباشرة الإجراءات التأديبية⁽²⁾.

وللإشارة، قد يكون القرار الإداري مكتوبا كما قد يكون شفويا⁽³⁾، إلا أنه يرد على هذا الأصل عديد من الاستثناءات التي تشترط وجوب إتباع شكل معين أو إجراءات محددة في إتمام التصرف الإداري، هذا الاستثناء في فرض شكلية معينة قد يكون مصدره المشرع⁽⁴⁾، كما قد يستتج ضمنا، فمثلا إذا استلزم المشرع نشر القرار وإعلانه فإن هذا يستتبع حتما صدور القرار كتابة، وقد يكون مصدره الإدارة عندما تفرضه في لوائحها، كما قد يفرض القضاء وجوب إتباع شكليات وإجراءات معينة في بعض الأحوال كضرورة منطقية، كما هو الأمر في القرارات ذات الطابع التأديبي أو الجزائي بصفة عامة⁽⁵⁾.

والمشرع حين يلزم الإدارة بإتباع إجراءات وأشكال خاصة لإصدار بعض القرارات الإدارية، فإنما يستهدف تحقيق غرضين في وقت واحد :

- فهو من ناحية يقصد أن يقيم في وجه الإدارة العامة وهي بمناسبة إصدار القرار بعض العوائق حتى يحميها من التسرع، ويفرض عليها التدبر والتردد فيما تنوي اتخاذه من تصرفات حماية للصالح العام المرتبط بهذا التصرفات⁽⁶⁾.

(1) سامي جمال الدين، دعاوي الإدارة، المرجع السابق، ص216.

(2) Voir: André De Laubadère, Traite de Droit Administratif, paris, op. cit, p.636.

(3) أنظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1369 لسنة 10 مكتب في 11 ص189 في 12-18-1965.

(4) كما أن هناك حالات قد يفرض فيها المشرع على الإدارة أخذ رأي جهة معينة قبل إصدار القرار، وقد تكون تلك الجهة فردا أو هيئة أو مجلس أو لجنة من اللجان، وهذا المبدأ طبق في كل من فرنسا ومصر، كان واضح من خلال الحكم الصادر لمحكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 607 لسنة 5 قضائية، وبنفس المعنى في الحكم الصادر للمحكمة الإدارية العليا بتاريخ 23 مارس سنة 1963، بشأن أخذ رأي لجنة شؤون الموظفين قبل إصدار قرار الترقية والذي قالت فيه " أن إغفال عرض الترقيات على لجنة شؤون الموظفين ولو أن رأيها استشاري وغير ملزم إلا أن ذلك لا يسوغ بحال عدم اخذ الرأي ... ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد انطوى على مخالفة قانونية تعيب بعيب جوهري، ويتعين لذلك إلغائه...".

وأما مجلس الدولة الفرنسي فقد قضى في حكمه الصادر بتاريخ 8 يناير 1982 بإلغاء حكم محكمة تولوز وإلغاء القرار الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية والصحة بالمشاركة والمتضمن تشكيل لجنة وزارية مهنية لدراسة المنتجات الخاصة بالأطعمة الصحية وذلك بسبب عدم أخذ رأي المجلس الأعلى للصحة العامة والأكاديمية الوطنية للطب؛ حسب مقتضى المادة /05/ من المرسوم رقم 88-180 لسنة 1966. /أنظر: الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص604. / رمزي محمود نايف هيلات، القرار الإداري بين البطلان والانعدام "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، بدون سنة. ص24.

(5) محمد مرغني خير، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص333.

(6) وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 01-07-1957. فيما قضت به من أنه "من المقرر فقها وقضاء أن الأصل في الشكليات والإجراءات والإجراءات أنها مقررّة لمصلحة عامة قدرها المشرع".

- وهو من ناحية أخرى يقصد أن يوفر بالإجراءات والأشكال قدرا لا يستهان به من الضمانات للأفراد في مواجهة السلطة الإدارية وقراراتها⁽¹⁾.

ثانياً: حالات يجب الشكك بالإجراءات

في حالات معينة قد يفرض المشرع، حماية للمصلحة العامة والمصلحة الخاصة على الإدارة التزاما بإتباع إجراءات معينة، وحينئذ يتعين على هذه الأخيرة إحترام هذه الإجراءات التي تأخذ صورتين :

1 - مخالفة الإجراءات

قد يفرض المشرع على الإدارة قبل إصدار قرار معين إستشارة فرد معين أو هيئة معينة⁽²⁾، سواء كان ذلك بخصوص موضوع القرار أو بصياغته، والقرارات الإدارية تتميز في غالب الأمر بإجراءات معينة لا بد عليها أن تتبعها في إصدار القرار الإداري، لأنه في حالة مخالفتها تؤدي إلى بطلان القرار الإداري في الحالات التي رتب المشرع على مخالفتها البطلان، كشرط التسبب في بعض القرارات، مثل قرارات التأديب وشرط إتباع صيغة معينة في إنشاء القرار الإداري، وشرط إجراء بعض التحقيقات السابقة على إصدار القرار⁽³⁾.

كقاعدة عامة الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، إلا في حالة وجود نص قانوني يفرض ذلك⁽⁴⁾، ومن القرارات التي تحتاج لتسبب رفض منح رخصة البناء أو رخصة الهدم أو التجزئة، أو كون القرار موضوع التنفيذ المأخوذ من قبل رئيس البلدية، مخالف للقانون أو يمس بالنظام العام، يقوم الوالي بأخذ المبادرة بإلغائه بقرار مسبب خلال مدة معينة أو يأمر رئيس البلدية بتعليق تنفيذ القرار البلدي بصورة مؤقتة حتى إيجاد حل لتسوية هذا الخلاف⁽⁵⁾، لكن مجلس الدولة الجزائري فرض في اجتهاد له وجوب تسبب كل القرارات الإدارية⁽⁶⁾.

(1) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لإعمال الإدارة العامة " قضاء الإلغاء"، المرجع السابق، ص 276.

(2) أنظر: ملف رقم 117969 قرار بتاريخ 1997/07/06 قضية (والي ولاية باتنة) ضد (ع ت) " إلغاء قرار الإستفادة من أرض فلاحية تابعة للدولة - عدم القيام بالإجراءات اللازمة من طرف الوالي - تجاوز السلطة - حكم المحكمة بإلغاء قرار الوالي". / المجلة القضائية، المحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، سنة 1997، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999، ص 148.

(3) بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 128.

(4) بوكثير عبد الرحمن، دور المشرع وقاضي الإلغاء في الحد من مبدأ السرية الإدارية وآثاره، مداخلة في إطار فعاليات الملتقى الوطني حول الإدارة المحلية والخدمة العمومية المنعقد أيام 12 و 13 مارس 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، مداخلة غير منشورة، ص 03.

(5) عيساني عبد الحديد، النظام القانوني لمداوات المجلس الشعبي البلدي، المرجع السابق، ص 101.

(6) أنظر: قرار للمحكمة العليا، الغرفة الإدارية، بتاريخ 1990/07/28 بقولها " حيث أن المجلس الشعبي البلدي لم يقدم الدليل على كونه استوفى هذه الشكلية الجوهرية التي هي من النظام العام". المجلة القضائية، العدد 03، 1992، ص 163. / قرار مجلس الدولة 2307 المؤرخ في 2003/07/01 قضي بإبطال عقد تنازل وهو عقد إداري صادر عن البلدية لفائدة شخص وذلك لعدم مراعاة إجراء الشهر العقاري بقضية (ب.ط) ضد بلدية القبة. مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2003، ص 119.

ومع هذا قد يشترط القانون تسبب بعض القرارات الإدارية، وحينئذ يصبح هذا الإجراء شكلاً أساسياً في القرارات يترتب على إهماله بطلان القرار، أما إذا لم يلزم المشرع الإدارة بذلك، فليس عليها حرج في أن تخفي تلك الأسباب.

وهذا هو المسلك المقرر في فرنسا، وما أخذ به مجلس الدولة المصري باستمرار، ومن ذلك على سبيل المثال قول محكمة القضاء الإداري "... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وإن كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قرارها إلا حيث يوجب القانون ذلك عليها إلا أنها إذا ما ذكرت أسباباً فإن هذه الأسباب ولو في غير الحالات التي يوجب ذكر أسباب فيها تكون خاضعة لرقابة محكمة القضاء الإداري⁽¹⁾.

كما ويعتبر تسبب القرار التأديبي من الضمانات الهامة في مجال المحاكمة⁽²⁾ والمساءلة التأديبية، حيث أن تسبب القرار التأديبي من شأنه طمأننة الموظف بأنه قد جوزي عن الأخطاء التي نسبت إليه وأبدى دفاعه بشأنها، وبالتالي يتحقق إعمال رقابة الموظف على صحة القرار التأديبي، بما يشتمل عليه هذا القرار من وقائع وأدلة واستخلاص مما قد يحمل الموظف على الإقتناع بقرار الجزاء، حيث أن له أهمية بارزة فهو يحقق فوائد متعددة سواء بالنسبة للإدارة أو صاحب الشأن أو القاضي الإداري⁽³⁾.

وفيما يتعلق بالفرق بين تسبب القرار وسببه، حيث أنه لا يصح الخلط، في هذا المجال، بين تسبب القرار الإداري وسببه، ولقد أكدت المحكمة الإدارية المصرية على ذلك في حكمها بتاريخ 12/07/1958 حيث قالت " يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون وبين قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من أركان انعقاده، فلأن كانت الإدارة غير ملتزمة بتسبب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها وعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وإلا كان معيباً بعبء شكلي⁽⁴⁾، أما إذا لم يوجب القانون تسبب القرار فلا يلزمها ذلك كإجراء شكلي لصحته"⁽⁵⁾.

(1) سليمان محمد الطماوى، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 639.

(2) وهذا ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 38541 الصادر بتاريخ 1984/12/29 الذي جاء فيه " متى كان من المقرر قانوناً أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز السفر أو رفض تمديد أجاله للمواطنين الجزائريين إذا ما رأت أن تنقلهم إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام، وهكذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها ودون أن يكون تقديرها هذا قابلاً للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة " وتنحصر هذه الحالة عند ترك المشرع حرية للإدارة في تسبب القرار من عدمه.

(3) داعم نوال، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، 2010. ص 75.

(4) أنظر: قضية (ص. ص) ضد الغرفة الوطنية للموثقين. رقم القرار 27279 تاريخ القرار: 2005/10/25، يقضي بأنه " يتعرض للإلغاء القرار التأديبي الذي ينطق بعقوبة دون تبريرها من خلال مناقشة الخطأ المنسوب إلى المعني ومدى ثبوته في حقه". / سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري - قرارات المحكمة العليا - قرارات مجلس الدولة - الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليلك، 2013. ص. ص 1465-1466.

(5) حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 495-496.

2 - مخالفة الشكل

يقصد به الصورة الخارجية التي تحتم القوانين واللوائح أن يفرغ فيها القرار الإداري، وإذا كان الأصل أنه لا يشترط في القرار أن يصدر في صيغة أو شكل معين، بل ينطبق هذا الوصف ويجرى حكمه كلما أفصحت الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني.

فإن المشرع قد يشترط أحيانا أن يصدر القرار كتابة، ويكون هذا الشكل مفروضا ضمنا كلما تطلب القانون نشر القرار، والحالة هذه؛ يجب أن يحمل القرار تاريخ صدوره، ولكن الخطأ المتعمد أو غير المتعمد في هذا التاريخ لا يتضمن بالضرورة بطلان القرار، بل يرجع في ذلك إلى عوامل أخرى، كما يجب أن يحمل القرار توقيع مصدره أو مصدره إذا تعددوا⁽¹⁾.

ومن صور عيب الشكل عدم احترام شكلية تحديد تاريخ صدور القرار الإداري، وعيب عدم وضع التأشير، أو المصادقة على نص القرار من طرف السلطات الإدارية المختصة، وكذا عيب عدم احترام شكلية نشر وتبليغ القرار⁽²⁾.

وتظهر سلطة القضاء في تقدير مدى جوهرية الشكليات والإجراءات بالموازنة بين حماية الحقوق والحريات بسبب القرار الإداري، وإضفاء المرونة والسرعة على نشاط الإدارة المحلية، مما يستوجب أن تكون الإجراءات والشكليات بسيطة، وهو الدور الذي يضطلع به القضاء من خلال التمييز بين ما هو جوهري وما هو غير ذلك لتعلقه بحقوق وحريات الأفراد.

الفرع الثاني

عيب عدم الاختصاص

يقوم القانون العام الحديث، على فكرة الاختصاص، وتحديد اختصاصات معينة لرجل الإدارة، هو نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا المبدأ لا يقتضي تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب، وإنما يستتبع أيضا ضرورة توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة.

(1) سليمان محمد الطماوى، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص728.

(2) أنظر: قرار مجلس الدولة رقم 003975 بتاريخ 2002/11/12 في قضية شركة أو طيب ضد مديرية الضرائب لولاية وهران، وجاء في القرار "حيث يتجلى أن إدارة الضرائب لم تحترم النصوص القانونية، الخاصة بالضمانات المكفولة قانونا للمكلف بالضريبة، باعتبارها قامت بتعديل تصريحات العارضة انطلاقا من إشعار بالمرور وليس بموجب إشعار بالتحقيق وتكون بذلك قد منعتها حقها في الدفاع عن نفسها"./مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص191. اعتبرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها رقم 117973 الصادر في 1994/07/24 على أن "عدم تقديم القرار مع العريضة الافتتاحية في آن واحد لا يمكن أن يعتبر سببا كافيا لعدم القبول وبالتالي يمكن للقضاة إجبار الإدارة على تقديم نسخة منه"./مجلة مجلس الدولة، العدد 01، 2002، ص73.

أولاً : مفهوم عيب عدم الاختصاص

تعتبر فكرة الاختصاص حجر الزاوية التي يقوم عليها القانون العام ، حيث تباشر كل السلطات العامة في الدولة اختصاصات محددة بواسطة الدستور أو القانون أو اللوائح، وأن مرجعية تحديد الاختصاصات وتوزيعها داخل كل سلطة يعود إلى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، وبأن قواعد الاختصاص تقوم على أساس تعيين الهيئات العامة التي تملك سلطة البت في الشؤون العامة⁽¹⁾.

فالإختصاص بإصدار القرارات الإدارية، هو ولاية إصدارها لشخص ما أو جهة إدارية معينة بإصدارها تعبيراً على إرادة الإدارة، والأصل أن عيب عدم الاختصاص يؤدي إلى بطلان القرار الإداري المشوب به ويصحى معدوماً إذا ما شابه عيب عدم الاختصاص الجسيم، الذي يخلع عنه وصف القرار الإداري ويصبح مجرد اعتداء مادي لا يكسب حصانة، كما في حالة اعتداء السلطة التنفيذية بقرار تصدره على اختصاص سلطة عامة أخرى متجاهلة مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، فالمقصود بالاختصاص هو "تحديد مجموعة التصرفات والأعمال التي يكون لموظف عام أو لسلطة عامة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به شرعاً، أو كما يقول الفقيه Laferrière هو القدرة القانونية التي يملكها موظف عام أو سلطة، وتخول له حق اتخاذ قرار معين"⁽³⁾.

كما؛ وتؤكد القاعدة العامة أن تحديد الاختصاص هو من عمل المشرع، وعلى السلطة العامة أن تلتزم حدود الاختصاص في الحدود المرسومة صراحة أو ضمناً، وأن حالة الاختصاص الضمني تتوافر، عندما ينظم المشرع إختصاصاً بعينه ولم يعهد به إلى إدارة معينة، أو أغفل بيان الموظف المنوط به إستعماله، فيكون ذلك للموظف الذي يتفق هذا الاختصاص وواجبات وظيفته.

وأن المشرع في تحديده لاختصاص ما، قد يعهد به إلى فرد معين أو إلى هيئة بذاتها؛ دون مشاركة وقد يخول عدة موظفين أو هيئات ممارسته كلا على حدا، أو قد يشترط لممارسة اختصاص ما مشاركة أفراد أو هيئات وتعاونها معا بحيث لا يمكن إبرام التصرف إلا بموافقتهم جميعاً⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالدافع إلى تحديد الإختصاص فهو العمل على التخصص وتقسيم العمل وسرعة الإنجاز وتحديد المسؤولية، حيث يستند الإختصاص دائماً إلى القانون الذي يبين حدود إمكانية عضو الإدارة المختص الذي يحق له مباشرة العمل القانوني، وبما أن الاختصاص في القرار هو الصلاحية القانونية لفرد أو مجموعة في

(1) د. عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 573.

(2) عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 172.

(3) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لإعمال الإدارة العامة " قضاء الإلغاء"، المرجع السابق، ص 240.

(4) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري الكتاب الأول "قضاء الإلغاء"، المرجع السابق، ص 590.

التنظيم الإداري لإحداث آثار قانونية معينة باسم شخص إداري فمن المؤكد أن تكون السلطة الإدارية التي تصدر القرار مختصة قانوناً في إصداره، وهذا الشرط الذي يجب مراعاته من قبل الإدارة لكونه أول ما ينظر فيه القضاء عند الطعن في القرار الإداري.

وفي إطار تحديد مفهوم عيب عدم الاختصاص⁽¹⁾ ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه "صدور القرار من سلطة إدارية غير مؤهلة قانوناً لإصداره"، أو أنه "عندما يصدر القرار الإداري عن سلطة غير مختصة، أي لم يخول لها القانون حق إصداره نقول إن القرار مشوب بعيب عدم الاختصاص". كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه "يعد القرار الإداري مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا كان لا يدخل في نطاق الإمكانيات القانونية للشخص الذي أصدره"⁽²⁾.

وتأسيساً على ما سبق، يرتبط عيب عدم الاختصاص بالنظام العام، ومعنى ذلك أن قاضي الموضوع يستطيع من تلقاء نفسه أن يتدخل لإثارة هذا العيب في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لم يثره رافع الدعوى كسبب للإلغاء⁽³⁾، كما ليس من حق الإدارة أن تخالف قواعد الاختصاص فتتنازل عنها لجهة أجنبية أو تلجأ لإصدار قرار إداري لا تملك سلطة إصداره.

ويكون مصدر الاختصاص في الأصل هو النص التشريعي وهو أن يذكر المشرع صراحة عضو الإدارة أو الموظف المسؤول الذي يملك ممارسة الاختصاص، إلا أن المشرع يعهد بتنظيم الاختصاصات إلى إدارة معينة مغفلاً

(1) أما في مصر فقد عرفت محكمة القضائية الإداري عيب عدم الاختصاص في حكم المحكمة الصادر بتاريخ 27 من يناير 1957 وفي القضية رقم 1867 لسنة 8 قضائية بأنه "عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر" وقالت في نفس الحكم "أن هذا العيب لا يزال حتى اليوم هو الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام" وقالت أيضاً في نفس الحكم "لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة فتتنازل عنها كلما شئت، ولكن قواعد الاختصاص إنما شرعت لتضع قواعد قانونية ملزمة للإدارة تحقيقاً للصالح العام". وبهذا يترتب على ذلك عدة نتائج هامة هي:

- للمحكمة، بل عليها، أن تثير عيب عدم الاختصاص من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك به الخصوم وهذا ما أكدته حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Couvenhes بتاريخ 16 يولييه سنة 1955 وحكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية في 8 يونيو سنة 1985.

- لا يبرر الاستعجال مخالفة قواعد الاختصاص.

- لا يجوز الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص.

- لا يصحح القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص بالتصديق عليه أو بإقراره من السلطة أو الجهة المختصة، وإن كان حقاً تملك هذه السلطة أن تصدر قراراً حديداً صحيحاً في الموضوع، لكن هذا القرار لا ينفذ ولا ينتج أثر إلا من تاريخ صدوره، أما القرار الأول فيعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلق الاختصاص بالنظام العام، وهذا ما أكدته حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Mache بتاريخ 2 مايو 1945 وما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 5 مارس سنة 1988 وعلى عكس ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي إذ قررت أن عيب الاختصاص الذي يشوب القرار يصحح باعتماده ممن يختص بإصداره/. أنظر: الدكتور محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 360.

(2) سليمان الطماوي، القضاء الإداري-الكتاب الأول- قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 237.

(3) وفي هذا الإطار قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "ومن حيث أن نصوص القانون رقم 82 لسنة 1976 قد خلقت من النص على اختصاص موظف بالذات دون سواه بإصدار قرارات إبعاد الأجانب في الأحوال التي يميز فيها إبعادهم، ولما كانت إدارة الجوازات والجنسية هي الإدارة المختصة بالإشراف على كافة شؤون الأجانب من إقامة وسفر وإبعاد ومراقبة، فإن القرار الصادر من المدعى عليه الأول بوصفه رئيس قسم مراقبة الأجانب بإبعاد المدعى أثر رفض الطلب الذي تقدم به بشأن التسوية لإقامته، هذا القرار صادر من موظف مختص بإصداره"./ أنظر: محكمة القضاء الإداري جلسة 1950/2/7 مجموعة ص 04، ص 328. والمشار إليه في مؤلف حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 577.

ذكر الموظف الذي له حق ممارسة تلك الاختصاصات، فيكون ذلك الموظف الذي يتفق هذا الاختصاص وواجباته ووظيفته المحددة أصلاً بنص⁽¹⁾.

وعليه؛ فعنصر الاختصاص⁽²⁾ هو العنصر الأول الذي يخضع لتقدير مشروعيته لدى بسط القضاء الإداري رقابته على مشروعية أعمال الإدارة، لأنه يتعلق بالنظام العام وفقاً للقواعد العامة، ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أن للقاضي الإداري أن يثيره من تلقاء نفسه في أي مرحلة تكون عليها دعوى الإلغاء. وبدون طلب من الخصوم، ويبدأ فحص مشروعيته أولاً قبل أي عنصر آخر للتحقق من صدور القرار ممن يملك سلطة الاختصاص بإصدارها⁽³⁾.

كما ويتحقق عدم الإختصاص عندما تصدر الجهة الإدارية قرارها دون أن يكون لها الصفة لإصداره⁽⁴⁾، بمعنى أنها لم تكن تملك الصلاحية لإصدار القرار الإداري مع أن القرار قد يكون مشروعاً في كافة جوانبه ولكنه صدر ممن لا يملك الحق في إصداره⁽⁵⁾.

كما ويتخلف ركن الاختصاص حينما يغتصب ممن له ولاية سلطة إصدار القرار أو يصدر القرار عن صاحب ولاية في إصداره متجاوزاً حدوده الزمنية أو المكانية أو الموضوعية.

(1) ومصدر الاختصاص بالنص التشريعي لا يتعقد لغير الموظف أو الهيئة المنوط بها القيام بأعباء الوظيفة العامة وهذا أصل عام في ذلك إلا أن هنالك طرقاً أخرى يكون الإختصاص بغير ذلك الأصل وهي:

التفويض: يقصد به أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه سواء في مسألة معينة أو في طائفة معينة، من المسائل إلى فرد آخر وهو ما أكدته قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 97 الدعوى رقم 7598-73 بتاريخ 1-6-1987 على أنه "لا يمكن إعطاء رئيس البلدية تفويضاً عاماً لإقامة الدعاوى لعدم وجود نص قانوني يبيحه، وعدم التفويض سبب لبطلان الدعوى".

الحلول: يقصد بالحلول أن يطرأ على صاحب الاختصاص الأصل ما يجعله عاجزاً عن مواصلة اختصاصه فينتقل هذا الاختصاص بقوة القانون إلى موظف آخر. **الإنبابة:** يقصد بالإنبابة الحالة التي يغيب الأصل فيها؛ فيصدر قرار من جهة أعلى يكلف بمقتضاه موظف آخر من ذات مستوى الأصل أو أدنى منه، بالقيام بمهام وظيفته. / أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 14/3/1655 المجموعة س09، ص367. المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 803/13ق-3/4/1971، السنة16، ص218. / حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 20/05/1957 المجموعة س11، ص476. مجلة القضاء الإداري الجمهورية اللبنانية- العدد الرابع سنة 1989- ص163.

(2) عرفه العميد Bonnard في مؤلفه القانون الإداري طبعة 1953 صفحة 99 بأنه:

L'inaptitude d'un agent à accomplir un acte qui pouvait être fait ? mais qui devait être fait par un autre agent par conséquent, le fait pour un agent d'accomplir un acte qui ne pouvait être accompli par aucun autre, d'exercer un pouvoir non prévu ou interdit par le droit positif ne constitue pas une incompétence c'est une illégalité matérielle quant à l'objet il n'y a pas incompétence puisque aucune compétence n'était fixée".

(3) عصام الدبس - القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص345.

(4) أنظر: قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 169417 تاريخ الجلسة 1998/07/27 بقوله " قرار إداري منعدم. قرار صادر عن لجنة دائمة غير مختصة. قرار إداري منعدم (نعم). المساكن الجديدة المستغلة بعد 1981/01/01 خاضعة لتقاعداً أخرى مغايرة لتلك المنصوص عليها في القانون 01/81. تقدم طلب الشراء إلى ديوان الترقية والتسيير العقاري وحده (نعم)"/. مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد01، 2002، ص81.

(5) René Chapus, Droit Administratif Général, Tome01, 15^{ème} Ed, P.1024.

ومن جهة أخرى، لا تعفى الإدارة من إتباع قواعد الاختصاص فيما تصدر من قرارات سوى في الظروف الإستثنائية، حيث لا يكفي توافر حالة الاستعجال كعذر للخروج على قواعد الاختصاص، كما لا يجوز لها أن تتنازل بإصدار القرار عن اختصاصها في هذا الشأن إلى جهة إدارية أخرى أو تفويضها فيه ما لم يجز القانون ذلك صراحة، والمفترض أن تعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام يحول دون تصحيح القرار المشوب بإجراء لاحق⁽¹⁾.

أيضا لا يجوز للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص أو التنازل عن اختصاص ممنوح لها بموجب القانون إلى جهة أخرى، أو أن تضيف إلى اختصاصاتها صلاحيات غير منصوص عليها في القانون، ذلك لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة وإنما شرعت تحقيقاً للصالح العام⁽²⁾.

كما ويمتاز عيب الاختصاص بأنه أقدم أوجه الإلغاء ظهوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وأنه كان الأصل الذي استمدت منه العيوب الأخرى. وإذا كانت أوجه الإلغاء الأخرى قد استقلت عنه، فإنه ما يزال هو العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام (Le Seul Moyen d'Ordre Public). ومثال ذلك الإعتقال الإداري إذا تم اتخاذه بموجب قرار إداري، فإن ذلك يفترض صدوره من الجهة الإدارية المختصة، محترمة كل عناصر القرار الإداري⁽³⁾.

ويكون القرار الإداري مشوباً بعيب عدم الاختصاص الإيجابي، حينما يصدر من هيئة أو فرد لا يملك ولاية إصداره، أو يملك تلك الولاية ولكنه تجاوز في إصداره للقرار لحدودها الزمانية أو المكانية أو الموضوعية، وقد يأخذ صورة سلبية، حينما ترفض جهة الإدارة إصدار قرار معين، اعتقاداً منها بأنها غير مختصة بإصداره في حين أنها تملك هذا الاختصاص، حيث يؤدي ذلك إلى وجود قرار إداري سلبى متمثل في الامتناع.

وإذا كان عدم الاختصاص الإيجابي يجعل القرار المشوب به محلاً لدعوى الإلغاء، فإن عدم الاختصاص السلبي لا يحول دون اللجوء لتلك الدعوى، حيث نكون أمام قرار إداري سلبى يخضع لكل ما تخضع له القرارات الإيجابية من أوجه الطعن ومنها الطعن بعدم الإختصاص إعمالاً لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة من أنه "يعتبر في حكم القرارات الإدارية، رفض السلطات الإدارية وامتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للقوانين واللوائح"⁽⁴⁾. ومن خلال هذا الطرح وعلى أساسه نحاول بحث مختلف صورته بإيجاز

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص52.

(2) صاحب محسن العاملي، موقف القضاء الإداري في العراق من عيب الاختصاص في القرار الإداري، جامعة واسط، كلية القانون، مجلة كلية التربية، واسط، العدد11.

(3) مراد بدران، القيود الواردة على حقوق الشخصية في ظل الظروف الإستثنائية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد06، ص236.

(4) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، -ص50.

ثانياً : صور عيب عدم الاختصاص

1 - عدم الاختصاص الموضوعي

لا يكفي المشرع بتعيين الاختصاصات الإدارية للأشخاص، وإنما يحدد لكل منهم الأعمال التي يجوز لهم ممارستها، وبالتالي يتعين على رجل الإدارة أن ينصاغ إلى ما سطره المشرع وجعله من اختصاصه صراحة، فإن خرج عن هذه القواعد وحاول أن يصدر قراراً، كان قراره باطلاً ومشوباً بعيب عدم الاختصاص.

كما ويقع عدم الاختصاص من حيث الموضوع عند صدور القرار الإداري ممن لا يملك سلطة إصداره في مسألة معينة تدخل في اختصاص هيئة أو عضو آخر، أو قد تتمثل في اعتداء هيئة إدارية على اختصاص هيئة إدارية أخرى مساوية وموازية لها، أو من عضو على اختصاص عضو آخر، أو من سلطة إدارية أدنى على سلطة إدارية أعلى منها، أو سلطة إدارية رئاسية على اختصاص سلطة إدارية أدنى، وكذا إعتداء سلطة مركزية على اختصاص مقرر لسلطة لا مركزية، أو صدور القرار بناء على تفويض أو حلول مخالف للقانون⁽¹⁾. ويقصد به أن يصدر موظف أو هيئة قراراً من اختصاص موظف أو هيئة أخرى.⁽²⁾ ويتخذ هذا النوع من عدم الاختصاص صورتين هما⁽³⁾:

الصورة الأولى: عدم الاختصاص الموضوعي الجسيم (L'usurpation de Pouvoir)

الصورة الثانية: عدم الاختصاص الموضوعي البسيط .

وستعرض لهاتين الصورتين بشكل موجز مع عرض أهم ما جاء من أحكامهما:

- **عدم الاختصاص الموضوعي البسيط:** قد يكون عدم الاختصاص عادياً أو بسيطاً ، وذلك إذا كان واقعا فيما بين السلطات الإدارية المختلفة، ويسمى حينئذ اعتداء على الاختصاص أو تجاوزاً للاختصاص أو السلطة، فإذا كان في هذه الصورة، فإن القرار يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص، ولكنه لا يكون منعماً، ومن ثم تختص المحاكم الإدارية بنظره، وتتقيد بميعاد الطعن بسبب تجاوز السلطة وهو شهران في القانون الفرنسي وستون يوماً في القانون المصري وأربعة أشهر في القانون الجزائري .

(1) د. عبد الغنى بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 592.

(2) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 317 .

(3) حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 622 .

ويقصد به أن يصدر موظف أو هيئة قرارا من اختصاص موظف أو هيئة أخرى وهذا هو عدم الاختصاص الإيجابي⁽¹⁾. كما يجب لصحة القرار أن يصدر من الشخص أو الهيئة التي حددها المشرع، وبالتالي يجب أن يكون لمصدره وجود قانوني، وسلطة التعبير عن إرادة الدولة، فتثبت هذه السلطة لعضو الإدارة بقرار تعينه إذا كان فردا، وبالقرار الصادر بتشكيله إذا كانت هيئة، وعليه تتوقف شرعية القرارات الصادرة من عضو الإدارة أو الهيئة الإدارية على شرعية قرار التعيين أو التشكيل⁽²⁾. ومن هذا النوع حالات سنقوم بذكرها فيما يلي:

- إعتداء الهيئة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية، في هذه الحالة ليس للإدارة المركزية أن تمارس في رقابتها على الهيئات اللامركزية إلا ما نص عليه صراحة في القانون. وبالتالي ليس لها أن تحل نفسها محل الهيئات اللامركزية في اتخاذ قرار ما، وليس لها - بالنسبة للقرارات التي تخضع لوصايتها - أن تعدل في تلك القرارات أو تستبدل بما غيرها. وكل ما لها هو أن توافق عليها بحالتها أو ترفضها في خلال المدة التي يحددها القانون. فإذا خرجت على ذلك، كان خروجها اعتداء على سلطات الهيئات اللامركزية الإقليمية كانت أو مصلحة⁽³⁾.

- إعتداء سلطة إدارية أعلى على سلطة إدارية أدنى، وهذه على عكس الحالة السابقة، حيث يخول المشرع للمرؤوس (السلطة الأدنى) اتخاذ القرار من دون معقب عليه من رئيسه الأعلى، وعندئذ لا يكون للرئيس أن يحل نفسه محل المرؤوس في ممارسة اختصاصه، ولا في تعديل القرار، ما لم ينص القانون على غير ذلك. ومن تطبيقات ذلك في محكمة العدل العليا الأردنية ما ذهبت إليه في حكمها "إذا أصدر وزير الصحة قرارا من اختصاص طبيب الصحة، كان القرار مشوبا بعيب عدم الإختصاص"⁽⁴⁾.

- إعتداء المرؤوس على سلطات رئيسه، فلا يستطيع مدير إدارة مثلا أن يصدر قرارا من اختصاص الوزير، كما لا يجوز للوزير أن يصدر قرارا من اختصاص مجلس الوزراء أو من اختصاص رئيس الجمهورية⁽⁵⁾. ويقع باطلا

(1) أما عدم الإختصاص السلبي (Incompétence Négative) إذا ما امتنعت سلطة إدارية عن مزاوله اختصاصها، كما لو رفض أحد المديرين إصدار قرار يدخل في اختصاصه لاعتقاده بأن القرار من اختصاص لجنة معينة يمنعه من ذلك، في حين أن مهمة تلك اللجنة استشارية بحتة أو امتنع أحد الوزراء عن ممارسة سلطته الرئاسية لإعتقاده خطأ أنه لا يملك تلك السلطة. /أنظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، نفس المرجع، ص.ص 607-608.

(2) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 317.

(3) وهذا هو المسلم به في فرنسا، وما أقره مجلس الدولة المصري. ومن هذا القبيل حكمه الصادر في 15 يونيو سنة 1953 والذي جاء فيه: "... ينص القانون رقم 145 لسنة 1949 بإنشاء مجلس بلدي بالقاهرة على أن يختص المدير العام بتعيين وترقية موظفي المجلس ومستخدميه حتى الدرجة السادسة. أما من عدا هؤلاء فيكون تعيينهم وترقيتهم من اختصاص المجلس البلدي نفسه وأن النقل يكون من اختصاص المدير العام حتى الدرجة الرابعة فقط. ومن عداهم يكون الأمر فيه للمجلس البلدي، وعلى ذلك يملك وزير الشؤون البلدية إصدار قرار بنقل المدعي نظرا لاستقلال شخصية مجلس بلدية مدينة القاهرة عن شخص الحكومة. وإذا كان الأمر كذلك فإن الجهة التي تختص بإصدار مثل هذا القرار قانونا هي هيئة المجلس البلدي ذاته، ولا يملك وزير الشؤون البلدية والقروية منه إلا التصديق أو الرفض طبقا لأحكام القانون رقم 145 لسنة 1949.

(4) عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 146.

(5) ومن التطبيقات القضائية في هذه الحالة ما قرره مجلس الدولة المصري بقوله "إن قرار الإحالة إلى مجلس التأديب الصادر من وكيل الوزارة المساعد، والذي يتعين صدوره من وكيل الوزارة هو قرار باطل. ومن ثم يكون قرار الإحالة إلى المحاكم التأديبية قد صدر معيبا بعيب عدم الاختصاص؛ مما يبطله ويبطل كل الإجراءات التي ترتبت عليه.

ما يصدر عن سلطة إدارية من قرارات تدخل سلطة إصدارها في اختصاص سلطة رئاسية لها، حيث يعد ذلك خروجاً على مبدأ احترام التدرج في السلم الوظيفي، والذي بموجبه يتعين على كل سلطة إدارية احترام الاختصاصات المنوطة بالسلطة الإدارية التي تعلوها في هذا السلم، إذ عادة ما يكون القانون الصادر في تلك الظروف باطلاً⁽¹⁾.

فلا يمكن لرئيس الدائرة والحالة هذه، مثلاً أن يعتدي على اختصاصات الوالي كأن يصادق على نفقات ولائيه، أو أن يعتدي مدير على صلاحيات الوالي، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات الواردة على عدم الاختصاص من حلول وإنابة وتفويض⁽²⁾. فلا يملك المرؤوس إصدار قراراً إدارياً من اختصاص الرئيس الإداري الأعلى له وإلا تعرض هذا القرار لعيب عدم الإختصاص⁽³⁾.

ويتعلق العيب أيضاً بموضوع القرار ذاته، كأن يصدر القرار عن شخص في موضوع لم يجعله القانون من اختصاصه⁽⁴⁾، وتطبيقاً لهذه الصورة ألغت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الجزائري القرار الصادر عن مدير التربية لولاية الجزائر والذي يتضمن توقيع عقوبة التوبيخ لأنه يمثل اعتداءً على سلطة إدارية أعلى و هو وزير التربية الوطنية⁽⁵⁾.

- الإعتداء على اختصاص سلطة موازية (L'empiétement Latéral) وصورة العيب هذه، أن تعتدي سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا تربطها بها صلة تبعية أو إشراف. ومن ثم فقد أطلق الفقهاء على هذه الصورة تسمية «الاعتداء الجانبي على السلطة» (L'empiétement Latéral) ومن أمثلة هذه الصورة، إعتداء أحد الوزراء على اختصاصات وزير آخر⁽⁶⁾.

(1) سليمان الطماوي، القضاء الإداري- الكتاب الأول- قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 244.

(2) لحسين بن الشيخ آث ملوينا، دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 85.

(3) محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 108.

(4) حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 492.

(5) أنظر: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية ملف رقم 42917 قرار بتاريخ 1985/6/15 قضية: (ف ب ع) ضد (وزير التربية الوطنية ومدير التربية والثقافة لولاية الجزائر) عقوبة توبيخ - صدرها عن غير الوزير - تجاوز السلطة - إبطال القرار. (المواد/54/ و /55/ و /56/ من القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية رقم 302-108 المؤرخ في 1968/05/30 إذا كان نص المادة /18 ف 2/ من المرسوم 302/68 المؤرخ في 30 ماي 1968 المتضمن القانوني الأساسي الخاص بأستاذة التعليم المتوسط يقرر أن وزير التربية الوطنية هو الذي ينطق بعقوبات الدرجة الأولى، ومن ثم فإن القرار الذي أصدره مدير التربية لولاية الجزائر المتضمن توقيع عقوبة التوبيخ التي هي من نفس الدرجة، ويكون صادراً عن إدارة غير مختصة ومشوية بتجاوز السلطة ومتى كان كذلك، استوجب إبطال القرار المطعون فيه". / المجلة القضائية، المحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04، ص 243 .

(6) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 70-71.

ولا يكون ذلك إلا في حالة غموض الاختصاصات وتداخلها بين عدة وزارات، ومن أوضح تطبيقات ذلك ما ورد بحكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 16 يونيو سنة 1956، حيث رقى أحد الوزراء موظفا تابعا لوزارة أخرى نظرا للغموض الذي أحاط بنقل الموظف المرقى من الوزارة الأولى إلى الوزارة المنقول إليها⁽¹⁾.

- **عدم الإختصاص الموضوعي الجسمي:** يصبح عيب الاختصاص من قبيل اغتصاب السلطة (Usurpation de Pouvoir) إذا ما كان القرار الإداري صادرا من فرد عادي ليست له أية صفة عامة (Sans Mandat Public) أو من سلطة إدارية في موضوع من إختصاص إحدى السلطتين التشريعية أو القضائية.

ويلحق بهاتين الحالتين، إعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا علاقة لها بها، كصدور قرار من وزير في شأن يتعلق بوزارة أخرى، وصدور قرار إداري من موظف لا يملك سلطة إصدار قرارات إدارية إطلاقا، أو اعتداء موظف على اختصاصات مجلس يملك وحده إصدار القرار الإداري... الخ⁽²⁾. كذلك أن يتخذ القرار سواء من شخص أجنبي تماما عن الأعوان الإداريين أو من طرف شخص لم تتخذ الإجراءات الصحيحة في تعيينه⁽³⁾. ويرى الفقيه الفرنسي Rolland بأن القرار الصادر في حالة الغضب يعتبر منعما من أساسه، فهو لا يعتبره قرارا إداريا، لأن هذه الصفة لا تلحق بمعدوم، وكان مقتضى ذلك ألا يختص مجلس الدولة بنظر دعاوى إلغاء مثل هذا القرار.

ومع هذا قضى مجلس الدولة أحيانا بأن القرار منعوم أو بأنه باطل ولا أثر له وحكم أحيانا بإلغائه، وعليه يترتب على انعدام القرار في حالة الغضب، عدم تقييد الدعوى بمدة الشهرين أو الستين يوما المقررة للطعن بسبب تجاوز السلطة، لأن هذه الدعوى لا ترمي إلى إلغاء القرار بل إلى تقرير إنعدامه⁽⁴⁾ وعلى هذا الأساس قسمها الفقهاء إلى حالات أربع هي⁽⁵⁾:

- حالة اعتداء الإدارة على اختصاصات السلطة التشريعية⁽⁶⁾.

(1) أنظر: قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 43/19ق، جلسة- 1973/6/9، السنة 18، ص116. المشار إليه في مؤلف حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص663.

(2) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص598-599.

(3) ومن أمثلة ذلك مثلا اعتداء أحد الوزراء على اختصاص الوالي في ممارسته لصلاحياته كسلطة وصاية على أعمال المجلس الشعبي البلدي، وقد اعتبر قضاء الغرفة الإدارية في الجزائر بمناسبة قضية لعرباس العربي ضد وزير الداخلية ووالي ولاية الجزائر أن القرارات المدعومة والمشوبة بعيب اغتصاب السلطة لا يمكن لها أن تخلق أي حقوق، وبالتالي فيمكن أن ترفع ضدها أي دعوى تجاوز السلطة في أي وقت دون التقييد بالميعاد المقرر قانونا.

(4) الدكتور محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص633.

(5) حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص624.

(6) وفي هذا الشأن قضى مجلس الدولة الجزائري على أن " تقرير رئيس مصلحة الضريبة بعض القواعد الإجرائية بزيادة بعض أسعار ففة الضريبة على بعض المنتجات دون سند من الدستور أو القانون، فإن ذلك ينطوي على غضب لسلطة التشريع، الذي أوكل إليه الدستور الاختصاص بفرض الضرائب أو تعديلها أو إلغائها أو الإعفاء منها، فهو اختصاص محجوز للتشريع دون أي أداة أدنى منه. لما له من أهمية وتأثير على الحياة العامة والإقتصادية في المجتمع. / أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد03، ص96.

- حالة اعتداء الإدارة على اختصاصات السلطة القضائية⁽¹⁾
- حالة اعتداء الإدارة على اختصاصات سلطة إدارية لا تمت لها بصلة⁽²⁾
- حالة القرار الإداري الصادر من فرد عادي، وهو الشخص الذي لا يمت للوظيفة الإدارية بأية صلة، وفي هذا قالت محكمة القضاء الإداري المصرية " إن العمل الإداري لا يفقد صفة الإدارية ولا يكون معدوماً إلا إذا كان مشوباً بمخالفة جسيمة، ومن صورها أن يصدر القرار من فرد عادي.

2- عدم الاختصاص المكاني

- للإختصاص المكاني نطاقين أولهما نطاق شامل وفيه تمتد ولاية من يتمتع به إلى كامل إقليم الدولة، ومن أمثلة من يتمتع بهذا الاختصاص رئيس الدولة ونائبه إن وجد ورئيس مجلس الوزراء ونوابه⁽³⁾.
- ويقصد به قيام أحد الموظفين بإصدار قرار يتجاوز أثره الحدود الإقليمية الموضوعة لمزاولة اختصاصه، فإذا تجاوز أحدهم هذا الإطار، كأن يصدر الوالي قراراً يتجاوز أثره حدود ولايته لينطبق على ولاية أو ولايات أخرى،

⁽¹⁾ ومن أهم ما قرره قضاء مجلس الدولة المصري في هذا الشأن " إن قرار النيابة العامة المطعون فيه بإحلاء المدعى وتمكين المستشكل ضده الثاني من العين محل النزاع، إذ صدر من النيابة العامة في غير نطاق وظيفتها القضائية، لعدم تعلق الأمر بإحدى جرائم الحياة المنصوص عليها في المادتين 370/3 و/ 372 من قانون العقوبات المصري، قد انطوى على غضب لسلطة القضاء المدني الذي يختص وحده بالفصل في منازعات الحياة على ما تقدم قوله؛ ومن ثم يكون القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم الذي ينحدر به إلى درجة الإنعدام، مما يتعين معه الحكم بإلغاء هذا القرار، وإلزام الجهة الإدارية بالمصاريف". / أنظر: المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 23/78-1978/06/10-159/23. مأخوذ عن مؤلف، حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 628.

ومن أهم ما قرره قضاء مجلس الدولة الجزائري " أن السلطة القضائية هي وحدها التي يمكنها الأمر بالغاء النهائي لهذه المؤسسات، وذلك طبقاً لأحكام المادة 07/ من الأمر 75-41 وأن الوالي حينما أمر بغاء المحل الذي سيره المستأنف عليه إلى إشعار آخر، أي دون أن يتأكد من أن هذا الغلق لا يمكن أن يتجاوز ستة أشهر فإن والي ولاية الجزائر، لم يحترم أحكام الأمر رقم 75-41 ". / أنظر: قرار مجلس الدولة رقم 006195 بتاريخ 2002/9/23 في قضية - ب.ف- ضد والي ولاية الجزائر، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، ص 96. كذلك ما قضى به على أنه "يعد مشوباً بعيب الاختصاص الجسيم فصل البلدية في مسألة الحياة بموجب قرار إداري في حين أن هذه المسائل تعد من اختصاص القضاء، قرار مجلس الدولة بتاريخ، 2002/06/10. مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص 209.

أيضا قرار المحكمة العليا " من المقرر قانوناً ومستقر عليه قضاء أنه لا يمكن للإدارة أن تكون خصماً وحكماً في نفس الوقت، ومن المقرر أيضاً أن القرارات الناطقة بالطرد من السكن هي من اختصاص الجهات القضائية ومن ثم فإن القرار الإداري الأمر بخروج الطاعن وبيع أثاثه الموجود بشقته يعد مشوباً بعيب عدم الاختصاص ". فالقضاء الإداري مستقر على أنه عيب جسيم بالاختصاص ففصل مجلس الدولة بتاريخ 2002/9/23 في قضية - ب.ف- ضد والي ولاية الجزائر الذي أمر بالغاء النهائي لمحله المعني في حين أن القرار من اختصاص القضاء الإداري "حيث أنه لا يمكن أن تكون الإدارة خصماً وحكماً في نفس الوقت". قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ، 17/01/1987. المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص 169.

⁽²⁾ وأهم ما قرره قضاء مجلس الدولة المصري في هذا الشأن ما أعلنه من أن " فصل أعضاء مجلس الدولة من الخدمة وفقاً لأحكام قانون مجلس الدولة - الذي صدر في ظل القرار المطعون فيه - إما أن يكون وفقاً لحكم المادة 78/ من القانون المذكور بالإحالة إلى المعاش، إذا فقد العضو الثقة والاعتبار اللذين تتطلبهما الوظيفة، والاختصاص منوط بالنسبة للأعضاء غير القابلين للعزل - ومنهم الطاعن - بصدر قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة لجنة التأديب والتظلمات وبعد سماع أقوال العضو، وإما أن يكون بالعزل تأديبياً، وتوقع هذه العقوبة منوطاً بلجنة التأديب والتظلمات، فإن قراره قد تمخض على ما سلف بيانه عن فصل عادي لم تراع فيه الإجراءات والضمانات القانونية المقررة لأعضاء مجلس الدولة، يكون قد انطوى على عدوان جسيم على اختصاص كل من لجنة التأديب والتظلمات ورئيس الجمهورية، لينزل بالقرار المطعون فيه إلى حد غضب السلطة، وينحدر به إلى مجرد الفعل المادي المعدوم، الذي لا يترتب عليه أي أثر قانوني؛ ومن ثم فلا تلحقه أية حضانة، ولا يتقيد الطعن فيه بميعاد. / أنظر في ذلك: سليمان الطماوي، القضاء الإداري-الكتاب 1-قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 241.

⁽³⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 81.

فإن هذا القرار يكون معيبا بعبء عدم الاختصاص⁽¹⁾، حيث يمتد أثره إلى خارج الحدود الإقليمية الموضوعية لمزاولة إختصاصه. وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في 3 مارس 1948 في قضية Baudoin وكذلك في 27 يناير سنة 1950 في قضية Perrin⁽²⁾.

وهذا ما بينته محكمة القضاء الإداري المصرية حينما أعلنت أن "الإختصاص لكل موظف إنما هو منوط بالمكان المعين له؛ ومن ثم لا يجوز لأي موظف تخطى حدود هذا الإختصاص، إلا بتكليف من الجهة القائمة على شؤون المرفق، ويشترط أن يكون حلول الموظف محل زميله المختص في حال غيابه عن عمله، وأن تعين هذه الجهة من يقوم بالعمل مكان الموظف الأول"⁽³⁾.

فالمقصود إذا بعدم الإختصاص المكاني هو صدور قرارات من قبل رجال الإدارة يمتد أثرها إلى خارج الحدود الإقليمية الموضوعية والمعينة بموجب القوانين لمزاولة إختصاصهم، وعند تحقق حالة تجاوز دائرة النطاق الإقليمي الذي يمارس عليه الإختصاص أو الاعتماد على إختصاص موظف أو هيئة تتبع للمكان، يكون القرار مشوبا بعبء عدم الإختصاص المكاني وقابل للطعن⁽⁴⁾.

كثيرا ما يحدد المشرع النطاق المكاني الذي لا يجوز لرجل الإدارة أن يتعداه حين يمارس إختصاصه. وحالات الإختصاص التي من هذا القبيل نادرة، لأن الحدود المكانية لمزاولة الإختصاصات الإدارية تكون عادة من الوضوح بدرجة كافية. ومن ثم فإن معظم التطبيقات القضائية في هذا الصدد تتعلق بأفراد غيروا محل إقامتهم من مكان إلى آخر بدون علم الإدارة، ولهذا تصدر القرارات بشأنهم من السلطة التي يتبعها محل الإقامة الأول، في حين أن الإختصاص بإصدار القرار يكون للسلطة التي يتبعها محل الإقامة الجديد.

3- عدم الإختصاص الزماني

يحدد المشرع لكل شخص إداري فردا أو هيئة، نطاق زمني يباشر خلاله كافة نشاطاته القانونية، وبالنتيجة فلكل شخص إداري مدة زمنية تنتهي خدماته عندها، ويفقد بعدها كل إختصاص وصلاحيات في مزاولة الأعمال العامة فكما لحياة الشخص الإداري بداية تحدد بتاريخ التعيين كذلك لها نهاية ينتهي بها الإختصاص، والزمن المحدد بين تاريخ البداية إلى تاريخ النهاية هو ما يعبر عنه بالإختصاص الزمني.

(1) حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 490.

(2) د. سليمان الطماوي، النظري العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 357.

(3) أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 27/11/1968 مجموعة الثلاث سنوات، ص 415. والمشار إليه في مرجع حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 622. وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في الأردن. / أنظر في ذلك: قضية رقم 56/93، مجلة نقابة المحامين، العدد 06، السنة 05، ص 405 والمشار إليه في مرجع عمر الشوبكي، المرجع السابق، ص 283.

(4) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري-الكتاب الأول-قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 247.

لذا فالشخص الإداري أو صاحب الاختصاص يجب أن يمارس اختصاصه خلال المدة الزمنية التي يثبت له فيها هذا الاختصاص طبقاً للقانون، فليس لرجل الإدارة أن يصدر قراراً قبل توليه وظيفته أو بعد تركه لها بسبب النقل أو الترقية أو الاستقالة أو الإحالة إلى المعاش أو الفصل من الخدمة، كما لا يجوز للمجالس الإدارية المنتخبة مزولة وظيفتها إلا أثناء المدة الزمنية المحددة لها⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فالمقصود بالاختصاص الزماني هو الصلاحية القانونية المخولة للموظف لإصدار القرار في وقت إصداره للقرار. وعلى هذا الأساس بنيت قاعدتنا عدم رجعية القرارات الإدارية، وعدم إرجاء آثارها إلى المستقبل، فبحوار الاعتبارات المستمدة من ضرورة استقرار المعاملات، فإن قواعد الاختصاص تحول دون الرجعية والإرجاء لأن ذلك اعتداء على سلطة السلف أو الخلف. ويظهر عدم الاختصاص الزماني في حالتين:

- **الحالة الأولى:** أن يصدر القرار بعد أن تنتهي وظيفة العضو الذي أصدره⁽²⁾ ويعتبر باطلاً لعدم الاختصاص القرار الصادر من الموظف الذي زالت عنه الصفة لانتهاء مدة خدمته، ويحرم الموظف الذي لا يزال في الخدمة من ممارسة اختصاصاته خلال فترة الإيقاف عن العمل أو الإجازة الإجبارية فتقع باطلاً لعدم الاختصاص القرارات التي يصدرها أثناءها.

أما إذا كان الموظف في إجازة عادية فإن له إذا قطع إجازته وعاد إلى العمل أن يمارس ما له من اختصاصات، ومحافظة على المدة الزمنية للاختصاص كذلك يقتصر دور الوزارة المستقيلة في الفترة السابقة على تعيين الوزراء التي تخلفها على تصريف الأمور الجارية والمستعجلة فقط، فإذا تجاوزت قراراتها هذا الحد كانت معيبة بعدم الاختصاص لاعتداء الوزارة المستقيلة على اختصاص الوزارة الجديدة⁽³⁾.

وهو ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "إن مبدأ الاختصاص من حيث الزمان - باعتباره عيباً متعلقاً بالنظام العام - لا يمكن الإتفاق على مخالفته، وأن جزاء الإلغاء آيته ألا يباشر الموظف اختصاص وظيفته بعد الأجل الذي يجوز له فيه ذلك، وينتهي ذلك الأجل إما بنقل الموظف، أو ترقيته، أو فصله وإبلاغه القرار الخاص بذلك، وإلا تجاوز اختصاصه وتعداه إلى اختصاص خلفه⁽⁴⁾.

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 373.

(2) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص 668.

(3) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 373.

(4) أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 11/5/1955. المجموعة س9، ص423. والمشار إليه في مرجع حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 618.

- **الحالة الثانية:** القرار الصادر بعد الميعاد الذي حدده القانون⁽¹⁾، إلا أننا باستقراءنا لأحكام المحاكم الصادرة بهذا الشأن لم نجد ما يفيد بطلان هذه القرارات، التي قد أصدرت بعد الميعاد الذي حدده القانون إذا لم يرتب القانون جزاء - كالبطلان - لها بعد صدورها⁽²⁾.

ومن ذلك أن يباشر الموظف إختصاصات⁽³⁾ وظيفته بعد الأجل الذي يجوز له فيه ذلك، فالموظف كما هو معلوم، لا يزاول عمله بصفة دائمة، فعلاقته بالإدارة تنتهي، إما بالإحالة إلى المعاش لبلوغه السن القانونية، أو بالاستقالة، وقد يغادر الوظيفة إلى وظيفة أخرى نتيجة ترقية⁽⁴⁾.

في هذه الحالة فالسلطة الإدارية وبسبب شرط المدة غير المحترمة تتصرف وهي ليست مختصة، أو تتصرف بعد فقدانها لاختصاصها، ونكون بصددها هذه الحالة، عندما تتخذ السلطة الإدارية قرارات سابقة لتعيينها أو بعد انتهاء وظائفها باستثناء حالة الحلول أو الإنابة، أو عندما تعين سلطة إدارية في وظيفة ما لكن لم يتم تنصيبها في تلك الوظيفة وتقوم باتخاذ قرارات إدارية. ومثالا على ذلك قيام شخص وقبل تنصيبه كوالي برفض المصادقة على مداولة أو إصداره لذات القرار بعد إحالته على التقاعد مثلا.

من جهة أخرى يحدد المشرع أحيانا مدة معينة لاتخاذ قرار معين، فما أثر مضي المدة على هذا الاختصاص؟ هل يعتبر منتهيا إذا ما انقضت المدة المحددة؟ جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد على اعتبار أن انقضاء المدة ليس مؤديا إلى زوال الاختصاص كقاعدة عامة (Non péremptoires) وأن هذه المدة مجرد إفصاح عن رغبة المشرع في سرعة تنفيذ القانون. "La Volonté du législateur d'assurer l'application rapide de la loi". ولا

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص 669.

(2) وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية بأن " ما ورد من أحكام في قانون النقل على الطرق بشأن إلزام اللجنة الفرعية بالنظر في طلبات الترخيص في مواعيد معينة، لا يترتب عليه بطلان قرار اللجنة، إذا لم يصدر القرار في المواعيد المذكورة، إذ أن تحديد المواعيد لا يعدو أن يكون مجرد توصية من المشرع لتنظيم العمل في تلك المواعيد، وحث على إتمامه خلالها بقدر الإمكان. / محكمة العدل العليا 57/63 والمشار إليه في مرجع عمر الشويكي، المرجع السابق، ص 284.

(3) يعني تحديد المدى الزمني الذي يستطيع خلاله صاحب الاختصاص إصدار القرار، بحيث لا يجوز إصداره قبل منح الموظف ولاية إصدار القرار أو بعد انتهاء تلك الولاية بسحبها منه أو إنتهاء خدمته على حسب الأحوال، كما أن صدور القرار عن هيئة منتخبة بعد انتهاء مدتها يجعله باطلا لمخالفته لعنصر الاختصاص الزمني. ويتمثل عيب عدم الاختصاص الزمني في صورتين:

- صدور القرار عن موظف زالت صفته الوظيفية حق الموظف في إصدار قرار إداري مرتبط بمدة تقلده للوظيفة، حيث يصدر القرار بوصفه موظفا، ومن ثم فإذا انتطعت صلته بالوظيفة لسبب أو لآخر، فليس بوسعه الاضطلاع بأي من أعمالها، ومنها إصدار القرار الإداري، حيث يشترط لصحة هذا القرار أن يصدر هذا القرار عن شخص عام.

- صدور القرار بعد المدة التي حددها القانون أحيانا يحدد المشرع مدى زمني معين لاتخاذ قرار ما، فإذا ما اتخذ القرار قبل الموعد أو بعد انقضائه فإن أمر تقرير مشروعيته يتوقف على نية المشرع وقت ضربه للأجل المحدد لاتخاذ القرار. ومن ثم فإنه يتعين التفرقة في هذا الشأن بين الفرضين الآتين، الفرض الأول تؤدي مخالفة مدة إصدار القرار إلى بطلانه، إذا قرر المشرع مدة إصداره بنص أمر مرتبا البطلان على مخالفتها، أو إذا كانت المدة مشروطة لمصلحة الأفراد، الفرض الثاني، إذا لم يحدد المشرع مدة إصدار القرار بصفة أمرة ولم تكن تلك المدة مقررة لمصلحة الأفراد فإن هذا الميعاد لا يعدو أن يكون ميعادا تنظيميا المقصد منه حث الإدارة على التعجيل بإصدار القرار ولا يترتب على تجاوزه البطلان.

(4) حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 491.

تكون مخالفة المدة مؤدية إلى الحكم بالإبطال إلا إذا كشف القانون عن نية المشرع القاطعة في ذلك، أو إذا كانت المدة مشروعة لمصلحة الأفراد⁽¹⁾.

الفرع الثالث

عيب الانحراف والسلطة

أولاً: مفهوم عيب الانحراف والسلطة

ركن الغاية أو ركن الغرض هو الهدف النهائي الذي يستهدفه مصدر القرار الإداري، حيث عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه "النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها"، لهذا نجد أن هناك اختلاف بين السبب والغاية التي تسعى إليها الإدارة، فالغاية تمثل الجانب الشخصي أو العنصر الداخلي النفسي لدى مصدر القرار، أما السبب فهو يمثل الجانب المادي في القرار الإداري أو العنصر الخارجي البعيد عن إرادة مصدر القرار⁽²⁾، أو كما عرفه الدكتور طعيمة الجرف بقوله "يقصد بالانحراف في استعمال السلطة أن تصدر الإدارة قراراً إدارياً غير الغرض المقرر له قانوناً"⁽³⁾.

كما عرفه العميد Bonnard على أنه "النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها عن طريق الأثر المباشر المتولد عن عمله"، أما العميد Duguit عرفه على أنه "ذلك التصور المتولد في ذهن رجل الإدارة، بأنه لو حقق محل إرادته، فإنه يهيئ فرصة تحقق أو تساعد على تحقيق رغبة لديه أو لدى فرد آخر". ومن هذا التعريف يتبين لنا أن العميد Duguit ذهب إلى اعتباره أمر نفساني بحت يحدث لرجل الإدارة عند اتخاذ القرار، بعد أن يقوم السبب الملهم بدوره في غرس فكرة اتخاذ قرار معين في ذهن رجل الإدارة⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن مقتضى هذا العيب أن يستعمل رجل الإدارة سلطته لتحقيق غرض غير معترف له به، فهو عيب موضوعي، يشارك في هذه الخصيصة عيب مخالفة القانون⁽⁵⁾، فإن تعارض نية الإدارة مع الغاية المحددة سلفاً من القرار الإداري، يجعل القرار مشوباً بعيب عدم المشروعية، ويتجسد بالانحراف بالسلطة أو إساءة

(1) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 631.

(2) محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 432.

(3) حابس ركاد خليفة الشبيب، عيب إساءة استعمال السلطة في القرار الإداري، المرجع السابق، ص 34.

(4) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 363.

(5) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، نفس المرجع، ص 728.

إستعمال السلطة، فالإدارة استخدمت سلطاتها لغاية أخرى غير الغاية التي تم على أساسها منحها هذه السلطة⁽¹⁾.

واعتباراً أن القرار الإداري يهدف لتحقيق مصلحة عامة وليس غاية في حد ذاته، فإذا تبين أنه يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية أو لغاية بعيدة عن الهدف المحدد؛ يكون معيباً بعبء الانحراف عن السلطة، كاتخاذ رئيس البلدية قرار بفصل موظف أو نقله انتقاماً منه، لأسباب سياسية أو شخصية لكن الظاهر هو ضرورة المصلحة العامة.

وتأسيساً على ما سبق، يقع القرار الإداري مشوباً بعبء الانحراف بالسلطة متى تنكر مصدره للمصلحة العامة في إصداره لهذا القرار بقصد تحقيق غاية منبته الصلة بها كالحجأة أو الانتقام أو تحقيق مصالح ذاتية أو سياسية. فرجل الإدارة عندما يواجه بواقعة معينة ويرى أنها تصلح مبرراً لتدخله، فإنه يمعن النظر، ويزن على ضوء ما لديه من إعتبرات، النتائج التي يمكن أن تنجم عن تدخله. فإذا ما تبين له الهدف الواجب تحقيقه، تدخل وأصدر قراره، كما أن الهدف من إستعمال سلطات البوليس⁽²⁾ هو تحقيق النظام بمدلولاته الثلاثة الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة⁽³⁾. فيجب أن يكون مصدره مقتنعاً بأن القرار يحقق الغاية المحددة سواء كانت غاية عامة (المصلحة العامة) أو غاية مخصصة⁽⁴⁾.

ومن ثم وجب على الإدارة وهي بصدد إصدار قرارها أن تميز بين الأهداف وتختار منها الأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة لأن المصلحة العامة تتدرج في الأهمية تدرجاً يشبه في ذلك تدرج القواعد التشريعية، ويتعين على الإدارة أن تعطي كل وجه من أوجه الصالح العام أهميته، ولا تضحي بوجه أعلى لتحقيق وجهها أدنى، ومن ثم يكون

(1) René Chapus, Droit Administrative Général, Tome 01, 9^{ème} Edition, op.cit, P.1209.

(2) الغاية من أنظمة الضبط الإداري هي الهدف أو الغرض النهائي الذي تتغيه الإدارة، وتحديد الغاية من إصدار أنظمة الضبط الإداري، يتم إما بالنص عليها قانونياً، وفي حال عدم وجود هذا النص؛ فإن المبادئ القانونية العامة هي التي تحددها، وإما أن يحدد المشرع غاية خاصة واحدة في أنظمة الضبط الإداري الخاص، وفي كلتا الحالتين فإن الغاية تتمثل في غرض وحيد هو حفظ النظام العام أو إعادته، وبذلك فإن سلطات الضبط إذا مارست نشاطها من أجل تحقيق غاية غير غاية حفظ النظام العام، كان نشاطها غير مشروع. الغرض في هذا الوجه من أوجه عدم المشروعية أن النظام الضبطي المطعون فيه قد سلم من العيوب الأخرى، واحتمى بمظهر العمل الإداري الصحيح، ومن العيب في مقاصد - مصدر هذا النظام - الخفية وأغراضه الحقيقية التي من أجلها أصدر هذا النظام الضبطي. فمشروعية المظهر والمضمون الموضوعي الذي صدر به النظام الضبطي لا يستبعد بذاته عيب الانحراف حتماً، مما يستوجب على القاضي الإداري المنوط به تقدير شرعية الغاية التدقيق والتمحيص حيث يتوجه أولاً إلى بحث موضوعي في القواعد القانونية للتعرف على فكرة النظام العام - المادية والمعنوية - أو أحد عناصرها، حسبما يتطلبها المشرع غرضاً مخصصاً لنظام الضبط الإداري المطعون فيه، لا سيما أن من الضبط الخاص أنواع تستهدف عنصراً فحسب من النظام العام، كالضبط الصحي وضبط المرور وشرطة الآداب.

ثم يتجه ثانياً إلى البحث عن مقاصد مصدر النظام الضبطي من أجل التوصل إلى الغرض الحقيقي والفعلي الذي سخر سلطته في إصدار الضبط من أجل تحقيقه، ويطابق القاضي بين البحثين توصلًا إلى الحكم، ففكرة الانحراف تتعلق برغبة نفسية في مصدر النظام الضبطي يتوسل بعمله للوصول إليها، ويفترض أن تكون هذه الرغبة متفقة مع الغرض الذي أراده القانون لهذا العمل، أي مطابقة بين وجهة النظر الذاتية ووجهة النظر القانونية، فإذا حادت وجهة النظر الذاتية عن وجهة النظر القانونية وجد الانحراف. /أنظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، نفس المرجع، ص728.

(3) حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 508-509.

(4) علي حطار شطناوي، التظلم الإداري كشرط لقبول دعوى الإلغاء شكلاً، المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، العدد 12، 1998، ص320.

القرار الإداري غير مشروع إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً ومؤكداً أنها أدنى في أولويات الرعاية، من غايات قومية أسمى وأجدر بتلك الرعاية.

لذلك يعتبر عيب الانحراف من أدق العيوب، ومهمة القاضي فيه شاقة وحساسة، لأنه لا يقتصر على الرقابة الشكلية، بل يمتد بتلك الرقابة إلى البواعث الخفية، والدوافع المستورة التي حملت رجل الإدارة على التصرف. وهو بخصائصه هذه يمثل إلى أي مدى وصل مبدأ مشروعية أعمال الإدارة ومن ثم فقد كان هذا العيب أحدث العيوب التي ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾.

كما أن هذا العيب يرتبط بالتقديرية للإدارة⁽²⁾، فكلما توسعت السلطة التقديرية للإدارة كلما زادت فرص تعرض قراراتها للإلغاء بسبب عيب الانحراف بالسلطة، ولا شك أنها تعتبر المجال الأصيل لعيب الانحراف بالسلطة، إذ حينما يعترف المشرع بقدر من الحرية في تقدير مناسبة إصدار القرار واختيار وقت التدخل، وفي تقدير أهمية بعض الوقائع، فإنه يحتمل أن تنحرف الإدارة عن تحقيق المصلحة العامة.

كما يكون قرارها حينئذ مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، فترئيس المجلس الشعبي البلدي حين توافر شروط إصداره لقرار منح رخصة البناء، ولا تخرج أهداف الإدارة المشروعة عن تحقيق الغاية من اتخاذ القرار، مع هذا فالإجراء قد يهدف إلى تحقيق هدف خاص ينطوي تحت مبدأ النظام العام، وتتجسد هذه الرقابة في رقابة انحراف الإدارة عن المصلحة العامة، ورقابة القرار المخالف لمبدأ تخصيص الأهداف ورقابة الانحراف بالإجراءات.

وعلى هذا، فإن عيب إساءة استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإداري يجب أن ينطوي تحت القرار ذاته لا في وقائع سابقة له أو لاحقة عليه، وإن يكون مؤثر في توجيه هذا القرار لا منقطع الصلة به، وأن يقع ممن يملك إصدار القرار لا من أجنبي عنه لا يد له فيه، كذلك لا بد أن يستهدف رجل الإدارة من إصداره المصلحة العامة، تلك القاعدة لا يرد عليها أي استثناء. هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية⁽³⁾ بقولها " ... وفرض رقابته على كل ذلك للوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من قرارها وما إذا كان حقاً قد رمت به وجه المصلحة العامة أم تنكبت السبل وانحرفت عن الغاية⁽⁴⁾ .

(1) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 728.

(2) لا يظهر هذا العيب في حالة الاختصاص المقيد للإدارة، فالعمل الإداري الصادر بناء على سلطة الإدارة المقيدة، لا يمكن أن يكون غير مشروع من ناحية عنصر الغاية، لأنه مادامت الإدارة ملزمة بإصدار القرار على نحو معين، فلا يهيم لأي باعث أصدرته، ففي هذه الحالة توجد قرينة غير قابلة لإثبات العكس، بأن أهداف القرار سليمة مادامت الإدارة قد التزمت حدود القانون. / أنظر: سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 309.

(3) وفي طعن آخر تقول المحكمة " ومن حيث أن المسألة التي تثيرها الإحالة إلى هذه الدائرة في الطعن المعروض تنحصر في الترجيح بين الاتجاه السائد الذي يذهب إلى تمتع جهة الإدارة في التعيين بالوظائف القضائية بسلطة تقديرية لا يحدها سوى استهداف المصلحة العامة وهو ما يعني قصر رقابة القضاء على ركن الغاية في القرارات الصادرة بالتعيين في تلك الوظائف، فتصبح تلك الرقابة رهينة بآثبات سوء استعمال السلطة الذي يقع حتماً على عاتق الطاعن، إعمالاً لقرينة الصحة التي تحمل عليها كافة القرارات الإدارية المحكمة الإدارية العليا دائرة توحيد المبادئ. / أنظر: الطعن رقم 414 لسنة 46 القضائية عليا، جلسة 5-6-2004

(4) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لإعمال الإدارة العامة "قضاء الإلغاء"، المرجع السابق، ص 261.

ومن الملاحظ أنه لا يكفي لتحقيق هذا العيب أن يكون القرار مؤديا إلى نتائج تتعارض مع الصالح العام أو بصفة عامة مع الغرض الذي قصده المشرع، بل يجب أن تكون الإدارة قد تعمدت الوصول إلى هذه النتيجة، فعنصر النية أو القصد يجب أن يكون متوفرا حتى يوجد عيب إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾، بمعنى أن يكون الموظف وهو يصدر قراره على علم بأنه ينحرف عن الهدف الذي حدده المشرع، وأنه يقصد ذلك الانحراف⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس اعتبر أن من أبرز صور الانحراف عن المصلحة العامة، إتجاه رجل الإدارة في تصرفه إلى تحقيق نفع شخصي له أو محاباة الغير، أو استخدام السلطة بقصد تحقيق غرض سياسي، أو بقصد الانتقام الشخصي، ومن ضمنها كذلك حالة الغش نحو القانون، أو حالة الاعتداء على قوة الشيء المقضى به.

ثانياً: صور عيب الإضرار بالسلطة

ونقصد بها الصور التي يمكن أن تصيب ركن الغاية، فيمكن رد هذه الصورة إلى حالتين، حالة محاولة رجل الإدارة تحقيق أغراض تجانب المصلحة العامة وحالة مجافاة قاعدة تخصيص الأهداف (La Règle de Spécialité des Buts).

1 - الإضرار عن المصلحة العامة

- **إستخدام السلطة لغرض سياسي:** قد يستخدم رجل الإدارة ما حول من سلطة مدفوعا بإعتبارات سياسية، وإذا كان المفروض أن الإدارة يجب أن تبتعد عن السياسة، فإن الميول الشخصية كثيرا ما تحيد بالشخص عن جادة الصواب، ولذلك فإن هذه الاعتبارات أثرا كبيرا في فساد الإدارة في كثير من الدول التي لم تنضج سياسيا، وهذه الدوافع السياسية قد تتخذ صوراً مختلفة فأحيانا يكون القرار المعيب مقصودا به التعبير عن رأي سياسي معين⁽³⁾.

- **مباشرة السلطة بقصد الانتخاب:** تعتبر هذه الحالة من أسوأ الصور، وأكثر ما تكون تطبيقات هذه الصورة في مجال الوظيفة العامة. ومثال ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي حالة سكرتير أحد المجالس المحلية (Secrétaire de Mairie) نشأت بينه وبين أحد الموظفين الذين يعملون معه حزازات، فطوى نفسه عليها، حتى إذا ما انتخب

(1) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 649.

(2) ذلك ما أكدته حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر على " أن عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بما هو من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامه أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فإذا كانت في مسلكها توقن أنها تحقق صالح العمل فلا يكون مسلكها معيبا بهذا العيب الخاص./أنظر: المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 1272 لسنة 10 مكتب في 11 بتاريخ 1966/06/26. ص 740.

(3) وكمثال لذلك، من المعروف أن العقيدة الكاثوليكية تشدد في بعض مقاطعات فرنسا، ومن بينها مقاطعة جنوب الريف (Le Département du Bas-Rhin). وكان في مدينة (جرافستادن) بهذه المقاطعة مدرسة كاثوليكية، وحريا وراء سياسة الوزارة في ذلك الوقت أصدر المحافظ (Le Préfet) قرارا بمحو صفة الكاتوليكية عن هذه المدرسة، ويقصر تعليم الديانة الكاثوليكية على بعض الدروس بعد أن كانت تصطبغ بها جميع الدراسات، وقد صدر هذا القرار بناء على طلب المجلس البلدي لتلك المدينة. ولكنه لم يرضي مجلس المحافظة (Le Conseil General du Département) ولكي يعبر هذا المجلس عن استيائه من تلك السياسة، عمل على إنشاء مدرسة كاثوليكية حرة، وذلك عن طريق إصدار قرارات مختلفة تتضمن إعانات لهذه المدرسة تمكنها من البقاء في بلدة جرافستادن لتحل محل المدرسة المغاوة./ أنظر: سليمان محمد الطماوى، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 741.

عمدة بعد بضع سنوات من منشأ هذه الحزازات، كان أول قراراته فصل هذا الموظف، حيث ثبت للمجلس أن الدافع من إصدار هذا القرار هو كراهية من أصدر القرار قبل إختياره عمدة للسكرتير بسبب خلاف بينهما وقت أن كان العمدة عضوا بالمجلس البلدي⁽¹⁾.

- **إستعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي:** حال ممارسة الإدارة لسلطاتها مثلا في مجال الضبط الإداري قد تكون الغاية من اتخاذ القرار أجنبية كليا عن حفظ أو إعادة النظام العام، في حين لا تستطيع ولا يجب أن تستخدم سلطاتها إلا لتحقيق غاية وحيدة تتمثل بحفظ أو إعادة النظام العام، وقضاء مجلس الدولة الفرنسي إستقر في العديد من أحكامه على عدم صدور أنظمة الضبط الإداري والإجراءات الصادرة بموجبها لأجل تحقيق مصلحة خاصة خلافا للغاية المحددة لأنظمة الضبط والمتمثلة بحفظ وإعادة النظام العام، ومن هذه الأحكام حكمه في قضية "Breat" الصادر بتاريخ 1962/7/13 والذي قضى فيه بأن "استهداف المصالح الخاصة أو الأهداف الشخصية سواء كانت لصالح من أصدر النظام الضبطي أو الغير يعد انحرافا بالسلطة في مجال الضبط الإداري اللائحي"⁽²⁾. كما تعتبر هذه الصورة أكثر انتشارا والتي كثر إساءة استعمالها تحقيقا لهذه الغاية سلطة البوليس في فرنسا، نظرا لأنها موضوعة في يد العمدة وكمثال⁽³⁾ لذلك؛ كأن يصدر العمدة لائحة بمنع الفرق الموسيقية من مباشرة عملها في الأفراح إلا بترخيص منه حتى يستطيع أن يجابي فرقة بعينها من بين تلك الفرق⁽⁴⁾.

2 - مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

تتضمن بعض القرارات هدف مخصص بتحديد القانون أو مستفاد من طبيعة الإختصاص، والهدف المخصص قد ينص عليه صراحة كما قد يستفاد ضمنا من طبيعة الاختصاص، ومثاله قرار إيقاف عامل عن عمله، والذي لا بد وأن يكون هدفه تحقيق مصلحة التحقيق الذي يجرى معه.

فإذا إبتغى مصدر القرار إيقاف الموظف عن عمله أهدافا أخرى غير المخصصة لها عدت قراراته باطلة لكونها مشوبة بالإنحراف بالسلطة لخروجها على قاعدة تخصيص الأهداف حتى ولو قصدت تحقيق مصلحة عامة. ومن

(1) أنظر في تفصيل ذلك: الدكتور سليمان محمد الطماوى، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص738.

وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها " إن ظروف الحال وملاساته ترشح للإعتقاد بأن الإدارة إذا فصلت المدعي، إنما انسأقت إلى ذلك بسبب إصرار العمدة على موقفه من المدعي موقفا لم يصدر منه إلا عن ضغائن شخصية لا تمت للصالح العام بسبب، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد وقع مخالفا للقانون./أنظر: محكمة القضاء الإداري-جلسة 6/5/1953 -س07، ص1097. مشار إليه في مؤلف حمدي ياسين، المرجع السابق، ص2237.

(2) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص115.

(3) ومن الأمثلة على ذلك أيضا القرار الذي ألغاه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ 1934/03/14، وهو القرار الصادر عن أحد العمد الفرنسيين بعدم جواز فتح المحلات العامة للرقص قبل الساعة الثامنة مساءا خلال أيام الأسبوع وقبل الظهر من يوم الأحد، وذلك بقصد منع الشباب من الانصراف عن أعمالهم خلال أوقات العمل، إلا أنه قد ثبت أن العمدة قد أصدر هذا القرار تحقيقا لهدف شخصي، حيث أنه كان يمتلك فندقا ومحلا لبيع المشروبات، ويخشى منافسة حانة أخرى له.

(4) سليمان محمد الطماوى، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص740.

الأهداف المخصصة المستقاة من طبيعة الاختصاص المحافظة على النظام العام كهدف لقرارات سلطات الضبط الإداري، إذ ليس كافياً لسلطات الضبط الإداري كي تأمن الانحراف بالسلطة أن تستهدف أعمالها أي مصلحة عامة إذ يجب أن تصدر من أجل الغرض الذي حدده المشرع خصيصاً المتمثل في حفظ أو إعادة النظام العام⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس، لا يكفي لصحة القرارات ذات الأهداف المخصصة احترامها للهدف العام وهو تحقيق المصلحة العامة وتجاهلها للهدف المخصص لإصدارها، وإذا لم يكن الهدف المخصص لإصدار القرار محدد تشريعياً وثار إدعاء بوجود هذا الهدف فإن القاضي بوسعه الكشف عنه مستعملاً ما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا الشأن بكل الوسائل الممكنة، كالرجوع إلى الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية، وتتبع المناقشات التي دارت حول القانون⁽²⁾.

ثالثاً: إثبات عيب الانحراف بالسلطة

إن إثبات عيب الانحراف بالسلطة، يضع القاضي الإداري في تحد كبير قصد إثبات زيف الإدارة عن تحقيق هدفها المنشود في الحرص على تحقيق المصلحة العامة حال إصدارها لقراراتها.

1 - إثبات الانحراف بالسلطة من نص القرار ذاته

يعتبر أول دليل يلجأ إليه الطاعن في إثبات العيب، القرار المطعون فيه، فقد يكتشف القاضي من خلاله أنه معيب بالانحراف بالسلطة، مما يغنيه عن البحث عنه في سائر الأوراق والأدلة. فقد تنكشف من خلال الإطلاع على نص القرار حالة الانحراف بالسلطة، وذلك عندما تفصح الإدارة مختارة عن أسباب قرارها، فإن هذه الأسباب لما بينها وبين الأهداف من روابط تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال إصدارها للقرار⁽³⁾.

وفي حالة عدم ذكر الأسباب الكامنة وراء إصداره والتي بنت عليها قرارها، فإنه من الصعوبة بمكان إثبات عيب الانحراف بالسلطة الواقع على عاتق المدعي، فإن القضاء الإداري وجد بعض الحلول لإعادة التوازن بين المدعي والإدارة مصدرة القرار باعتبار المدعي طرفاً ضعيفاً.

2 - الإثبات من سائر أوراق الدعوى

في حالات عديدة انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية لا يظهر، وبالتالي لا يستطيع القاضي التوصل إلى الكشف عنه بمجرد الإطلاع على القرار المطعون فيه، وعلى أساس ذلك يلجأ القاضي إلى ملف الدعوى ويعمل على تمحيص الأوراق والمستندات. فيعمد إلى فحص المراسلات التي سبقت أو أعقبت صدور القرار الإداري، أو

(1) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص115.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص170.

(3) لتوضيح أكثر أنظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص890.

التعليمات التي صدرت من السلطة الرئاسية والتي تم صدور القرار بناء عليها، وباقي القرارات الصادرة عن نفس الجهة والتي تناول موضوعات مشابهة لموضوع القرار المطعون فيه أو مرتبطة به أو مترتبة عليه، أو التحقيقات التي تجريها الإدارة أو التفسيرات التي تقدمها.

3 - الإثبات من مجموعة القرائن المحيطة بظروف النزاع

في هذه الحالة يلجأ الطاعن إلى الإعتماد على القرائن القضائية والتي تعتبر في حالات كثيرة الوسيلة المتوفرة لديه من بين أدلة الإثبات، وبمقتضاها ينقل عبء إثبات صحة القرار إلى الإدارة، حيث يكلفها في هذه الحالة القاضي بتقديم ما لديها من مستندات وأوراق تدحض بها ادعاءات الطاعن. ولا شك في أن إقرار مجلس الدولة الفرنسي و الجزائري للقرائن القضائية كوسيلة لإثبات عيب الانحراف بالسلطة، من شأنه التيسير على المدعي في إثبات هذا العيب، حيث ينقل عبء إثبات عكس قرينة إلى الإدارة.

إن عدم الملاءمة الظاهرة بين المخالفة والجزاء تؤدي إلى وجود قرينة على الانحراف بالسلطة، رغم أن الملاءمة هي جزء من صميم السلطة التقديرية التي تستقل بها الإدارة. حيث أن عدم التناسب بين الخطأ والجزاء يؤكد في كثير من الحالات وجود قرينة على الانحراف بالسلطة، مرجعه أن هدف الجزاء تحقيق المصلحة العامة في تمكين الإدارة من القيام بعملها، ويكفي لتحقيق ذلك توقيع جزاء مناسب على الموظف المخطئ فالإسراف في تقدير الجزاء أو التخفيف منه لا يحقق المصلحة العامة الواجب على الإدارة تحقيقها.

ومعلوم أن الرقابة على الغاية⁽¹⁾ في القرار الإداري تتضمن في الوقت ذاته، الرقابة على ركن السبب والعلاقة بينهما، والقاضي الإداري إذا واجه سلطة تقديرية واسعة للإدارة بصدده فحصه ملاءمة القرار، فإنه وإن كان يقوم فعلا برقابة جوانب الملاءمة، لكنه في هذه الحالة يلجأ إلى إثبات عدم الملاءمة، لأن ذلك يعد قرينة على عيب الغاية في القرار الإداري، فيكون هذا القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن القضاء الإداري مستقر على أنه ليس للإدارة حال ركن الغاية أية سلطة تقديرية تكون سبباً في زيغها أو انحرافها عن تحقيق هدفها الأصيل ألا وهو المصلحة العامة. وفي ركن الغاية فإنه يتعين على الإدارة وهي تمارس ما خولها القانون إياه من ممارسة سلطتها التقديرية بهدف التوصل إلى القرار الملائم وفقاً لموجبات المصلحة العامة، وبغير تعسف وأن من أهم القرائن التي تثير الشبهة في عيب الانحراف بالسلطة هي قرينة "عدم الملاءمة الظاهرة" هذا بالإضافة إلى القرائن الأخرى.

(1) حيث أنه توجد علاقة بين ركني الغاية والسبب في القرار الإداري في حالة السلطة التقديرية.

المبحث الثاني

رقابة الملاءمة

ستتصدى لهذا المبحث من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى رقابة الملاءمة في الظروف العادية، أما المطلب الثاني نتطرق إلى بحث رقابة الملاءمة في الظروف الإستثنائية، وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول

رقابة الملاءمة

في الظروف العادية

كما سنتطرق لهذا المطلب من خلال فرعين، ندرس في الفرع الأول مدلول رقابة الملاءمة، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث أساليب رقابة الملاءمة، وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول

مدلول رقابة الملاءمة

الأصل أن القضاء الإداري لا يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ما دام أن قرارها في حدود القانون⁽¹⁾، والحالة هذه م يفرض على الإدارة التقيد بقواعد أو شروط محددة أو أن تسلك طريقاً محدداً، وإنما منحها الحرية في مباشرة نشاطها.

وإذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري، وملاءمته فإن القضاء الإداري يفرض عليها التزاماً قانونياً في هذا الصدد، وهو أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير، وأن تجرّيه بروح موضوعية، وبعيدا عن البواعث الشخصية، وبشرط أن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه، إلا أنه يجب أن يكون هذا التقدير مسبقاً أو مقروناً باستيفاء جميع الإجراءات والضمانات التي يتطلبها القانون⁽²⁾.

وبما أن رقابة القضاء تخضع لمبدأ عام هو أن القاضي الإداري يجب أن يكون قاضي مشروعية، وتقتصر رقبته على مدى مطابقة تصرفات الإدارة لحكم القانون. إلا أن الوضع يختلف في السلطة التقديرية والتي ترتبط بفكرة الملائمة.

(1) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر بقولها " ليس للقضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة في هذا الشأن - السلطة التقديرية - ما دام قد خلا من إساءة استعمال السلطة وابتغى وجه المصلحة العامة. / أنظر القرار: رقم 49/1999 محكمة العدل العليا الفلسطينية بجلسة 2000/04/03.

(2) سليمان محمد الطماوي - محمود عاطف البناء، النظرة العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص. 76-77.

وعلى هذا الأساس، برز في مجال رقابة القضاء على السلطة التقديرية اتجاهاً فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن القضاء يتمتع عن بسط رقابته على أعمال الإدارة المستندة إلى سلطتها التقديرية، فالقاضي بحسب رأيهم يمارس المشروعية وليس رقابة الملائمة ولا يجوز له أن يمارس سطوته عليها فيجعل من نفسه رئيساً عليها⁽¹⁾.

كما أن تقدير الملائمة لا يدخل في مهمة القاضي العادية، إذ أن القاضي لم يقع عليه الاختيار بالنظر إلى كفاءته الإدارية⁽²⁾، ومهما وضع أمامه من أبحاث ومعلومات حول موضوع النزاع، فإنه لا يستطيع أن يقدر جميع أوجه ملاءمة القرار، أو أن يحيط بكافة الظروف التي صدر فيها القرار لأنه عادة ما يكون بعيداً عن هذه الظروف، وتنحصر معلوماته في حدود ملف الدعوى التي ينظرها.

كما ذهب جانب آخر من الفقه يؤيد هذا الاتجاه إلى القول بأن القاضي الإداري لا يراقب مدى ملاءمة الأعمال الإدارية لأن للإدارة ملئ الحرية في تقدير ملاءمة قراراتها على ألا تقع في إنحراف السلطة والخطأ الساطع في التقدير⁽³⁾.

في حين ذهب جانب الآخر إلى القول بجواز تدخل القاضي لمراقبته السلطة التقديرية على أساس ما يتمتع به القاضي من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري فيمكن له أن يحول بعض القضايا المدرجة في السلطة التقديرية والمرتبطة بالملائمة إلى قضايا تندرج تحت المشروعية تلتزم الإدارة باتباعها وإلا تعرضت أعمالها للبطلان، وبدلاً من القول بأن القاضي في دعوى الإلغاء، يراقب المشروعية دون الملاءمة مما قد يوحي بتناقض هاتين الفكرتين؛ إلا أنه من الأصوب القول بأن القاضي يراقب المشروعية، وهو ما قد يدفعه أحياناً إلى مراقبة الملاءمة عندما تكون شرطاً لهذه الشرعية⁽⁴⁾.

يضيف هذا الجانب من الفقه على أن الحدود الفاصلة بين المشروعية والملاءمة قد لا يتغير بفعل المشرع وإنما عن طريق القضاء، لأن الدور الإنشائي الذي يمارسه القاضي الإداري في خلق القواعد القانونية، قد يؤدي إلى

(1) حيث ذهب الأستاذ الدكتور يحيى الجمل إلى رفض فكرة أن القاضي يراقب ملاءمة العمل الإداري وحثه في ذلك أن القضاء إن فعل فإنه يعني زوال السلطة التقديرية، ومن ناحية أخرى فإن القاضي إذا أعطى نفسه حق مراقبة ملاءمة العمل الإداري، فإن هذا يعني أنه قد أحل نفسه محل الإدارة أو أنه جعل من نفسه سلطة إدارية عليا وهو ليس كذلك بيقين. / أنظر: داهم بلقاسم، الرقابة القضائية على الملاءمة وأثرها على الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، رقم 06، 2008، ص.ص 282-283.

(2) كما ذهب جانب من الفقه إلى تبني النظرية القائلة بأن القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة، ومن الأسباب التي دعت بعض الفقهاء إلى الحديث عن هذه الرقابة التسلسلية للقاضي على الإدارة، أن القاضي الإداري لا يكفي بإيجاد حلول قانونية بحجة للمشاكل التي تعرض عليه، أي لا يقف دوره عند إنزال حكم القانون فقط، أو عند حد الرقابة على المشروعية فحسب، بل يتغلغل كرجل الإدارة في مجال الملاءمة، وأن الطابع الرئاسي للرقابة القضائية التي يباشرها القاضي الإداري تجذ أساسها في قانون السلطة العامة الذي خلق القضاء الإداري، فالقاضي الإداري عندما يحكم بتعويض الأفراد تحدوه في ذلك اعتبارات العدالة ومقتضيات الصالح العام، فهو يتصرف في هذا المجال حسب وجدانه كما يفعل رئيس الإدارة وليس كقاض حسب القانون. / نقلاً عن الدكتور صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص.ص 80-81.

(3) جورج سعد، المرجع السابق، ص 480.

(4) محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص 71.

تغيير الحدود الفاصلة بين نظامي المشروعية والملاءمة، عندما يستلزم القاضي مشروعية قرار الإدارة أن يكون ذلك القرار ملائماً.

إلا أنه إذا كان صحيحاً أنه لا بد أن يقتصر دور القاضي في دعوى الإلغاء على توحي المشروعية، بحيث لا يجوز له أن يلغي قراراً مشروعاً جزاء لعدم ملائمته، إلا أنه يجب ألا نغفل أن السلطات الواسعة التي يمتلكها القاضي الإداري تمكنه من أن يدخل بعض عناصر الملاءمة ضمن شروط مشروعية القرار، لذا فإنه بالنسبة للقانون القائم، ليس هناك رقابة على الملاءمة، وأما بالنسبة للقانون أثناء تكوّنه فإن القاضي يراقب بعض عناصر الملاءمة عن طريق تقرير قواعد قانونية توسع من نطاق المشروعية⁽¹⁾.

وتأسيساً على ما سبق، القاضي كلما أنشأ قواعد قضائية، خضع لها العمل الإداري، فهو في الواقع يقلل من مساحة السلطة التقديرية للإدارة، ويقيد مجال الملائمة بالمعنى الذي يقصد نظرية المشروعية، والقاعدة القضائية التي ينشئها القاضي تفرض على الإدارة قيوداً معينة تلتزمها في ممارستها لسلطتها التقديرية، فالقاضي يقتطع لنفسه حرية تقدير الإدارة ويختص لنفسه بجزء من السلطة التقديرية التي تركها القانون للإدارة.

وعلى هذا الأساس فإن سلطة الإدارة التقديرية لا تمتنع من رقابة القضاء وإنما هي التي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لاتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن غلطاً بيناً أو انحرفاً بالسلطة، أو أن تمس بالتوازن القائم على مبدأ عدم التضيق على الإدارة في ممارستها لسلطاتها التقديرية وبين حماية الحرية الفردية وبعبارة أخرى التوفيق بين الرغبة في أعمال السلطات العامة وتمكين الحريات الفردية وحمايتها من تعسف السلطات العامة، هذا من جانب، ومن جانب آخر يفرض عليها في رقابته لها التزاماً قانونياً بأن تصدر أفضل القرارات ملائمة وهي على هذا الأساس لا تتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تخفف من اختصاصات الإدارة.

وغنى عن البيان أن الرقابة على الملاءمة هي إستثناء من الأصل العام حيث يعد قيوداً على سلطة الإدارة التقديرية، فإن رقابة القاضي لعنصر الملاءمة يكون عندما يقدر القاضي أن الإدارة قد تجاوزت الحدود القصوى⁽²⁾ لسلطتها التقديرية.

(1) صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 85.

(2) امتنع القاضي طويلاً عن مراقبة تقدير الإدارة الوقائع على أساس أنه لم يكن قاضي الملاءمة (Juge de l'opportunité) وقد ظهر منذ حوالي ثلاثين سنة نوع من الرقابة في الاجتهاد القضائي الفرنسي مع قرار (Lagrange) ثم قرار (Gomel) وأصبح القاضي يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة ينصب على تقدير الوقائع من طرف الإدارة. / أنظر: ريدة أبركان، المرجع السابق، ص 39.

ويظهر ذلك في مجال عدم تناسب الجزاء مع المخالفة وكذلك القرارات المتصلة بالحريات العامة لما تتسم به تلك القرارات من طبيعة ذات خطورة خاصة⁽¹⁾. ومن هذا المنطلق؛ تعد رقابة الملاءمة صمام أمان بالنسبة للحالات التي يحتمل أن تتعسف فيها الإدارة صراحة بسلطتها التقديرية إذ أنها ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول⁽²⁾.

كما أن ملاءمة تصرف معين، تمثل تلك الفكرة المادية أو العملية التي ينظر فيها إلى مدى توافق هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة، بالنظر لما يحيط بهذا المركز أو هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان، والظروف المحيطة، ورقابة الملاءمة هي الرقابة التي تتضمن التحقق من وجود الوقائع التي استندت إليها القرارات الإدارية، وصحة تكييفها القانوني، فضلا عن مدى التناسب بين محل القرار والأسباب التي استندت إليها القرار⁽³⁾، فلقد قررت الملاءمة أصلا لمعرفة مدى التناسب بين الوقائع والقرار الذي صدر بناء عليها.

ورقابة الملاءمة والحالة هذه، تقتضي كقاعدة عامة المرور عبر مراحل، تتلخص في الرقابة على الوجود المادي للوقائع، ثم بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح لهذه الأخيرة، وأخيرا الرقابة على أهمية وخطورة الأسباب. وعليه فإن القاضي وفقا لهذه المراحل، يتأكد من الوجود الفعلي للواقعة التي تشكل سببا للقرار، وهل أن الإدارة كيفت فعلا التكييف الصحيح لهذه الأخيرة، أي هل أن الوقائع المستند عليها مثلا في قرارات الضبط تشكل تهديدا للنظام العام، وأخيرا أهمية وخطورة السبب الذي يبرر حقيقة القرار⁽⁴⁾.

فالمشروع حين لا يفرض على الإدارة حلا معيناً ويترك لها سلطة تقديرية في إصدار قرارها واختيار وقت إصداره وتحديد مضمونه، فإنه يقدر أن الموقف يقتضي أن تمنح فرصة لدراسة الظروف المحيطة بإصدارها للقرار حتى تختار من بين الحلول الممكنة أفضلها، فالتزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية مضمون بأن تبذل أقصى جهد لها في دراسة ظروف كل حالة للوصول إلى أفضل قرار بشأنها فإذا اتضح أنها لم تقم بدراسة ظروف كل حالة وأن هنالك غلطا واضحا في التقدير، تكون بذلك قد أخلت بالتزامها القانوني مما يعيب القرار الإداري.

وإذا كان مجال الضبط الإداري يمثل الميدان الحقيقي لرقابة القاضي على عنصر الملائمة، فإن القضاء يشهد تطبيقا واسعا لهذه الرقابة في مجال السلطة التأديبية، فإذا كان للإدارة سلطة تقديرية في فرض الجزاء المناسب على ارتكاب الخطأ التأديبي، إلا أن ذلك مشروط بعدم المغالاة في تقدير خطورة الذنب ومقدار العقوبة فالمحكمة في

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 157.

(2) فريدة أيركان، المرجع السابق، ص 39.

(3) ديم بلقاسم، المرجع السابق، ص 281.

(4) كتون بومدين، قرار الإبعاد بين الضبط الإداري والعقوبة الإدارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012. ص 205-206.

إعمالها لرقابة الملائمة تقف عند الحدود الفاصلة بين عمل القضاء وعمل الإدارة، فتخرج سلطة التقدير المقررة للإدارة من نطاق المشروعية إلى نطاق الملائمة فتحضغ لرقابة القضاء عندئذ.

غير أن هذه الرؤية الحديثة في مجال الرقابة قد خفف من حدتها كون أن القاضي الإداري لا يفرض رقابة بطريقة نمطية جامعة، بل إنه يترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة. هذا ما يدفعنا إلى البحث في الأساليب الحديثة للرقابة على التناسب في المطلب الموالي.

الفرع الثاني

أساليب رقابة الملائمة

إبتدع القضاء الإداري بعض الطرق والأساليب للحد من سلطات الإدارة التقديرية، وإعادتها إلى مجالها الطبيعي، فظهرت الرقابة على الغلط البين في التقدير، وذلك لمواجهة الحالات التي أخرجها القضاء من نطاق رقابته على التكييف القانوني للوقائع. كما ظهرت الرقابة على التناسب بين سبب القرار و محله.

وبذلك تدخلت هذه الرقابة في الجانب التقديري، الذي كان متروكا للإدارة، وأصبحت الملائمة إحدى جوانب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالإضافة للمشروعية. ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، حيث أنها تتفق مع النظريات السابقة في أنها رقابة ملائمة، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركن إليها القضاء الإداري في الحالات التي يصعب فيها تحديد الغلط البين، أو رقابة التناسب.

أولا: مبدأ الغلط البين في التقدير

يعرف جانب من الفقه عيب الغلط البين بأنه " العيب الذي يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري ويبدو بينا وجسيما على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع ويكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب".

فطبقا لهذه النظرية اتسع مفهوم الحد الأدنى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ليضيف إلى عناصر رقابة الحد الأدنى *Contrôle Minimum* عنصرا جديدا، هو وجود غلط بين في التقدير، بما يعني أن الرقابة على تقدير الوقائع لا تمثل أقصى صور التطور في الرقابة على الوقائع، حيث أن القاضي في رقابته على الغلط البين لا يحكم على التقدير ذاته، ولكن على الغلط الذي شاب هذا التقدير، عندما يكون ظاهرا⁽¹⁾ وبينا (Manifeste)،

(1) وقد أبرز Braibant في قوله " تتضمن السلطة التقديرية الحق في الوقوع في الغلط، ولكن ليس من حقها ارتكاب غلط بين، أي واضح وجسيم في نفس الوقت، ولتلافي هذه المضار الجديدة الناشئة عن هذا الغلط عمم مجلس الدولة الفرنسي رقابة الغلط البين. وقد ذهب الأستاذ Chanta إلى أن " قضاء الغلط الظاهر يعدل مجال الملائمة، حيث تنصب الرقابة على ملائمة هذا التقدير، ومن ثم يمكن أن يسند الخطأ البين إلى مبدأ التناسب.

يمكن كشفه بحسن الإدراك، أي عندما يكون الغلط ظاهرا يكشف حقيقة التفسير الذي تجرته الإدارة في نطاق السلطات التي تتمتع بها⁽¹⁾.

وعليه فإنه لا يتعلق بالوجود المادي للوقائع أو عدم ووجودها، فهو ينصرف أساسا إلى تقدير الإدارة وتكييفها للوقائع وحده دون غيره. ولكن متى يكون الغلط بينا، أو بمعنى آخر ما هو معيار الغلط البين؟ وكيف يتم إثباته؟ بالرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي يتبين لنا أنه قد اعتنق معيارا موضوعيا في تقدير الغلط البين، لا يعتمد على حسن نية الإدارة، أو سوء نيتها، ولا يترك لمحض تقدير القاضي من ناحية أخرى، وإنما هو معيار يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير. بحيث يحكم بالإلغاء في كل حالة يشوب تقدير الإدارة فيها، غلط يفسد هذا التقدير أو يجاوز حدود المعقول، والعكس صحيح، ففي مجال إبعاد الأجنب مثلا، رأى المجلس غلطا بينا في قرار إبعاد لاجئ بلغاري في فرنسا، ذلك لأنه لم يكن له نشاط ولا موارد معتادة، في حين لم يرى غلطا بينا في قرار إبعادي حكم عليه بأكثر من عقوبة جنائية.

أما الفقه فقد اختلف في موضوع تحديد معيار مميز للغلط البين، فمنهم من أخذ بمعيار الجسامة، مثل الأستاذان Auby et Drago، إذ الغلط عندهما هو الغلط الواضح (Flagrante) والجسيم (Grossier) الذي يكون مرئيا حتى بالنسبة لغير المتخصص من رجال القانون. وهو ما ذهب إليه أيضا الأستاذ Vedel، إذ يرى أن الغلط البين البارز هو الذي لا يحتاج إلى خبرة كبيرة.

أما الأستاذ Rivero يرى أن الغلط البين هو الذي ينكر أو يتعارض والمنطق السليم. ومنهم من أخذ بمعيار عدم المعقولة (Irraisnable)، بمعنى آخر أن الغلط البين يتحقق عندما تسيء الإدارة عمدا أو إهمالا استخدام سلطتها التقديرية، وتذهب إلى أبعد من الحدود المعقولة في الحكم الذي تحمله على عناصر الملاءمة. وبالنظر إلى القضاء المقارن لاسيما القضاء الفرنسي والمصري نجد أن الغلط البين ليس عيبا متعلقا بالنظام العام، ومن ثم فإن القاضي لا يلتزم بإثارته من تلقاء نفسه، بل يتعين على المدعي أن يقوم بإثباته، وهو ما يعني أن إثباته يخضع للقواعد العامة للإثبات الإداري. والمشرع لم يحدد طرقا معينة للإثبات أمام القاضي الإداري. حيث يترك لتقديره تنظيم طرق الإثبات، بما يتفق وطبيعة الدعوى الإدارية، وتكوين عقيدته.

غير أن هذا لا يعني أن الدليل الإداري غير مقيد، بل العكس من ذلك؛ إذ الدليل الإداري مقيد من ناحيتين، أولهما أنه مقيد بما ورد في المستندات الرسمية احتراما لحجيتها، وثانيهما بالامتناع عن الاستناد إلى بعض

⁽¹⁾ Martine Lombard, OP.Cit, P 280 .

طرق الإثبات، في الوقت الذي تتطلب فيه النصوص لإثبات واقعة معينة توافر دليل معين في شكل محدد بالذات دون غيره.

وبهذا الخصوص ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي، ففي حكم Barel الصادر سنة 1954، أضحى القاضي الإداري لا يلقي عبء الإثبات على عاتق الطاعن، وإنما يطلب منه فقط أن يكون محمداً، وأن يستند إلى بعض القرائن، ويملك القاضي أن يكمل الملف بإجراءات التحقيق ما دام الطاعن قد أورد قرائن جدية على انحراف الإدارة بسلطاتها التقديرية، ففي هذا الحكم طلب المجلس من الوزير مجموعة الوثائق التي أتخذ على أساسها القرار، وإزاء رفض الإدارة الرد على هذا الأمر، تم إلغاء القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

والجدير بالذكر، أن القضاء الإداري الفرنسي قد طبق هذه النظرية في مجالات متعددة غير أن أهم تطبيق لها في مجال الوظيفة العامة. حيث أنه استقر في قضاؤه على رفض خطورة الجزاء التأديبي ونسبته للخطأ المرتكب في مجال الوظيفة العامة، ووقف في رقابته التقليدية عند حد فحص ما إذا كانت الوقائع المقدمة ضد الموظف من طبيعتها تبرير الجزاء التأديبي. إلا أن رقابته امتدت إلى الملاءمة⁽²⁾، حيث أصبح القاضي يخرج عن تحفظه المعهود ويخضع التناسب بين الجزاء الموقع والخطأ المرتكب لرقابته في حالة قيامه على غلط بين.

أما القضاء الإداري الجزائري فقد أصدر أحكاماً فيما يتعلق بهذه النظرية في مجالات متعددة وخاصة في المجال التأديبي، إذ أصبح يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة على الغلط الواضح في التقدير، المعروفة كذلك باسم الرقابة الضيقة.

وفي هذا المجال، ترى المستشارة فريدة أبركان أن هذا العيب صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف الإدارة فيها صراحة بسلطتها التقديرية، إذ أن الإدارة ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول بحيث أنها وإذا ما ارتكبت غلطا واضحا يتجاوز حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملاءمة فإن القاضي يقوم برقابة هذا التقدير". ويمكن الوصول إلى الغلط الواضح في التقدير بالإجابة على التساؤل الآتي، ألا يعد الجزاء المسلط عليه- الموظف - مبالغا فيه؟

(1) محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 212.

(2) ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Lebon الشهيرة الصادر في 09 جويلية 1978 باكورة أحكام المجلس الصادرة في هذا المجال، كما يعد هذا الحكم فتحا لمجال جديد لرقابة الغلط البين، فلم تعد رقابة الغلط البين بديلا عن رقابة التكييف القانوني، وإنما تجاوزت ذلك إلى مجال جديد وهو تقدير ملاءمة القرارات أي اختيار القرار .

والجدير بالذكر، أن الإدارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية بخصوص إختيار الجزاء، غير أن القاضي يمارس رقابة دنيا عندما يتوصل إلى وجود خطأ واضح ناتج عن تعسف الإدارة في حرية التصرف الممنوحة لها وتجاوزها حدود المعقول في الحكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملاءمة."

وقد أكد ذلك القضاء الجزائري في قضاؤه لاسيما في قضية يحيوي ضد وزير العدل، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى أن المشروع تطبيقا للمادة /531/ ق.إ.م. الخاصة بطلبات مراجعة ترك لوزير العدل تقدير الأسس التي يبنى عليها طلبه بالمراجعة. وبالنتيجة فإن وزير العدل حر في إخطار أو عدم إخطار النائب العام بطلب المراجعة ما دام ذلك يدخل في نطاق الاختصاص التقديري.

غير أن قراره وما دام يضيق من ممارسة حق محمي قانونا، أي حق الدفاع فإنه يشكل في نفس الوقت مساسا خطيرا بحرية أحد الأفراد، وأن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسببا، وأن وزير العدل بقراره قد ارتكب غلط واضح في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن⁽¹⁾.

وما يمكن أن نستخلصه هو أن القضاء الإداري قد استلهم وسائل إثبات الغلط البين من المبادئ العامة في الإثبات وساهم في بلورتها وإظهارها وما يتناسب مع طبيعة الغلط البين وخصائصه. وأن فكرة الغلط البين استطاعت أن تتحول إلى نظرية قضائية هامة، ليستقر الغلط البين كمبدأ من المبادئ العامة للقانون، يترتب على تخلفه عيب مخالفة القانون.

ثانيا: الرقابة على تناسب القرار الإداري

الأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية، عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساسا لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه، أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه، لأن القاضي الإداري بهذا التصدي، يكون قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري، ومن ثم يغدو الرئيس الأعلى لجهة الإدارة. والميدان الرئيسي لمبدأ التناسب⁽²⁾ في القضاء الإداري يتمثل في ميدان توقيع الجزاءات في القرارات التأديبية لمواجهة إسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطتها التأديبية والتفاوت الصارخ بينها في تقدير الجزاءات

(1) فريدة أركان، المرجع السابق، ص40.

(2) فالتناسب لغة جاءت من كلمة النسب، والنسب يعني القرابة، وانتسب أي ذكر نسبه، و ناسبه شاركه في النسب./ أنظر: ابن منظور، المرجع السابق، ص445.

المناسبة، إذ فرض القضاء الإداري رقابته⁽¹⁾ على مدى الملاءمة في هذه القرارات، بحيث أن ثبوت المفارقة الصارخة بين درجة المخالفة الإدارية وبين نوع الجزاء ومقداره وعدم تناسبهما، يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي⁽²⁾. وعلى هذا الأساس، تدخل جانب من الفقه محاولاً تعريفه، وذلك من خلال تحليله باعتباره يمثل علاقة بين أمرين أو أكثر، تتسم هذه الأخيرة بالمنطقية أو المعقولة أو التوافق أو المعقولة⁽³⁾.

ومن المتفق عليه لدى غالبية الفقه أن الرقابة على التناسب في تقدير الجزاء، هي رقابة على السبب في صورتها القصوى التي تتضمن التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية، ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ⁽⁴⁾. فالأصل، كما يشير الفقه، أن القضاء الإداري لا يراقب مسألة التناسب بين السبب والقرار الذي بني عليه، على أساس أن هذه المسألة تدخل في مجال الملاءمة وليس في مجال المشروعية، إلا إذا كانت الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية، ويحدث ذلك في حالة ما إذا كان القرار ضرورياً ولازماً للحالة التي يواجهها. ومعنى ذلك أن عدم التناسب بين السبب والقرار الذي بني عليه لا يعتبر، من حيث الأصل، من عيوب السبب عند القضاء الإداري الفرنسي، ولا يكون إلا في حالة القرارات الماسة بالحريات العامة⁽⁵⁾.

وذهب جانب آخر إلى اعتباره تعبير عن علاقة منطقية بين الوسيلة والغاية، فالقضاء بعدم التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة التأديبية، إنما يرتبط بعيب الغاية، وأنه لا يعدو إلا إساءة في استعمال السلطة أو انحرافاً بها ولا يمكن اعتباره عيب مخالفة قانون، لأن القرار صادر في نطاق السلطة التقديرية وليس في إطار اختصاص مقيد⁽⁶⁾. ويستطيع القضاء في هذه الحالة إبطال العقوبة المشكو منها حال وجود تباين أو عدم تناسب بين عقوبة شديدة من الدرجة الثانية مثلاً وغلطة طفيفة ارتكبها الموظف، دون أن تؤدي مراقبة القاضي إلى فرض تناسب دقيق بين العقوبة المنزلة والغلطة المرتكبة⁽⁷⁾.

فمثلاً يراقب القاضي الإداري تقدير السلطة الضبطية الإدارية لدرجة جسامة الوقائع التي أدت إلى عمل الضبط المطعون فيه الصادر بموجب أنظمة الضبط الإداري، أي مدى اتفاق وتناسب موضوع هذا العمل الذي اختارته الإدارة مع أهمية الوقائع المتخذة على أساسها، والقاضي هنا يتحقق فيما إذا كان يوجد تناسب بين

(1) لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي رقابة خطورة الجزاء التأديبي ومدى تناسبه مع الخطأ المرتكب في مجال الوظيفة العامة، وذلك في قضاء غزير له في هذا الشأن. عبد العالي حاحة، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، 1952. ص 138.

(2) سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 294.

(3) سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 629.

(4) محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 174.

(5) حسين عثمان محمد عثمان، - المرجع السابق، ص 504-505.

(6) قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، 2011. ص 113.

(7) جورج سعد، المرجع السابق، ص 483.

عنصري السبب والمحل في عمل الضبط، وبعبارة أخرى يراقب ملاءمة القرار الإداري أو الإجراء الذي اتخذته سلطة الضبط الإدارية⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يقتضي هذا المبدأ وجوب مراعاة الملاءمة بين درجة خطورة المخالفة ونوع الجزاء المفروض ومقداره، ويتحقق هذا المبدأ من خلال قيام السلطة التأديبية باختيار الجزاء المناسب للذنب المرتكب بعيداً عن الغلو والتعسف، أو التهاون والإسراف في اللين والشفقة.

وعلى ضوء أحكام الفقه والفضاء أصبح مبدأ التناسب مبدأ عام في القانون، يقضي بعدم مشروعية القرار التأديبي إذا كان محل القرار (الجزاء الموقع) لا يتناسب مع سببه (المخالفة المرتكبة)⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، مبدأ التناسب طبق في فرنسا كمبدأ عام للقانون على خلاف بعض الدول، حيث لم يتأكد ذلك من قبل الفقه والقضاء الفرنسي بصورة صريحة على الرغم من أن تعبير التناسب قد ورد في العديد من المجالات في قرارات مجلس الدولة الفرنسي ومرافعات مفوضي الحكومة. وكما يرى Braibant فإن القاضي قد طبق مبدأ التناسب دون أن ينطق به، ويستدل على ذلك من أحكام مجلس الدولة في مجال الضبط الإداري⁽³⁾.

ففي قضية (Benjamin) ألغى قرار رئيس البلدية بمنع عقد اجتماع بحجة احتمالية الإخلال بالنظام العام؛ لأن عقد الاجتماع لا يشكل درجة من الخطورة دون منعه لا تستطيع الإدارة المحافظة على النظام العام، بمعنى أن إجراء منع الاجتماع لا يتناسب مع الغاية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، وهي حماية النظام العام، بل إن هناك إجراءات أخرى أقل شدة تستطيع الإدارة اتخاذها للمحافظة على النظام العام.

وفي الوقت نفسه تسمح للأفراد بممارسة حريتهم في الاجتماع، وكذلك الحال في حكم (Ville de Dieppe) فقد أكد المجلس مشروعية قرار رئيس البلدية بمنع مرور الشاحنات في إحدى الطرق يوم السبت بعد الظهر نظراً لأن الأضرار الناتجة عن تطبيق هذا القرار لا تتجاوز تطبيقها ولا في أهميتها تلك التي يستطيع رئيس البلدية فرضها بطريقة مشروعة من أجل حماية الصالح العام، فمجلس الدولة الفرنسي لم يستخدم كلمة تناسب ولكنه استند إليها.

وفي مجال العقوبات التأديبية طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية بعد أن كان يرفض فرض رقابته على القرارات التأديبية التي تصدر عن الإدارة؛ على اعتبار أن تحديد العقوبة التي يستحقها العون المخالف يعود للسلطة التقديرية المطلقة للإدارة ولا معقب عليها في ذلك، وليس للقاضي أن يقدر

(1) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 361.

(2) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص 696.

(3) أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية- دراسة مقارنة بين النظام القانوني الفرنسي والمصري مع أحدث أحدث الأحكام القضائية والآراء الفقهية الفرنسية والمصرية ذات الصلة، المرجع السابق، ص 64.

خطورة الجزاء المتخذ بالنسبة للمخالفة ، إلا أنه تراجع عن رأيه عام 1978 وأخضع القرارات التأديبية لرقابته، حيث رفض طلب إلغاء العقوبة التأديبية لعدم ارتكاب الإدارة لخطأ ظاهر في التقدير.

وفي الجزائر أخذ مجلس الدولة ببعض أحكام و مبادئ نظرية التناسب في مجال القرارات التأديبية وأعمل رقابته فيما يتعلق بمبدأ التناسب، فراقب تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع، ومن أحكامه في إعمال رقابته على تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع، قضية (س) ضد وزير العدل و المجلس الأعلى للقضاء.

حيث تم في هذه القضية عزل (س) بسبب ارتكابه حسب زعم الوزير أفعالا ماسة بمهنة القاضي، وكان على القاضي الجواب على مسألة أولى تضمنتها إحدى مقتضيات القانون الأساسي للقضاء حيث أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الطعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء. وفي هذا الشأن قرر "بأن الطعن من أجل تجاوز السلطة ممكن ولو بدون نص طبقا للمبادئ العامة للقانون، وأنه لا يمكن طبقا للمادة /99/ من القانون الأساسي للقضاء حرمان الطاعن من أجل تجاوز السلطة. حيث أن جواب مجلس الدولة تمثل في إبراز عدم تناسب الجزاء النهائي مع الأخطاء المرتكبة⁽¹⁾.

ثالثا: مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار

إن نزع الملكية للمنفعة العامة عمل تقني تلجأ الإدارة إليه عند احتياجها في أدائها لوظيفتها إلى أموال الأفراد⁽²⁾ إذ أن نزع الملكية يتشابه مع الغصب في أنها تتعلق بالملكية العقارية، إلا أنهما يختلفان في أن نزع الملكية وسيلة وعمل مشروع، محددة وفقا للقانون، بينما الغصب عمل غير مشروع، يكون عندما يتم نزع الملكية خلافا لما ورد في القانون⁽³⁾.

وباستقراء التطورات القضائية التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي في العقود الثلاثة الأخيرة من القرن الماضي، نجد أنها أدت إلى ابتداء وابتكار أدوات فنية وقانونية جديدة يتوصل عن طريقها إلى تحقيق رقابة عميقة على تقديرات السلطات الإدارية فيما تتمتع به من حرية، ومن بين تلك الأدوات والوسائل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، التي أرساها بقراره الصادر بهيئة جمعية عمومية في قضية⁽⁴⁾ Nouvelle Est Ville بتاريخ 1971/05/28.

(1) فريدة أيركان، المرجع السابق، ص40.

(2) عبد السلام خديجة، دور القاضي الإداري في ضمان التوازن بين المتقاضين والإدارة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014. ص38.

(3) فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة، دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011. ص297.

(4) تلخص وقائع هذه القضية في أن الإدارة قررت إنشاء تجمع عمراني جديد شرق مدينة ليل بشمال فرنسا، يستوعب حوالي 25 ألف من السكان، للإسهام في حل أزمة السكن، وتوافق ذلك مع رغبة التعليم الجامعي في إقامة مجمع جامعي خارج المدينة يستقبل أكثر من 30 ألف طالب، وتضمن المشروع الذي احتاج إلى 500 هكتار وقدردت تكاليفه بمليار فرنك فرنسي، نزع ملكية وهدم 250 منزلا، منها حوالي مائة منزل تم إنشاؤها حديثا، وأمام الاحتجاجات القوية التي أثرت حول هدم تلك المنازل، عدلت الإدارة مشروعها، بحيث اقتصر الهدم على 88 منزل، واستبعدت مقترحا كانت قد قدمته جمعية الدفاع عن حقوق =

ويترتب على تطبيق هذه النظرية حصول نتائج تتماثل بل تتداخل مع نتائج تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر⁽¹⁾، فضلا عن أنهما يعملان في نفس المجال، وهو الاختلال الواضح والتفاوت الصارخ في تقديرات الإدارة . فقد كانت رقابة مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي بشأن هذه القرارات لا تتعدى حدود ما إذا كان من شأن عملية النزاع تحقيق المنفعة العامة أم لا، ولهذا فإن تقدير المجلس لتحقيق شرط المنفعة العامة كان يتم بصفة مجردة، أي أنه ينظر إلى نزاع الملكية في ذاتها، بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تنجم عنها في مواجهة الملكية الخاصة، أو بمصالح عامة أخرى، أو بتكاليف المشروع وأعبائه المالية، وذلك لتعلق هذه الأمور بالملاءمة المتروكة لمحض تقدير الجهة الإدارية، وبذلك كانت رقابته على قرارات المنفعة العامة لا تتجاوز حدود الرقابة التقليدية، حيث تقتصر فقط على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار نزاع المنفعة العامة، والتكليف القانوني لهذه الوقائع⁽²⁾.

وغنى عن البيان، أنه في مواجهة التقدم العلمي، وتعدد المواضيع العلمية والفنية، خاصة في المجالات الاقتصادية، وما يترتب على ذلك من اتساع مجال السلطة التقديرية للإدارة في تلك المجالات، كان على القضاء الإداري أن يعمل على الحد من احتمالات تعسف الإدارة وتحكمها في هذه المسائل، لا سيما إذا اتصل الأمر بالأموال الخاصة والملكية العقارية⁽³⁾، وكان أن برزت وظهرت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

وعلى ضوء ذلك، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إجراء عملية موازنة بين المنافع والمضار، أو المزايا والخسائر، التي قد تترتب على القرارات التي تصدرها الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة، إذ توضع كل من المنافع والمضار التي أتخذ قرار نزع الملكية على ضوءها في الميزان، بحيث يكون القرار غير مشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء الناجمة عنه مفرطة مقارنة لما يحققه من مزايا ومنافع⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأن مضمون نظرية الموازنة، ينصرف إلى التقييم الذي يجريه القضاء الإداري للمنافع والمضار المترتبة على القرار من خلال الموازنة بينهما في كفتين، بحيث إذا تبين أن كفة المنافع هي الراجحة على كفة المضار، كان القرار مشروعاً، وإذا أتضح أن كفة المضار هي الراجحة، كان القرار غير مشروع.

=أصحاب المنازل ويستهدف إنقاذ 80 منزلاً آخر من الهدم - على أساس نقل محور الطريق الشمال الجنوب الوارد في المشروع، وإذ تقرر للعملية صفة المنفعة العامة بقرار وزير التعمير والإسكان الصادر في 13-04-1968.

Voir: Martine Lombard, OP.Cit, P. 281.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 136-137.

(2) رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، المرجع السابق، ص 308.

(3) سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 667.

(4) وفي قرار صدر مجلس الشورى اللبناني في 15/10/1979 حيث قرر " أنه إذا كان لا يحق لمجلس الشورى في القضايا التأديبية أن ينظر في ملاءمة العقوبة المقررة لأن تقدير أهمية العقوبة بالنسبة إلى الأعمال المخالفة يكون ممارسة للحق الإستثنائي المعطى إلى السلطات التأديبية - إدارية كانت أو قضائية - غير أن ذلك لا يمنع مجلس الشورى من مراقبة تقدير ملاءمة العقوبة في حال الخطأ الساطع بالتقدير. / جورج سعد، المرجع السابق، ص 483.

وعليه، فإن نظرية الموازنة تستهدف تحقيق رقابة قضائية دقيقة وعميقة على تقديرات السلطة الإدارية عندما يكون لها الاختيار بين عدة بدائل وحلول، أو حينما تكتفي قواعد المشروعية بتحديد الغرض من القرار، بحيث يعود للقاضي تقييم كيفية إجراء الجهة الإدارية لتلك التقديرات بمراعاة كافة الجوانب المحيطة بذلك، من خلال وضع المنافع والمضار المترتبة على القرار الإداري في كفتي ميزان، وصولاً إلى أيهما الأولى بالترجيح بحسب الظروف والاعتبارات الملائمة لكل حالة على حدة.

أي تقييم كافة العناصر الايجابية والسلبية للقرار من جميع النواحي والموازنة بينها لترجيح كل منها بمقداره، والضابط في كل ذلك هو عدم حدوث تناسب معقول بين ما يحققه القرار من منافع وما يترتب عليه من مضار. وعلى الرغم مما حققته رقابة الموازنة من مزايا، فإنها قد تعرضت للنقد من عدة نواحي، أهمها أن من شأن قضاء الموازنة أن يحل القاضي الإداري محل الإدارة في تقديراتها واختياراتها، مما يخرجها عن دورها كقاضي مشروعية ليصبح رئيساً إدارياً أعلى، بما يتضمنه ذلك من إخلال بمبدأ استقلال الإدارة عن القضاء، فضلاً عما يؤدي إليه ذلك من إعطاء فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي، بما يعني إمكانية اختلاف الحلول القضائية تبعاً لكل قضية، وربما حسب تشكيل هيئة المحكمة، إضافة إلى الصعوبات الفنية التي تحيط بالموازنة، إذ كيف يتسنى مقارنة الأشياء غير المثلية، كأن تتم المقارنة بين إنشاء جزء من طريق سريع، مع هدم جزء من مستشفى.

وتؤكد هذه النظرية مدى اتساع رقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة، فهي وإن اتفقت مع نظرية الغلط البين في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركن إليها القاضي في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين.

وهو ما يعني أن الاختلاف بين النظريتين هو اختلاف في مدى الرقابة، وليس اختلافاً في الطبيعة، ولأن القاضي لا يلغي تصرف الإدارة، إلا إذا كانت الأضرار المترتبة عليه لا تتناسب - وبشكل واضح - مع المزايا أو المنافع الناجمة عنه، وهذا هو جوهر نظرية الغلط البين.

وفي هذا الإطار أخذ القضاء الإداري الجزائري⁽¹⁾ في بعض أحكامه بهذه النظرية وطبقها في مجال قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إلا أن هذا التطبيق يختلف عن تطبيقات القضاء الإداري السابقة، ذلك لأنه أعمل في هذا المجال بعض أحكام نظرية الغلط البين في التقدير.

(1) أنظر: ملف رقم 66960 قرار بتاريخ 1990/04/21 نزع الملكية بالمنفعة العامة - ملاءمة الأراضي - القاضي الإداري غير مختص من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي المنفعة العامة ومن ثم فإن النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة غير مقدرة في محله. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. / المجلة القضائية - المحكمة العليا - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - العدد الثاني - 1992 - ص 158.

وهذا ما أكدته الدكتورة فريدة أبركان بقولها " يمكننا التفرقة بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير وبين نظرية الحصيلة -نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار- المطبقة في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة. فقاضي تجاوز السلطة يتثبت هنا من مدى تحقق الشرط المتعلق بالمنفعة العامة، ومن جهة أخرى يستخلص ويأخذ نتائج هذا القرار بعين الإعتبار.

وفي الواقع العملي فإن المسعى الملموس للقاضي عندما يقرر هذا القرار، قريب جدا من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير بمعنى أن القاضي يراقب العمليات غير معقولة المبالغ فيها بصورة كبيرة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

رقابة الملاءمة

في الظروف الاستثنائية

يتسم مضمون نظرية الظروف الاستثنائية بعدم التحديد المسبق. وعلة ذلك أن القضاء الإداري يحدد الصلاحيات التي تتمتع بها الإدارة ونطاقها ومداهها حسب طبيعة الظرف الاستثنائي الذي تواجهه الإدارة، وعلى هذا الأساس لا يمكن تحديد مدى الصلاحيات التي تتمتع بها ونطاقها مسبقا؛ فالمبدأ العام إضفاء صفة المشروعية على الإجراءات والتدابير الضرورية واللازمة لضمان سلامة الدولة ومؤسساتها، والمحافظة على النظام العام.⁽²⁾ ومن جانب آخر، يمكن الاعتماد على القاعدة العامة والتي مفادها أنه " في ظل الظروف الاستثنائية يضيء القضاء الإداري صفة المشروعية على القرارات التي تتخذها السلطة التنفيذية، وتكون لازمة لحفظ الأمن القومي وحماية السير المنتظم للمرافق العامة، بالرغم من أن نفس تلك القرارات أو الإجراءات لو اتخذت في الظروف العادية لكانت تعتبر غير مشروع لمخالفتها قواعد المشروعية العادية"⁽³⁾.

إن لجوء رئيس الجمهورية لاستخدام الصلاحيات غير العادية، المخولة له، بموجب أحكام الدستور، والمتعلقة بسلطات الأزمة يؤدي بالضرورة إلى توسيع الصلاحيات على حساب المؤسسات الأخرى، لا سيما مؤسسة البرلمان. كما تدفع الحالة المؤقتة رئيس الجمهورية إلى المساس بحقوق وحرريات الأفراد، مما ينتج عنها فرض قيود

⁽¹⁾ ومن تطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري الجزائري ما قرره الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في 13/01/1991، حيث أنه يستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجة من حاجيات المنفعة العمومية، وإنما هي في صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل على الطريق. حيث أن الهدف المتوخى من العملية أي إشباع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن. من هنا قضت المحكمة العليا بإلغاء قرار نزع الملكية لأنه مشوب بغلط فادح. فريدة أبركان، " رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة".

⁽²⁾ علي خطار: شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص103.

⁽³⁾ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص216.

عليها، بالقدر المناسب لمواجهة تلك الأوضاع، ومن المحتم أن تترتب على هذه الحالة توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية أثناء قيام حالة الظروف الإستثنائية⁽¹⁾.

وبهذا الخصوص، أسند الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية، على نحو استثنائي وفي أحوال محددة سلطة التشريع⁽²⁾ وممارسة صلاحيات، هي في الأصل من اختصاص السلطة التشريعية، بحيث أن ممارستها تتم وفقا لشروط وقيود. ورغم ذلك نشبت آراء مختلفة حول مدى شرعية هذه الأعمال و قيمتها القانونية ومدى أحقية ممارستها من قبل رئيس الجمهورية⁽³⁾، هذا لكون الاختصاص التشريعي محجوز للبرلمان دون غيره.

ومن هنا يطرح تساؤل حول جواز إحداث اختلال في توازن السلطات، وجعل السلطة التنفيذية تتفوق على السلطة التشريعية في التشريع، كما نتساءل عن الآثار الناجمة عن تقليص دور البرلمان⁽⁴⁾ خلال فترة الظروف الإستثنائية من جهة، وعن الحل الأمثل لإيجاد نوع من التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية خلال نفس الفترة من جهة أخرى.

وعلى هذا الأساس، أخضع القضاء الإداري الإجراءات والأعمال المتخذة من جانب الإدارة استنادا إلى سلطتها الواسعة لمواجهة الظرف الاستثنائي لرقابته حتى يتأكد من وقوع الظرف الاستثنائي بالفعل، ومن توافر التلازم والتناسب بين الإجراءات المتخذة والظرف الاستثنائي، وذلك لأن اتساع مجال المشروعية في الظروف الاستثنائية لا يعني تنصل الإدارة من رقابة القضاء.

⁽¹⁾ **Pour plus de détails, voir:** Mohamed Boussoumah, La Situation de la Constitution de 1989 Entre 11 Janvier 1992 et le 16 Novembre 1995, Idara, Revue de L'école Nationale d' Administration, Alger, V10, N2, 2000, P.P. 77 à 86. / Rachid Tlemçani, Elections et Elites en Algérie, Chihab Edition ,Batna, Algérie, 2003, p221.

⁽²⁾ نذكر منها على سبيل المثال في الجزائر: المرسوم رقم 80-251 المؤرخ في 13 أكتوبر 1980 يتضمن الإعلان على المناطق المنكوبة من طرف رئيس الجمهورية، ج. ر. ج. ج. رقم 42. / المرسوم رقم 80-253 المؤرخ في 13 أكتوبر 1980 يتضمن تعيين القائد العام للمناطق المعلن عنها منكوبة، ج. ر. ج. ج. رقم 42. / المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن حالة الحصار، ج. ر. ج. ج. رقم 29. / المرسوم التنفيذي رقم 204-91 المؤرخ في 04/06/1991 ج. ر. ج. ج. رقم 13. / المرسوم الرئاسي رقم 91-336 المؤرخ في 22/09/1991 يتضمن رفع حالة الحصار، ج. ر. ج. ج. رقم 44. / قانون رقم 91-23 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات لاستثنائية ج. ر. ج. ج. رقم 63. / المرسوم الرئاسي رقم 91-488 المؤرخ في 21/12/1991 المتضمن تطبيق القانون رقم 91-23. / المرسوم الرئاسي رقم 92-320 المؤرخ في 11/08/1992 يتم المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، ج. ر. ج. ج. رقم 61. / المرسوم التشريعي رقم 93-02 المؤرخ في 06/02/1993 يتضمن تمديد حالة الطوارئ، ج. ر. ج. ج. رقم 08.

⁽³⁾ أنظر لأكثر توضيح: مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 42 و 46. / محفوظ زكريا محمد عبد الحميد، حالة الطوارئ في القانون المقارن في تشريع الجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه، حقوق، مصر، 1966. ص 15 وما بعدها.

Rolland Louis, Précis de Droit Administratif, op.cit, p.412.

⁽⁴⁾ أبدى المجلس الدستوري تحفظ عندما عرض عليه القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما والعلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة تحفظات بشأن الموافقة التي يبدئها البرلمان على الأوامر المتخذة في ظل الحالة الإستثنائية والتي جاءت في القانون العضوي في المادة 38/منه. / أنظر: رأي المجلس الدستوري رقم 08/ر.ق.ع/م.د 99 المؤرخ في 21 فيفري 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 9 مارس 1999، ص.ص 06-07.

فإذا كان قاضي الإلغاء لا يحوز سلطة الرقابة، على قرار إعلان الحالة الإستثنائية كون السلطة التقديرية تعود لرئيس الجمهورية (حالة الجزائر)، سواء من حيث إعلانها أو تمديدتها أو إلغائها⁽¹⁾، فإن القاضي له الحق في مراقبة الإجراءات اللاحقة للإعلان عن الحالة الإستثنائية، أي له حق الرقابة ما بين تاريخ إعلانها وتاريخ إنتهائها وتشمل هذه الرقابة، مدى احترام إجراءات الشكل، مثل استشارة رئيسي غرفتي البرلمان ... ، بحيث أن عدم توفر أحد الشروط الشكلية يعرض القرار إلى الإلغاء من قبل القضاء إذا ما تم الطعن فيه نظرا لاحتوائه على عيوب في الشكل والإجراءات.

فالقضاء إذ لا يهتم بمراقبة الأسباب التي دفعت رئيس الجمهورية لإعلان الحالة الإستثنائية، باعتبار أنه منصوص عليها في الدستور الذي أعطى للرئيس سلطة تقديرية كاملة في هذا المجال. كما لا تتم مراقبة مضمون الأراء التي تقدمها مختلف الشخصيات لرئيس الجمهورية بشأن إعلان الحالة الإستثنائية⁽²⁾، وهذا اعتبارا أنها غير إلزامية ولكن يراقب القضاء مدى احترام طلب الرئيس لهذه الهيئات، بحيث أن الحالة الإستثنائية التي تتم دون طلب رأي الشخصيات المذكورة في الدستور يجعلها غير مشروعة وتستوجب الإلغاء.

كذلك لا يراقب القضاء قرار رئيس الجمهورية المتمثل في اختياره لإحدى الحالات الاستثنائية بحيث أن السلطة التقديرية تبقى للرئيس الذي يقرر إما إعلان حالة الحصار أو حالة الطوارئ أو الحالة الاستثنائية وحتى حالة الحرب، دون أن يلزم باحترام الترتيب الوارد في الدستور، وإنما يراقب القضاء مدى احترام الإجراءات الدستورية اللازمة لإعلانها أو تمديدتها وكذا إنتهائها.

ومع هذا فإن السلطة التنفيذية لا تخضع في قرار إعلان حالة الطوارئ ذاته لرقابة القضاء لأنها من أعمال السيادة، وفي هذا تقول محكمة العدل العليا الأردنية "إن جلالة الملك هو وحده صاحب الحق في تقرير وجود الطارئ أو عدم وجوده ، ولا تستطيع محكمة العدل العليا أن تتصدى لهذا التقدير"⁽³⁾.

وإن كان لهذا الموضوع شروط معينه يجب توافرها وعلى رأسها استحالة الإدارة الالتجاء إلى الوسائل العادية التي تفرضها المشروعية، بمعنى آخر اشترط مجلس الدولة الفرنسي أن تكون الإجراءات الاستثنائية المخالفة للقانون

(1) في حالة رفض البرلمان تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، فإن على رئيس الجمهورية أن يقرر رفعها./ الأمين شريط، خصائص النظام الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص552.

(2) أنظر: مسعود شيهوب: المسؤولية عن المخاطر و تطبيقها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص43.
Ghozali . N, et Benouniche . M, Politique Extérieure de l'Algérie à Travers la Charte Nationale et la Constitution, R.A.S.J.E.P, V15,n°03, Alger, 1978, p.471.

(3) عمر محمد، الشوبكي، القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص169.

لازمة وضرورة لمواجهة الظرف الاستثنائي⁽¹⁾، فإذا لم تكن لازمة وكان من الممكن مواجهة الظرف الاستثنائي المعين بالوسائل العادية منها، لا يكون الإجراء الاستثنائي مشروعاً ويبطل القرار الإداري⁽²⁾.

وفي هذا النطاق، أقر مجلس الدولة الفرنسي مشروعية قرارات الإدارة في الظروف الاستثنائية بالرغم من مخالفتها لقواعد المشروعية، ونذكر منها على الخصوص:

- مخالفة بعض القرارات لقواعد الاختصاص⁽³⁾.
- إضفاء صفة المشروعية على بعض الإجراءات المشوبة بعيب الشكل والإجراء⁽⁴⁾.
- مخالفة بعض القرارات بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية.
- مخالفة بعض القرارات لحل القرار⁽⁵⁾.
- إضفاء صفة المشروعية على إجراءات وتدبير الضبط الإداري⁽⁶⁾.
- إضفاء صفة المشروعية على الإجراءات الإدارية بوقف العمل بأحكام بعض القوانين البرلمانية. فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي صحة الإجراءات الإدارية بوقف العمل بأحكام بعض القوانين البرلمانية حتى لو تضمنت ضمانات تأديبية للموظفين العموميين، فقد قضى بصحة النظام الصادر في 10/9/1914، القاضي بوقف العمل بأحكام القانون الصادر في 22/4/1910 .

(1) لأكثر توضيح حول رقابة القضاء على التزام هيئات الضبط الإداري بتحقيق النظام العام والحريات العامة . في الظروف الاستثنائية أنظر: سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 325. / محمود سعد الدين الشريف، الجهة التي تتولى إصدار لوائح البوليس وما تلتزمه من قيود في هذا الصدد، مجلة مجلس الدولة، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، السنة الثالثة، يناير 2008 . ص 47. / محمود سعد الدين الشريف، فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري وبين الحريات، مجلة مجلس الدولة، دار الكتاب العربي للطباعة، مصر، 1969. ص 219.

(2) استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه من الرغم من آثار الحرب والصعوبات الناشئة عنها في 1947 في الهند الصينية مما يمثل ظروفًا استثنائية إلا أنه مع ذلك فإن تلك الصعوبات لم تكن من شأنها أن تبرر قيام مندوب فرنسا في هذه البلاد المستعمرة عندئذ بأن ينشئ مبادرة منه نظام خاص بالضمان الاجتماعي للأسر، ومن ثم يكون قراره غير مشروع. / أنظر هامش عبد الوهاب محمد رفعت، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 222.

(3) في هذه الحالة، أقر مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية لبعض القرارات الإدارية المعيبة بعيب عدم الاختصاص في الظروف الاستثنائية والمتمثلة بالإجراءات والتدابير المتخذة في فرنسا بموجب قرارات وزارية صدرت عام 1941 خلال الحرب العالمية الثانية. وكذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي مشروعية قرارات صدرت ضد مواطنين عاديي ليست لهم صفة الموظف العمومي، وقد شكل تصرف الإدارة هذا اغتصاب جسيم للسلطة . كما اتخذت أيضا آنذاك لجنة مؤلفة من سكان مدن البلديات قرارات من اختصاص هيئات محلية في الظروف العادية، إلا أن هذه الهيئات قد اختفت بسبب غزو الألمان لفرنسا، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر مشروعية هذه القرارات طبقاً لنظرية الموظف الفعلي. / أنظر:

Roland Drago, L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et libertés publiques, R.DP, 1955, p.693.p 693
(4) في هذه الحالة، أقر مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية على بعض الإجراءات المشوبة وفق قواعد المشروعية العادية بعيب الشكل والإجراءات، كالحكم الصادر في 16/5/1941 والذي قرر فيه مشروعية قرار المحافظ بوقف رئيس بلدية عن العمل دون مراعاة للإجراءات والشكليات المقررة في هذا الشأن. / أنظر: شطناوي علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 104.

Ben Arfa Abdelaziz, op.cit .p.19.

(5) عبد الوهاب محمد رفعت، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 218.

(6) Voir : Blaevoet, des Recours Juridictionnels Contre les Mesures de Police, thèse, paris, 1907, p.18.

أما بالنسبة لمسؤولية الإدارة المترتبة على استخدام سلطتها أثناء الظروف الاستثنائية⁽¹⁾، فقد اختلف الأساس الذي أقام عليه مجلس الدولة المصري هذه المسؤولية عن المجلس الفرنسي، حيث يقيمها مجلس الدولة المصري على أساس الخطأ كقاعدة عامة، وليس على أساس المخاطر وتحمل التبعية كمجلس الدولة الفرنسي إلا في حالة وجود نص تشريعي خاص يقرها.⁽²⁾

في حين فرق القضاء الإداري بين الرقابة على مسؤولية الإدارة في الظروف العادية ومسؤوليتها في الظروف الاستثنائية، إذ لا تقوم كاملة في الظروف الاستثنائية إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائي جسيم يرقى إلى قرينة التعسف المتعمد المقرون بسوء النية، كما أجاز القضاء الإداري أن تمتنع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية إذا توقع من ذلك التنفيذ إلحاق الضرر بالصالح العام.

⁽¹⁾ الأضرار التي تنتج عن استخدام السلطات الخاصة في الظروف الاستثنائية، قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة عنها، على أساس المخاطر وتحمل التبعية أي حتى عند ثبوت خطأ في الإجراءات الاستثنائية المتخذة. كما سلك مجلس الدولة المصري مسلك المجلس الفرنسي، وأخضع الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية أثناء الظروف الاستثنائية لرقابته، إذ أحضعت محكمة القضاء الإداري نظام الطوارئ لرقابتها منذ إنشائها، حيث قضت في الدعوى رقم 568 لسنة 3 في 30 يونيو سنة 1952 بأن " نظام الطوارئ في مصر وإن كان نظاما استثنائيا إلا أنه ليس بالنظام المطلق، بل هو نظام - مهما كان المصدر التاريخي الذي استقاه منه المشرع - خاضع للقانون وأول حكم يشير إلى نظرية الظروف الاستثنائية، هو حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 14 ديسمبر سنة 1954 والأحداث التي صاحبت حريق القاهرة، ومدى شرعية تلك الإجراءات، وأساس مسؤولية الدولة عنها ولكنه اختلف عن مجلس الدولة الفرنسي، بالنسبة إلى مسؤولية الإدارة المترتبة على استخدام سلطتها أثناء الظروف الاستثنائية، حيث أن مجلس الدولة المصري أقامها على أساس الخطأ كقاعدة عامة، إلا في حالة واحدة فقط، هي حالة وجود نص تشريعي خاص يقرها. وبهذا فقد فرقت المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر في 13 سبتمبر سنة 1957 بين رقابة القضاء على مسؤولية الإدارة في الظروف العادية ومسؤوليتها في الظروف الاستثنائية. / أنظر: الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 127.

⁽²⁾ عبد الغني عبد الله بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 51.

الخاتمة

والحالة هذه، وقد بلغ هذا البحث المتواضع في مدلوله وفي عمله منتهاه، بفضل من الله سبحانه وتعالى وتوفيق منه، ولا أدعي أنني قد وفيت موضوع "تجسيد دولة القانون من خلال تفعيل الرقابة على أعمال الإدارة العامة" حقه كاملا، لما لهذا الموضوع من أهمية كبيرة بوصفه يشمل أهم الأفكار التي تعالج فكرة نظرية الدولة والحقوق والحريات وسيادة القانون وأوجه الرقابة على أعمال الإدارة العامة.

وقد هدفنا من خلال هذه الدراسة للوصول إلى فهم وإستيعاب معنى دولة القانون وماهي السبل والطرق الكفيلة لضمان رقابة فعالة على أعمال الإدارة العامة، وفي سبيل ذلك إستخدمنا المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن والمنهج التاريخي نظرا لما يتطلبه البحث من النظر في الآراء الفقهية والأحكام والقرارات القضائية وكذا النصوص القانونية، وذلك بهدف الوقوف على نقاط الإتفاق والإختلاف فيما بينها؛ للوصول إلى الأفكار الأساسية للبحث والربط بينها وكذا تحليل الأفكار والنظريات والمفاهيم التي تتضمن أقسام وجزئيات البحث.

وقد إشمطت الدراسة على قسمين إثنين؛ تضمن القسم الأول فكرة تجسيد دولة القانون فكان من الطبيعي أن نبحت أولا في نظرية نشوء الدولة وتطورها، وجميع الأفكار المرتبطة بها؛ بدءا من النظريات التي فسرت نشوء وظهور الدولة ككيان قانوني وسياسي، ظهر كمحصلة لصراعات ضارية، وثورات كبرى أثرت على نشوء الدولة وتطور مؤسساتها ونظم الحكم فيها وقواعد عملها.

ولما كانت الدولة محور القسم الأول حاولنا أيضا تحديد المقصود منها وذلك بأنها صورة من صور الجماعات السياسية التي لم توجد وجودا عفويا، وإنما جاء وجودها اعتبارا من أنها ظاهرة إنسانية متطورة، ظهرت ككيان سياسي نتيجة تواكب إرادات مختلفة الطبائع، ومن ثم حاولنا معرفة أثر تطور الفكر الإنساني، الثائر؛ ضد الحكم المطلق مما أفرز الدولة الحديثة التي تتمايز عن أشخاص حكامها.

إلى أن وصلنا إلى مفهوم السلطة والسيادة وما دار حولهما من نقاش حاد بين الفقهاء والمفكرين، ومدى تأثير هتين الفكرتين بتطور ونضج المجتمع السياسي، ومن ثم أضحت هذه المفاهيم تمتلك نقاءها الإصطلاحي؛ مما أثر على النظم السياسية وقواعدها وآليات عملها، بحيث لم تعد معه الدولة المعاصرة أن تقارن نسبيا بالدولة التقليدية. وعلى هذا الأساس فقد توصلنا إلى أن الدولة ليست غاية بذاتها بل وسيلة لتحقيق غاية أسمى وهي إحتضان فكرة الحقوق والحريات والحفاظ عليها، وبهذا المعنى فإنها تستعين بالقانون لتحقيق هذه الغاية. وتوصلنا أيضا إلى أن القانون هو التصوير المقبول لفكرة العدل، ومن ثم التجسيد السلمي لمعنى المصلحة العامة، ومن واجب السلطات في الدولة الإلتزام به في كل ما تأمر به وتنهى عنه، ويكون ذلك وحده هو شرط شرعيتها وهو الكفيل بضمان إحترام أوامرها ونواهيها وتنفيذ الأفراد لها طواعية وعن إقتناع.

ومن خلال البحث المستفيض توصلنا إلى أن السلطة والقانون ظاهرتان متلازمتان ومتكاملتان، فالسلطة ضرورة يفرضها الإحساس بالقانون، ثم أنها لا تستطيع أن تتعامل مع الخاضعين لها؛ إلا بالقانون وبمقتضاه، وبالنتيجة أصبح هذا التلازم والتكامل بين السلطة والقانون هو أساس ظهور مفهوم دولة القانون.

وعلى هذا الأساس؛ توصلنا إلى أن دولة القانون، هي تعبير عن تطور منظومات فكرية وثقافية، فهي تقوم على فكرة أساسية هي أن القانون لا الفرد هو الحاكم. ومن ثم كان من الواجب بحث فكرة خضوع الدولة للقانون، مما أفضى إلى إعتبار هذه الحالة أحد مظاهر سيادة القانون، ومن واجب سلطات الدولة أن تخضع هي نفسها لأحكام القانون، وهذا الإلتزام هو تجسيد لقواعد المشروعية.

ومن ثم إنتقلنا إلى بحث مقومات دولة القانون وتوصلنا إلى أن أهمها وجود دستور، ذلك أن القواعد التي يتضمنها هي التي تحدد نظام الحكم في الدولة وتبين السلطات العامة فيها وتوزع الاختصاصات فيما بينها وتحدد علاقات التعاون والرقابة بين بعضها البعض وتنص على حقوق وحرقات الأفراد وضمان ممارستها وكفالة الدولة بإحترامها؛ وأن على دولة القانون الإلتزام بأحكامه وعلى السلطتين التشريعية والتنفيذية عدم مخالفته؛ كما أن على السلطة القضائية إستبعاد أي تشريع أو تنظيم يخالفه.

وأن من مقوماتها أيضا، مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف رئيسية، موزعة على السلطات العامة الثلاث في الدولة، فتختص السلطة التشريعية بسن القوانين، والسلطة التنفيذية بتنفيذ القانون، والسلطة القضائية بتطبيق القانون. وأن الرقابة على دستورية القوانين، ضرورة قانونية وسياسية باعتبار أن إعمال هذه الرقابة من شأنه أن يلزم المشرع بضرورة إصدار تشريعات مطابقة لأحكام الدستور.

ومن ثم إنتقلنا إلى مقتضى وظيفة السلطة التنفيذية وإقتصارها في مجرد تنفيذ القوانين؛ وأن سلطاتها مقيدة باستمرار. وربما كان هذا هو المثل الأعلى فيما يتعلق بحماية الحرية الفردية، لأن مبدأ المشروعية من شأنه أن يجعل كل تقييد للحرية مرهونا بإرادة الشعب.

ونظرا لأن الإدارة لا يمكنها أن تنهض بواجباتها إلا إذا كان لها قدر معين من الحرية في إختيار الوسائل المناسبة لتحقيق أهدافها فإن المشرع والقضاء يعترفان لها ببعض الامتيازات الخاصة لمباشرة تصرفاتها، وتتجلى هذه الحرية في السلطة التقديرية. وأنها قيد يرد على المشروعية، ومن جهة ثانية يصعب العمل بالتقييد بأحكام القانون في الظروف الإستثنائية مما يبرر تحريرها من العمل بأحكام المشروعية العادية بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف، هذا

عدا عن خروج الدولة فيما تقوم به من قرارات لإعتبرات الصالح العام ولا تخضع نتيجة ذلك إلى رقابة القاضي، بحجة أنها من قبيل أعمال السيادة، مما يعد خروجاً صارخاً عن مبدأ المشروعية.

وبعد ذلك إنتقلنا إلى بحث ودراسة القسم الثاني وكان من الطبيعي أن نبحت كل أوجه الرقابة باعتبار أنه لا يكفي لحماية الحقوق والحريات، أن تتحقق سيادة القانون، لأن قيام دولة تخضع للقانون وإن كان شرطاً أساسياً لقيام الحريات العامة، إلا أنه ليس بالشرط الكافي لهذا الغرض، فلا نزاع في أن الجزء الأكد لمبدأ المشروعية والضمان الحقيقي الوحيد لإعمال هذا المبدأ، يتمثل في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة. وقد توصلنا إلى أن الجهات التي تختص بممارسة هذه الرقابة على أعمال الإدارة لا تخرج عن صور ثلاثة: الرقابة السياسية والرقابة الإدارية والرقابة القضائية.

وعلى هذا الأساس؛ تناولنا بالدراسة والتحليل، الرقابة السياسية وبيننا أنها تكون إما على شكل رقابة شعبية مباشرة، تتم من خلال الإستفتاء الشعبي أو رقابة شعبية غير مباشرة تتم عن طريق المجتمع أو وسائل الإعلام أو الأحزاب السياسية أو النقابات. أو على شكل رقابة البرلمان تستخدمها بواسطة وسائل، منها حق توجيه الأسئلة وحق الاستجواب وحق إجراء التحقيق والمناقشة.

ومن ثم تطرقنا إلى الرقابة الإدارية وبيننا أنها من عمل الإدارة نفسها تقوم بها على أعمالها، وتكون على شكل إما رقابة ذاتية تباشرها من تلقاء نفسها، أو أن تكون بناء على تظلم إداري. أو عن طريق التظلم إلى لجان إدارية خاصة أو هيئات مستقلة، بحيث إستنتجنا أن هذا النوع من الرقابة يمثل خطوة في طريق تدعيم الرقابة وتقويتها والإنتقال من صور الرقابة الإدارية إلى الرقابة القضائية. كذلك هناك الرقابة الوصائية والتي تباشرها الدولة على الإدارات اللامركزية كوسيلة للتأكد من مشروعية أنشطتها أو للتثبت من قيامها بتحقيق الأغراض التي وجدت من أجلها.

وبعد ذلك إنتقلنا إلى بحث ودراسة وتحليل الرقابة القضائية والتي من خلالها يراقب القضاء أعمال الإدارة إلغاءً أو تعويضاً أو تأديباً، ومن هنا توصلنا إلى أن السلطة القضائية هي الحامية الحقيقية للحقوق، وهي التي تعطي للقانون فاعليته وإلزاميته، إذ بغيرها لا يعدو أن يكون سوى قواعد نظرية لا يجد من يحقق لها صفة الإلزامية الأمرة، وأن للقضاء الإداري دور فعال في مجال حماية المشروعية وتجسيد دولة القانون.

وعلى ضوء ما تقدم عرضه يمكننا القول أن الرقابة على أعمال الإدارة العامة بكل أنواعها وأساليبها، طريق وإن لم يحقق كافة نتائجه ومقاصده، إلا أنه يبقى قيدياً يرد على الإمتيازات والصلاحيات الواسعة الممنوحة للإدارة في سبيل مباشرة أعمالها والتي يمكن أن تستخدمها لغير الغاية التي منحت لها هته الصلاحيات وتلك الإمتيازات، وهو ما يؤسس إلى اللبنة الأولى لتجسيد دولة القانون في واقع الشعوب، بعد أن تبنها الفكر الفلسفي والقانوني

والسياسي. أملا في أن يأتي يوم وتظهر فيه صورة "سيادة القانون" متجلية للعيان، يكسوها التجسيد العملي في ممارسة السلطة والأفراد على حد سواء.

النتائج

- بعد أن قام الباحث بدراسة موضوع تجسيد دولة القانون من خلال تفعيل الرقابة على أعمال الإدارة العامة، فإنه توصل إلى عدد من النتائج حول هذا الخصوص وهي كما يلي:
- نشوء الدولة وتطورها، لم يأتي صدفة وإنما نتاج الصراع المرير من أجل الحرية، وتطور الفكر الإنساني مما أدى بالمجتمع السياسي إلى تنظيم نفسه وخلق هذا الكيان، وكانت ضرورة حتمية لتنظيم المجتمع.
 - السلطة فكرة تستدرج الإنسان إلى البحث عن السيطرة والإعتداء على الحق بما للحاكم من سلطات واسعة.
 - فكرة السيادة من الأفكار التي تدرجت من شخص قانوني لآخر إلى أن وصلت إلى سيادة الشعب في ظل مفهوم دولة القانون.
 - الحقوق والحريات المحور الذي تدور حوله كل الأفكار والنظريات والقواعد.
 - يوجد اختلاف فقهي فيما يتعلق بخضوع الدولة للقانون، فالبعض يرى كل قاعدة تضعها بنفسها بإعتبارها صاحبة السيادة ولا توجد سلطة فوقها تعلوها تملي عليها إرادتها؛ ويرى جانب الآخر عكس ذلك.
 - يوجد اختلاف فقهي حول مصدر القاعدة التي يجب أن تخضع لها الدولة، فالبعض يرى الخضوع فقط للقواعد القانونية المكتوبة، بينما يرى البعض الآخر وجوب الخضوع للقواعد كافة سواء كانت مكتوبة أم غير مكتوبة.
 - سيادة حكم القانون أو مبدأ المشروعية يعتبر من أهم المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون، لذلك حرصت معظم النظم القانونية على إفراد باب مستقل له في الدستور أو إدراجه بصورة واضحة جلية ضمن أحد أبواب أو فصول الدستور.
 - لم تعالج بعض الدساتير موضوع مصادر مبدأ المشروعية بشكل واضح، حيث أننا وجدنا فراغ في بعض القواعد المكتوبة مثل الأنظمة التفويضية. وكذا المصادر غير المكتوبة كمبادئ القانون والأحكام القضائية، ومقدمات الدساتير والأعمال التحضيرية، ولم تحدد موقفها من اعتبارها مصدرا من مصادر المشروعية أم لا.
 - لم تبين بعض الدساتير موضوع المعاهدات والإتفاقيات التي تبرمها الدولة من حيث اعتبارها من صادر المشروعية، حيث اقتصرنا بعضها على تحديد إمكانية إنضمام الدولة لها، وكذا عدم النص على القيمة القانونية التي تتمتع بها هذه المعاهدات حال الإنضمام إليها من طرف الدولة.

- لم تحدد بعض الدساتير مصير الأحكام القضائية، من إقرارها كمصدر تفسيري؛ واكتفت بعضها بالنص على أنه يتم العمل بها؛ فقط عندما يشعر القاضي بأنه بحاجة إلى الاسترشاد والإستيضاح حول موضوع ما، دون أن توضح إلزامية الأخذ بها وإعتمادها كأحد مصادر المشروعية.
- فيما يتعلق بنتائج سحب القرارات الإدارية غير المشروعة، لم توضح النصوص القانونية -التي كانت بين أيدينا- حالة ظهور الإدارة بسلطة مقيدة أو سلطة تقديرية، حيث تختلف في المدد القانونية التي يجوز الطعن خلالها في كل من السلطة التقديرية والمقيدة.
- لم توضح بعض الدساتير موضوع أنظمة الضرورة، من حيث تقييدها بجملة من الشروط والإجراءات الواضحة والمحددة، وفي حال تخلف أحد الإجراءات كعدم عرضها على جهة نص الدستور على وجوب عرضها عليه؛ مثل عدم عرضها على البرلمان لعدم إنعقاده لسبب من الأسباب لفترات طويلة، ومنها مسألة نفاذ وسريان هذه القوانين وتمديدتها كحالة الطوارئ وغيرها، وكذا مسألة خضوعها لرقابة القضاء من عدمه.
- يوجد إختلاف فقهي حول نظرية الظروف الإستثنائية، فيرى جانب من الفقه أنها توسيع لنطاق ومجال مبدأ المشروعية، بينما يرى الجانب الآخر أنها قيد يرد على المشروعية الإدارية.
- يوجد إختلاف فقهي حول بعض الأعمال الصادرة عن الهيئة التنفيذية -مثلة في رئيس الجمهورية- على إقرارها أعمال إدارية، فالبعض يرى أنها تعتبر كذلك طبقاً للمعيار الشكلي، بينما يرى البعض الآخر أنها أعمال تشريعية ترقى إلى مرتبة القانون.
- لم تحدد بعض الدساتير موقفها من تحصيل بعض الأعمال الإدارية، فالبعض نص على عدم جواز تضمين القوانين نصوصاً تشريعية محصنة لأعمال الإدارة، في حين لم يتطرق البعض الآخر إلى موضوع التحصيل، إلا أنه نجد بعض القوانين تضمنت نصوصاً تحصن بعض الأعمال الإدارية.
- لم تحدد بعض الدساتير موقفها من أعمال السيادة، وما طبيعة المعيار المعمول به لإقرارها عملاً سيادياً، فقد تركت سلطة تحديدها للقضاء الإداري، وحسناً فعلت، وذلك لعدم الإحتجاج بكل عمل تقوم به الإدارة بكونه عملاً سيادياً. كما وجدنا بعض الأعمال عدت كذلك لإعتبرات سياسية، ولكن برأينا أنها تبقى عملاً إدارياً وجب إخضاعه لرقابة القضاء. لأن إطلاق يد الإدارة في إصدار أعمال سيادة بهذا الشكل يعد من جهة إنتهاكاً صارخاً للحقوق والحريات وأخطر قيد يرد على المشروعية، ومن جهة أخرى هي عملية تحصيل لأعمالها متدارية في ذلك وراء غطاء أنها أعمال سيادة.
- إعتاد الرقابة الشعبية ممثلة في الإستفتاء الشعبي، من جهة تمثل أسمى مظاهر الرقابة الشعبية المباشرة من طرف صاحب السيادة نفسه وهو يراقب من وضعهم نيابة عنه في إدارة مصالحه الحيوية عن طريق الإستفتاء، المتمثلة

أساسا في تحقيق الصالح العام والحفاظ على قدسية الحقوق والحريات باعتبارها الحجر الأساس لوجود الدولة، ومن جهة أخرى قد يستخدم الإستفتاء الشعبي لتمير مصالح شخصية، وبالتالي يفرغ من مضمونه ويصبح أداة لإضفاء الشرعية على بعض الأعمال التي تقوم بها الإدارة العامة، وذلك نتيجة نقص وعي بعض الشعوب لاسيما الشعوب في الدول المتخلفة، لأن مصداقية الإستفتاء مرتبطة أساسا بمستوى الوعي الشعبي، وغنى عن البيان العوامل المؤثرة في تدني مستوى وعي الشعوب.

- التطبيق العملي للرقابة الشعبية غير المباشرة، في أي نظام سياسي يعتمد على تبني أسس الديمقراطية ومبادئها، لتحقيق أهدافها، حتى نصل للغاية المبتغاة منها؛ لأن الغرض الرئيسي، هو التحقق من التطبيق السليم للقواعد الدستورية والتشريعية؛ وتحسين فاعلية عمل الإدارة وليس تشويه أو عرقلة العمل السياسي والقانوني للحكومة.

- تتمتع رقابة الرأي العام ووسائل الإعلام بأهمية كبيرة في كشف أخطاء وتجاوزات الإدارة، وتبيان القصور الذي يعتري أعمالها، مما يحرك الرأي العام، أو يجبر الحكومة على تصحيح مسارها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن إستخدامها لخدمة مصالح جهات معينة وهي بذلك تحيد عن الهدف أو الغاية والإلتزام القانوني والأخلاقي والسياسي الواقع على عاتقها؛ في أنها تقوم بعمل حيادي يهدف إلى تبيان حقيقة الأمور وإظهارها للرأي العام، وأن تكون كافة أعمالها لخدمة مصالح الشعب وحده دون غيره.

- الأحزاب السياسية تقوم برقابة فعالة على أعمال الإدارة العامة، ولكن قد تكون لأسباب واعتبارات سياسية في بعض الأحيان سببا في توتر العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية؛ وماله من إنعكاسات على إستقرار الأوضاع السياسية في الدولة هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يعمل الحزب في دائرة ضيقة تخدم مصالح جهات معينة، وهو بهذا يجحد عن سبب وجوده في أنه يخلق قاعدة شعبية واعية سياسيا هدفها من وراء ذلك تجسيد الأفكار والرؤى والقيم التي يؤمنون بها للوصول إلى سدة الحكم بالطرق الديمقراطية.

- يقوم البرلمان بدوم هام وجددي في رقابته على أعمال الإدارة العامة في بعض الدول التي تعتمد النظام البرلماني القائم على أساس الفصل المرن بين السلطات، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى في بعض الدول نجدها مؤسسة دستورية مفرغة من معظم صلاحياتها الدستورية وتخدم وتابعة لأهواء السلطة التنفيذية وتخدم مصالحها هادفة من ذلك الحفاظ على وجودها وخوفا من لجوء الهيئة التنفيذية إلى إستخدام صلاحياتها الدستورية في حل البرلمان.

- رقابة البرلمان وإن أعمدت في كثير من الأحيان فإنها لا تلمس كافة الأعمال الصادرة عن الإدارة، فتقتصر رقابتها على البعض دون البعض الآخر.

- قوة الرقابة السياسية تساهم في فاعلية وقوة الرقابة القضائية.

- الرقابة الإدارية هي رقابة مشروعية وملاءمة، فالإدارة والحالة هذه تصحح نفسها بنفسها.
- الرقابة بناء على تظلم تعد رقابة فعالة تسمح للإدارة بمراجعة نفسها دون لجوئها للقضاء مضطرة لتصحيح أعمالها من جهة ومن جهة أخرى تدفع عن المتظلم صاحب المصلحة في مراجعة القرار الإداري عناء الإيداع القضائي لما فيه من تعقيد في الإجراءات وطول مدة الفصل في النزاع.
- الرقابة الوصائية في بعض الدول مشددة وهذا ما يقوض فكرة اللامركزية الإدارية من جهة ويحد من استقلاليتها من جهة أخرى.
- تنص بعض الدساتير على إنشاء هيئة مستقلة لرقابة أعمال الإدارة العامة، وتعتبر خطوة مهمة في تفعيل الرقابة الخارجية؛ لإكتشاف مواطن الخلل باعتبار أن من يمارسها أشخاص أكفاء وذوي خبرة عالية في المجال الإداري والقانوني والمالي، إلا أنها تبقى تابعة للهيئة التنفيذية من خلال تعيين رئيسها من طرف رئيس الدولة، ومثال ذلك مجلس المحاسبة الجزائري، الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد في الجزائر.
- للرقابة القضائية على أعمال الإدارة أهمية كبيرة بوصفها الضمان الأكبر لحماية مبدأ المشروعية وتوكيد سيادة القانون في علاقة الحاكم بالمحكوم، وبالتالي صيانة وضمأن حقوق الأفراد وحررياتهم العامة.
- التشريعات التي تنظم أسلوب الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروف المكان والزمان، ونظام الحكم في الدولة ومدى تقدمها، تسمح هذه التشريعات للقضاء بفرض رقابة شاملة على كافة أعمال الإدارة.
- الرقابة القضائية في ظل نظام القضاء المزدوج أيسر وأسهل في الوصول للعدالة منه في ظل نظام القضاء الموحد، وذلك لما يتميز به من قدرة في حسم النزاعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد لإطلاعه الواسع في هذا المجال، نظرا لتخصصه في نوعية هذه المنازعات وفهمه لمشاكل الإدارة وفقا لكل الظروف، وفي جميع الحالات.
- ليس بالتشريع الجيد وحده يمكن الوصول إلى أفضل النتائج العملية، وإنما بالمناخ الديمقراطي الذي يسود الدولة، والذي يتمتع فيه القضاء بالإستقلال، بما يخدم مبدأ المشروعية لضمأن حقوق الأفراد وحررياتهم.
- التشريع قد يكون مثاليا، ولكن عند التطبيق العملي تبقى هذه المثالية في إطار النصوص النظرية، كما لو قرر الدستور مثلا أن الإمتناع عن تنفيذ أحكام القضاء جريمة جزائية ويرتب مسؤولية الإدارة، وكانت سيئة النية وامتنعت عن تنفيذها متضرعة بأعذار واهية.

التوصيات

بعد التوصل إلى النتائج السابق بيانها، ومن خلال هذه الدراسة والوقوف على أهم البنود فيها، فإن الباحث يوصي بما يلي:

- تضمين بعض الدساتير فيما يتعلق بالقوانين المؤقتة وسريانها، سواء عرضت على البرلمان أم لم تعرض، تحديد الموقف النهائي من المدة الزمنية التي تظل هذه القوانين صحيحة بموجبها إذا لم تعرض على البرلمان لأسباب تعود غالبا إلى غياب البرلمان عن الإنعقاد لفترات طويلة.
- تضمين بعض الدساتير البنود المتعلقة بأحكام وشروط إعلان حالة الطوارئ، وفيما يتعلق بالمدد القانونية التي يجوز إستمرارها خلالها، وتوضيح الوضع القانوني إذا إنتهت هذه المدد ولم تنتهي حالة الطوارئ.
- العمل على تضييق نطاق أعمال السيادة بكافة السبل.
- إعادة النظر في القوانين التي تحصن أعمال الإدارة والنص على عدم جواز تحصينها في الوثيقة الدستورية.
- تفعيل دور رقابة وسائل الإعلام، وتشجيع حرية الرأي بتوفير جميع الوسائل المناسبة لذلك، والعمل على إيجاد رابطة بين رقابة وسائل الإعلام وبين الحكومة.
- توفير كافة الإمكانيات والصلاحيات للهيئات المستقلة أو اللجان الإدارية المكلفة بالرقابة الخارجية على أعمال الإدارة، لاسيما إضفاء صفة الإلزامية على قراراتها، وتوسيع صلاحياتها لتشمل كافة أعمالها.
- الإستقلال العضوي والهيكلية للقضاء عن باقي سلطات الدولة بما فيها رئيس الدولة.
- تفعيل دور لجان الرقابة الداخلية لكل جهة إدارية، للتأكد من مدى مطابقة أعمال الإدارة لقواعد المشروعية.
- تعزيز الدور الرقابي لمؤسسات المجتمع المدني والإستفادة من تقاريرها على أن تكون مستندة إلى معلومات صحيحة وحقيقية.
- تفعيل الأنظمة الرقابية في الدولة كافة، الإدارية والسياسية والقضائية، حتى نستطيع القول حقا بأن الشعب مصدر السلطات وصاحب السيادة.
- كان من الأجدر - في بعض النظم - الفصل التام من الناحية الإجرائية بين المنازعة الإدارية والمنازعة التي تخضع للقضاء العادي بدلا من تخصيص كتاب للإجراءات الإدارية ضمن قانون الاجراءات المدنية. خاصة وأن المنازعات الإدارية تتمتع بجملة من الخصوصيات بالنظر لأطرافها أو موضوعها وقصد تكريس الإزدواجية فعلا . فتخصيص قانون مستقل للإجراءات الإدارية يسمح بوضع قواعد إجرائية أكثر ملاءمة وأكثر إحكاما.

وبالله التوفيق والله المستعان.

تم البحث بإذن الله.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1 - باللغة العربية

- القواميس

- أحمد بن محمد علي المغربي الفيومي، المصباح المنير، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1909.
- أحمد سعيان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، عربي- إنجليزي- فرنسي، مكتبة لبنان، ناشرون، ط 01، 2004.
- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، ط3، ج11، بيروت، 1414هـ.
- إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، 2002 .
- عبدالوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، الجزء الثالث، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، (د.ت.ن).
- الجرجاني، الشريف علي بن محمد، التعريفات، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

- كتب عامة

- أنور رسلان، الديمقراطية بين الفكر العربي والفكر الاشتراكي، القاهرة، 1971.
- إحسان حميد المفرجي، كطران زعير نعيمة، رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1990.
- إسماعيل صبري مقلد، دراسات في الإدارة العامة، طبعة2، دون مكان طبع، الكويت، 1980.
- أندري هورويو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ط2، 1977.
- أحمد حافظ نجم، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، 1997.
- أحمد صقر عاشور، الإدارة العامة، دراسة مقارنة، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1985.
- إبراهيم إمام، العلاقات العامة والمجتمع، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1968.
- الطهراوي هاني، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة، بدون طبعة، عمان، 2001.
- الأسود صادق، علم الاجتماع السياسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1973.
- السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، المطبعة العالمية بالقاهرة، الطبعة للرابعة، 1949.
- الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة الأموية، بيروت، 1978.
- الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- الذنبيات محمد جمال مطلق، موجز في القضاء الإداري الأردني، الطبعة الأولى، دار العلوم، عمان، 2005.
- المشهداني محمد كاظم، القانون الدستوري، بدون بلد نشر، المكتب العربي الحديث، 2007.
- الشافعي أبو راس محمد، القضاء الإداري، طبعة1، مكتبة النشر، جامعة الزقازيق، (د.ت.ن).
- بطرس غالي والدكتور خيرى عيسى، المدخل في علم السياسة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1989.
- توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، جزء أول، طبعة أولى، دار النشر للجامعات المصرية، 1954.

- ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة، 2002.
- جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- جورج فوديل، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء 2، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001.
- جورج شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- جورج حنا، ضجة في صف الفلسفة، دار الثقافة، بيروت، 1952.
- حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، (د.ت.ن).
- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الأولى، دمشق، 2009.
- خليل هيكل، بناء وتنظيم الدولة في الأنظمة المعاصرة والنظام الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، 1999.
- داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- دويكات غازي، القانون الدستوري، مكتبة الشروق، ب ط، نابلس، (د.ت.ن).
- روبرت م. ماكيفر، ترجمة الدكتور حسن صعب، تكوين الدولة، دار العلم للملايين، الطبعة الثانية، بيروت، 1974.
- راضي مازن ليلو، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، 2005.
- رجب عبد الحميد، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- صبحي الحمصان؛ الدستور والديمقراطية، دار العلم للملايين، بيروت، 1992.
- صدوق عمر، تطور التنظيم القضائي الإداري في الجزائر، ط 1، تيزي وزو، 2001.
- عبد الوهاب محمد رفعت، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ت.ن).
- عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري النظرية العامة للمشكلة الدستورية ماهية القانون الدستوري الوضعي، مطابع دار الكتاب العربي، طبعة ثانية، مصر، 2004.
- عبد الرحمن أبو النصر، قانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، مكتبة القدس، غزة، 2012.
- عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1974.
- عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2001.
- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- عبد الكريم فتحي، الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ط 2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1984.
- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، (د.ت.ن).
- عباس زيون العبودي، تاريخ القانون، دار الحكمة للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1989.
- علي يوسف الشكري، حقوق الانسان بين النص والتطبيق، دار صفاء للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2011.
- علوان عبد الكريم، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- عثمان حسن عثمان محمد، دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، 1989.
- عادل محمود حلمي، الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1973.
- عمر صدوق، دروس في الهيئات المحلية، د. م. ج، الجزائر، 1988.
- عزيز السيد جاسم، فلسفة (هيغل)، الحرية والثورة الناقصة، المؤسسة العربية للنشر، بيروت، 1971.
- فتحي فكري، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة لدستور 1971)، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- قزول محمد أكلي، دروس في الفقه والنظم السياسية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- كمال الغالي، مبادئ، القانون الدستوري والنظم السياسية، المطبعة الحديثة، دمشق، 1972.
- كامل خورشيد مراد، مدخل إلى الرأي العام، دار المسيرة، عمان الأردن، 2012.
- كامل بربير، نظم الإدارة المحلية-دراسة مقارنة-، المؤسسة الجامعية للنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 1996.
- كروزيه موريس، تاريخ الحضارات العام، المجلد الرابع، منشورات البحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت، باريس، طبعة 2، 1982.
- محيي الدين عبد الحلیم، الرأي العام في الإسلام، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008.
- متولي عبد الحميد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دار المعارف، القاهرة، ط6، 1975.
- موريس دوفرجيه، ترجمة جورج سعد، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992.
- ماهر جبر نصر، الأصول العامة للقانون، جامعة المنصورة، 2002.
- مصطفى عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري، النظم السياسية المقارنة، الكتاب الأول والثاني، ط2، 1984.
- مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- محمد عبد المعز نصر، في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، 1981.
- محمد حافظ غانم، القانون الدولي العام، مطبعة نخبضة، مصر، 1964.
- _____، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة نخبضة، مصر، 1964.
- محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون، ط6، بدون دار نشر، القاهرة، 2008.
- محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، الجزء 2، ط2، م.ق، دار المعارف، 1965.
- محمد عبد العزيز نصر، في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، 1981.
- محمد وليد العبادي، الموسوعة الإدارية، القضاء الإداري، ج1، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، م.و.ن.ت، ط1، عمان، 2008.
- محمود شريف بسيوني وآخرون، حقوق الإنسان، م3، دار العلم للملايين، لبنان، 1989.
- محمود حلمي، موجز مبادئ القانون الإداري، دار الفكر، القاهرة، 1978.
- محمود وعبد المنعم سلامة، أصول الإدارة والتنظيم، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1987.
- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1965.
- ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2010.
- نورى لطيف، القانون الدستوري والنظم الدستوري في العراق، مطبعة علاء، الطبعة الأولى، بغداد، 1979.

— كتبه متخصصة

- أحمد رجب محمود، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- أوصديق فوزي، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.
- إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ الأنظمة السياسية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1972.
- _____، القضاء الإداري- مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري-، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- _____، القانون الإداري، دار الثقافة، بدون طبعة، عمان، 1994.
- _____، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

- _____، مبادئ الأنظمة السياسية-الدول والحكومات-، الدار الجامعية، بيروت، 1982.
- _____، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري-تحليل النظام الدستوري المصري-، دار المعارف، الإسكندرية، (د.ت.ن).
- أحمد مرغني خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، جزء أول (مجلس الدولة وقضاء الإلغاء)، د.د.م.ن، 1989.
- إمام محمد عبده، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة-دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، (د.ت.ن).
- إيهاب زكي سلام، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب، القاهرة، 1983.
- أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة العامة على القاهرة، (د.ت.ن).
- أحمد محيو، ترجمة محمد حرب صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979.
- _____، المنازعات الإدارية، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- _____، ترجمة فائق ويوض خالد، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، 2008.
- أحمد نجم حافظ، القانون الإداري-دراسة مقارنة لتنظيم ونشاط الإدارة العامة- أساليب الإدارة العامة وامتيازاتها-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (د.ت.ن).
- الوكيل محمد إبراهيم خيرى، التظلم الإداري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012.
- العقيلي إبراهيم سالم، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، ط1، عمان، دار قنديل للنشر، 2008.
- السيد عبد الحميد فودة، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- بسسيوني إبراهيم حمادة، الرأي العام وأهميته في صنع القرار، م.إ.د.ب.إ، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2002.
- بوحميده عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري (تنظيم عمل و اختصاص)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- تحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، الأردن، الطبعة الأولى، عمان، 1997.
- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1970.
- _____، النظم السياسية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1964.
- _____، أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
- جدي مدحت النهري، الإدارة المحلية بين المركزية واللامركزية -دراسة تطبيقية تحليلية لنظام الإدارة المحلية في جمهورية مصر العربية-، مكتبة الجلاء الحديثة، مصر، 2001.
- جان ويليام ليار، ترجمة تحقيق إلساس حنا إلياس، السلطة السياسية، الطبعة الثانية، عويدات للنشر والطباعة، 2018.
- حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، لبنان، 1988.
- _____، النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- حمدي عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي، دار الفكر العربي، 2010.
- حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، د.ف.ج، الاسكندرية، 2010.
- حسين مصطفى حسين، الإدارة المحلية المقارنة، الطبعة الثانية، د. م. ج، الجزائر، 1998.
- حسن السيد بسويوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، عالم الكتب، القاهرة، 1981.
- خرباشي عقيلة، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

- _____، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بعد التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 .
- رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1998.
- _____، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، بدون طبعة، جامعة عين شمس، الرباط، 2005.
- _____، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1994.
- _____، الرقابة على أداء الجهاز الإداري-دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية-، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1994.
- رمزي طه الشاعر، الأيديولوجية وأثرها في الأنظمة السياسية المعاصرة، مطبعة عين شمس، 1979.
- _____، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1965.
- _____، الوجيز في القانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975.
- _____، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1982.
- رباط آدمون، محاضرات في القانون الدستوري، مطبعة بالرونو، بيروت، 1960.
- _____، الوسيط في القانون الدستوري العام، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1968.
- رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.
- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.
- _____، قانون المنازعات الإدارية-شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. (د.ت).
- راغب جبريل خميس، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009.
- رفعت صبري سلمان البياني، حقوق الانسان في دساتير العالم العربي، دار الفريابي، الطبعة الاولى، بيروت، 2013.
- سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة الإسكندرية، 1990.
- _____، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- _____، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
- _____، الرقابة على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، منشأة الإسكندرية، الإسكندرية، (د.ت.ن).
- _____، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- _____، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المعارف الاسكندرية، د.ط، 2005.
- _____، المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
- _____، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، (د.ط)، منشأة المعارف، القاهرة، 1982.
- _____، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية. (د.ت).
- _____، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية. (د.ت.ن).
- _____، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، "مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري"-دراسة مقارنة-، د.ط، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003.
- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1955.
- _____، القضاء الاداري، الكتاب الأول، دار النشر العربي، القاهرة، مصر، (د.ت.ن).

- _____، الوجيز في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، 1975.
- _____، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1976.
- _____، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1966.
- _____، النظم السياسية والقانون الدستوري-دراسة مقارنة-، (د.ط)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
- _____، النظرية العامة للقرارات الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، 1966.
- _____، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- _____، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1995.
- _____، الوجيز في القضاء الإداري، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974.
- _____، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، طبعة 7، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- _____، وعثمان خليل، القانون الدستوري، د.م.ن، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1953.
- _____، ومحمود عاطف البنا، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- _____، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1986.
- سعاد الشراقوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1982.
- _____، المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، دار المعارف، القاهرة، 1973.
- _____، النظم السياسية في العالم المعاصر، تحديات وتحولات، دار النهضة العربية، 2002.
- _____، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.
- _____، وعبد الله ناصف، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، تحرير الاقتصاد ودستور 1994، سنة 1971.
- سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة التاسعة، 2008.
- _____، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1990.
- _____، النظام السياسي الجزائري-دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996- السلطة التشريعية والمراقبة -، د.م.ج، الجزائر. (د.ت.ن).
- سعد عصفور، القانون الدستوري، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1954.
- _____، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
- _____، القانون الدستوري "الجزء الأول"، دار المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1994.
- _____، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري- قرارات المحكمة العليا- قرارات مجلس الدولة-، الجزء الثاني، 2013.
- _____، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري- قرارات المحكمة العليا- قرارات مجلس الدولة-الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2013.
- سمير خيرى توفيق، مبدأ سيادة القانون، دار الحرية، بغداد، 1978.
- سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الانسان وحرياته، مطابع شتات مصر، 2011.
- سعاد بن سريّة، مركز رئيس الجمهورية في تعديل 2008 (د.ط)، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- سلام إيهاب زكي، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب، القاهرة، 1983.
- سليمان صالح الغويل، ديمقراطية الأحزاب السياسية والجماعات الضاغطة-دراسة تحليلية في ضوء قوانين دستورية مقارنة-، ط1، منشورات جامعة قارونس، ليبيا، 2003.

- سامي عبد الصادق، أصول الممارسة البرلمانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982.
- شطناوي علي خطار، دراسات في القرارات الإدارية، مطبعة الجامعة الأردنية، ب، ط، عمان، 1998.
- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.
- طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، الكتاب الثاني، 1966.
- _____، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1976.
- _____، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1964.
- عمار عوابدي، القانون الإداري "النشاط الإداري"، الجزء الثاني، د.م.ط، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2008.
- _____، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2009.
- _____، دروس في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- _____، القانون الإداري، المؤسسة الوطنية للكتاب، و.د.م.ج. الجزائر، 1990.
- _____، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
- _____، مبدأ الديمقراطية الإدارية وتطبيقاته في النظام الإداري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- _____، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- _____، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- _____، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- _____، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثالث، نظرية الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، د. م. ج، الجزائر، 2003.
- عمار بوضياف، المرجع في تحرير النصوص القانونية والوثائق الإدارية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- _____، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، 1999.
- _____، التنظيم الإداري في الجزائر بين النظرية والتطبيق، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.
- _____، دعوى الإلغاء في قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- _____، الوجيز في القانون الإداري، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007.
- _____، القضاء الإداري في الجزائر-دراسة وصفية تحليلية مقارنة-، طبعة معدلة طبقاً ل-ق.إ.م.إ، ج.ن.ن، ط2، 2008.
- _____، الوسيط في قضاء الإلغاء-دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر وفرنسا وتونس ومصر-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية وأسس التنظيم السياسي، الدار الجامعية، بيروت، 1984.
- _____، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
- _____، النظم السياسية، النظرية العامة للدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، د.ط، 2006.
- _____، المبادئ العامة للقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1985.
- _____، القضاء الإداري اللبناني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- _____، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
- عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط5، مطبعة جامعة دمشق، 1996.
- عبد الحميد متولي، الإسلام ومبادئ نظام الحكم في الماركسية والديمقراطيات الغربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.

- _____، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- _____، الحريات العامة، د.د.ن، 1975.
- _____، أزمة الأنظمة الديمقراطية، دار العطلال، الإسكندرية، 1954.
- _____، والدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، 1980.
- _____، الشورى والديمقراطية النيابية-دراسة تحليلية وتأصيلية لجوهر النظام النيابي (البرلمان) مقارنة بالشرعية الإسلامية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- _____، القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- عبد الله بوقفة، الوجيز في القانون الدستوري، (نشأة-فقهها-تشريعها)-دراسة تحليلية نظرية وتطبيقية-، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- _____، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، دار الهدى، عين مليلة، (د.ت.ن).
- _____، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- عبد الله المرسي، سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية، المكتب المصري الحديث للطباعة، 1972.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري- دراسة فقهية مدعمة بأحداث أحكام مجلس الدولة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط5، جامعة دمشق، دمشق، (د.ت.ن).
- عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 1984.
- عبد الباسط محمد فؤاد، أعمال السلطة الإدارية، ب.ط، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1989.
- عبد الكريم محمد السري، الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الجمهورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- عبد العزيز محمد سلمان، الحماية الدستورية لحرية الرأي في الفقه والقضاء الدستوري، ط2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2014.
- _____، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، (د.ت.ن).
- عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، (د.ت.ن).
- عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- عثمان خليل عثمان، المبادئ الدستورية العامة، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1956.
- _____، النظام الدستوري المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956.
- عصام علي الدبس، القانون الدستوري والنظم الدستورية، دار الثقافة للنشر، الأردن، ط1، 2014.
- _____، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2010.
- علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ط1، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
- _____، الإدارة المحلية، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2002.
- _____، القضاء الإداري الأردني، مطبعة كنعان، عمان، 1995.
- علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1982.
- عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، د.ط، 2009.
- عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري-دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009.

- عصمت سيف الدولة، النظام النيابي ومشكلة الديمقراطية، دار الموقف العربي، 1991.
- عباس عمار، الرقابة البرلمانية على عمل الحكومة في النظام الدستوري الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- عصمت الشيخ، النظام القانوني لحرية إصدار الصحف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2009.
- _____، الوافي في شرح القانون الدستوري، ط1، ج3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1974.
- _____، رقابة القضاء لأعمال الإدارة- دراسة لأصول هذه الرقابة ومدى تطبيقاتها في القانون الوضعي-، ط1، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1959.
- فارس عمران، التحقيق البرلماني في مصر والولايات المتحدة ولحمة عنه في بعض الدول العربية، مجموعة النيل العربية، القاهرة، 1999.
- فرحان نزال المساعيد، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام النيابي الأردني، دار وائل للنشر، ط01، عمان، 2011.
- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، ج 4، 2012.
- _____، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، ج 2، 2012.
- _____، قانون الإجراءات الإدارية-دراسة قانونية تفسيرية-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- _____، دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، ط4، دار هومة، الجزائر، 2009.
- _____، المنتقى في القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- _____، أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، (د.م.ج)، الجزائر، 1986.
- _____، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (الهيئات والإجراءات أمامها)، الجزء الثاني، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- _____، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2005 .
- محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1973.
- _____، القضاء الإداري " تنظيم القضاء الإداري في لبنان دعوى القضاء الشامل"، الدار الجامعية، (د.ت.ن).
- _____، القانون الدستوري والنظم السياسية، بيروت، 1987.
- _____، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، 1959.
- منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية، دار وائل، الأردن، الطبعة الأولى، 2003.
- ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- _____، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- _____، الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 1973.
- _____، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
- _____، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط5، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

- ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2007.
- _____، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية-دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة-، ط1، مكتبة سعيد رافت، جامعة عين شمس، 1990.
- مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- _____، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، بيروت، 1968.
- _____، النظم السياسية-الدولة والحكومة-، دار النهضة العربية، بيروت، 1969.
- _____، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، بيروت، 1970.
- _____، المبادئ الدستورية العامة والنظم السياسية، دار الفكر العربي، ط1، دمشق، 1958.
- _____، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دار الفكر العربي، طبعة 01، (د.ت.ن).
- محمد مرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج1، مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، د.د.ن، 1989.
- محمد صلاح السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- _____، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان وأهم الأنظمة الدستورية والسياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- محمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- _____، رقابة دستورية القوانين- المبادئ النظرية والتطبيقية الجوهرية-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- _____، القانون الدستوري، منشأة المعارف، ط2، الإسكندرية، 1990.
- _____، والدكتور إبراهيم عبد العزيز الشيخ، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعة الجامعية، 1998.
- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009.
- _____، الوجيز في المنازعات الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، طبعة مزيدة ومنقحة، 2005.
- _____، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004.
- محمد عبده إمام، القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري-دراسة تحليلية مقارنة-، دار النهضة العربية القاهرة، 2004.
- _____، القرار الإداري "التعريف والمقومات-النفذ والإقضاء"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- _____، أعمال السلطة الإدارية-القرار الإداري-العقد الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1989.
- محمد فتوح محمد عثمان، "رئيس الدولة في النظام الفدرالي"، الهيئة المصرية للكتاب، د.د.ن، 1977.
- محمد عبد القادر حاتم؛ الرأي العام وتأثره بالإعلام والدعاية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1993.
- محمد أبو زيد، توازن السلطات ورقابته، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2003.
- محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)-دراسة مقارنة-، الكتاب الثاني، (د.د.ن)، 1968.
- محمد باهي أبو يونس، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في النظامين المصري والكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002 .
- محمود الديقاموني عبد العال، الرقابة السياسية والقضائية على أعمال الإدارة المحلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- (د.ت.ن).
- محمود حافظ، القضاء الاداري -دراسة مقارنة-، القاهرة، 1966.

- _____، القرار الإداري- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، (د.ت.ن).
- محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ط2، القاهرة، 1992.
- _____، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة العامة، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، القاهرة، مصر، 1974.
- نبيلة عيد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، القضاء الدستوري، دار النهضة لعربية، 2002.
- نعمان عطا الله الهيبي، الرقابة على الحكومة، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، 2007.
- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998.
- _____، قانون الإدارة المحلية-الحكم المحلي في الأردن وبريطانيا-، ط1، دار الثقافة، 2004.
- هاني الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- وهيب عياد سلامة، التدابير الداخلية، منشأة المعارف، القاهرة، 1973.
- وسيم الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- وسيم حسام الدين الأحمد، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، 2008.
- _____، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ت.ن).
- _____، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- _____، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، (د.ت.ن).
- وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي - دراسة مقارنة-، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

2- باللغة الفرنسية

- André De Laubadère, Traité Elémentaire de Droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1966.
- _____, Venezia. J, Traité de Droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1999.
- _____, Traite de Droit Administratif, paris, 1984.
- _____, Traite de Droit Administratif, L.G.D.J, 8^e Ed, Paris, 1980.
- _____, Y. Gaudemet, Traité Droit Administratif, T.1, 16^e Ed, Paris, 1999.
- Ahmed Mahiou, les Collectivités Locales en Algérie, Annuaire de l'A.N, 1969.
- Acques. D, les Actes de la tutelle Administrative en Droit Belge, Bruxelles, 1955.
- Burdeau. G, les libertés publiques, 4^e Ed, L.G.D.J, Paris, 1972.
- _____, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, L.G.D.J, Paris, 1970.
- _____, Par François. H et Michel. T, Manuel de Droit Constitutionnel, 1988.
- _____, Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 2^e Ed, Paris, 1984.
- B. Oppetit, Philosophie du droit, Dalloz, Collection Précis, 1999.
- Brahimi Brahim, Le Droit à L'information à L'épreuve du Parti Unique et de L'état D'urgence, Imprimerie Eurl ITGS, Kouba, Alger, 2002.
- Bounard-Rouger, Precis de Droit Administratif, L.G.D, Paris, 1943.
- Barthelemy Joseph et Duez Paul, Traite De Droit Constitutionnel, Economica, Paris, 1985.
- Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, T1, 2^e Ed, Paris, 1920.
- _____, La Theorie de la Formation du Droit par Degrés, 1993.

- Chagnollaude Dominique, Droit Constitutionnel Contemporain, T.1, Théorie Générale, Les Régimes Etrangers, 3^e Ed, Paris, Edition Armand Colin, 2003.
- C. Esenmann, le Droit Administratif et le Principe de Légalité, E.D.C.E, n° 11.
- Castagné Jean, le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes de la Police Administrative, L.G.D.J.C, R .D.P, n°05, 2000.
- Christine Rouault, Droit Administratif, Gualino Editeur, 4^e Ed, Paris, 2007.
- Charles Debbash, Science Administrative, 2^e Ed, Dalloz, Paris, 1972.
- Duguit Léon, Traité de Droit Constitutionnel, T.1, Paris, 1928.
- —————, Traité de Droit Constitutionnel, Dalloz, Paris, France, 1968.
- Duez. P et Barthelemy. J, Traite de de Droit Constitutionnel, Economica, Paris, 1985.
- ———, Les actes de gouvernement, Paris, Sirey, 1935.
- Dominique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, Montchrestion, 4^e Ed, Paris, 1995.
- Favoreu Louis et Autre, Droits et Libertés Fondamentales, 2^e Ed, Paris, 2002.
- François Terré, Sur la Notion de Libertés et Droit Fondamentaux, L.D.f, 8^e Ed, 2002.
- François. L, la Protection Constitutionnelle des Droits et des Libertés, Economica, France, 1987.
- Giquel. J et Hauriou. A, Droit Constitutionnel Et Institutions, 1^{er} Ed, Montchrestien, 1985.
- Gaxie, Daniel, La Démocratie Représentative, 3^e Ed., Paris, Montchrestien, 2000.
- G.Vedel et P. Delvolve, Droit Administratif, P.U.F, Paris, 12^e Ed, 1980.
- ———, Droit Administratif, P.U.F, Paris, 1968.
- ———, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 1960.
- G. Peiser, Droit Administratif (Contentieux Administratif), 14^e Ed, M.D, Paris, 1989.
- Gilles. C, l'Essentiel du Droit Constitutionnel, 12^e Ed, Gualino ,Paris, 2002.
- G. Beria, l' Application de l' Article 16 de la Constitution et les Rapports Entre le Parlement et le Gouvernement, R.D.P, 1961.
- Ghazali. N, et Benouniche. M, Politique Extérieur de l'Algérie à Travers la Charte Nationale et la Constitution, R.A.S.J.E.P, V15,n°03, Alger, 1978.
- Ghaouti. S, et Etien. B, La Légalité D'exception Dans la Constitution Algérienne du 22 Novembre 1976, R.A.S.J.E.P, n °4, 1978.
- Hauriou. A et Jean.G et Patrice.G, Droit Constitutionnel et Institutions Politique, 1975.
- ———, et Sfèz. L, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Ed Montchrestien, Paris,1972.
- Hélène. S, l'Essentiel du Droit Constitutionnel, 2^e Ed, Ellipses, France, 2011.
- Jean Rivero, Droit Administratif, 6^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1980.
- ———, Droit Administratif, Paris, 1985, P.236.
- ———, Les Libertés Publiques, P.U.F, Paris,1973.
- ———, et Hugues. M, Libertés publiques, T.1, P.U.F, 2002.
- Pacteau. B, Contentieux Administratif, P.U.F, 6^e Ed, Paris, 2002.

- Jaque Chevallier, l'Etat de droit, Montchrestien, Paris, 1992.
- Jean Morange, Libertés Publiques, les Droits de L'homme, T.1, Paris, P.U.F, 1991.
- Jacques. F et Eric. Mi et Alexandre. G, Libertés et droits fondamentaux, 2^è Ed, Ellipses, Paris, 2012.
- Jean Marie Pontier, Droits Fondamentaux et Libertés Publiques, 5^è Ed, H.S, Paris, 2003.
- J. Chevallier, la Dimension Symbolique du Principe de Légalité, RDP, 1990.
- Jacqueline. M.D, Cours de Droit Administratif, Montchrestien, 6^è Ed, Paris, 1999.
- Jaque. J, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3^è Ed, Paris, Dalloz, 1998.
- Louis. F et Ali, Droit des Libertés Fondamentales, Ed. Dalloz, C.P, 2000.
- L. François, La Protection Constitutionnelle des Droit et des Libertés, Economica, Paris, 1987.
- Mohamed Boussoumah, La Parenthèse des Pouvoirs Publics Constitutionnels de 1992 à 1998, O.P.U, Alger, 2005.
- Martine Lombard, Droit Administratif, 3^e Ed, Paris, 1999.
- Marcel Waline, Traité de Droit Administratif, 9^è Ed, Paris, 1963.
- Maspetiol et Laroque, la Tutelle Administrative, Paris, 1930.
- M. Gentot, Les Autorités Administratives, 2^e Ed, Montchrestien, E.J.A, paris, 1994.
- Madiot Yves, Droit de L'homme et Libertés Publiques, Ed Masson, 1976.
- Morange. G, Le Contrôle des Décisions Prises au Titre de L'article 16, Dalloz, 1962.
- Marie Joëlle, de l'Etat Légal à l'Etat de Droit, Economica, Paris, 1992.
- Nassar Nassif, La Pensée Réaliste Ibn Khaldoun, P.U.F, Paris, 1967.
- Prelot. M, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 1963.
- Patrick. J, Cours de Droit Administratif, P.U. L, 1994.
- Paul. L, L'organisation Constitutionnelle et les Crises, L.G.D.J, Paris, 1966.
- R. Chapus, Droit du Contentieux Administratif, 12^è Ed, Montchrestien, 2006.
- ———, Droit Administratif Général, T.1, 15^e Ed, Montchrestien, 2001.
- R. Tlemçani, Elections et Elites en Algérie, Chihab Edition, Batna, Algérie, 2003.
- Roland. D, L'état d'urgence (Lois des 3 Avril et 7 Août 1955) et Libertés Publiques, R.DP, 1955.
- Ricci. J et B. Jacques et Ponter. J et E. Charels, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Economica, 2^e Ed, Paris, 1986.
- Turpin Dominique, droit Constitutionnel, P.U.F, 1992.
- Yves. P et G. Drago et B. François et N. Moflions, le Conseil Constitutionnel Protégé-t-il Véritablement les Droits de L'homme, la Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Economica, Paris, 1999.
- Zoller Elizabeth, Droit Constitutionnel, Puf, 2^e Ed, Paris, 1999.

ثانياً: المقالات

1 - باللغة العربية

- أحمد فتحي سرور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لاحقة أم سابقة؟، مجلة الدستورية، المحكمة الدستورية العليا، مصر، عدد أكتوبر، 2005.
- أمين سلامة العضال، لجان التحقيق البرلمانية في الأردن في غياب آلية دستورية تنظمها -دراسة مقارنة-، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، العدد4، المجلد2، تشرين أول، 2010.
- أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة العامة على أعمالها- دراسة مقارنة-، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة 31، العدد1، يونيو 1989.
- أحمد إسماعيل، أثر تغير الظروف القانونية والواقعية في القرارات الإدارية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد20، العدد1، 2004.
- _____، حول تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا السورية -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد17، العدد2، 2001.
- البوريني عبد الرحمن، التنظيم الإداري كوسيلة بديلة لفض المنازعات الإدارية في ضوء اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد3، العدد1، تشرين الأول 2011.
- الأحمد نجم، التنظيم الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد29، العدد3، 2013.
- السيد محمد إبراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة كلية الحقوق، العدد4، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1970.
- الأمين شريط، التجربة البرلمانية الجزائرية في ظل التعددية، م.ف.ب، العدد4، أكتوبر2010.
- بلجيل عتيقة، فعالية الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة المحلية، م.إ.ق، العدد6، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010.
- بن سعيدان شايب، مدى فاعلية رقابة المجالس البرلمانية العليا على أعمال الحكومة (حالة مجلس الأمة في البرلمان الجزائري)، م.ف.ب، العدد17، سبتمبر 2007.
- سامي جمال الدين، القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة بين دولة الإمارات ومصر وفرنسا-، مجلة الشريعة والقانون، حولية محكمة، جامعة الإمارات العربية، المتحدة، كلية الشريعة والقانون، العدد3، 1989.
- جميلة الشريحي، الإستفتاء، الموسوعة القانونية المتخصصة، الموسوعة العربية، رئاسة الجمهورية العربية السورية، المجلد1، ط1، 2010.
- شمس مرغني علي فراج، سلطة إصدار القرارات الإدارية التنظيمية اللوائح في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة، مصر، العدد2، 1986.
- شبري عزيزة، النظام الإجرائي للأسئلة البرلمانية في الجزائر، مجلة المنتدى القانوني، العدد7، أبريل 2010.
- لمى علي فرج، وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية-دراسة تطبيقية للدستور العراقي الحالي-، مجلة كلية الآداب، الجامعة المستنصرية، العدد5، 2009.
- محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، مجلة القانون والاقتصاد، العددان1 و2، مارس/يونيو 1978.
- مها بهجت يونس، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في دستور جمهورية العراق، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد1، 2009.
- مراد بدران، الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة124 من الدستور-النظام القانوني للأوامر-، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد2، الجزائر، 2000.

- _____، القيود الواردة على حقوق الشخصية في ظل الظروف الاستثنائية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد6، (د.ت.ن).
- محمد عبد الجواد حسين، سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، السنة الرابعة، يناير1953.
- مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، م.ج.ع.ق.إ.س، الجزء26، عدد1، الجزائر، 1998.
- مصطفى أبو زيد فهمي، نظام الإدارة المحلية في القانون المقارن، مجلة العلوم الإدارية، العدد1، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، مصر، 1961.
- محمود سعد الدين الشريف، الجهة التي تتولى إصدار لوائح البوليس وما تلتزمه من قيود في هذا الصدد، مجلة مجلس الدولة، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، السنة الثالثة، يناير2008.
- _____، فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري وبين الحريات، مجلة مجلس الدولة، دار الكتاب العربي للطباعة، مصر، 1969.
- محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، المجموعة الدولية للحاماة، القاهرة، أكتوبر/ديسمبر، 1984.
- نعمان أحمد الخطيب، محكمة العدل العليا بين نظام القضاء الموحد ونظام القضاء المزدوج، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السادس، العدد2، كانون الأول، الأردن، 1991.
- عثمان عبد الملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1986.
- عوابدي عمار، دور الرقابة البرلمانية في ترقية حقوق المواطن والإنسان، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد1، ديسمبر2002.
- عمار بوضياف، تنفيذ الأحكام القضائية في المادة الإدارية بين الإطار القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة، العدد2، الجزائر، 2007.
- _____، الرقابة الإدارية على مداوات المجالس البلدية في التشريعين الجزائري والتونسي، م.إ.ق، العدد6، جامعة محمد خيضر بسكرة، أبريل2010.
- عبد العالي حاحة، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة المنتدى القانوني، العدد5، 1952.
- عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة2، يناير1952.
- عمر العبد لله، الرقابة على دستورية القوانين -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد17، العدد2، 2001.
- عباس عمار، دور الأسئلة البرلمانية في الرقابة على عمل الحكومة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، العدد2، 2009.
- عبد المجيد فياض، الوصاية الإدارية ومظاهرها على الهيئات اللامركزية المحلية في مصر، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد2، 1969.
- علي خطار شطناوي، التظلم الإداري كشرط لقبول دعوى الإلغاء شكلا، المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، العدد12، 1998.
- _____، عقد الإذعان كشرط من شروط قبول دعوى إساءة استعمال السلطة، مجلة مؤسسة البحوث والدراسات، الأردن، المجلد4، العدد1، 1989.
- عائشة سلمان، إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد72، أبريل2007.

- عمارة فتيحة، مسؤولية رئيس الجمهورية، مجلة الكوفة، العدد5، سعيدة، 2011.
- داهم بلقاسم، الرقابة القضائية على الملاءمة وأثرها على الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد6، 2008.
- دنش رياض، المسؤولية السياسية والجنائية للسلطة التنفيذية في ظل التعديل الدستوري 1996، مجلة الإجتهد القضائي، العدد4، بسكرة، 2010.
- زردوم صورية، دور رقابة القضاء الإداري في منازعات التعمير والبناء، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، جامعة الحاج لخضر، باتنة.
- رمزي طه الشاعر، الأيديولوجية التحررية وأثرها على الأنظمة السياسية المعاصرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، العدد1، 1975.
- وزابي وسيلة، مجالات العلاقة الوظيفية بين البرلمان والحكومة في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري الجديد، م. ف. ب، العدد21، 2008.
- طرطار أحمد، دور اللجان البرلمانية في تفعيل الأداء البرلماني، م. ف. ب، العدد، 17 سبتمبر، 2007.
- فريد علوش ونبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مجلة الإجتهد القضائي، العدد4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2006.
- فريدة أركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد1، 2002.
- فريجة حسين، علاقة السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية هل تحتاج إلى إعادة نظر؟، مجلة المنتدى القانوني، العدد6، جامعة محمد خيضر بسكرة، أبريل 2009 .
- نعيمة عميمر، الحدود الدستورية بين مجال القانون والتنظيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد1، جامعة الجزائر، 2008 .
- حمامي ميلود، دور الحكومة في إطار الإجراء التشريعي، م. ف. ب، العدد17، سبتمبر 2007.
- حمدي عبد المنعم، نظام امبودسمان أو المفوض البرلماني، مجلة العدالة، العراق، 1981.
- جمال نعمان، الإستفتاء والتصديق الشعبي، الموسوعة العربية للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد الأول.
- خرياشي عقيلة، رقابة مجلس الأمة لعمل الحكومة بواسطة آلية السؤال، م. ف. ب، العدد 23 جويلية 2009.
- فكراير نور الدين، ملامح طبيعة النظام السياسي الجزائري في ظل دستور 1996، م. ف. ب، العدد 10، أكتوبر، 2005.
- كتون بومدين، قرار الإبعاد بين الضبط الإداري والعقوبة الإدارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012.
- ثروت الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد2، 1966.
- بن مشري عبد الحليم، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية في الجزائر، م.إ.ق، العدد6، جامعة بسكرة، أبريل 2010.
- ثروت بدوي، الدولة القانونية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد3، السنة3، 1959.
- تغريد عبد القادر علي، رقابة مجلس النواب على أعمال الحكومة (دراسة في السؤال البرلماني)، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد3، العدد10، السنة5، 2010.
- يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر- المبحث الثاني "الإيمان بمبدأ المشروعية وسيادة القانون"-، مجلة البوابة القانونية الالكترونية.
- حسان محمد شفيق العان، الاستفتاء الشعبي في الفقه الدستوري، مجلة العلوم السياسية، العدد2-4، بغداد، تموز 2001.
- محمد علي خطار، الأساس القانوني لنظام اللامركزية الإقليمية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة، العدد2، مارس 1989.

2- باللغة الفرنسية

- Antoine Kesia, Nom Péremptaires du Droit International et Etat de Droit en Afrique, Revue Africaine du Droit International et Comparé, S.A.D.I.C, N 2, Juin 1998.
- Ben Akzouh Chaabane, de Quelques Aspects du Contrôle Populaire, L'exemples des Assemblées Populaire Nationale Wilaya et Commune, R.A.S. J, N 3, Septembre 1979.
- Zahia Mooussa, Evaluation de la Décentralisation Territoriale en Algérie (1967-1988), Revue Africaine de Droit Internationale et Compare, Vpt2, T4, N 2, 1992.
- Mohamed Boussoumah, La Situation de la Constitution de 1989 Entre 11 Janvier 1992 et le 16 Novembre 1995, Revue de L'école Nationale d' Administration, Alger, V10, N2, 2000.
- Duverger Maurice, Sociologie de la politique, Revue française de science politique, 1975.
- Esmein Eléments, du Droit Constitutionnel Français et Compare, 1921.

ثالثا: الرسائل العلمية

1- رسائل الدكتوراه

- باللغة العربية

- أحمد العزي النقشبندي، تعديل الدستور، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994.
- أحمد كمال أبو الجمد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1960.
- الأمين شريط، خصائص النظام الدستوري الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة، 1991.
- بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- حسن أحمد علي، ضمانات الحريات وتطورها في النظم السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986.
- حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006.
- حسين حامد عمر، الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1996.
- زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015.
- رمزي محمود نايف هيلات، القرار الإداري بين البطلان والإنعدام-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، (د.ت.ن).
- سامي جمال الدين، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة اللائحية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الإسكندرية، 1981.
- فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011.
- قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليها-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، 2011.
- عبد العظيم عبد السلام، العلاقة بين القانون واللائحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1985.
- علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1982.

- عبد الله إسماعيل البستاني، حرية الصحافة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1950.
- عادل عمر شريف، - قضاء الدستورية - قضاء الدستوري في مصر -، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1988.
- على قريشي، الحرية السياسية في النظام الدستوري المعاصر والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2005.
- غنان سليم عرنوس، مبدأ التلازم بين السلطة والمسؤولية في النظم السياسية المعاصرة بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 2012.
- ميسون مصطفى القيسي، نظرية الضرورة في القانون الإداري وتطبيقاتها في الأردن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2004.
- مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001.
- محمد عبد الله محمد نصار، تدابير الإدارة الداخلية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1987.
- محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979.
- معتوق محمود عمر، مبدأ المشروعية وتطبيقاته في النظام الجماهيري، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، 2001.
- محمود بن يحي أحمد الحمزي، نظام الإدارة المحلية ودوره في خدمة المواطن -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري واليمني-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2011.
- محمد إبراهيم رمضان، الوصاية على الهيئات المحلية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1976.
- مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية -دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، (د.ت.ن).
- محفوظ زكريا عبد الحميد، حالة الطوارئ في القانون المقارن في تشريع الجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه، حقوق، مصر، 1966.
- نورجان الأيوبي عبد الرحمن، القضاء الإداري في العراق، رسالة دكتوراه، دار مطابع الشعب، جامعة القاهرة، 1965.
- نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2003.
- ياسين محمد عبد الكريم الخراساني، المركز الدستوري لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية القانون، اليمن، (د.ت.ن).

- باللغة الفرنسية

- Jean Raicin, Légalité et Nécessite, Thèse, Paris, 1933.
- Voisset Michèle, L'article 16 de la Constitution du 4 Octobre 1958, Thèse, Droit, L.G.D.J, Paris, 1969.
- Tirard. P, de la Responsabilité de la Puissance Publique, Thèse Droit, Paris, 1906.
- Blaevoet, des Recours Juridictionnels Contre les Mesures de Police, thèse, paris, 1907.

2- مذكرة ماجستير

- باللغة العربية

- أمزيان كريمة، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.
- أحمد نبيل أحمد صوص، الاستجواب في النظام البرلماني (دراسة مقارنة فلسطين ومصر)، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2007.
- آيت شعلال نبيل، مقومات بناء دولة القانون، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2013.
- بومعزة فاروق، تدعيم مكانة الوالي من خلال النصوص المنظمة للإدارة المحلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.
- بيداء عبد الجواد محمد توفيق العباسي، الاستفتاء الشعبي وبعض التطبيقات المعاصرة، مذكرة ماجستير، جامعة الموصل، 2003.
- بن سرية سعاد، مركز رئيس الجمهورية في النظام السياسي الجزائري بعد التعديل الدستوري الأخير بموجب قانون رقم 19/08-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2009.
- بن نويوة عبد المجيد، دور الاستجواب في الرقابة على العمل الحكومي، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010.
- بن بغلية ليلي، آليات الرقابة التشريعية في النظام السياسي الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2003.
- بن هني لطيفة، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.
- ذبيح ميلود، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة الجزائر. (د.ت.ن).
- دالم نوال، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، 2010.
- زنكنة سلام عبد الحميد محمد، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، الدنمارك، 2008.
- سالم عبد الفتاح المسعود، الرقابة البرلمانية على أعمال الوزارة -حق السؤال وحق الاستجواب-، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1997.
- سويقات أحمد، تطور الرقابة الشعبية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002.
- سعدي فرحات، التشريع المفوض والمنافس في الجزائر منذ 1963، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002.
- شماخي عبد الفتاح، آثار حالة الطوارئ -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1997.
- صالح عبد الناصر، الجماعات المحلية بين الاستقلالية والتبعية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010.
- عبد السلام خديجة، دور القاضي الإداري في ضمان التوازن بين المتقاضين والإدارة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014.
- عزيزة شبري، السؤال كآلية من آليات الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009.
- عاصم علي محمد العمري، الوظيفة الرقابية لمجلس الأمة الأردني، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2000.
- عيساني عبد الحميد، النظام القانوني لمداورات المجلس الشعبي البلدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- عبادي إسماعيل، أثر التعددية الحزبية على البلدية في الجزائر، مذكرة ماجستير، بجامعة محمد خيضر بسكرة، 2005.

- غداوية رشيد، خضوع الدولة للقانون وتطبيقاته في النظام الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008.
- لرقم رشيد، النظم الانتخابية وأثرها على الأحزاب السياسية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2006 .
- مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في إصدار القرارات، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008.
- مقطف خيرة، تطبيق نظام اللامركزية في الجزائر من 1967 إلى يومنا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002.
- محمود عبد الله محمد، الأحكام الجزائية والموضوعية للتظلم الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة طنطا، 1994.
- محمد خليفة الخليلي، التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2009.
- مشاقبة نايل عبد القادر، التظلم الإداري في قضاء محكمة العدل العليا-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك. (د.ت.ن).
- وردة بلجاني، مدى التوازن بين سلطة ومسؤولية رئيس الجمهورية الجزائري في دستور 28 نوفمبر 1996، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2004.

- باللغة الفرنسية -

- Ben Arfa Abdelaziz, Les Circonstances Exceptionnelles Dans la Constitution du 22 Novembre 1976, Mémoire de Magistère, Faculté de Droit, Alger, 1979.

رابعا: النصوص القانونية

1 - النصوص الدستورية

- في الجزائر -

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر في 10 سبتمبر 1963، جريدة رسمية عدد 64.
- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بالأمر 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، جريدة رسمية عدد 94، بتاريخ 24 نوفمبر 1976، المعدل والمتمم ب:
- القانون رقم 79-06، المؤرخ في 07 جويلية 1979، جريدة رسمية عدد 28، المؤرخة في 10 جويلية 1979.
- القانون رقم 80-01، المؤرخ في 12 يناير 1980، جريدة رسمية عدد 03، المؤرخة في 15 يناير 1980.
- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر في 23 فيفري سنة 1989، جريدة رسمية عدد 09، بتاريخ 01 مارس 1989.
- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر في 28 فيفري سنة 1996، جريدة رسمية عدد 76، بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم ب:
- القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
- القانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14، المؤرخة في 7 مارس 2016.

- في الدول الأجنبية

- دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة، 1778.
- دستور السويد لسنة، 1809.
- دساتير فرنسا لسنوات، 1852، 1946، 1958، 1974.
- دساتير ألمانيا الاتحادية لسنوات، 1919، 1951، 1969، 1975.
- دستوري تشيكوسلوفاكيا لسنتي، 1920، 1922.
- دستوري جمهورية مصر العربية لسنتي، 1923، 1971.
- دستور الاتحاد السويسري لسنة، 1874.
- دستور جمهورية الصومال لسنة، 1920.
- دستور النمسا لسنة، 1920.
- دستور اليونان لسنة، 1920.
- دستور إسبانيا لسنة، 1921.
- دستور إيرلندا لسنة، 1937.
- دستور إيطاليا لسنة، 1947.
- دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة، 1952.
- دستور الجمهورية الشعبية الصينية لسنة، 1954.
- دستور الكويت لسنة، 1962.
- دستور السودان لسنة، 1964.
- دستور الجمهورية العربية السورية لسنة، 1973.
- دستور مملكة البحرين لسنة، 2002.
- دستور جمهورية العراق لسنة، 2005.
- القانون الأساسي الفلسطيني الحالي.

2- قرارات وأراء المجلس الدستوري

- رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 08 المؤرخ في 21 فيفري 1999، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

3- القوانين العضوية

- قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.
- قانون عضوي رقم 99-02، مؤرخ في 08 مارس 1999، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة.
- قانون عضوي رقم 11-13، مؤرخ في 26 يوليو 2011، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.
- قانون عضوي رقم 12-04، مؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية.

- قانون عضوي رقم 16-12، مؤرخ في 25 غشت 2016، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة.

4- القوانين والأوامر

- في الجزائر

- قانون رقم 90-31، مؤرخ في 04/12/1990 يتعلق بالجمعيات، ملغى بالقانون رقم 12-06، المؤرخ في 2012/01/12.
- قانون رقم 90-32، مؤرخ في 4 ديسمبر 1990، يتعلق بتنظيم مجلس المحاسبة وعمله.
- قانون رقم 91-05، مؤرخ في 16 يناير 1991 يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية.
- قانون رقم 91-23، يتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية.
- قانون رقم 98-02، مؤرخ في 30 ماي 1998، المتضمن المحاكم الإدارية.
- قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية.
- قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012 المتضمن قانون الولاية.
- مرسوم تشريعي رقم 93-02، مؤرخ في 06/02/1993، يتضمن تمديد حالة الطوارئ.
- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007.
- أمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة.
- أمر رقم 95-23، مؤرخ في 26 أوت 1995، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة.
- أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها المعدل والمتمم.
- أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة.

- في الدول الأجنبية

- قانون رقم 10 جويلية 1791، يتضمن إعلان حالة الحصار في فرنسا.
- قانون رقم 29 أوت 1849، المعدل بقوانين 03 أبريل 1878 و 27 أبريل 1916، يتضمن توسيع صلاحيات الشرطة القضائية في فرنسا.
- قانون صادر في 24 جويلية 1872 يتضمن تنظيم مجلس الدولة الفرنسي.
- قانون رقم 03 أبريل 1878، المعدل لقانون 09 أوت 1849، يتضمن تقرير حالة الحصار في فرنسا.
- قانون رقم 112 لسنة 1946، يتضمن تنظيم مجلس الدولة المصري.
- قانون رقم 147 لسنة 1949، يتضمن نظام القضاء في مصر.
- قانون رقم 03 أبريل 1955، المعدل بالقانون الصادر في 07 أوت 1955، يتضمن تقرير حالة الحصار في فرنسا.

- قانون رقم 165 لسنة 1955، يتضمن تنظيم مجلس الدولة المصري.
- قانون رقم 161 لسنة 1958، يتضمن تقرير حالة الطوارئ في فرنسا.
- قانون رقم 55 لسنة 1959 المعدل بالقانون 31 لسنة 1963، يتضمن تنظيم مجلس الدولة المصري.
- قانون رقم 56 لسنة 1959، يتضمن السلطة القضائية في مصر.
- قانون رقم 43 لسنة 1965، يتضمن السلطة القضائية في مصر.
- قانون رقم 47 لسنة 1972، يتضمن تنظيم مجلس الدولة المصري.
- أمر صادر في 31 يوليو 1945، يتضمن تنظيم مجلس الدولة الفرنسي.

5- المراسيم

- مرسوم رئاسي رقم 91-196، مؤرخ في 04 جوان 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار.
- مرسوم رئاسي رقم 91-336، مؤرخ في 22 سبتمبر 1991، المتضمن رفع حالة الحصار.
- مرسوم رئاسي رقم 92-44، مؤرخ في 09 فبراير 1992، المتضمن تقرير حالة الطوارئ.
- مرسوم رئاسي رقم 92-320، مؤرخ في 11 أوت 1992، يتم المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ.
- مرسوم رقم 80-251 مؤرخ في 13 أكتوبر 1980، يتضمن الإعلان على المناطق المنكوبة من طرف رئيس الجمهورية.
- مرسوم رقم 80-253، مؤرخ في 13 أكتوبر 1980، يتضمن تعيين القائد العام للمناطق المعلن عنها منكوبة.
- مرسوم رقم 82-31، مؤرخ في 23 جانفي 1982، المتضمن تحديد صلاحيات رئيس الدائرة.
- مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو سنة 1988، المتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن.
- مرسوم رقم 96-113، مؤرخ في 23 مارس 1996، يتضمن إنشاء وسيط الجمهورية.
- مرسوم تنفيذي رقم 96-56، مؤرخ في 22 يناير 1996، يحدد إنتقاليا الأحكام المتعلقة بتقديم الحسابات إلى مجلس المحاسبة.

6- الأنظمة الداخلية

- النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة 1998، 2000.

خامسا: الوثائق الدولية

- إعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية، الصادر عام 1776.
- إعلان فرنسا لحقوق الإنسان، الصادر عام 1789.
- إعلان مونتنارد، عام 1793.
- إعلان فرنسا للحقوق والواجبات عام 1795
- شرعة فرجينيا، عام 1776.
- مشروع جبروندا، عام 1793.
- وثيقة المطالبة بالحقوق عن طريق التظلم، الصادرة عام 1628.

سادسا: المجلات والدوريات

- في الجزائر

- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 01، سنة 1989.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04، سنة 1989.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 01، سنة 1992.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، سنة 1992.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 03، سنة 1992.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 03، سنة 1996.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، سنة 1997.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 01، سنة 1998.
- نشرة القضاة، العدد 56، لسنة 1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 01، سنة 1987.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 01، سنة 2002.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، سنة 2002.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 03، سنة 2003.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 03، سنة 2003.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04، سنة 2003.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 08، سنة 2006.
- مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 09، سنة 2009.

- في الدول الأجنبية

- مجلة نقابة المحامين، الجمهورية العربية السورية، عدد 01، 1960.
- مجلة نقابة المحامين، الجمهورية العربية السورية، عدد 05 و 06، 1966.
- مجلة نقابة المحامين، جمهورية مصر العربية، عدد 06، السنة الخامسة " قضائية".
- مجلة القضاء الإداري، الجمهورية اللبنانية، عدد 04، 1989.
- مجموعة أحكام مجلس الدولة لأحكام القضاء، جمهورية مصر العربية، السنة الثالثة " قضائية".

- مجموعة أحكام مجلس الدولة لأحكام القضاء ، جمهورية مصر العربية، السنة السادسة " قضائية".
- مجموعة أحكام مجلس الدولة لأحكام القضاء، جمهورية مصر العربية، السنة السابعة " قضائية".

سادسا: التقارير والأعمال والمجموعات

1 - باللغة العربية

- وزارة العدل أعمال ملتقى الغرف الإدارية، 22-24/12/1990، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، 1990.
- أبو غدة عبد الستار، مراجعات في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للدورة السادسة عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، إسطنبول، 2006.
- صويلح بوجمعة، وسيط الجمهورية كأدوات الرقابة الإدارية الفعالة، محاضرة مقدمة للملتقى الوطني التأسيسي حول هيكلية الإدارة وفعالية وظيفتها في المجتمع-نظرة مستقبلية-، رئاسة الجمهورية الجزائرية، وسيط الجمهورية، 23 و24 مارس، 1997.
- بن بوعبد الله نورة وبن بوعبد الله وردة، الرقابة القضائية على الضبط الإداري، تقييد أم حماية للحريات الأساسية على ضوء القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25/02/2008، الملتقى الدولي حول دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية 28-29 أبريل 2010، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادى، الجزائر.
- بوكثير عبد الرحمن، دور المشرع وقاضي الإلغاء في الحد من مبدأ السرية الإدارية وآثاره، مداخلة في إطار فعاليات الملتقى الوطني حول الإدارة المحلية والخدمة العمومية المنعقد أيام 12 و 13 مارس 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، مداخلة غير منشورة، ص03.
- عزري الزين، الأعمال الإدارية ومنازعتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، الجزائر، 2010.
- صدارتي صدارتي، مطبوعة جامعية في مقياس المنازعات الإدارية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية الجزائر، 2005.
- الموسوعة العربية للدساتير العالمية، مجلس الأمة، القاهرة، 1966.
- حسن مصطفى البحري، الانتخاب، الموسوعة القانونية المتخصصة، صادرة عن هيئة الموسوعة العربية، التابعة لرئاسة الجمهورية، المجلد الأول، 2010.

2 - باللغة الفرنسية

- Michel Miaille, L'Etat de Droit dans la Constitution de 1791, la Première Constitution Française, Acte du Colloque de Dijon 26 et 27 Septembre, Economica, 1991,.
- Michel Fromont, les Mythes du Droit Public Français, Séparation des Pouvoirs et Etat de Droit, Utopies entre Droit et Politique, Etude en Hommage à Claude Cour voisin, Université de Lyon, Collection Société 2005.
- Xavier Philippe, le Rôle Constitutionnalisme Dans la Construction des Nouveau SC Etats de Droit, in Etude en L'honneur de Loic Philippe, Constitution et Finances Publiques, Economica, Paris, 2005.
- Thémis Locle Tsatsos, Quelques Notes Sur les Transformations du Principe de la Séparation des Pouvoirs, Recueil des Travaux Publiées par la Faculté des Droits, Université de Lausanne 1968.

الفهرس

الصفحة	المحتويات
	الإهداء
	شكر وعرفان
	مختصراته ورموز
01	المقدمة
	القسم الأول
	دولة القانون
14	الباب الأول : ماهية دولة القانون
14	الفصل الأول : سمات دولة القانون
15	المبحث الأول : من الدولة التقليدية إلى دولة القانون
15	المطلب الأول : مفهوم الدولة التقليدية
15	الفرع الأول : نشأة الدولة وتطورها
16	أولا : نظرية القوة
17	ثانيا : نظرية تطور الأسرة
17	ثالثا : النظريات العقدية
18	رابعا : نظرية التطور التاريخي
18	خامسا : النظرية الماركسية
19	الفرع الثاني : تعريف الدولة
19	أولا : التعريف اللغوي للدولة
21	ثانيا : التعريف الإصطلاحي للدولة
22	المطلب الثاني : أركان وخصائص الدولة
23	الفرع الأول: أركان الدولة

23	أولاً : جماعة بشرية (شعب)
25	ثانيا : الإقليم
27	ثالثا : السلطة السياسية
29	الفرع الثاني : خصائص الدولة
30	أولاً : الشخصية المعنوية
31	ثانيا : السيادة من منظور الدولة التقليدية
34	المطلب الثالث : السيادة والسلطة السياسية من منظور دولة القانون
34	الفرع الأول : السيادة ودولة القانون
35	أولاً : نظرية سيادة الأمة
38	ثانيا : نظرية سيادة الشعب
42	الفرع الثاني : السلطة السياسية ودولة القانون
42	أولاً : السلطة السياسية والقانون
43	ثانيا : السلطة السياسية في دولة القانون
45	المبحث الثاني : مدلول دولة القانون
45	المطلب الأول : مضمون دولة القانون
46	الفرع الأول : مفهوم دولة القانون
53	الفرع الثاني : التطور التاريخي لمبدأ خضوع الدولة للقانون
53	أولاً : في العصور القديمة
55	ثانيا : في العصور الوسطى
56	ثالثا : في العصور الحديثة
57	الفرع الثالث : النظريات المفسرة لخضوع الدولة للقانون
58	أولاً : مذهب القانون الطبيعي
60	ثانيا : مذهب القانون الوضعي
65	المطلب الثاني : ربط الحقوق والحريات بدولة القانون
66	الفرع الأول : نشأة الحقوق والحريات وتطور مفهومها
71	الفرع الثاني : النص الدستوري على الحقوق والحريات
74	الفصل الثاني : مقومات دولة القانون
74	المبحث الأول : وجود دستور يؤسس لدولة القانون
75	المطلب الأول : معنى وجود دستور
76	المطلب الثاني : مبدأ سمو الدستور

78	الفرع الأول : السمو الموضوعي
78	أولا : مفهوم السمو الموضوعي
81	ثانيا : النتائج المترتبة على مبدأ السمو الموضوعي للدستور
83	الفرع الثاني : السمو الشكلي
83	أولا : مفهوم السمو الشكلي
85	ثانيا : النتائج المترتبة على مبدأ السمو الشكلي للدستور
86	المطلب الثالث : تجاوز مبدأ سيادة البرلمان نحو مبدأ سيادة الدستور
87	المبحث الثاني : مبدأ الفصل بين السلطات
88	المطلب الأول : مدلول مبدأ الفصل بين السلطات
92	المطلب الثاني : أنواع الفصل بين السلطات .
93	الفرع الأول : الفصل التام بين السلطات
94	أولا : إستقلال السلطة التشريعية.
94	ثانيا : إستقلال السلطة التنفيذية
94	ثالثا : إستقلال السلطة القضائية
95	الفرع الثاني : الفصل المرن للسلطات
96	أولا : التعاون بين السلطات
97	ثانيا : الرقابة المتبادلة بين السلطات
99	المطلب الثالث : تقدير مبدأ الفصل بين السلطات
99	أولا : الإنتقادات الموجهة لمبدأ الفصل بين السلطات
100	ثانيا : مبررات الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات
101	المطلب الرابع : الفصل بين السلطات في الدستور الجزائري
104	المبحث الثالث : الرقابة على دستورية القوانين
104	المطلب الأول: مضمون الرقابة على دستورية القوانين
104	الفرع الأول : مفهوم الرقابة على دستورية القوانين
107	الفرع الثاني : تحديد القانون محل الرقابة
108	أولا : المعيار الشكلي
108	ثانيا : المعيار الموضوعي
110	المطلب الثاني : وسائل الرقابة على دستورية القوانين
111	الفرع الأول : الرقابة السياسية
111	أولا : مفهوم الرقابة السياسية

113	ثانيا : تقدير الرقابة السياسية
114	الفرع الثاني : الرقابة القضائية
114	أولا : مفهوم الرقابة القضائية
116	ثانيا : تنظيم الرقابة القضائية
125	ثالثا : تقدير الرقابة القضائية
126	المطلب الثالث : المجلس الدستوري الجزائري
129	الباب الثاني : مبدأ المشروعية أساس دولة القانون
130	الفصل الأول : ماهية مبدأ المشروعية
130	المبحث الأول : المدلول العام لمبدأ المشروعية
130	المطلب الأول : مدلول مبدأ المشروعية
131	الفرع الأول : مضمون مبدأ المشروعية
131	أولا : تعريف مبدأ المشروعية
135	ثانيا : الشرعية والمشروعية
137	الفرع الثاني : مجال ونطاق مبدأ المشروعية
137	أولا : من حيث السلطات
140	ثانيا : من حيث تدرج القواعد القانونية
143	المطلب الثاني : مصادر مبدأ المشروعية
144	الفرع الأول المصادر المكتوبة
144	أولا : الدستور
150	ثانيا : المعاهدات
151	ثالثا : التشريع العادي
155	رابعا : التشريع الفرعي اللاتحي (التنظيم)
159	1- أنواع الأنظمة
163	2- الهيآت المخول لهم وضع اللوائح في الجزائر
164	الفرع الثاني : المصادر غير المكتوبة
164	أولا : العرف
165	1- العرف الدستوري
166	2- العرف الإداري
167	ثانيا : المبادئ العامة للقانون
170	ثالثا : الأحكام القضائية

171	1- الأحكام القضائية كمصدر تفسيري
172	2- السوابق القضائية
174	المبحث الثاني : مشروعية أعمال الإدارة العامة
174	المطلب الأول : مدلول العمل الإداري
175	الفرع الأول : المعيار الموضوعي لتحديد العمل الإداري
177	الفرع الثاني : المعيار الشكلي لتحديد العمل الإداري
180	المطلب الثاني : أنواع الأعمال الإدارية
181	الفرع الأول : الأعمال القانونية
181	أولا : العقود
184	ثانيا : القرارات الإدارية
189	الفرع الثاني : الأعمال المادية
191	الفصل الثاني : الإستثناءات الواحدة على مبدأ المشروعية
192	المبحث الأول : نظرية السلطة التقديرية للإدارة
193	المطلب الأول : مدلول السلطة التقديرية
193	الفرع الأول : مفهوم السلطة التقديرية
198	الفرع الثاني : حرية الإدارة وتمييزها عن غيرها
198	أولا : حرية الإدارة وتمييزها عن غيرها من السلط
201	ثانيا : تمييز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة
203	المطلب الثاني : خضوع الأعمال التقديرية للإدارة للقانون
203	الفرع الأول : شروط ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية
205	الفرع الثاني : مدى خضوع الأعمال التقديرية للإدارة للقانون
206	المبحث الثاني : نظرية الظروف الاستثنائية
207	المطلب الأول : مدلول الظروف الاستثنائية
207	الفرع الأول : مفهوم الظروف الاستثنائية
210	الفرع الثاني : الأساس القانوني للظروف الاستثنائية
212	المطلب الثاني : حالات الظروف الاستثنائية
212	الفرع الأول : الحالة الاستثنائية
215	الفرع الثاني : حالة الحصار
217	الفرع الثالث : حالة الطوارئ
220	المطلب الثالث : سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية

222	المبحث الثالث : نظرية أعمال السيادة
222	المطلب الأول : مدلول أعمال السيادة.
223	الفرع الأول : مفهوم أعمال السيادة.
226	الفرع الثاني : مبررات نظرية أعمال السيادة
229	المطلب الثالث : تمييز أعمال السيادة
229	الفرع الأول : معايير تمييز أعمال السيادة
229	أولا: معيار : الباعث السياسي
231	ثانيا : معيار طبيعة العمل
236	ثالثا : معيار القائمة القضائية
238	الفرع الثاني : التمييز بين التحصين التشريعي ونظرية أعمال السيادة
240	المطلب الثالث : تقدير نظرية اعمال السيادة
القسم الثاني	
الرقابة على أعمال الإدارة العامة	
245	الباب الأول : الرقابة غير القضائية
245	الفصل الأول : الرقابة السياسية
245	المبحث الأول : الرقابة الشعبية
246	المطلب الأول : الرقابة الشعبية المباشرة (الإستفتاء الشعبي)
246	الفرع الأول : مضمون الإستفتاء الشعبي
247	أولا : مفهوم الإستفتاء الشعبي
250	ثانيا : تمييز الاستفتاء الشعبي
251	1- الإستفتاء الشعبي والإستراس
252	2- الإستفتاء الشعبي والإنتخاب
254	الفرع الثاني : أنواع الاستفتاء الشعبي
255	أولا : الاستفتاء الدستوري
259	ثانيا : الاستفتاء التشريعي
260	ثالثا : الاستفتاء السياسي
263	الفرع الثالث : تقدير الرقابة الشعبية المباشرة
265	المطلب الثاني : الرقابة الشعبية غير مباشرة (الرأي العام)
266	الفرع الأول : مدلول رقابة الرأي العام
271	الفرع الثاني : مظاهر رقابة الرأي العام

271	أولا : رقابة المجتمع المدني
273	ثانيا : رقابة وسائل الإعلام
275	ثالثا : رقابة الأحزاب السياسية
278	الفرع الثالث : تقدير رقابة الرأي العام
279	المبحث الثاني : الرقابة البرلمانية
279	المطلب الأول : مدلول الرقابة البرلمانية
283	المطلب الثاني : مظاهر الرقابة البرلمانية
283	الفرع الأول : الرقابة البرلمانية على أعضاء السلطة التنفيذية
284	أولا : الأسئلة والاستجابات
291	ثانيا : لجان التحقيق
293	الفرع الثاني : مناقشة بيان السياسة العامة
294	أولا : اللائحة
295	ثانيا : ملتصق الرقابة
296	ثالثا : التصويت بالثقة
297	الفرع الثالث : الرقابة على الاعتمادات المالية لكل سنة مالية
298	المطلب الثالث : تقدير الرقابة البرلمانية
299	الفصل الثاني : الرقابة الإدارية
300	المبحث الأول : الرقابة الذاتية (التلقائية)
300	المطلب الأول : مدلول الرقابة الذاتية
304	المطلب الثاني : الرقابة الرئاسية
306	الفرع الأول : مدلول الرقابة الرئاسية
306	الفرع الثاني : مظاهر الرقابة الرئاسية
309	المطلب الثالث : الرقابة الوصائية
309	الفرع الأول : مدلول الرقابة الوصائية
315	الفرع الثاني : مظاهر الرقابة الوصائية
216	أولا : التصريح
217	ثانيا : المصادقة أو التصديق
219	ثالثا : الحلول
221	رابعا : الإلغاء
323	الفرع الثالث : السلطات الإدارية المخولة بممارسة الرقابة الوصائية في الجزائر

324	أولا : السلطات الوصائية المركزية
325	ثانيا : السلطات الوصائية اللاتركيزية (عدم التركيز الإداري)
326	المبحث الثاني : الرقابة المتخصصة والرقابة بناء على تظلم
327	المطلب الأول : الرقابة بناء على تظلم
327	الفرع الأول : مدلول الرقابة بناء على تظلم
327	أولا : مفهوم التظلم الإداري
330	ثانيا : تمييز التظلم الإداري عن غيره
331	الفرع الثاني : صور التظلم الإداري
331	أولا : التظلم الولائي
333	ثانيا : التظلم الرئاسي
334	ثالثا : التظلم أمام اللجان الإدارية
335	المطلب الثاني : الرقابة الإدارية المتخصصة (رقابة الهيئات المستقلة)
335	الفرع الأول : مدلول الرقابة الإدارية المتخصصة
338	الفرع الثاني : مجلس المحاسبة
340	المبحث الثالث : نطاق وتقدير الرقابة الإدارية
340	المطلب الأول : نطاق الرقابة الإدارية
340	الفرع الأول : رقابة مشروعية القرارات الإدارية
342	أولا : سحب القرارات الادارية غير المشروعة
347	ثانيا : إلغاء القرارات الادارية غير المشروعة
349	ثالثا : تعديل القرارات الادارية
354	الفرع الثاني : الرقابة الإدارية على ملائمة القرارات الادارية الصحيحة
357	المطلب الثاني : تقدير الرقابة الادارية
361	الباب الثاني : الرقابة القضائية
362	الفصل الأول : ماهية الرقابة القضائية
363	المبحث الأول : مدلول الرقابة القضائية
363	المطلب الأول : مضمون الرقابة القضائية
363	الفرع الأول : مفهوم الرقابة القضائية
369	الفرع الثاني : خصائص الرقابة القضائية
370	الفرع الثالث : الفرق بين الرقابة القضائية و الإدارية

373	المطلب الثاني : تقدير الرقابة القضائية
374	المبحث الثاني : أسس تنظيم الرقابة القضائية
375	المطلب الأول : الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون المقارن
375	الفرع الأول : نظام القضاء الموحد
375	أولا : مفهوم نظام القضاء الموحد
377	ثانيا : تقدير نظام القضاء الموحد
379	الفرع الثاني : نظام القضاء المزدوج
379	أولا : مفهوم نظام القضاء المزدوج
382	ثانيا : تقدير نظام القضاء المزدوج
384	المطلب الثاني : مظاهر الرقابة القضائية في النظام القضائي الجزائري
384	الفرع الأول: قضاء الإلغاء
387	الفرع الثاني : قضاء فحص المشروعية
389	الفرع الثالث : قضاء التفسير
391	الفرع الرابع : قضاء التعويض
394	الفصل الثاني : مدى خضوع أعمال الإدارة العامة للرقابة القضائية
395	المبحث الأول : رقابة المشروعية
395	المطلب الأول : الرقابة القضائية على العناصر الداخلية
395	الفرع الأول : عيب مخالفة القانون
398	أولا : المخالفة المباشرة لقواعد لقانون
400	ثانيا : الخطأ في تفسير القاعدة القانونية
402	ثالثا : الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية
403	الفرع الثاني : عيب السبب
405	أولا : الرقابة على صحة الوقائع المادية
407	ثانيا : الرقابة على التكييف القانوني للوقائع
410	المطلب الثاني : الرقابة القضائية على الحدود الخارجية
410	الفرع الأول : عيب الشكل والإجراءات
410	أولا : مفهوم عيب الشكل والإجراءات
313	ثانيا : حالات عيب الشكل والإجراءات
415	الفرع الثاني : عيب عدم الاختصاص
416	أولا : مفهوم عيب عدم الاختصاص

420	ثانيا : صور عيب عدم الاختصاص
428	الفرع الثالث : عيب الانحراف بالسلطة
428	أولا : مفهوم عيب الانحراف بالسلطة
431	ثانيا : صور عيب الانحراف بالسلطة
433	ثالثا : إثبات عيب الانحراف بالسلطة
435	المبحث الثاني : رقابة الملاءمة
435	المطلب الأول : رقابة الملاءمة في الظروف العادية
435	الفرع الأول : مدلول رقابة الملاءمة
439	الفرع الثاني : أساليب رقابة الملاءمة
439	أولا : مبدأ الغلط البين في التقدير
442	ثانيا : الرقابة على تناسب القرار الإداري
445	ثالثا : مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار
448	المطلب الثاني : رقابة الملاءمة في الظروف الإستثنائية
453	الخاتمة
462	قائمة المراجع
487	الفهرس

المخلص

إن ما توصل إليه الفكر القانوني الحديث من بلورة مفهوم دولة القانون التي تضمن حماية الحقوق والحريات يبين الأسس والمقومات التي تحصنها من كل زلزال يهز أركانها، ويعتبر خضوع الدولة للقانون في كل أوجه نشاطها ركيزة أساسية من ركائز دولة القانون وضمانة حقيقية لصيانة مبدأ المشروعية، فلم يعد الخضوع للقانون مقصورا على الأفراد يلتزمون بأحكامه بل تعدى ذلك إلى السلطات العامة في الدولة، فلا تأتي هذه الأخيرة أي تصرف إلا لتحقيق أهداف قانونية والنزول على مقتضياته؛ ولا تقوم بأي نشاط إلا وفق أحكامه.

وعلى هذا الأساس أقرت مختلف الأنظمة القانونية أطرا رقابية معينة كالرقابة السياسية والرقابة الإدارية والرقابة القضائية، والغرض الأساس من خلال ممارسة كل هذه الأشكال من الرقابة هو العمل على تجسيد دولة القانون في أرض الواقع والتي لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال سيادة القانون.

الكلمات المفتاحية: دولة القانون، سيادة القانون، الرقابة، أعمال الإدارة العامة.

Résumé

La pensée juridique moderne est parvenue à mettre au point "le concept d'État de droit" qui garantit la protection des droits et des libertés, elle démontre les fondements et les éléments qui les protègent contre tout ébranlement. La soumission de l'État à la loi dans tous ses profils, est l'une des bases fondamentales de l'État de droit et une véritable garantie du maintien du principe de la légalité. La soumission à la loi ne se limite plus aux individus qui respectent ses dispositions, mais aussi aux autorités publiques de l'État. Celles-ci n'ont pour but que de réaliser des objectifs légaux avec respect des dispositions de la loi et n'active que conformément à ses règles.

Sur cette base, les divers systèmes juridiques ont approuvé certains cadres de contrôle tel le contrôle politique, le contrôle administratif ou le contrôle judiciaire. L'objectif principal à travers l'exercice de toutes ces formes de contrôle est de créer un réel État de droit et nous ne pouvons atteindre cet objectif qu'à travers la souveraineté de la loi.

Mots clés: l'État de droit, souveraineté de la loi, le contrôle, actes d'administration publique.

Translate

Modern legal thought has reached to develop "the concept of the rule of law" which guarantees rights and freedoms protection; it demonstrates basics and elements which protect against any disturbance. The submission of the State to the law in all its profiles is one of the fundamental bases of the rule of law and real guarantee so to maintain the principle of legality. Obedience to the law is no longer limited to individuals who respect its provisions, but also to the public authorities of the State. These are only intended to achieve legal objectives with respect for the provisions of the law and only activates in accordance with its rules.

On this basis, the various legal systems approved some frameworks of control such as political control, administrative control or judicial control. The main objective through the exercise of all these forms of control is to create a real rule of law and we can achieve this objective only through the sovereignty of the law.

Keywords: the rule of law, sovereignty of the law, the control, acts of public administration.